



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Tráfico de drogas, trata de blancas y delito societario

SONIA CASTRO RELLÁN

TUTOR: XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

SUMARIO

1. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN.....	5
1.1 ANTECEDENTES.....	5
1.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN.....	6
1.2.1 TRATA DE PERSONAS, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.....	6
1.2.1.1 IRRETROACTIVIDAD.....	8
1.2.2 DELITO DE PROSTITUCIÓN.....	10
1.2.3 DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL.....	13
1.2.4 TRÁFICO DE PERSONAS.....	14
1.2.5 DELITO CONTRA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.....	15
1.3 CONCLUSIONES.....	16
1.3.1 ROMELIA.....	16
1.3.2 TATIANA.....	17
1.3.3 PIETRO.....	18
1.3.4 ZULAIKA.....	19
1.3.5 SANTIAGO Y ALBERTO.....	20
2. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES DERIVADAS DE LAS SUSTANCIAS ENCONTRADAS EN EL CLUB.....	22
2.1 ANTECEDENTES.....	22
2.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL HIDROCLORURO DE KETAMINA Y EL NITRITO DE AMILO.....	22
2.2.1 HIDROCLORURO DE KETAMINA.....	22
2.2.2 NITRITO DE AMILO.....	25
2.3 CONCLUSIONES.....	27
2.3.1 TATIANA.....	27
2.3.2 PIETRO.....	28
2.3.3 ZULAIKA.....	28

3. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES POR LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN EL CLUB.....	30
3.1 ANTECEDENTES.....	30
3.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA GESTIÓN DE FONDOS DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN EL CLUB.....	30
3.2.1 FRAUDE A LA HACIENDA PÚBLICA.....	30
3.2.2 FALSIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES.....	33
3.2.3 RECEPTACIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS.....	34
3.2.3.1 RECEPTACIÓN DE CAPITALS.....	34
3.2.3.2 BLANQUEO DE CAPITALS.....	34
3.3 CONCLUSIONES.....	36
3.3.1 TATIANA.....	36
3.3.2 SANTIAGO Y ALBERTO.....	36
3.3.3 XAIME.....	38
4. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES Y/O TRIBUTARIAS QUE PUEDA HABER INCURRIDO NA&MA SL.....	39
4.1 ANTECEDENTES.....	39
4.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES DE NA&MA SL: LA ASOCIACIÓN ILÍCITA.....	39
4.3 CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS.....	40
4.4 CONCLUSIONES.....	47
5. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE NA&MA SL SE CONSIDERE UNA SOCIEDAD NULA.....	49
5.1 CONSIDERACIONES JURÍDICAS.....	49
5.1.1 CAUSAS DE NULIDAD.....	50
5.1.2 EFECTOS DE LA NULIDAD.....	51
5.2 CONCLUSIÓN.....	52
6. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE NA&MA SL REGISTRE COMO MARCA “PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES” DENTRO DE LA CLASE 43.....	53
6.1 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONCEPTO DE MARCA.....	53
6.1.1 PROHIBICIONES ABSOLUTAS Y RELATIVAS.....	54
6.1.1.1 PROHIBICIONES ABSOLUTAS.....	54
6.1.1.2 PROHIBICIONES RELATIVAS.....	55
6.2 CONCLUSIÓN.....	56

7. DICTAMEN SOBRE QUE UNA SOCIEDAD QUE SE DEDICA A “SIMILAR GÉNERO DE COMERCIO” QUE CUMPLE CON SUS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS INICIE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA NA&MA SL.....	58
7.1 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	58
7.1.1 ACCIONES QUE SE PUEDEN EJERCITAR SI EXISTE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	60
7.2 RESOLUCIÓN.....	61
8. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA INVESTIGACIÓN.....	63
9. EL ÓRGANO ENCARGADO DEL PROCESO ULTERIOR.....	64
10.LA SOLICITUD DE DETENCIÓN EN RUMANÍA DE ROMELIA.....	65
11. POSIBLES MEDIDAS CAUTELARES PARA LA SOCIEDAD ANTES QUE SE DICTE SENTENCIA.....	67
12. POSIBILIDAD DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES A LA SOCIEDAD.....	69
13. POSIBILIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LA CUENTA BANCARIA ABIERTA EN GIBRALTAR.....	72
14. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA SOCIEDAD.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	74
LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	75
JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	76
CONSULTADO EN LÍNEA.....	78

1. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN

1.1 ANTECEDENTES

A María le fue ofrecido un trabajo limpiando un restaurante por parte de Romelia, en España. Ese restaurante decía Romelia que era propiedad de su tía Tatiana. María aceptó el trabajo, así que Romelia le compró un billete de autobús para España, y llega a A Coruña el día 29 de marzo de 2010. En la estación de autobuses la recoge Tatiana y la lleva a un club de alterne llamado “Plenilunio”.

Dentro de este club, a María se le informó que no había sido enviada a España para trabajar como limpiadora en un restaurante, sino que había sido traída para que ejerciese la prostitución, y que tendría que comenzar ese mismo día para saldar la deuda que había contraído por venir a nuestro país.

Dado esto, Tatiana le ofreció ropa propia para ese trabajo y le dio instrucciones del tipo de si algún cliente le decía que tenían que mantener relaciones sexuales sin preservativo, María debía aceptar.

El horario de trabajo de María era de 17:30 de la tarde a 4:00 de la mañana, y no podía salir del local durante ese tiempo, solo para subir con los clientes a la respectiva habitación.

María tenía que dormir en el mismo local, porque estaba prohibido por Tatiana que saliese del local sin la presencia de Pietro, el camarero de “Plenilunio”.

Lo que ganaba María era el 100% por el primer ejercicio para los responsables del club, mientras que el resto de los servicios sería en 50% para las personas que he mencionado anteriormente. Solo una noche María hizo más de un servicio, pero en contra de lo que le dijo Tatiana, no le entregó la mitad de lo ganado, sino que se lo quedó para ir reduciendo la deuda contraída. Esta situación durante cuatro años.

La recepcionista del club “Plenilunio” era Zulaika, que se encargaba de recoger el pago de los servicios sexuales que realizaban las mujeres, y ésta al final de la noche le entregaba todo lo obtenido a Tatiana.

El día 13 de mayo de 2014, María pide a Tatiana poder salir del local para comprar ropa para un cliente. Ella le dijo que sí, pero tenía que acompañarla el camarero, Pietro. Éste la acompañó, pero una vez en la tienda Pietro le dice que se va a ir a hacer unos recados mientras ella compra, y María, aprovechando la situación, denuncia su situación ante las dependientas.

Tras esto, la policía entra en el club de alterne y detiene a Tatiana, Zulaika y Pietro.

La policía observa que en el local hay siete mujeres, todas de nacionalidad rumana. Una de ellas es Nicoara, que era menor de edad.

En la oficina de recepción se encuentran todos los pasaportes de las mujeres rumanas, donde consta claramente la fecha de nacimiento de la menor de edad.

Tatiana llevaba un libro de registro donde constaba la entrada en el país de las mujeres rumanas, y, a excepción de María, todas ellas entraron en España entre 2012 a 2014.

El testimonio de Tatiana consta de que las mujeres eran conscientes de que llegaban a España para trabajar como prostitutas y que tenían que pagar su viaje desde Rumanía trabajando para ellos. Ese viaje corría a cargo de la sociedad NA&MA SL, que gestionaba el local, cuyos socios eran Santiago y Alberto.

Mediante una inspección, la policía observa que el local tiene las ventanas con rejas, y que las mujeres saliesen del local solo si Pietro las acompañaba era porque ellas no hablaban español y era por su seguridad.

1.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN

Con respecto a las posibles responsabilidades penales que pudieron haber incurrido los sujetos del caso con respecto al ejercicio de la prostitución, el Código Penal recoge los siguientes preceptos:

1.2.1 TRATA DE PERSONAS, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

En primer lugar, la trata de personas para el ejercicio de la prostitución en el artículo 177 bis 1. b del CP (explotación sexual). Se podría definir como *“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, a 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. La explotación incluye como mínimo, la derivada de la prostitución y de otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares, servidumbre y extracción de órganos”*.¹

Asimismo, el Protocolo adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños, en cuyo art. 3 se define el concepto de trata de personas como la *“captación, transporte, traslado acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al*

¹ Art. 3 del el Protocolo adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños, que ha sido ratificado por España el día 11 de diciembre de 2003.

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”.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, nacional o extranjera. Aunque en el tipo se hable de una persona singular, a la que se llama víctima, sigue existiendo un solo delito aunque a trata recaiga sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y como forma de una misma operación.

La conducta típica consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona, empleando para ello formas de atentado a su libertad que van desde la violencia hasta el abuso de una relación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. No se requiere llegar a la explotación efectiva, bastando con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades que anteriormente se han mencionado. La delimitación entre estos actos, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos problemática y habrá que estar al caso concreto para saber hasta qué punto el tipo se puede estimar consumado: así, por ejemplo, tener a personas ya captadas para destinarlas a los fines de explotación laboral o sexual internadas en algún lugar, sin que aún se hayan comenzado a realizar estas actividades, tiene que ser considerado como delito consumado². Tenerlas ya dispuestas para realizar estas actividades, tiene que ser considerado como delito consumado. Tenerlas ya dispuestas para realizar estas actividades, pero aún como posibilidades de escapar o de negarse a la explotación, sería tentativa; mientras que otras conductas de preparación del lugar o del medio de transporte solo podrán constituir alguno de los actos preparatorios a que se refiere el apartado 8³.

El tipo subjetivo serían las conductas tipificadas en el 177 bis, que adquieren su autonomía en la medida que se realicen con alguna de las finalidades señaladas (en este caso la imposición del ejercicio de la prostitución. Esto es suficiente para realizar el tipo delictivo, aunque no es necesario que se produzcan efectivamente.

El artículo 177 CP también enuncia una serie de supuestos donde la pena se agravaría, como la trata de menores (como podría el caso de una de las chicas del club, Nicoara) o cuando “*el culpable perteneciese a una organización criminal*”, cuya posibilidad se podría aplicar al caso (art. 177 bis. 6 CP) o la responsabilidad de personas jurídicas.⁴

En primer lugar, el apartado 4 contiene una cualificación de carácter general, por la que se impone la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando a) con ocasión se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad; c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad,

² Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pág. 184 – 185.

³ Ese apartado enuncia que: la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

⁴ Este artículo fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, la cual modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

discapacidad o situación. El caso de que Nicoara, la menor que ejercía la prostitución en el club, si ésta fuese el sujeto pasivo del delito de trata de personas, se debería de aplicar esta agravante.

En el apartado 6, en el que impone la pena superior en grado e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciese a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. También se podría aplicar en el caso de que existiese el delito de trata de seres humanos porque podría ser que estemos ante una organización que se dedicaba a captar mujeres en Rumanía y traerlas a España para que ejerciesen la prostitución de manera forzada.

También existe una agravación específica para los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, a quienes se les aplicará la pena en la mitad superior, pudiendo elevarse en la pena superior en grado. Será superior en grado si también concurren las circunstancias del apartado 4, que sería el caso de víctima menor de edad.

Por último, en el apartado 7 del art. 177 bis se establece cuando, una persona jurídica sea responsable de este delito, se impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del art. 33 del Código Penal⁵. Sería el caso en que, existiendo trata de seres humanos, se le podría aplicar esta agravante a Santiago y a Alberto.

La víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado⁶.

1.2.1.1 IRRETROACTIVIDAD

En este caso, este artículo podría no llegar a ser aplicable debido a que los hechos probablemente punibles, como son la captación de María D. o el alojamiento con los datos que se han descrito habrían empezado a ser delictivos, teniendo en cuenta

⁵ Este art. del CP nos habla de las penas graves, que en este caso se impondrían: la inhabilitación absoluta.; las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años; la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años; la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

⁶ Art. 177 bis 11 CP.

el art. 7 del CP, el día 29 de marzo de 2010⁷, que fue cuando María llega a A Coruña y la gerente del Club Plenilunio, Tatiana, le informó que había sido trasladada desde Rumanía no para trabajar en la limpieza de un restaurante, sino para ejercer la prostitución, dado que tanto los delitos como las faltas se entienden como cometidas en el momento que el sujeto ejecuta la acción⁸.

Por tanto, con lo descrito anteriormente, la posibilidad de aplicar este artículo podría entrar en conflicto con uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y consecuencia obligada del principio de legalidad, que es la irretroactividad de las normas penales (STC 150/1997 de 29 de septiembre (RTC 1997\150))⁹.

La regla principal de la irretroactividad es que las leyes penales solamente se aplican a los hechos acontecidos durante su periodo de vigencia, no a los que acontecen antes de la entrada en vigor de dicha norma. Por tanto, de esto se desprende que nadie puede ser castigado por una ley posterior a la perpetración del hecho¹⁰.

⁷ El art. 7 del Código Penal afirma que “A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.”

⁸ El art. 9.3 de la Constitución Española afirma que se “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁹ FJ 3: “*En realidad, así debe entenderse reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. La retroactividad establecida en el art. 40.1, in fine, de la LOTC supone una excepción in bonum a lo prevenido, en términos aparentemente absolutos, por el art. 161.1 a) CE («la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada»).* Sin embargo, semejante excepción tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional. Como ya hemos avanzado en el fundamento jurídico 3º de esta sentencia, es del todo evidente que el principio de alcance general así implícito en el citado art.25.1 CE no agota su concreción en lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, tan sólo aplicable, como hemos reiterado, a los procesos de declaración de inconstitucionalidad. Aquel principio general, en efecto, ha de proyectarse, con su alcance propio, para medir los efectos de cualesquiera procesos constitucionales lo que presupone la existencia de cauces de revisión penal para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 25.1 CE, todo efecto de la sentencia de condena dictada, en su día, conforme a una interpretación de la ley penal que ha sido desautorizada, por inconstitucional, en sentencia dictada en recurso de amparo. En nuestro ordenamiento puede entenderse que uno de estos cauces procesales es el previsto en el motivo cuarto del art. 954 LECrim. En el auto aquí enjuiciado el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la admisión a trámite del recurso de revisión con el argumento de que la doctrina contenida en la STC 111/1993 carece de efectos retroactivos, ya que el art. 40.1 LOTC sólo los atribuye a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad. Siendo así que la referida STC 111/1993 fue dictada en un recurso de amparo y que en su fallo se dejó «vivo» el art. 321.1 CP, aunque ciertamente se excluyó pro futuro una determinada interpretación del mismo, la única vía a través de la que la recurrente podría hacer valer sus derechos es, a juicio de la Sala, la de la solicitud del indulto total. Lleva razón el auto recurrido cuando advierte que los efectos previstos en el art. 40.1 LOTC se refieren exclusivamente a las sentencias recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que declaran la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley”.

¹⁰ Véase ORTS BERENGUER, E Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal (parte general)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014, págs. 78 – 79.

Aparejada a la irretroactividad se encuentra la retroactividad de las leyes penales, que se aplica en caso de que, si estas leyes penales entran en vigor después de que hubiesen ocurrido los hechos, siempre y cuando estas normas favorezcan al reo. Debido a esto, se deduce que si en la ley se considera un hecho que en la antigua ley no era delito, la ley más reciente no tiene efectos retroactivos, ni se podría aplicar a sucesos que hubiesen ocurrido durante la vigencia de la derogada.

Por todo lo anterior, considero que el delito de trata de blancas en la modalidad de explotación sexual no podría ser aplicable en el caso de María, que es en donde existen los indicios suficientes para poder aplicar dicho artículo debido a que se vulneraría el principio de irretroactividad, y en consecuencia, el principio de legalidad.

Sin embargo, si hubiese existido trata de personas con respecto a las otras siete mujeres rumanas, sí podría aplicarse el artículo, dado a que todas ellas entran en España entre 2012 y 2014, momento en el cual ya es aplicable este precepto del Código Penal.

1.2.2 DELITO DE PROSTITUCIÓN

Uno de los delitos que sí se podrían llegar a aplicar en este caso sería el ejercicio de la prostitución en el art. 188 CP, que se define como *“la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”*.

El bien jurídico protegido del artículo 188 del Código Penal es el “costreñimiento o coacción para el ejercicio de la prostitución con propósitos lucrativos doblegando la voluntad de las víctimas; es un delito contra la libertad sexual como se desprende de la rúbrica donde esta sistemáticamente colocado”.¹¹

En este delito se castigan dos conductas emparentadas por el hecho de que tienen por objeto a una persona mayor de edad prostituida.

En el caso de la prostitución de mayores de edad, la única razón de la incriminación de los hechos que la favorezcan es el ataque a la libertad sexual de la persona que se prostituye, obligándola a practicarla.

La acción típica puede llevarse a cabo bien por el empleo de la violencia o intimidación, bien mediante engaño, bien abusando de una situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad.¹²

La primera conducta consiste en determinar a otra persona a prostituirse o a mantenerse en la prostitución, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, o necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Ampliando el concepto de intimidación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones con respecto al ejercicio de la prostitución. En concreto, la STS 1583/2002 de 3 de octubre (RJ 2002\9356), define la intimidación

¹¹ STS 380/2007 (Sala de lo Penal) de 10 de mayo (RJ 2007\3503).

¹² MUÑOZ CONDE, op. cit. Págs. 247 y 248.

tiene que ser “de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado.

Asimismo, la intimidación para ejercicio de la prostitución ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación. Tampoco basta con examinar las características de la conducta de la persona acusada, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean esa acción. Significa que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona y la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada¹³.

Además de la intimidación, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado con respecto a las coacciones hacia la víctima¹⁴. La jurisprudencia ha admitido que las coacciones a las que se refiere el art. 188.1º CP no se necesitan traducir en lesiones corporales de la víctima, sino que basta con cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima¹⁵.

En el caso del engaño no existe en el delito cuando no se paga lo convenido. Sí, por el contrario, el engaño recae sobre el ejercicio de la prostitución misma¹⁶. La retención en la práctica de la prostitución puede constituir una detención ilegal, que entraría en concurso con el delito relativo a la prostitución.

En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquella permite la realización del tipo. Más aún, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el art. 188,1 CP podría tener menor entidad que la prevista en el art. 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la “vis compulsiva” ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la “vis compulsiva” también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del art. 188.1 CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, solo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del art. 188,1 CP requiera mayores exigencias que el delito de coacciones¹⁷.

Entre los medios comisivos, en el engaño se puede incluir a personas extranjeras que acuden con falsas promesas de contrato de trabajo y posteriormente son prostituidas.¹⁸

¹³ STS 450/2009 (Sala de lo Penal) de 22 de abril (RJ 2009\3072).

¹⁴ Las coacciones aparecen reguladas en el art. 172 CP: “*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*”.

¹⁵ STS 74/1998 (Sala de lo Penal) de 26 de enero (RJ 1998\94).

¹⁶ Muñoz Conde pone como ejemplo de engaño a la persona se le dice, que va a trabajar de camarera, pero después, cuando no tiene alternativa, se le dice que tiene que tener relaciones sexuales con los clientes, como parte de su trabajo.

¹⁷ SAP Madrid (Sala de lo Penal) 615/2014 (Sección 3ª) de 24 de octubre (ARP 2014\1436).

¹⁸ Elemento que ha sido introducido por la STS (Sala de lo Penal) 184/1999 de 15 de febrero (RJ 1999\1168).

La segunda de las conductas que están previstas en el art. 188 CP es “lucrarse explotando la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento”. Se entiende que se castiga la imposición de condiciones abusivas a las personas que ejercen la prostitución, aprovechando su situación de necesidad. De este modo, lucrarse de la prostitución de otro que la ejerce libremente no es en sí delito.

Los rendimientos económicos se derivan de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida el ejercicio de la prostitución por el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Por tanto, se castiga la prostitución que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida¹⁹.

Como en la trata de personas, las agravantes que se podrían aplicársele al caso si la víctima es menor de edad (apartado 2) o la posible existencia de una organización criminal que se dedique a estas actividades (apartado 4 b).

En el caso de prostitución de un menor de edad, los sujetos pasivos son los menores. El bien protegido sería la protección al menor con una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad. En los casos en los que el menor de edad no es necesario ningún ataque a la libertad del menor, que en el caso de darse permite la apreciación del tipo cualificado del art. 188. 3 que puede darse cuando el menor esté de acuerdo en prostituirse o esté ya prostituido.

El sujeto activo puede ser cualquier que realice alguna de las conductas descritas en los respectivos tipos.

Todos los delitos relativos a la prostitución de menores exigen el tipo subjetivo del conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituye es menor de edad. Este conocimiento puede ser deducido de indicadores externos tales como las relaciones previas de los sujetos, circunstancias del lugar donde se practique la prostitución, etc.

En los arts. 187.4, 188.4b y 189.3.e se impone la pena superior en grado a las correspondientes a los delitos de participación en la prostitución cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

La cualificación está plenamente justificada. Uno de los ámbitos donde suele presentarse el fenómeno de la delincuencia organizada es en relación con los delitos relativos a la prostitución. Las organizaciones criminales en esta materia tienen además, ramificaciones que van más allá de las fronteras estatales. La internacionalización de la lucha este tipo de delincuencia ha llevado a que se aplique el principio de justicia universal (23. 4 LOPJ). El concepto de asociación coincide debe tratarse de un conjunto de tres o más personas organizadas, para llevar a cabo estos delitos.²⁰

¹⁹ STS (Sala de lo Penal) 326/2010 de 13 de abril (RJ 2010\5552).

²⁰ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pág. 239 y 240.

1.2.3 DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL

Por último, habría que tener en cuenta la detención ilegal de las mujeres que ejercían la prostitución en el club por parte de los empleados y propietarios del club (art. 163 CP). La conducta típica consiste en privar al sujeto de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico.

En este supuesto se prevén dos modalidades de acción: encerrar y detener. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad; en ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona.

Por un lado, “encerrar” equivale a situar a una persona en un lugar no abierto, sea mueble o inmueble²¹. Esto supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto.

Por otra parte, “detener” equivale a privar a una persona de la facultad de alejarse en un espacio abierto²². Por tanto, y teniendo en cuenta esto, la conducta que se podría tener en cuenta dadas las circunstancias del caso sería la de encerrar. Esto implica que se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación²³.

Asimismo, el art. 163. 3 CP recoge el tipo agravado que cualifica la pena de las detenciones ilegales que tengan una duración superior a 15 días. Por tanto, se entiende que afecta a la mayor afcción del bien jurídico que supone una duración prolongada de la situación de privación de libertad.²⁴

Un delito de detención ilegal consiste en la privación de la libertad deambulatoria de la persona y que esa privación de libertad sea ilegal; y de un elemento subjetivo consistente en el conocimiento de que se está privando a una persona de su libertad de deambulación de forma arbitraria e injustificada.²⁵

El elemento subjetivo significa que el dolo requiere la voluntad de impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria no requieren de otro elemento específico.

El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo, hay veces que esto se trataría de un delito permanente.

La Jurisprudencia ha recalado que el delito relativo a la prostitución del art. 188 CP puede concurrir junto con el de detención ilegal, porque la actuación coactiva que figura en el precepto últimamente citado no exige inexcusablemente la prohibición o impedimento de la libertad ambulatoria, ni la exigencia de un confinamiento especial,

²¹ SSTS (Sala de lo Penal) 531/2002 de 20 de marzo (RJ 2002\6757); 668/2003 (Sala de lo Penal) de 7 de mayo (RJ 2003\4055).

²² SSTS (Sala de lo Penal) 436/2000 de 13 de marzo (RJ 2000\1468); 1058/2004 de 27 de septiembre (RJ 2004\6987).

²³ STS (Sala de lo Penal) 2109/1994 de 28 de noviembre (RJ 1994\9146).

²⁴ Véase SUÁREZ-MIRA DOMÍNGUEZ, C. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Ed. Thompson Reuters Civitas. Madrid 2008, págs. 131 – 134.

²⁵ STS (Sala de lo Penal) 2194/2001 de 19 de noviembre (RJ 2002\1517).

por lo que ambas infracciones son totalmente independientes. Además, el bien jurídico protegido es distinto (libertad sexual y libertad de movimientos)²⁶. Se trataría de un concurso de delitos.

1.2.4 TRÁFICO DE PERSONAS

El tráfico ilegal se refiere a cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

La STS 1059/2005 ha considerado que "el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadores de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones".

La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la LO 4/2000 de Extranjería, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el art. 25 de la Ley de Extranjería se regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Existen tres modos de comisión diferentes: el movimiento de personas desde el extranjero hacia España, la salida de alguien de España al extranjero y el tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina.²⁷

En numerosas sentencias de principios de la década del 2000 se habla de la inmigración clandestina o tráfico de personas, que aparece regulado en el art. 318 bis del Código Penal, en el caso de la entrada de forma legal en España pero que concurre

²⁶ STS (Sala de lo Penal) 1588/2001 de 17 de septiembre (RJ 2001\9014), y 2194/2001 de 19 de noviembre (RJ 2002\1517). En ambas sentencias que han declarado la existencia de un delito de prostitución y de detención ilegal, debido a que se les privó a las mujeres de su libertad deambulatoria porque se les privó de tener su dinero y su propio pasaporte.

²⁷ Definido por la STS (Sala de lo Penal) 968/2005 de 13 de julio (RJ 2005\5564).

ilegal por diversos motivos (por ejemplo, entrar con un visado de turista y permanecer más tiempo de lo convenido en éste en territorio español). En este caso concreto, este artículo no tal vez no sería aplicable dado a la incorporación de Rumanía en la Unión Europea en el 1 de enero del año 2007, por lo que los ciudadanos rumanos que entren en España no tendrían la condición de extranjeros, sino la condición de ciudadanos comunitarios. Por ello, la Unión Europea precisa que, en todo caso, *“sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”*.

Por tanto, se entiende que este artículo solo sería aplicable a extranjero, no a nacionales ni ciudadanos comunitarios.

1.2.5 DELITO CONTRA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

En materia de trata de personas cuyo fin es la explotación laboral, el legislador ha sancionado conductas asociadas a la trata en los arts. 312 y 313 CP.

Estos artículos sancionan a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra y a quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo, ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Se sanciona también a quien promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

Antes de la importantísima reforma que sufrió el Código Penal en el año 2010 no se hacía referencia a la “trata de personas” sino únicamente al “tráfico”, con lo que había que recurrir a los artículos que acabo de mencionar, sin embargo tras esa reforma se crea el art. 177 bis, de la trata de seres humanos, que es el precepto que se está usando hoy en día.

Por tanto, este artículo solo sería aplicable en el caso de que se considere a los ciudadanos rumanos como extranjeros y que no diese lugar a la aplicación del artículo sobre la trata de seres humanos.

Debido a la existencia de varios delitos, podría suceder que se tengan que aplicar las reglas especiales para la aplicación de las penas (concursos), que aparecen reguladas en el Código Penal en los arts. 73 a 77.

1.3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todo lo anterior, comenzaré a analizar las posibles consecuencias penales que podrían haber incurrido cada uno de los sujetos implicados en este caso.

1.3.1 ROMELIA

En primer lugar, voy a tratar el caso de Romelia, que es la mujer que propuso a María irse a España a limpiar un restaurante propiedad de una tía suya, llamada Tatiana; y compra un billete de autobús a María hacia A Coruña. Teniendo en cuenta estos datos, no se podría precisar con exactitud si Romelia conocía la actividad que finalmente iba a desempeñar María en el club, y por tanto, si formaba parte de la organización delictiva como la persona que se encargaba de captar a las mujeres en Rumanía para ejercer la prostitución en España.

A pesar de lo anterior, podría haber un indicio en contra de Romelia: la compra del billete de autobús a la víctima, dado que posteriormente Tatiana la obliga a trabajar como prostituta en base a la existencia de una “deuda”, que por el momento lo único que podría considerarse como ello sería el trayecto hasta Galicia.

Por tanto, analizando el caso desde la perspectiva de que Romelia sí conocía a lo que se dedicaba Tatiana y además era una más de toda la organización de índole delictiva, se le podría aplicar como autora de un delito de trata de blancas, recogido en el art. 177 bis CP, ya que se podría haber encargado de captar a mujeres en su país natal ofreciéndole un trabajo, para que posteriormente éstas fuesen explotadas sexualmente en España, a cambio de, probablemente, una remuneración económica.

Este delito lleva aparejada una pena de 5 a 8 años de prisión, además de la pena superior en un grado e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo que dure la condena (art. 177 bis 6 CP) en el caso de que Romelia finalmente perteneciese a una organización delictiva. El cálculo de las penas en su mitad superior aparecen recogidas en el art. 70.1 CP, y el cálculo final de la pena sería de 6 años y medio a 8 años, más las inhabilitaciones que he mencionado anteriormente.

Pero, debido a que los hechos han ocurrido entre comienzos del 2010 al 29 de marzo de 2010, el art. 177 bis en todo su conjunto probablemente no se podría llegar a aplicar en el caso dado al principio de irretroactividad que he expuesto anteriormente. Por lo tanto, Romelia muy probablemente no se le podría haber implicado ningún delito.

Pero en el supuesto de que Romelia sí era la encargada de captar a todas las mujeres que posteriormente fueron prostituidas en el club “Plenilunio”, y por tanto, formaba parte del entramado delictivo, sí se la podría imputar por este delito en el caso

de las otras 7 mujeres, la cual una de ellas era menor de edad, lo que incrementaría la pena en su mitad superior.

Por tanto, si lo anteriormente expuesto hubiese ocurrido de esa forma, se trataría de 7 delitos de trata de personas para la explotación sexual, con la agravante de pertenencia a una organización delictiva y que una de las mujeres captadas era menor de edad.

1.3.2. TATIANA

Ahora voy a analizar las posibles consecuencias penales que podría haber incurrido Tatiana. Ella era la gerente del local donde trabajaban las 8 prostitutas, y de la que María dijo que le obligó a trabajar como prostituta para saldar una “deuda”. Además, le prohibía salir del local fuera del horario de trabajo, y si lo hacía, sería acompañada de Pietro, un trabajador del local.

En primer lugar, en caso de que se pudiese aplicar el art. 177 bis CP relativo a la trata de personas, como autora, con los datos que se me han proporcionado se podría deducir la existencia de este delito en el caso de María, ya que en el caso de las otras 7 mujeres no hay datos suficientes. También se le aplicaría el agravante de organización delictiva. Así que la pena final para este delito en concreto considero que serían de seis años y medio a ocho años con la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo que dure la condena, como en el caso de Romelia. Pero, como en el supuesto anterior, este artículo es muy difícil que se aplique por la misma razón: que la acción punible ha comenzado antes de la entrada en vigor del artículo. Por lo tanto, Tatiana podría no ser juzgada por la trata de personas.

Pero, como también he expuesto anteriormente en el caso de Romelia, si en el caso de que siete mujeres rumanas fuesen objeto de trata de blancas para la explotación sexual, este delito sí se le podría aplicar en las mismas circunstancias y agravantes que en el caso de Romelia (siete delitos de trata de personas con las agravantes de pertenencia a un grupo encargado a cometer dicho delito y que una de ellas era menor de edad).

Por otro lado, teniendo en cuenta los hechos, podría dar lugar a la existencia de 8 delitos de prostitución, como autora, dado que Tatiana posiblemente engañó a María, según su testimonio, y con respecto de las otras 7 mujeres, se podría haber lucrado de la profesión que ellas ejercían, siempre y cuando éstas estuviesen realizando la prostitución de forma libre. Asimismo, en el caso del ejercicio de la prostitución de Nicoara, la pena se incrementaría porque ella era menor de edad, teniendo en cuenta el apartado 2 del art. 188 CP, además de que en este caso es indiferente que Nicoara la ejerciese libremente. Otra de las agravantes que se podrían llegar a aplicar sería la del art. 188.4.b dado a la existencia de indicios que pueden dar lugar a que Tatiana perteneciese a una organización que se dedica a esta actividad. De este modo, se la podría acusar de 8 delitos de prostitución, uno de ellos con la agravante de prostituir a

una menor de edad, y con la agravante de pertenencia de una organización criminal. Este delito lleva aparejada una pena de 2 a 4 años en su modalidad básica y de 4 a 6 si están involucrados menores de edad, más la agravante en su mitad superior por pertenencia a un grupo delictivo.

Dado lo anterior, se deduce que la pena sería 7 delitos con la agravante de pertenencia a un grupo criminal, es decir, de 3 a 4 años, y un delito de prostitución de menores con la misma agravante, cuya pena final sería de 5 a 6 años.

Por último, la existencia de rejas en las habitaciones de las mujeres, que tuviesen todas ellas que salir siempre acompañadas del local y que tuviesen en su poder los pasaportes de las mujeres, hace que se pueda considerar la existencia de un delito de detención ilegal consumado, por sobrepasar los 15 días, regulado en el art. 163.3 CP. Teniendo en cuenta los datos proporcionados, se podría deducir que todas las mujeres estaban retenidas contra su voluntad, así que serían ocho delitos.

Con respecto a la pena que lleva aparejada este delito, el Código Penal determina que serían de 5 a 8 años de prisión.

Debido a la existencia de varios delitos, se daría una situación concursal. El art. 77 CP regula lo que comúnmente se conoce como “concurso medial”. Se da cuando se comete una infracción como medio necesario para cometer otra, es decir, se comete dicha infracción con la finalidad de cometer otro, no como un fin en sí mismo. Es totalmente necesario que, para que exista el concurso medial, que el delito no se pudiese haber producido sin el otro.

En estos casos, y según el art. 77.2 CP, la pena se aplica en su mitad superior la pena de la infracción más grave, siempre y cuando ésta no supere lo que correspondería aplicar si esas infracciones se penasen separadamente.

1.3.3. PIETRO

Con respecto a Pietro, podrían existir las siguientes consecuencias penales derivadas del ejercicio de la prostitución:

En primer lugar, dado que era la persona que se encargaba de que las mujeres no saliesen solas a la calle y que probablemente conocía la situación de las mismas, a Pietro se le podría llegar a imputar un delito de prostitución en grado de cooperador necesario para la comisión de dicho delito (art. 28. b CP: “*son cooperadores necesarios los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”). Asimismo, también se le podría considerar como parte de la organización criminal que gestionaba todo el negocio, es decir, que es posible que no fuese un simple camarero de un club. Si se entiende que la situación es ésta, se aplicaría la agravante de pertenencia a una organización criminal. Por tanto, la pena sería de 8 delitos de prostitución, uno de ellos con la agravante de que la víctima era menor de edad, como he desarrollado anteriormente con respecto a Tatiana, cuyo grado de participación sería el de cooperador necesario.

Los cooperadores necesarios se castigan con la misma pena que la autoría, así que en este caso Pietro tendría la misma pena que Tatiana con respecto a este delito.²⁸

Otro de los delitos que se le podría llegar a imputar a Pietro sería el de detención ilegal. Si partimos de la base en que Pietro se encargaba de vigilarlas cuando éstas salían del club y que probablemente también supiese que ellas tenían rejas en las ventanas y de que las mujeres no tenían sus propios pasaportes en su poder, se le consideraría como cooperador necesario para la comisión del delito, debido a que sin él las chicas no podían salir del local, les restringía su derecho a la libertad ambulatoria.

Por tanto, y como la cooperación necesaria es considerada como la autoría, la pena en este caso también sería la misma que la de Tatiana, es decir, 8 delitos de detención ilegal consumados porque han pasado más de 15 días detenidas en grado de cooperación necesaria.

Finalmente, con respecto a los concursos, la detención ilegal sería un medio para que se logre el delito de la prostitución, por lo tanto estaríamos ante un concurso medial, donde para determinar la pena final, se tomaría la pena más alta y le añadiríamos la mitad superior.

1.3.4. ZULAIKA

En el caso de Zulaika, las responsabilidades penales que podrían haber incurrido debido al ejercicio de la prostitución en el local “Plenilunio” serían las siguientes:

Con respecto a Zulaika también hay que tener en cuenta el delito de prostitución recogido en el art. 188 del CP, porque al trabajar en el club como recepcionista y llevar a cabo el registro de los hombres que entraban en el local, conocía que allí se ejercía la prostitución, y además que ella guardaba todas las ganancias que hacían las chicas con su trabajo.

Asimismo, con los datos que me proporciona este caso, es muy difícil saber si la recepcionista pertenecía a un grupo criminal que se encargaba del ejercicio de la prostitución. Por lo tanto, la aplicación de la agravante de pertenencia a una organización que se encargaba de esta actividad ilegal podría no ser aplicable.

Por lo que respecta al grado de participación en dicho delito, lo que considero que sería cómplice, ya que su actividad en la comisión del delito considero que se podría haber llegado a realizar igualmente debido que solo se encargaba de cuestiones relacionadas con la entrada de los clientes en el club y la posterior recogida del dinero que los clientes abonaban por los servicios prestados en el local (art. 29 CP)²⁹.

²⁸ Art. 28. b CP: “También serán considerados autores: Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

²⁹ Art. 29 CP: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

Otra responsabilidad penal que se le podría llegar a imputar debido a los hechos ocurridos en el local “Plenilunio” sería, como al resto de personas que se encargaban de gestionar el local sería el de detención ilegal, entendiéndose como un delito consumado por el artículo 163.3 CP. Zulaika podría imputársele este delito debido a que en la recepción se encontraron todos los pasaportes de las ocho mujeres rumanas que ejercían la prostitución en el club. Por tanto, con esta acción se limitaba la libertad de las mujeres.

En cuanto al grado de participación, si consideramos que se ha coartado la libertad de las prostitutas del club porque sin el pasaporte ninguna de las mujeres podría salir del país, podría ser el de cooperadora necesaria, dado que sin esta acción no se podría llegar al resultado final del delito.

Con respecto a la relación concursal, en el caso de Zulaika sería un concurso medial dado a que el delito de detención ilegal se consuma porque en realidad lo que se quería conseguir mediante éste sería el ejercicio de la prostitución de las ocho mujeres de nacionalidad rumana.

1.3.5. SANTIAGO Y ALBERTO

Finalmente, voy a analizar las posibles consecuencias penales de Santiago y Alberto conjuntamente debido a que eran los dos únicos socios de la Sociedad que gestionaba el club y entiendo que tendrían las mismas consecuencias penales ambos.

En primer lugar, el art. 177 bis del CP relativo a la trata de personas, cuyo fin era la explotación sexual de María en este caso porque se trataban de las personas que en realidad se encargaban de gestionar el club y posiblemente, ambos conociesen e intervinieron en el engaño para que María finalmente trabajase como prostituta en su club. Asimismo, ambos formarían parte de la organización criminal que se considera un agravante en el Código Penal con respecto a la trata de personas.

Obviamente, como ya he expuesto anteriormente en el caso de María no se les imputaría este delito, porque la trata habría ocurrido a principios del 2010 y este delito entró en vigor en el Código Penal en diciembre. Pero sí se podría aplicar en el caso de que las otras siete mujeres rumanas hubiesen sido engañadas para trabajar en España en una actividad no delictiva, porque los hechos en el caso de estas siete mujeres acontecieron durante los años 2012 y 2014, cuando ya se podría aplicar este artículo porque ya habría entrado en vigor. En el caso de que así fuese, que la trata hubiese existido, otro agravante sería la de trata de una menor de edad, que incrementaría la pena en su mitad superior.

Con respecto al ejercicio de la prostitución y del posible lucro de ambos sujetos con el ejercicio de esta actividad, este delito se encuentra en el CP en el art. 188 donde se castiga esta práctica. Como son los jefes al fin y al cabo del local donde ocurría la

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

posible actividad delictiva, se les podría considerar como autores de 8 delitos de prostitución, con las posibles agravantes de que la actividad se ha realizado en el seno de una organización que se dedicaba a esta actividad delictiva, y que una de las chicas era menor de edad.

Por tanto, las penas aplicables serían las mismas que se aplicarían en el caso de Tatiana con respecto a esta responsabilidad penal.

Por último, si tenemos en cuenta el art. 163.3 CP relativo a la detención ilegal, al ser los socios de la empresa que gestionaba el “Plenilunio”, son responsables de los hechos acaecidos en dicho local. Por tanto, tanto Alberto como Santiago serían imputados por 8 delitos de detención ilegal de las mujeres que trabajaban como prostitutas en el club.

También considero que, por lo que he expuesto anteriormente, tendrían la condición de autores del delito del que estoy tratando, ya que sea directa o indirectamente, intervienen en la comisión de la detención ilegal consumada en la característica de “encierro”.

Con respecto a los concursos, sería lo mismo que en el caso de Tatiana, debido a que el fin final de la perpetración de la trata de personas como la detención ilegal sería el ejercicio de la prostitución. Por consiguiente, estaríamos ante un concurso medial.

2. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENAS DERIVADAS DE LAS SUSTANCIAS ENCONTRADAS EN EL CLUB

2.1 ANTECEDENTES

En la barra del bar del club “Plenilunio” se encuentra un armario con llave, que contenía en su interior 17 frascos cuyo nombre era “Orgasmus” y “Liquid Gold”. Pietro dice que son *poppers*, un excitante sexual que el camarero compra a través de internet en una tienda online de Polonia, para después vendérsela a los clientes del club. Mediante los análisis pertinentes, se determina que los botes contenían nitrito de amilo.

Asimismo, también encuentran una bolsa de plástico con pastillas con un peso de 7 gramos, que después de ser analizadas, se determina que es hidrocloreto de ketamina. Pietro dice que se trata de un pago proporcionado por un cliente que no podía pagar por el servicio sexual. Además, éste dice que él la única persona que tiene la llave de dicho armario y que a veces él y alguna chica que trabaja en el local las consumen en el mismo local. Aunque también reconoce que una vez vendió una pastilla a un cliente de “Plenilunio”.

2.2 CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL HIDROCLORURO DE KETAMINA Y EL NITRITO DE AMILO

2.2.1 HIDROCLORURO DE KETAMINA

El hidrocloreto de ketamina es una sustancia psicotrópica que se utiliza como anestésico general de acción rápida, antiguamente utilizado en niños y ancianos, pero actualmente restringido al ámbito veterinario, produciendo al despertar sensaciones psíquicas muy vivas, como modificaciones del humor, experiencias disociativas de la propia imagen, sueños y estados ilusorios. Produce también efectos importantes en el sistema cardío-vascular. Su uso está autorizado como agente anestésico para intervenciones quirúrgicas y de diagnóstico, y su uso es exclusivamente clínico.

Para su posesión, es necesario que el sujeto que tenga esta sustancia en su poder sea importador de sustancias de este tipo, para su posterior elaboración y transformación en especialidades farmacéuticas, bien para uso hospitalario o veterinario, o tener autorización para su manipulación, transformación, reelaboración o reventa.

Esta sustancia se ha propagado en los últimos años como sustancia de abuso utilizada con fines de ocio. Tiene un elevado potencial alucinógeno, pues su inhalación causa un efecto disociativo al producir la sensación de que la mente se separa del cuerpo, generando vivencias imaginarias, alucinaciones, delirios y por tanto episodios psicóticos. Y produce dependencia psicológica y, a la larga, también física. A corto plazo puede tener efectos graves imprevisibles y, a largo plazo, también efectos cerebrales irreversibles.

En España, la *Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos*, en su art. 1 se afirma la inclusión de dicha sustancia “*en la lista IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, así como sus variantes estereoquímicas, racematos y sales, siempre que su existencia sea posible, siéndoles de aplicación las medidas de control y sanciones penales previstas para las sustancias que integran dicha lista de control*”.

Pero, el hidrocloreuro de ketamina aún no ha sido incluido en dicha lista del Real Decreto. Por lo tanto, caben varias interpretaciones sobre si esta sustancia se puede considerar como una droga psicotrópica y si es legal su posesión.

Por un lado, la SAP Barcelona (Sala de lo Penal) de 25 julio 2014 (JUR\2014\235680) expone que “debe tenerse presente que esta sustancia, en rigor legal, no es de las que autoriza la tipificación, por no ser susceptible de considerarse como “tóxica, estupefaciente o psicotrópica”, en el sentido del citado precepto, ya que no consta incluida en las listas ya previstas en el Convenio de 21 de febrero de 1971”. Esta afirmación implicaría que sería legal su posesión al no estar fiscalizada ni incluida en el anexo de sustancias peligrosas y psicotrópicas.

Pero, por otra parte, la SAP (Sala de lo Penal) de las Islas Baleares 31/2014 de 4 de diciembre (JUR\2015\67768) expone que Los hechos declarados probados son constitutivos del delito contra la salud pública en la modalidad de tenencia preordenada al tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud ex artículo 368.1 del Código Penal [...] la tenencia o posesión de la sustancia estupefaciente (en este caso MDMA, Ketamina y cocaína) [...] sustancia estupefaciente, es un hecho incontrovertido al igual que la cantidad, distribución e identificación de lo intervenido a la acusada, resultando el dato objetivo analizado referido a la naturaleza y características de la sustancia, de la prueba pericial debidamente introducida en el plenario resultando ser MDMA y Ketamina; sustancias que se hallan catalogadas entre las sustancias que causan grave daño a la salud. Esta sentencia, por tanto, afirma algo totalmente diferente a la sentencia anterior: que la sustancia incautada en el local “Plenilunio” sí está catalogada como una sustancia perjudicial para la salud.

Pero el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) se ha pronunciado en la sentencia 208/2014 de 10 de marzo (RJ 2014\1701), donde se ha considerado el hidrocloreuro de ketamina una sustancia que causa daño a la salud, porque figura en la lista de sustancias fiscalizadas, “*según consta en el Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, en el que se publicó la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre por la que se incluye la sustancia ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos*”. Por tanto, el Tribunal Supremo también ha entendido que la ketamina causa grave daño a la salud, así que tomaré esta línea jurisprudencial en el caso de esta sustancia.³⁰

³⁰ Esta sentencia se considera que ha creado doctrina.

En todo caso, si la sustancia incautada finalmente se pueda considerar como una droga psicotrópica y un estupefaciente, tendríamos que analizar si la cantidad incautada supera lo que es conocido como “consumo propio” o, por el contrario, si esta sustancia excede el consumo propio y se consideraría tráfico de drogas³¹.

En el club “Plenilunio” fueron incautados 7 gramos de ketamina en forma de pastillas. Como cantidad aproximada para saber si excede del consumo propio (5 dosis diarias) la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada considera que la dosis sería de 200 miligramos, y sobredosis a partir de los 60 o 70 miligramos, dependiendo de la pureza de la sustancia. Por lo tanto 7 gramos excedería considerablemente de la cantidad que se destinaría para consumo propio, así que se consideraría tráfico de drogas penado en el Código Penal en el art. 368, entendiéndose que se trate de una sustancia tóxica, estupefaciente o psicotrópica.

La OMS define a las drogas como sustancias naturales o sintéticas, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola, la tendencia a aumentar la dosis, la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia.

El tipo subjetivo es que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas. Si la intención es la de favorecer el consumo propio falta el dolo. El error sobre el carácter nocivo de la sustancia en cuestión puede considerarse como un error sobre un elemento integrante de la infracción penal o en su caso determinaría la exclusión del comportamiento del ámbito del Derecho penal, aunque en la práctica no se hace uso de tal posibilidad.³²

Otra cuestión diferente es lo que narra Pietro a las autoridades policiales sobre el consumo de la ketamina, que narra un consumo en grupo de la misma mediante la conducta atípica de la donación. Se trata pues, de que un consumidor, que de acuerdo con otros adictos, adquiere droga y la reparte según su aportación, sin obtener ningún beneficio a cambio. Para ello se tienen que cumplir una serie de requisitos recogidos en la jurisprudencia³³:

En primer lugar, los consumidores han de ser ya todos ellos adictos, para excluir la finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud.

También el consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de la práctica.

Asimismo, la cantidad ha de ser “insignificante” o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

³¹ El art. 25 de la LO 1/1992 dispone que: “el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviese destinada al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo”.

³² Véase SUÁREZ-MIRA DOMÍNGUEZ, C. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Ed. Thompson Reuters Civitas. Madrid 2008, págs. 433 – 437.

³³ STS (Sala de lo Penal) 307/1998 de 31 de marzo (RJ 1998\3760); 201/2008 de 23 de abril (RJ 2008\4646); 29/2009 de 19 de enero (RJ 2009\1536); 850/2013 de 4 de noviembre (RJ 2013\7339).

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública.

Otro requisito es que las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas.

Por último, debe tratarse de un consumo inmediato y que no medie ningún tipo de contraprestación.

Alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en principio que Pietro haya alegado que las pastillas le fueron proporcionadas por un cliente y que eran para su consumo y el de las mujeres que trabajaban en el club hace pensar que se trata de personas que habitualmente consumen este tipo de sustancia, por tanto, se podrían tratar de consumidores habituales. Asimismo, que la cantidad incautada haya sido de 7 gramos no sobrepasaría la cantidad que se consideraría para un consumo en grupo de la misma, dado que el consumo diario, como ya se ha expuesto anteriormente, está en los 200 miligramos.

Pero, por otro lado, que Pietro diga que no ha comprado las pastillas para su consumo y el de las mujeres que trabajaban en el club hace barajar la posibilidad que no estemos ante esta conducta atípica, así como de la venta que hizo Pietro de una de las pastillas a uno de los clientes de “Plenilunio” puede romper con todo lo expuesto anteriormente y que, en realidad, sí se trataba de un acto de tráfico de drogas, en concreto de la sustancia ketamina, y considerado como delito de tráfico de drogas por el art. 368 CP.

2.2.2 NITRITO DE AMILO

Con respecto a los 17 frascos etiquetados como “Orgasmus” y “Liquid Gold”, que son lo que se le conoce como *popper*, un excitante sexual. La sustancia con lo que se elaboran es el nitrito de amilo.

El nitrito de amilo aumenta el ritmo cardíaco, dilata los vasos sanguíneos y reduce nuestra presión arterial. Además, proporciona sensaciones asociadas al calor humano, la exaltación, la felicidad, la liberación y ciertos vértigos físicos. La droga también refuerza las sensaciones provenientes de la luz, el movimiento, el sonido y, en general, altera las percepciones sensoriales. Asimismo puede causar alucinaciones. Asimismo, relaja los tejidos musculares lisos y adormece nuestros sentidos. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, el término *popper* designa los productos compuestos a base de nitritos de amilo volátiles, y puede causar cefaleas, náuseas, vómitos, taquicardias e hipertensión, además de debilidad muscular e incluso colapso cardiovascular por vasoespasmo coronario y coma severo.

En España el nitrito de amilo al tener la consideración de sustancia farmacológica, la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, en su art. 95.2 dispone que “no podrán prescribirse y se reputará clandestina la circulación de medicamentos o productos sanitarios no autorizados u homologados, con las responsabilidades administrativas y penales a que hubiere lugar”. Además, la Comisión

de Estupefacientes de Naciones Unidas, en su resolución 53/13 determina que: “*Consciente también de que algunos nitritos se encuentran en productos empleados para fines médicos y no médicos legítimos*”. Por tanto, se entiende que su venta fuera del ámbito farmacológico es ilegal y está prohibida su venta.

Los *poppers* son productos basados en nitritos de alquilo volátiles, son sustancias que no están incluidas de momento en los listados internacionales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta manera no están sometidas a fiscalización³⁴.

Las "Sustancias volátiles" son "Sustancias que se transforman en vapor a temperatura ambiente. Las sustancias volátiles que se inhalan para obtener efectos psicoactivos (también llamadas inhalantes) son los disolventes orgánicos presentes en numerosos productos de uso doméstico e industrial (como pegamento, aerosoles, pinturas, disolventes industriales, quitaesmaltes, gasolina y líquidos de limpieza) y los nitritos alifáticos, como el nitrito de amilo. Algunas sustancias son directamente tóxicas para el hígado, el riñón o el corazón y algunas producen neuropatía periférica o degeneración cerebral progresiva.³⁵

Los signos de intoxicación son agresividad, alteración psicomotriz, euforia, alteración del juicio, mareo, visión borrosa o diplopía, habla farfullante, temblor, marcha inestable, debilidad muscular, estupor o coma.

La jurisprudencia ha determinado que el *popper* crea tolerancia y una considerable dependencia física, lo cual unido a la breve duración de sus efectos buscados, lo convierte en una droga peligrosa, con un elevado riesgo de intoxicación por sobredosis, riesgo de sobredosis que, cabe añadir, que se incrementaría en el caso de carencia o deficiencia en el etiquetado del envase, de forma que propicie el riesgo de un mal uso del producto³⁶.

Por tanto, el nitrito de amilo no se podría englobar dentro del art. 368 CP debido a que no aparece en el Real Decreto 2829/1977, como una sustancia sometida a fiscalización.

Pero sí se podría apreciar que el nitrito de amilo sea una sustancia nociva para la salud, por lo que entraría dentro del art. 359 CP.³⁷

El tipo objetivo de este delito destacan tres elementos: el objeto material consumido por la sustancias nocivas para la salud o los productos químicos que puedan causar estragos, la falta de autorización y la acción de elaborar, despachar, suministrar o comerciar con dichas sustancias.³⁸

³⁴ Auto del Tribunal Supremo 2258/2009 de 7 de julio.

³⁵ Glosario de términos de alcohol y drogas (1994) de la Organización Mundial de la Salud.

³⁶ Auto AP Sevilla 792/2010 de 24 noviembre.

³⁷ Art. 359 CP: “El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años”.

³⁸ Véase SUÁREZ-MIRA DOMÍNGUEZ, C. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Ed. Thompson Reuters Civitas. Madrid 2008, págs. 433 – 434.

El carácter de nocividad de una sustancia lo da tanto su composición, como su uso específico. Aquí se refiere a la nocividad en general de algunas sustancias para la salud y no a la particular que en algún caso concreto pueden tener las sustancias para algunas personas.

Lógicamente la manipulación de estos productos requiere de una especial autorización.

La descripción de este artículo es doble: la acción típica: por un lado, se castiga el despacho, suministro, o comercialización de estos productos sin estar autorizado para ello; por otro, su elaboración sin estar autorizado.

La consumación del delito no requiere la creación de una situación de peligro concreto para la vida o salud de las personas en sentido individual. Respecto a la salud en sentido colectivo, aunque el precepto tampoco exige su puesta en peligro, el hecho de que haya de tratarse de sustancias nocivas que puedan causar estragos, aleja de los delitos de un peligro abstracto y de las infracciones administrativas.³⁹

En el tipo subjetivo, el dolo requiere el conocimiento tanto la ausencia de autorización como de la cualidad peligrosa de las sustancias. Es punible la imprudencia grave.

2.3. CONCLUSIONES

2.3.1 TATIANA

Con respecto a las posibles responsabilidades penales que podría haber incurrido Tatiana por las sustancias que se han encontrado en el local, se podría considerar autora de un delito recogido en el art. 368 CP, relativo al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos.

Asimismo, se podría aplicar la agravante del art. 369.1.3º que el tráfico de drogas se haya hecho en un establecimiento abierto al público, como es el caso del club “Plenilunio”. El hecho de que uno de sus empleados, en concreto Pietro, tuviese solamente él las llaves donde se guardaban los botes de nitrato de amilo considero que no tiene porqué ser exonerada de culpa, porque, si en el caso de que Tatiana desconociese que se vendía drogas en el local por parte de Pietro, ella debería ser también responsable de los hechos cometidos en el local que regentaba.

Otra de las agravantes podría ser la del art. 369.1.4º del CP, relativo a la facilitación de las sustancias peligrosas para la salud a menores de 18 años. En la declaración de Pietro asegura que él mismo consumía las pastillas de hidrocloreto de ketamina y las chicas del local si se lo pedían. Por tanto, cabe la posibilidad de que se hubiese favorecido el consumo de una sustancia posiblemente ilegal a Romelia, la prostituta menor de edad.

³⁹ Véase al respecto SERRANO GÓMEZ, A. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Dyckinson SL. Madrid, 2012, págs. 517 – 518.

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Con respecto al nitrato de amilo o *Popper*, a Tatiana se la puede considerar como autora de un delito contra la salud pública, del art. 359 CP, por las mismas razones que las anteriores, porque la venta de la sustancia perjudicial se ha hecho en el establecimiento del que ella estaba a cargo.

Por tanto, la modalidad básica del tráfico de drogas lleva aparejada una pena de 3 a 6 años de prisión y multa de tanto del triplo del valor de la droga objeto del delito, mientras que con las agravantes se impondría la pena en su mitad superior y la multa del tanto al cuádruplo del valor que tuviesen las sustancias.

Por otra parte, la pena del delito contra la salud pública del art. 359 CP, se recogen penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

2.3.2. PIETRO

Las responsabilidades que podría haber incurrido Pietro por las sustancias que se han encontrado en el club “Plenilunio” podrían ser las siguientes:

Se le podría llegar a imputar como autor de un delito de tráfico de drogas, recogido en el art. 368 del CP por ambas dos sustancias que se encontraron en el club, dado que la venta de hidrocloruro de ketamina es ilegal en España y que, en el caso de que no estemos ante la conducta atípica de la donación, sobrepasa mucho de lo que se consideraría las dosis de consumo propio diario. En este caso, que Pietro haya reconocido que había vendido una pastilla de ketamina podría llegar a ser relevante por la gran cantidad de ketamina, como he dicho anteriormente.

Con respecto a las posibles agravantes aplicables serían en este caso las mismas que en el caso de Tatiana: que los hechos fueron realizados en establecimientos abiertos al público y que las sustancias se pudiesen haber facilitado a menores de 18 años.

Asimismo, podría ser encontrado culpable de un delito contra la salud pública por la venta de una sustancia perjudicial como lo es el nitrato de amilo, en forma de excitantes sexuales para los clientes del club “Plenilunio”.

Las penas que se podrían aplicar en el caso de que Pietro fuese culpable del tráfico de drogas, serían también las mismas que en el caso de Tatiana, el mismo tipo básico de tráfico de drogas y las correspondientes agravantes, así como del delito contra la salud pública, debido a que también se le consideraría autor del mismo.

2.3.3. ZULAIKA

Por último, las consecuencias penales que se podrían derivar de que se hayan encontrado posibles sustancias dañinas para la salud con respecto a Zulaika se resumirían en lo siguiente:

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Si se entiende que Zulaika tenía conocimiento que se consumía ketamina en el local por parte de su compañero y de las mujeres que ejercían la prostitución, se le podría llegar a imputar el tipo básico de tráfico de drogas en el art. 368 CP cuya participación en los hechos sería la de cómplice de los hechos, ya que según los hechos que se narran en el caso, Zulaika no interviene en ningún momento en la comisión de los hechos probablemente punibles.

Por la venta de nitrito de amilo en el club “Plenilunio”, Zulaika podría ser cómplice de un delito contra la salud pública si ella conocía de la venta de esta sustancia en el local en el que trabajaba.

Por otro lado, si finalmente se demuestra que ella desconocía las prácticas con respecto al tráfico de drogas que se impartían en el club, posiblemente ella no tendría ningún tipo de responsabilidad penal derivada de las sustancias que se encontraron en “Plenilunio”.

3. DICTAMEN SOBRE LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES PENALES POR LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN EL CLUB

3.1 ANTECEDENTES

Mediante las investigaciones a la sociedad NA&MA SL, que es la propietaria del local, se descubre que la sociedad consta solo de dos socios: Santiago y Alberto. Santiago es titula del 51% de las participaciones de la sociedad, mientras que Alberto lo es del 49%.

El objeto social de esta sociedad es la “gestión de locales de ocio”, y tiene dos establecimientos abiertos al público, el club de alterne “Plenilunio” y un restaurante llamado “Luna del Principito”.

El dinero proveniente del club no se declaraba a la Hacienda Pública, dado que Tatiana llevaba todo el efectivo a la sede de NA&MA SL y se lo entregaba a los socios, que le otorgaban un 10% de la cantidad total. Además, esas ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el restaurante.

El total debido a la Hacienda Pública en concepto de Impuesto de Sociedades sería lo siguiente: en 2009 156.000 euros; en el 2010 161.000 euros; en el 2011 170.000 euros; en el 2012 125.000 euros y en el 2013 119.000 euros.

Estas cantidades se encuentran en una cuenta abierta en Gibraltar el día 1 de febrero de 2008. Esa idea de desvío de fondos a Gibraltar fue dada por su abogado, Xaime, el cual les garantizó la opacidad de las cuentas gibraltareñas y sería muy difícil la investigación de estas por la policía.

3.2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA GESTIÓN DE FONDOS DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS EN EL CLUB

3.2.1. FRAUDE A LA HACIENDA PÚBLICA

En primer lugar, un posible delito de fraude a la Hacienda Pública. Este delito viene regulado en el art. 305 CP y se puede definir como la elusión de pago de tributos a la Hacienda Pública estatal, foral o local, o de retenciones o ingresos a cuenta obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando de beneficios fiscales.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en su sentencia 1070/2003 de 22 de julio (RJ 2003\5442) ha definido el blanqueo como que “*equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes y así el artículo 301.1 CP describe y castiga aquellas conductas que tienen por objeto adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante con bienes que se sabe que tienen su origen en un delito (ya no necesariamente grave desde la LO 15/2003), Con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir*

las consecuencias legales de sus actos. En relación con los bienes debemos significar que no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente grave, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo. Por ello los bienes comprenden el dinero o metálico así obtenido”.

El Presupuesto del tipo del tipo es la existencia de una determinada relación jurídica tributaria por la que surgen los sujetos, activo y pasivo, del delito. Sujeto activo es el obligado tributariamente. Se trata, por consiguiente de un delito especial, en que cabe la participación, a título de inductores, de cooperadores necesarios o de cómplices, de las personas (asesores fiscales, testaferros) que hayan contribuido al fraude fiscal, pero no como autores o coautores, mientras que sujeto pasivo solo pueden serlo los titulares de la Hacienda Pública.⁴⁰

La acción consiste en defraudar, es decir, en incumplir las prestaciones jurídico-tributarias a las que se está obligado, y se puede llevar a cabo, bien eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, bien obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma.

El resultado exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se elude el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener.

Por tributos se entiende las tasas de contribuciones especiales a que alude el art. 2.2 de la LGT⁴¹.

Existe una cuantía límite para que la cuota defraudada, ingresos a cuenta, retenciones o devoluciones no se considere delito, que son 120.000 euros, toda cantidad que no supere la cuantía anteriormente mencionada no se consideraría delito, sino una infracción administrativa.

Los elementos de tipo contra la Hacienda Pública son los siguientes⁴²:

El elemento objetivo sería el incumplimiento de la prestación jurídico-tributaria

⁴⁰ Véase POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial. Tomo II*. Ed. Tecnos. Madrid 2010, págs. 215 – 218.

⁴¹ El art. 2.2 LGT considera tributos “Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos: a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado. b) Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. c) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”.

⁴² Enunciados por la sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla (Sala de lo Penal) 493/2012 de 18 de diciembre (ARP 2013\1394).

a la que se está obligado en virtud de las normas del tributo en cuestión (en este caso, el Impuesto de Sociedades), ya sea por acción o por omisión, tal como omitir datos tributarios relevantes o consignarlos de forma incorrecta a sabiendas.

El elemento subjetivo, por otra parte, al tratarse de un delito especial, el autor propiamente dicho solo puede serlo el obligado tributariamente y cabe la participación por inducción al delito, cooperación necesaria o complicidad de sujetos terceros, lo que es de este caso respecto de los tres últimos acusados.

No sería elemento del tipo, pero éste lleva aneja una condición objetiva de punibilidad, que es que la cuantía de la cuota defraudada, importe no ingresado de retenciones e ingresos a cuenta o de las devoluciones y beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados, que, como he dicho anteriormente, tiene que exceder de 120.000 euros en caso de defraudación a la Hacienda estatal, autonómica, foral o local.

Respecto al conocimiento del origen ilícito se ha definido por la jurisprudencia las expresiones "*sabiendo*", "*para*" y "*a sabiendas*" que aparecen en el art. 301 CP.⁴³ Este conocimiento exige que el sujeto tenga la suficiente certidumbre sobre el origen, aunque no es necesario el conocimiento de dicha infracción con todo detalle, aunque lo que no es suficiente es la mera sospecha. Tal conocimiento debería alcanzar a la gravedad de la infracción de manera general, y en su caso, y de la misma forma genérica, como cuando por ejemplo, se apliquen las correspondientes agravantes.

Sobre el conocimiento de la comisión de un delito, el referente legal lo constituye la expresión "*sabiendo*" que, para el Tribunal Supremo equivale al conocimiento que se tiene por razón de experiencia. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse con respecto a alguien.⁴⁴

Por otra parte, con respecto al fraude a la Hacienda Pública también existen circunstancias agravantes. Las más importantes serían el uso de una persona o personas de manera que oculten la identidad del verdadero obligado tributario (art. 305.1.a CP) o la especial trascendencia de la cantidad defraudada a la Hacienda Pública o que la existencia de una red que afecte a una pluralidad de obligados tributarios (art. 305.1.b CP).

Asimismo, para acordar la cantidad defraudada, se tomará como plazo el periodo impositivo o de declaración. En el caso de que dichos periodos fuesen inferiores a los 12 meses, se imputará el importe de lo defraudado al año natural (art. 305.2 CP).

⁴³ Definición del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en su sentencia 16/2009 de 27 de enero (RJ 2010\661).

⁴⁴ STS (Sala de lo Penal) 2545/2001 de 4 de enero (RJ 2002\1183).

3.2.2. LA FALSIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

Otra posible responsabilidad que podrían haber incurrido sería la falsificación de las cuentas anuales de la sociedad NA&MA SL, que se regula en el art. 290 CP.

La documentación de datos falsos en las cuentas anuales de la sociedad que den una idea errónea de su situación económica o jurídica aparece regulado en el art. 290 porque lo obliga la LSC en su art. 254.⁴⁵

El delito previsto en el art. 290 sería un delito de peligro, exigiendo que la conducta sea idónea para causar un perjuicio. Si éste además se produce se aplicará la pena en su mitad superior.

Para la comisión de este delito la acción tiene que haber sido ejecutada por los administradores de una sociedad constituida o incluso en formación.

El delito se entiende como cometido cuando se falsean las cuentas anuales u otros documentos donde se tiene que reflejar la situación real de una sociedad, donde se pueda perjudicar a la propia sociedad, a sus socios o a terceros.

La conducta tipificada por el art. 290 CP consiste en el falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Por cuentas anuales, se entiende el balance, la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) y la memoria anual.⁴⁶

Se exige que la acción sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad, a alguno de sus socios o a un tercero (delito de peligro hipotético). El tipo básico no requiere perjuicio económico alguno, simplemente que la conducta del agente sea idónea para causarlo. Por el contrario, si se llegare a causar el perjuicio económico, surge un tipo agravado, y las penas se impondrán en su mitad superior.⁴⁷

⁴⁵ Art. 254 LSC: “1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. 2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio. 3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente”.

⁴⁶ SAP Granada (Sala de lo Penal) 333/2008 de 5 de junio de 2008 (JUR 2009\18487).

⁴⁷ La SAP Granada 333/2008 dice que “en las SSTs de 14 de julio de 2000, de 29 de julio de 2002, 14 de abril de 2003 y 24 de junio de 2005, siguiendo los criterios de la doctrina científica, la exigencia de un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado. En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, sea alterando los datos reales, sea ocultándolos; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)”.

3.2.3. LA RECEPCIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS

La última vulneración que puede existir con respecto a las ganancias obtenidas en el club sería la recepción y blanqueo de capitales, que se recoge en el Código Penal en los arts. 298 a 304.

3.2.3.1 RECEPCIÓN DE CAPITALS

El Código Penal define la recepción de capitales como “el que con ánimo de lucro y conociendo que se está cometiendo un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, siempre y cuando el sujeto no haya intervenido como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos” (art. 298 CP).

Favorece al autor de cualquier tipo de delito de índole económica a ayudarle a que se beneficie de los efectos del delito en el que ha intervenido beneficiándose el propio receptor de los efectos del delito de índole económica cometido, por otro, ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen⁴⁸.

El tipo básico objetivo consiste bien en ayudar a los responsables de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico a aprovecharse de los efectos del mismo, bien en recibir, adquirir u ocultar tales efectos. Por efectos hay que entender el objeto material mismo de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico. No cabe pues la recepción sustitutiva, es decir, la de bienes con dinero sustraído. El sujeto puede ser cualquier persona que no haya actuado ni como autor ni como cómplice. Solo es punible la comisión dolosa, siendo necesario el conocimiento de que los efectos proceden de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico y el ánimo de lucro.

La consumación de la recepción de delitos y de faltas se produce cuando el sujeto activo se aprovecha para sí mismo o de los autores del delito.

3.2.3.2. BLANQUEO DE CAPITALS

Por otra parte, el art. 301 CP también castiga al que adquiera, posea o transmita esos bienes, sabiendo que su origen es de una actividad delictiva, tanto cometida por él o por una tercera persona, se realice actos para encubrir u ocultar su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos.

El objeto material del delito lo constituyen los bienes procedentes de un delito, así como alguna de las manifestaciones externas de éstos como el origen, la ubicación, la propiedad. Por bien habrá que comprender cualquier beneficio valorable

⁴⁸ Véase al respecto SUÁREZ-MIRA DOMÍNGUEZ, C. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Ed. Thompson Reuters Civitas. Madrid 2008, págs. 339 – 341.

económicamente. La expresión utilizada de delito solo permite excluir los bienes procedentes de faltas. El origen de los bienes puede ser directo o indirecto.

Respecto al sujeto activo son quienes hayan intervenido en el delito del cual proceden los bienes. También se exige que se tenga conocimiento de que los bienes tienen origen en una actividad delictiva.

Es preciso que se quiera ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a las personas que hayan participado en el delito a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por ello solo es posible la comisión dolosa. Por el contrario, el delito contenido en el art. 301.2 admite tanto la comisión dolosa como imprudente.

Presupuesto del tipo del tipo es la existencia de una determinada relación jurídica tributaria por la que surgen los sujetos, activo y pasivo, del delito. Sujeto activo es el obligado tributariamente. Se trata, por consiguiente de un delito especial, en que cabe la participación, a título de inductores, de cooperadores necesarios o de cómplices, de las personas (asesores fiscales, testaferros) que hayan contribuido al fraude fiscal, pero no como autores o coautores⁴⁹.

Sujeto pasivo solo pueden serlo los titulares de la Hacienda Pública.

La acción consiste en defraudar, es decir, en incumplir las prestaciones jurídico-tributarias a las que se está obligado, y se puede llevar a cabo, bien eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, bien obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma.

El resultado exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se elude el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener. Sin embargo, la penalidad del hecho viene condicionada a que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado exceda de 120.000 euros.

Por tributos se entiende las tasas de contribuciones especiales a que alude el art. 2.2 de la ley 58/2003 LGT.

Con respecto a las situaciones que agravarían la pena, el Código Penal considera que cuando los bienes tengan su origen en el tráfico de drogas y se oculten e encubra su naturaleza (art. 301 CP); cuando los bienes tengan su origen en un fraude a la administración y se oculte su origen (art. 301 CP); el que los sujetos pertenezcan a una organización dedicada a esas actividades (con mayor pena para los jefes, administradores o encargados).

En el caso del blanqueo de capitales ocurre como en el caso de trata de personas que he analizado anteriormente, se modificó en el año 2010 por la Ley Orgánica 5/2010, por lo que algunos preceptos que serían punibles para los sujetos de los que voy a hablar a continuación no se podrán aplicar debido al principio de irretroactividad. Por tanto, en

⁴⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal: Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, págs. 500 – 501.

algunas partes se aplicará el Código Penal anterior a esta reforma, sobre todo en lo relativo a las penas, será diferente si tenemos en cuenta la legislación actual.

3.3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, los sujetos que se nombran en el caso podrían haber incurrido en lo siguiente:

3.3.1. TATIANA

En primer lugar, Tatiana podría tener responsabilidad penal en cuanto a un fraude a la Hacienda Pública en la modalidad de cómplice, dado que era la persona encargada de llevar la cantidad que se tenía que facturar mayormente en concepto de Impuesto de Sociedades a los socios que gestionaban el local “Plenilunio”. Concretamente, el fraude a la Hacienda Pública ha sucedido durante cuatro ejercicios: en 2009 tendría que haberse pagado 156.000 euros, en 2010 161.000 euros, en 2011 170.000 euros y en 2012 125.000 euros.

Por el contrario, el ejercicio del año 2013 el impago del Impuesto de Sociedades no tendría consecuencias penales, sí administrativas, dado a que esta última cantidad (119.000 euros) no sobrepasa los 120.000 euros que dicta la ley para que se considere como una infracción penal.

La pena que le acarrearía la comisión de dicho delito sería de uno a tres años por cada fraude a la Hacienda Pública.

Por otra parte, es dudoso que se pueda aplicar la agravante de la especial trascendencia de lo defraudado, debido a que el Código Penal no especifica a partir de qué cantidad se consideraría de “especial trascendencia”

En lo relativo a la agravante de la existencia de de una estructura organizativa que afecte a una pluralidad de obligados tributarios, también sería muy difícil su aplicación, dado que solo hay una sociedad que ha defraudado repetidas veces a la Hacienda Pública en este caso, que es la sociedad NA&MA SL.

3.3.2. SANTIAGO Y ALBERTO

Ahora voy a analizar conjuntamente las consecuencias penales que podrían haber incurrido Santiago y Alberto porque son los dos únicos miembros de la sociedad limitada a la que se refiere este supuesto, y por tanto, sus consecuencias penales serían las mismas para los dos sujetos.

En primer lugar, la posible existencia de fraude a la Hacienda Pública, como autores, dado que eran los dos únicos socios de la entidad de la que se encargaba de la

gestión de “Plenilunio” y de “Luna del Principito”, que era el local al que se desviaban los fondos que se tenían que haber pagado en concepto de Impuesto de Sociedades.

Por tanto, en este supuesto ambos tendrían las penas anteriormente mencionadas, y, con respecto a las agravantes, habría las mismas dudas con respecto a su aplicación.

Otra infracción penal a tener en cuenta sería la falsificación de las cuentas anuales de NA&MA SL por parte de ambos socios, y como autores, debido al desvío de fondos procedentes del club de alterne y facturarlas en concepto de comidas en el restaurante anteriormente mencionado. Como en el caso no se especifica si uno de ellos es el administrador, voy a partir de la base que ambos eran los administradores de los bienes de la entidad.

Por tanto, entiendo que los libros donde se tienen que reflejar las cuentas anuales no reflejan la situación real de ambas sociedades.

Con respecto a su pena, el Código Penal en el art. 290 recoge que sería prisión de un año a tres años y una multa de seis a doce meses.

Por último, Alberto y Santiago podrían ser imputados por un delito de blanqueo de capitales por el art. 301 CP, porque los beneficios que se obtenían del club “Plenilunio”, además de que las cantidades defraudadas se encuentran en una cuenta bancaria en Gibraltar, lo que podría suponer que se trataría de una ocultación de bienes por parte de ambos socios. Asimismo, los beneficios que provienen del club tendrían su origen en una actividad delictiva, como sería el ejercicio de la prostitución (art. 188 CP) o posiblemente del tráfico de las sustancias altamente perjudiciales para la salud que se encontraron en el local.

Asimismo, como existe la posibilidad de que estemos ante una organización delictiva que se encargaba de la comisión de actividades ilícitas en España, la pena se podría incrementar en su mitad superior.

Otra circunstancia a tener en cuenta es que las cantidades provenían del impago del Impuesto de Sociedades, es decir de un fraude a la Hacienda Pública, y que el Código Penal lo recoge como una circunstancia agravante de la pena.

Por tanto, y teniendo en cuenta lo anterior, Alberto y Santiago podrían ser declarados culpables por ser autores de un delito de receptación y blanqueo de capitales, cuya pena es de seis meses a tres años de prisión, más una multa del tanto del valor del triplo de los bienes en cuestión. Además de esto, podrían existir circunstancias agravantes de la pena como que los beneficios provienen de un fraude a la Hacienda Pública, lo que se tendría que incrementar la pena en su mitad superior.

3.3.3. XAIME

Por último, en el caso de Xaime, que sería el abogado que les recomendó ocultar sus bienes en Gibraltar alegando que allí las cuentas son totalmente opacas, y que por tanto, sería prácticamente imposible una investigación de dicha cuenta.

En este caso se le podría llegar a imputar un delito de receptación de capitales, regulado en el Código Penal en el art. 298 por el hecho de que, aunque él no ha sido la persona que ha defraudado los bienes ni los ha blanqueado, haya ayudado a ocultar los bienes en los que podría ser considerado como un paraíso fiscal, dado al asesoramiento que él prestó a sus clientes, Alberto y Santiago, únicos socios de NA&MA SL.

Este delito lleva aparejada una pena de prisión de seis meses a dos años de prisión, y sería considerado como autor de dicho delito.

Y en referencia concreta a los abogados, no cabe duda la tipicidad penal de las conductas de los abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente busca asesoramiento para tales fines. Asimismo debe considerarse que está justificado que se aplique el delito de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con la conducta del letrado ex post puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito, esto es existirá el delito de blanqueo cuando la prestación de servicios del abogado genere objetivamente un efecto de ocultación y, por tanto, la consolidación de las ganancias del delito⁵⁰.

⁵⁰ STS (Sala de lo Penal) 16/2009 de 27 de enero (RJ 2010\661).

4. DICTAMEN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES Y/O TRIBUTARIAS QUE PODRÍA HABER INCURRIDO NA&MA SL

4.1. ANTECEDENTES

Los antecedentes en este caso son los mismos que se han narrado anteriormente en el apartado 3.

4.2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PENALES DE NA&MA SL: LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Antes de comenzar con las posibles responsabilidades penales que podría haber incurrido la sociedad NA&MA SL, hay que determinar si podría ser demandada como una persona jurídica, o si en cambio, cabría la posibilidad de demandar a los socios o administradores.

El art. 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, relativo a las Sociedades de Capital afirma que la sociedad, tanto en juicio como fuera de él, corresponde a los administradores de la entidad.

Según mi punto de vista, la solución más conveniente en este caso sería imputar tanto a Santiago como a Alberto, dado que no se determina quién sería el administrador o si ambos son los administradores mancomunados de la entidad.

Asimismo, las posibles responsabilidades penales de Santiago y Alberto con respecto a los actos realizados en nombre de la sociedad NA&MA SL serían las mismas con respecto a la pregunta anterior, porque se trata de los mismos hechos, es decir, el tratamiento de las ganancias obtenidas por el club del que eran propietarios.

Otra cuestión diferente es determinar si los hechos perpetrados por la sociedad NA&MA SL se podrían subsumir bajo el concepto de asociación ilícita que aparece recogido en el art. 515 CP.

El tipo básico es el que se describe en el artículo anteriormente mencionado: *“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. 3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4º Las organizaciones de carácter paramilitar. 5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello”*.

Además, en el art.517. 1º del CP determina que los fundadores, directores y presidentes de estas asociaciones ilícitas se les impongan la pena de prisión de dos a cuatro años, así como de una multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante seis a doce años.

Por último, los Jueces o Tribunales tienen que ser los encargados de decretar a la correspondiente asociación como ilícita, y si corresponde, añadirle las consecuencias accesorias del art. 129 CP.⁵¹

Dicho esto, la sociedad NA&MA SL podría haber incurrido en este delito, ya que se encargaban en uno de sus locales a lucrarse mediante el ejercicio de la prostitución, además de usar su otro local para facturar falsamente en concepto de comidas en el restaurante el dinero que se obtenía lucrándose del trabajo de las mujeres que trabajaban en el local “Plenilunio”.

4.3. CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS

Por otro lado, podrían existir consecuencias tributarias contra la sociedad NA&MA SL.

Para ello hay que tener en cuenta la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En ella se regulan las posibles responsabilidades tributarias derivadas de dejar de ingresar la deuda tributaria.

En primer lugar, el art. 42 de esta ley determina quienes serían los responsables tributarios por dejar de ingresar dicha deuda tributaria. Por tanto, según el apartado b de este artículo, que es el que nos interesa para este caso serían *“Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción”*.

⁵¹ Art. 129 CP: 1. *“En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”*. 2. *Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. *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 a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7”*.

Las personas físicas y jurídicas podrán ser sancionadas por los hechos que deriven en una infracción tributaria cuando resulten responsables de los mismos (art. 179 LGT). Se consideran infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas.

La LGT se refiere a los siguiente sujetos infractores: contribuyentes y sustitutos; retenedores y obligados a practicar ingresos a cuenta; obligados al cumplimiento de obligaciones tributarias formales; sociedad dominante en el régimen de consolidación fiscal; entidades obligadas a tribuir o imputar rentas a sus socios; representante legal de los sujetos obligados que carezcan de capacidad de obrar en el orden tributario.⁵²

Asimismo, el art. 182.1 LGT nos dice que los causantes o colaboradores activos en la comisión de una infracción tributaria también pueden ser sancionados.

La normativa sobre la responsabilidad subsidiaria es la siguiente:

En primer lugar, el art. 40.1 LGT nos habla de la responsabilidad subsidiaria de los Administradores, que responden de las infracciones cometidas por las personas jurídicas de: las infracciones tributarias simples, de la totalidad de la deuda tributaria (art. 58 LGT que incluye las sanciones) en los casos de infracciones graves.

También responderían subsidiariamente en caso de que se den los siguientes supuestos:

- Cuando no realicen los actos necesarios de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas.
- Cuando consintieren el incumplimiento por quienes de ellos respondan.
- Cuando adoptaren acuerdos que hicieren posibles tales infracciones.

Por otro lado, el art. 14.3 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, nos dice que la responsabilidad subsidiaria no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción tributaria.

Por último, los administradores también responden de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en su actividad. Pese a esto, el art. 37.3 LGT dice que la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, con excepción de las sanciones.

Por tanto, como en el caso de las sanciones penales, la sanción será soportada por los causantes de la infracción, es decir, Santiago y Alberto por ser los responsables de la sociedad.

La apreciación de un delito contra la Hacienda Pública no conlleva la suspensión del procedimiento administrativo, ni obliga a paralizar la acción de cobro de la deuda tributaria, una deuda tributaria sobre la que tendrá que decir su última palabra el juez de lo penal.

⁵² Véase MARTÍN QUERALT, J. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, págs. 516 – 519.

Aunque no formasen parte de la sociedad en sí misma, según el artículo anteriormente mencionado, podría Xaime (abogado de la sociedad) ser también sancionado porque habría podido esconder las cantidades que se debían como Impuesto de Sociedades.

El responsable de la infracción tributaria solo responderá de las infracciones en la medida en que se le pueda imputar y reprochar jurídicamente, la autoría o participación en una infracción⁵³.

En cualquier caso, y partiendo de que el art. 40.1 alberga una participación del administrador en la infracción, lo que permite que se le pueda exigir la sanción, habrá de observarse al reclamarle, los principios y las garantías propias del derecho sancionador. Y de modo destacado la prueba de su negligencia como requisito integrante del propio presupuesto de hecho de la responsabilidad, y a su vez, conformador de la culpabilidad que ha de concurrir para hacer posible la exigencia de la sanción⁵⁴.

Por otra parte, el art. 183 nos dice que son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia, y que estén tipificadas en esta u otra ley. En el apartado b de este mismo artículo nos enuncian los tres tipos de sanciones que hay: leves, graves o muy graves.⁵⁵

Otra cuestión a tener en cuenta aparece en el apartado 2 del artículo anteriormente mencionado, que se trata de cuando se considera que existe ocultación de datos a la Administración.

Se entiende que existe ocultación de datos cuando no se presenten las declaraciones o cuando se presenten, pero con datos falsos u operaciones inexistentes, o se omiten operaciones ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que pueda incidir en la determinación de la deuda tributaria, siempre y cuando la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10%. Llevándonos esta información al caso, se llega a la conclusión de que existe la posibilidad de que haya existido dicha ocultación por parte de la entidad NA&MA debido al impago del Impuesto de Sociedades.

Los criterios que determinan la mayor o menor gravedad de la infracción se determinan por el mayor perjuicio económico causado, el riesgo implícito en la

⁵³ SSTC 146/1994 de 12 mayo (RTC 1994\146) y 36/2000 de 14 de febrero (RTC 2000\36).

⁵⁴ Véase MARTÍN QUERALT, J. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, págs. 527 - 528.

⁵⁵ STSJ Asturias 792/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de julio (JUR 2004\243965): "A la vista de lo expuesto la tipificación más acertada es la de infracción simple correspondiente al incumplimiento de deberes tributarios y la sanción se graduará por la Inspección atendiendo a los criterios previstos en la Ley 58/2003, en especial, la trascendencia del retraso y la reiteración de su comisión, pero con el límite impuesto en la presente liquidación para no perjudicar la situación de la parte que recurre, lo que se reserva para ejecución de sentencia para no sustituir el criterio de la Administración".

conducta del infractor, y por la mayor o menor intencionalidad del autor, manifestada en la naturaleza de los medios usados en la comisión de la infracción.

Se considerarían medios fraudulentos las anomalías en los libros o registros, el uso de facturas, justificantes u otros documentos falsos, o el uso de personas o entidades para la ocultación del verdadero obligado tributario. Por tanto, se presume que la sociedad ha usado algún de estos métodos para la defraudación que han cometido contra la Hacienda Pública, aunque no se mencione expresamente en el caso.

Asimismo, además de las sanciones pecuniarias, existen las sanciones no pecuniarias, pero éstas son de carácter accesorio, es decir, solo se aplicarían en caso de que no se pudiesen aplicar las sanciones pecuniarias.

Con respecto a las sanciones pecuniarias, éstas consistirían en una multa (art. 185 LGT).⁵⁶

Ahora voy a determinar si la posible deuda tributaria con la Administración pública sería de tipo pecuniario o no, y si es pecuniaria, si es leve, grave o muy grave.

En primer lugar, el art. 191 LGT determina que se trata de una deuda tributaria cuando se deja de ingresar dentro del plazo establecido para ello, tanto sea la totalidad o parte de ella.

Asimismo, se consideran sanciones leves cuando:

- Dejar de ingresar toda o parte de la deuda, incumplir la obligación de presentar declaraciones y documentos para que liquide la Administración a obtener indebidamente devoluciones, siempre que concurran el no uso de medios fraudulentos, ni se hubiese producido ocultación o que la base sea igual o inferior a 3.000 euros.
- No presentar en plazo autoliquidaciones, declaraciones o documentos, siempre que no exista perjuicio económico para Hacienda.
- No comunicar el domicilio fiscal de los empresarios.
- Incumplir las obligaciones establecidas en las autorizaciones emitidas por las autoridades aduaneras o las condiciones a que se sujetan las mercancías de acuerdo con la normativa aduanera, siempre que tal incumplimiento no sea constitutivo de otra infracción.
- Incumplimiento de las obligaciones relativas a la correcta expedición y uso de los documentos de circulación exigidos por la normativa de los Impuestos Especiales, salvo que ello constituya infracción tipificada en la normativa propia de los impuestos.
- Incumplimiento de las obligaciones sobre el uso del NIF u otros números o códigos establecidos por la normativa tributaria o aduanera, salvo que se trate de deberes específicamente impuestos a entidades de crédito.

⁵⁶ Véase al respecto de las clases de sanciones, ocultación y medios fraudulentos: CAZORLA PRIETO, L.M. *Derecho Financiero y Tributario: parte general*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 443 – 444.

- Incumplimiento de la obligación de proporcionar datos al pagador de rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta, cuando de ello se deriven retenciones o ingresos a cuenta inferiores a los procedentes y el obligado tributario deba de presentar autoliquidación que incluya dichas rentas.
- Incumplimiento de la obligación de entregar el certificado de retenciones e ingresos a cuenta.

Por otro lado, será una sanción grave cuando haya una conducta en la que se han usado unos medios análogos a los considerados como fraudulentos, pero con diferencia de que su uso no llega a producir el resultado dañoso asociado a estos medios. Son los siguientes: facturas, justificantes o documentos falsos o falseados cuando su incidencia sea de un 10% o menor de la base de la sanción. También si la base de sanción superior a 3.000 euros o se han usado medios cuasifraudulentos como dejar de ingresar el plazo total o parcial de la deuda tributaria, incumplir la obligación de presentar declaraciones y documentos para que la Administración liquide, y por último, obtener devoluciones indebidas. Se sancionará con una infracción grave cuando:

- Solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales.
- Determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes.
- Imputar incorrectamente, o no imputar, bases imponibles, rentas o resultados obtenidos por las entidades sometidas al régimen de imputación de rentas. Así como imputar incorrectamente deducciones, bonificaciones y pagos a cuenta por las mismas entidades.
- Presentar de forma incorrecta o con datos falsos. Autoliquidaciones o declaraciones, así como documentos relacionados con obligaciones aduaneras, siempre que no se haya producido o no se pueda producir perjuicio económico a la Hacienda Pública, así como contestar incorrectamente a requerimientos individualizados de información. También constituirá infracción presentar las autoliquidaciones, declaraciones o los documentos relacionados con las obligaciones aduaneras por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos casos en que hubiese que recurrir a esta medida.
- Incumplimiento de obligaciones contables y registrales.
- Incumplimiento de obligaciones de facturación o documentación.
- Incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones de la utilización del NIF y de otros números o códigos establecidos por la normativa tributaria y aduanera.
- Residencia, obstrucción, excusa o negativa las actuaciones de la Administración tributaria.
- Incumplimiento del deber de sigilo exigido a los retenedores y a los obligados a realizar ingresos a cuenta.

Será una sanción muy grave cuando en la infracción se usan medios fraudulentos. Como la anomalía sustancial en la contabilidad y en libros o registros establecidos por la normativa tributaria:

- Empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados, siempre que por su incidencia represente un porcentaje superior al 10% de la base de la sanción.
- Se considera muy grave cuando se usen medios fraudulentos cuando no se ingresa la deuda tributaria total o parcial dentro del plazo previsto, la no presentación de documentos necesarios para que la Administración tributaria pueda practicar liquidación u obtener indebidamente devoluciones. El TS ha señalado que el tipo sancionador de referencia ha de referirse a la omisión del deber de ingreso de la deuda concreta resultante de la autoliquidación.
- Expedir facturas o documentos sustitutivos de las mismas con datos falsos o falseados.
- Comunicar datos falsos o falseados en las solicitudes del NIF provisional o definitivo.
- Incumplir la obligación de comunicar correctamente dato al pagador de las rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta.
- Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna forma ostenten poder de disposición.
- Información de cualquier título, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión de terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.
- Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

La calificación de la infracción depende del porcentaje de cantidad defraudada de la base de la sanción. Para saber cuál es ese porcentaje, tienen que ser cuantificable con los datos declarados y de lo que resultaría de haberse declarado todos los datos. La diferencia resultante es la cuota defraudada, que si la comparamos con la base de la sanción, permitirá cifrar el porcentaje correspondiente.

La base de la sanción es el importe de la cuantía que debió haberse ingresado y que no se ingresó o el importe de la devolución obtenida indebidamente o, cuando se haya obtenido una devolución tributaria, comprobándose con posterioridad que no solo no procedía la devolución, sino que, además, debió haberse ingresado la deuda tributaria correspondiente, la base de la sanción estará constituida por el importe de la devolución indebidamente obtenida más la cantidad que debió ingresarse en concepto de deuda tributaria.⁵⁷

⁵⁷ Véase al respecto PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 400 – 404.

Cuando la infracción consista en determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes, la base de la sanción será el importe de la cantidad indebidamente acreditada.

Si la infracción consiste en imputar incorrectamente deducciones, bonificaciones y pagos a cuenta por las entidades sometidas a un régimen de imputación de rentas, la base de la sanción es el importe resultante de sumarlas diferencias con signo positivo, sin compensación con las diferencias negativas, entre las cantidades que debieron haberse imputado a cada socio y las que se imputaron.

La sanción principal consiste en una multa, que puede ser fija o proporcional. Las sanciones accesorias no tienen carácter pecuniario y se aplican cuando sean cometido infracciones graves o muy graves y si concurren determinadas circunstancias.

Son tres hechos que dan lugar a la imposición de sanciones no pecuniarias:

- Cuando la multa impuesta por infracción grave o muy grave sea igual o superior a 30.000 euros y la infracción se haya cuantificado teniendo en cuenta la comisión repetida de infracciones tributarias podrán imponerse las siguientes acciones accesorias:
- Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a aplicar beneficios e incentivos fiscales de carácter rogado durante uno o dos años, según la infracción se califique, respectivamente, como grave o muy grave.
- Prohibición para contratar con la Administración Pública que hubiera impuesto la sanción durante el plazo de uno o dos años, según la infracción sea grave o muy grave, respectivamente.

Cuando la multa impuesta por la comisión de una infracción muy grave sea igual o superior a 60.000 euros y se haya usado el criterio de graduación de comisión repetida de infracciones tributarias, podrá imponerse la sanción prevista en los apartados anteriores, con la diferencia de que el periodo de vigencia de la sanción se eleva hasta 5 años, según la cuantía de la sanción se eleve a 60.000 euros, 150.000 o 300.000 euros.

Cuando las autoridades o las personas que ejerzan profesiones oficiales (Notarios, Registradores de la Propiedad...) cometan infracciones derivadas de la vulneración de los deberes de colaboración establecidos en los art. 93 y 94 LGT, siempre que se hayan desatendido de tres requerimientos, además de la multa correspondiente, se podrá imponer como sanción accesoria la suspensión del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público, por un plazo de tres meses. La suspensión será por doce meses si en los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción ya se ha impuesto al infractor una suspensión por plazo de tres meses, en virtud de resolución firme en vía administrativa.

Por último, hay que tener en cuenta la graduación de las sanciones, cuyo criterio general es que las sanciones leves, la graduación será del 50% de lo no ingresado, si han sido

cometidas repetidamente. En las graves hasta el 100% En las muy graves del 100-150%.

La comisión repetida de infracciones tributarias se produce cuando el sujeto infractor hubiese sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza, por una resolución en los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción.

Por otra parte, si se genera un daño económico a la Hacienda Pública se exige determinar el porcentaje que represente la base de la sanción sobre la cuantía total que hubiese debido ingresarse de haber liquidado correctamente el tributo o sobre el importe de la devolución inicialmente obtenida. Solo se aplicará cuando se supere el 10%.

La nueva Ley General Tributaria entra en vigor el 1 de junio de 2015, pero en el caso de las sanciones tributarias no habría ningún cambio con respecto a la anterior ley.

4.4. CONCLUSIONES

En primer lugar, la sociedad NA&MA podría ser una sociedad ilícita y penada en el Código Penal en su artículo 515, dado a que se dedicaba a ejercer actividades penadas en esta misma ley, como sería lucrarse por el ejercicio de la prostitución de otras personas. Como no aparece quien era el administrador de esta sociedad, considero que tanto Alberto como Santiago se les podría aplicar el art. 517 CP en concepto de administradores de la mencionada sociedad.

Entrando en cuestiones tributarias, considero que estaríamos ante una sanción muy grave dado el más que probable uso de medios fraudulentos para evitar el pago del Impuesto de Sucesiones, además de la existencia de ocultación de cantidades que debían abonarse a la Hacienda Pública en concepto del impuesto.

Aunque generalmente las sanciones pecuniarias son de tipo accesorio, como he dicho anteriormente, el art. 186 admite la posibilidad de imponer sanciones no pecuniarias en caso de que la infracción fuese grave o muy grave (como sería el caso). Pero tiene que haber comisión repetida de infracciones tributarias, y que la multa fuese superior a 30.000 euros. Las sanciones serían las siguientes:

- Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a aplicar beneficios e incentivos fiscales de carácter rogado durante un plazo de un año si la infracción cometida hubiera sido grave o de dos años si hubiera sido muy grave.
- Prohibición para contratar con la Administración pública que hubiera impuesto la sanción durante un plazo de un año si la infracción cometida hubiera sido grave o de dos años si hubiera sido muy grave.

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

Si la multa pecuniaria impuesta por infracción muy grave sea de importe igual o superior a 60.000 euros y se haya utilizado el criterio de graduación de comisión repetida de infracciones tributarias, se podrán imponer, además, las siguientes sanciones accesorias:

- Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a aplicar beneficios e incentivos fiscales de carácter rogado durante un plazo de tres, cuatro o cinco años, cuando el importe de la sanción impuesta hubiera sido igual o superior a 60.000, 150.000 o 300.000 euros, respectivamente.
- Prohibición para contratar con la Administración pública que hubiera impuesto la sanción durante un plazo de tres, cuatro o cinco años, cuando el importe de la sanción impuesta hubiera sido igual o superior a 60.000, 150.000 o 300.000 euros, respectivamente.

5. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE NA&MA SL SE CONSIDERE COMO UNA SOCIEDAD NULA

5.1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para hablar de la nulidad de las sociedades limitadas, tenemos que tener presente el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, concretamente, sus arts. 56 (causas de nulidad) y 57 (efectos de la declaración de nulidad).

A pesar del control preventivo que desempeñan notarios y registradores en la constitución de una sociedad de capital siempre es posible que el proceso fundacional de una sociedad inscrita en el registro Mercantil adolezca de vicios o defectos que afecten a su validez y respecto de los que la inscripción registral no posee efectos sanatorios o convalidantes. Pero, al mismo tiempo, la inscripción de la sociedad en el Registro y el ejercicio de las actividades propias de objeto social, además de generar una apariencia externa de legalidad, da lugar a una organización que puede intervenir activamente en el tráfico y concertar una multitud de relaciones jurídicas con terceros confiados en esa apariencia y a quienes el ordenamiento debe proteger. De ahí que la Ley de Sociedades de Capital se ocupe de la posible ineficacia del acto fundacional estableciendo un régimen específico de la nulidad de las sociedades de capital, que se aparta abiertamente de los principios y categorías generales propias de la nulidad de los negocios jurídicos e implica un cierto reconocimiento de la eficacia del negocio constitutivo.

La sociedad una vez constituida e inscrita en el Registro Mercantil solo puede anularse por declaración judicial en virtud de las causas que aparecen en el 56 LSC. La idea subyacente es que a las sociedades inscritas no se les puede aplicar el régimen de nulidad negocial, al haberse dado vida a una sociedad que ha funcionado en el tráfico y haya podido contraer obligaciones con terceros, por lo que nos hallamos ante una nulidad *sui generis*.

La acción de nulidad deberá ejercitarse por vía judicial y solo podrá alegarse la concurrencia de alguna de las causas del artículo anteriormente mencionado.

También se han de incluir los vicios de consentimiento que produzcan falta de absoluta de voluntad (error, dolo, violencia ablativa). Más dudoso es que se pueda incluir los casos de creación de una sociedad con el ánimo de engañar a terceros (sustrayendo su patrimonio a los acreedores de los socios).⁵⁸

Las causas de nulidad en realidad son muy poco frecuentes, por lo que prácticamente no existe jurisprudencia. Por lo demás si en la constitución de la sociedad concurren otros vicios o defectos, distintos de los enunciados por la LSC, no podrá solicitarse ni declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad. Todo ello es aplicable tanto a la sociedad constituida por el procedimiento de fundación simultánea

⁵⁸ Véase al respecto JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. J Y DÍAZ MORENO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, pág. 191.

como por el de fundación sucesiva. Las causas enunciadas es de carácter excepcional dado que la sociedad se constituye mediante escritura pública, con intervención del Notario, e inscripción en el Registro Mercantil, por tanto, es prácticamente imposible destruir esa presunción legal.

5.1.1. CAUSAS DE NULIDAD

Por ello, el art- 56 LSC enumera siete causas de nulidad que se hallan tasadas y que incluso deben ser objeto de una interpretación restrictiva⁵⁹ (STJCE de 13 de noviembre de 1990). Las causas de nulidad de las sociedades de capital, son las siguientes:

- No haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad de dos socios fundadores (o del único fundador cuando se trate de sociedad unipersonal).
- La incapacidad de todos los socios fundadores.
- No expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
- No expresarse en la escritura de constitución la denominación de la sociedad.
- No expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.
- No expresarse en los estatutos la cifra de capital social.
- Y que en la Sociedad Limitada (que es la que nos ocupa en este caso) la falta del desembolso íntegro del capital (porque la Ley exige el íntegro desembolso del valor nominal de cada participación: art. 78: *“Las participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad de responsabilidad limitada deberán estar íntegramente asumidas por los socios, e íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social”*).

Fuera de los casos enunciados no habrá nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse la anulación. Esto quiere decir que se quiere cerrar la posibilidad del ejercicio de la acción de nulidad por causas diversas como el de cualquier acción tendente a la anulabilidad o ineficacia del acto fundacional de la sociedad.

En lo que respecta a este caso, se tendrán primero que descartar la causa de nulidad de no constar la denominación de esta sociedad, ya que como la sociedad NA&MA SL no es una sociedad irregular debido a que se instituyó como Sociedad Limitada el 1 de Febrero de 2008 y está inscrita en el Registro Mercantil desde el 3 de febrero de 2008. Por tanto, consta el nombre de dicha sociedad en la inscripción.

Por otra parte, en el caso de nulidad por no haber voluntad por parte de los socios, por incapacidad, por no contener los estatutos de la sociedad las aportaciones de los socios, no expresarse en los estatutos la cifra de capital social y que no se hubiese desembolsado la cifra íntegra de capital social, se presume que en este caso esto sí ha existido, aunque el caso no proporcione datos suficientes con respecto a esto.

⁵⁹ Declarado por la STJCE de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991\78).

Lo que sí proporciona más dudas es la causa de nulidad por no existir objeto social, ser éste ilícito o contrario al orden público.

5.1.1. EFECTOS DE LA NULIDAD

Con respecto a los efectos de la nulidad, la pieza fundamental del régimen específico que para el caso establece la Ley está constituida por la previsión (art. 57.1 LSC) de que la sentencia que declare la nulidad de la sociedad, aunque no constituya propiamente que se practicará siguiendo el procedimiento legalmente establecido para los supuestos generales de disolución. La nulidad de la sociedad, que ha de declararse necesariamente por resolución judicial, se configura así como una nulidad especial o *sui generis*, que nada tiene que ver con las reglas generales sobre ineficacia de los negocios jurídicos: si éstas conciben la nulidad como una ineficacia radical y de pleno derecho de la que no puede resultar consecuencia jurídica alguna, la nulidad de las sociedades de capital se concibe como una simple causa de disolución que por tanto no afecta, como dice la Ley “*a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación*” (art. 57.2 LSC)⁶⁰.

Este régimen singular es común para todas las sociedades de capital. Pero tiene, no obstante, una particularidad diferencial según la declaración de nulidad se refiera a una sociedad anónima o limitada, en las que si se trata de la nulidad de una Sociedad Limitada por falta de desembolso íntegro de su capital la Ley establece la obligación de entregar la parte de capital que no se hallare desembolsada (a lo que, de todos modos, ya estaban obligados), sin condicionar esta entrega a la circunstancia de que así lo requiera la liquidación de las obligaciones contraídas por la sociedad con terceros (art. 57.3 LSC).

Ahora bien, incluso decretada la nulidad por sentencia judicial firme, los efectos que produce dicha nulidad se alejan de los propios de la nulidad. Y es que, la nulidad de la sociedad produce efectos similares a los de la disolución: no tiene eficacia retroactiva, sino que opera *ex nunc*, quedando abierta la liquidación de la sociedad por el procedimiento previsto para dicha disolución; no se perjudicarán ni los créditos ni las deudas de terceros con las sociedad; y además, finalmente, los socios estará obligados al desembolso e los dividendos pasivos, cuando así lo exijan los pagos que deben realizarse a terceros.

⁶⁰ Véase SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil (Volumen I)*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2014, págs. 428 - 429.

5.2. CONCLUSIÓN

En primer lugar, no existiría ningún problema en el caso de la inexistencia del objeto social, porque sí que existe, dado que fue inscrita y consta en los estatutos como objeto social “la gestión de locales de ocio”.

Obviamente la gestión de locales de ocio no sería una actividad ilícita, es perfectamente legal en nuestro ordenamiento jurídico, pero dado que la sociedad NA&MA SL no operaba realmente con ese objeto social, sino que su objeto social real sería el de gestión de un club de alterne donde se ejercía la prostitución, y que probablemente de manera ilegal.

Por tanto, si entendemos que el único objeto social es el que consta en los estatutos, es decir, que la sociedad NA&MA SL se encarga de la “gestión de locales de ocio” ésta no habría incurrido en ningún tipo de causa de nulidad, y por tanto, podría seguir operando con total normalidad y seguir con sus actividades.

Pero, por otra parte, la existencia de que en uno de sus locales exista un negocio de prostitución donde alguna o todas las mujeres que la ejercen lo hacen de manera forzada, además de que el otro local que gestionan, el restaurante “Luna del Principito”, en el cual se facturan lo defraudado en el primer local en concepto de comidas en este restaurante, hace pensar de que este último negocio se trate de una tapadera con respecto al primero.

Así, si tenemos en consideración de que la sociedad NA&MA SL gestionaba locales donde se ejercían actividades penadas por nuestro ordenamiento jurídico, podría solicitarse la nulidad de la sociedad debido a que el objeto es ilícito o contrario al orden público, y posteriormente, determinar los efectos que tenga la nulidad en la sociedad de la que estoy hablando.

6. DICTAMEN SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE NA&MA SL REGISTRE COMO MARCA “PEQUEÑAS SUMISAS ARDIENTES” EN LA CLASE 43.

6.1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONCEPTO DE MARCA

Para este dictamen la legislación a tener en cuenta sería la Ley 17/2001, relativa a las marcas y la Clasificación de Niza.

El art. 4 de la Ley de Marcas define a la marca como el signo que sirve para diferenciar en el tráfico mercantil productos o servicios procedentes de un empresario (o grupo de empresarios) de otros, procedentes de los demás. Se colige de ello la principal función que tiene esta figura: identificación del origen empresarial de los productos y servicios, así como de la calidad de los mismos según las expectativas de los consumidores que confían en dicho signo distintivo.

La marca radica en que los productos o servicios designados por ella han sido fabricados o prestados por una empresa, que se hace responsable de su calidad. Su esencia es la función diferenciadora, que identifica el producto o servicio de una empresa y sus cualidades; la constituyen los signos de representación gráfica susceptibles de cumplir aquella función; su aspecto fundamental es evitar el riesgo de confusión, ya que es esencial en la marca su finalidad de distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y los asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial.

Pueden considerarse marcas que tengan denominativo, gráfico o emblemático, sonoros y mixtos, que tengan letras y cifras. Asimismo, se admiten marcas atípicas como integras por colores, eslóganes...

Hay varios tipos de marca: marca de producto y marca de servicio. Las de producto sirve para la identificación de un concreto producto fabricado por el empresario, mientras que las de servicio lo son por una actividad prestada por el empresario.

No todo signo que tenga fuerza distintiva se podrá inscribir válidamente en el Registro. No puede incurrir en ninguna de las prohibiciones que establece la ley. El plazo de prescripción para la acción de nulidad son 5 años si la marca ha sido inscrita a pesar de la existencia de una prohibición relativa.

Para saber si existe la posibilidad de inscripción de la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes”, habrá que tener en cuenta las prohibiciones de inscripción.

La Ley de Marcas dedica los capítulos II y III del Título II a la determinación de signos que no pueden registrarse como marcas, sea por razones de índole general (prohibiciones absolutas), sea porque lesionan derechos de terceros amparados por la legislación de la materia (prohibiciones relativas).

Tener en poder una marca implica que el titular de la marca dispone, en exclusiva, de las tres facultades siguientes: a) facultad de aplicar la marca o producto; b) facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca; y c) facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca. El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir que los terceros usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles, y comprende tanto a los productos idénticos como a los similares; así, la Ley de Marcas prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior. Existe el riesgo de confusión cuando por ser los signos o marcas semejantes, los productos o servicios que distinguen similares y el público consumidor, perteneciente a un específico sector, lógicamente no podrán diferenciarse unos de otros.⁶¹

El Tribunal Supremo ha dicho que el derecho de marca es libre o sin más cortapisas que el respeto de derechos e intereses legítimos de los demás, excluyendo prácticas desleales por irregulares o perjudiciales para sus otros competidores, sin respeto a las reglas del juego de esa libertad competitiva desde artillos que aprovechen para sí lo que otros han logrado con su esfuerzo.

6.1.1 PROHIBICIONES ABSOLUTAS Y RELATIVAS

6.1.1.1. PROHIBICIONES ABSOLUTAS

Las prohibiciones absolutas son enumeradas en el art. 5.1 de la LM. Entre los supuestos allí recogidos, cabría formular una clasificación en los términos siguientes:

1º Prohibiciones derivadas de no ser un signo idóneo para su utilización como marca por no cumplir lo previsto por el art. 4.1, esto es, o no se pueden representar gráficamente o no tiene la capacidad de distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras (apartados a y b del art. 5.1 LM)⁶².

2º signos que carezcan de virtud diferenciada porque al ser utilizado no distinguen a un concreto producto o servicio, sino a una especie o clase de los mismos, a una procedencia o características, a su naturaleza o forma, o porque el signo se ha convertido en el habitual para referirse un tipo de productos o servicios en el lenguaje común o en la costumbre, según los apartados c, d y e del art. 5.1.

⁶¹ Véase al respecto JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J Y DÍAZ MORENO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, págs. 154 - 155.

⁶² La AP de Granada (Sala de lo Civil) en su sentencia nº 271/2013 de 6 de septiembre (AC 2014\56) decidió que la bebida cuyo nombre es “Champín” no guarda ningún tipo de semejanza con la denominación de origen “Champagne”, ni como riesgo de confusión por el parecido entre ambos nombres, ni porque se haya infringido la Ley, el orden público o las buenas costumbres.

3º los que sean contrarios al correcto funcionamiento del mercado pues pueden inducir a error al consumidor sobre algún aspecto del producto o servicio como la calidad o procedencia de los mismos (apartado g y h del art. 5.1).

4º los que contravengan el orden público, bien por contradecir las leyes o las buenas costumbres, bien porque guarden relación con símbolos identificativos del Estado, Comunidades Autónomas, etc. (apartados f, i, j k del art. 5).

6.1.1.2. PROHIBICIONES RELATIVAS

Por su parte las llamadas prohibiciones relativas aparecen recogidas en los arts. 6 a 10 de la LM. Como de referencia absoluta figuran aquellos casos en que el signo elegido guarde identidad con otra marca anterior para productos idénticos (principio de especialidad) o por razones de semejanza exista un riesgo de confusión o asociación con la marca precedente. Lo mismo se predica de la identidad o semejanza con nombres comerciales anteriores. En ambos casos, marca y nombre comercial, la Ley es minuciosa para determinar cómo debe entenderse la prioridad. Otro caso de prohibición relativa tiene lugar cuando la identidad o semejanza se produce con marcas o nombres comerciales notorios y renombrados que figuren registrados con anterioridad (art. 8 LM). La marca notoria se entiende que es conocida generalmete en el sector concreto de productos o servicios que distingue. Mientras la marca renombrada es la que se conoce incluso en sectores que nada tengan que ver con el de productos o servicios distinguidos por la misma.⁶³

El art. 9 LM se refiere a “otros derechos anteriores”. Esto significa que el uso como marca de nombres o imágenes ajenas o denominaciones sociales correspondientes a personas jurídicas distintas del solicitante. Este último ha de desistir de su solicitud si el titular de aquellos prueba el uso o conocimiento generalizado de sus signos distintivos y la posibilidad de que puedan generar confusión en el tráfico.

Con respecto a la Clase de Viena, la clase 43 se refiere a “*servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal*”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, para determinar si se puede registrar la marca se tendrá en cuenta que:

- Si esa marca está ya inscrita.
- Si se ha incurrido en una prohibición absoluta.
- Si se ha incurrido en una prohibición relativa.

⁶³ Véase SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil (Volumen I)*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2014, págs. 261 - 262.

6.2. CONCLUSIÓN

Para resolver el primer punto, he ido a la página web de la Oficina Española de Patentes y Marcas y he introducido en su localizador la marca en cuestión, y tanto en el apartado de búsqueda por denominación como en el de búsqueda por clase de Viena no me ha aparecido ningún resultado⁶⁴. Por lo tanto, se entiende que la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” no está registrada.

El segundo punto relativo a las prohibiciones absolutas, considero que la marca de la que trata el caso podría tener una representación gráfica. Asimismo, también se podría considerar que no se vulneraría la segunda categoría, dado que la marca en cuestión tiene un nombre bastante característico y diferenciador y no es para nada habitual para referirse a los servicios que se podría prestar bajo esa denominación.

Con respecto a la tercera categoría, nada parece indicar que se pueda inducir a error a los consumidores sobre los aspectos de los servicios que se podrían proporcionar bajo la marca de “Pequeñas Sumisas Ardientes”, dado que es una denominación bastante clara para lo que se usaría esta marca.

Sin embargo, proporciona muchas más dudas la última categoría, en concreto, la parte en la que se refiere a la prohibición absoluta de inscribir marcas que contravengan el orden público, es decir, que contravengan las leyes o las buenas costumbres.

Si tenemos en consideración el nombre de la marca (“Pequeñas Sumisas Ardientes”) cabría la posibilidad de que esta marca se considere como no registrable, debido a que esta denominación denota un carácter denigrante hacia la mujer. Por tanto, podríamos estar ante un caso de prohibición absoluta por contravenir el orden público o las buenas costumbres.

Pero si lo miramos desde otra perspectiva, el concepto de orden público y de las buenas costumbres no tiene una definición clara, sino que es un concepto plenamente subjetivo y que no consta de una definición clara. Así que podría existir una interpretación donde esta marca se pueda registrar porque parece que no vulnera ninguna Ley, dado que los términos que puedan aparecer en una ley o leyes es bastante probable que sean mucho más precisos que los del orden público.

Con respecto de la clase 43 la OEPM la define como que comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comida de hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal. Por tanto, considero que una marca como “Pequeñas Sumisas Ardientes” puede no encajar dentro de esta categoría, ya que esta marca en

⁶⁴ la url es: <http://sitadex.oepm.es/Localizador/homeLocalizador.jsp>

cuestión con esa denominación parece no denotar que los servicios que se proporcionen bajo esta marca sean los de un hospedaje.

Asimismo, no hay ninguna ley que contenga la no inscripción de una marca como la que estoy a tratar, por tanto, desde esta perspectiva, cabría la posibilidad de que se pudiese dar un futuro registro de la misma.

Por último, con respecto a las prohibiciones relativas, es evidente que “Pequeñas Sumisas Ardientes” no es una marca notoria ni renombrada, por tanto hay que descartar la posibilidad de no inscripción por este motivo. Tampoco estaríamos ante el supuesto del art. 9 LM dado que esta marca no ha sido inscrita anteriormente y por tanto, no existen derechos anteriores con respecto a ella.

7. DICTAMEN SOBRE QUE UNA SOCIEDAD QUE SE DEDICA A “SIMILAR GÉNERO DE COMERCIO” Y QUE CUMPLE CON SUS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS INICIE ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRA NA&MA SL.

7.1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal se define como una competencia ilícita, donde toda práctica comercial que no respeta las reglas de juego del mercado fijadas por las leyes o establecidas por los usos y costumbres comerciales. Se trataría, pues, de una actuación mercantil que, con engaño o fraude, pretende sacar provecho o causar perjuicio a terceros (consumidores, distribuidores y competidores).⁶⁵

Por ello, la legislación a tener en cuenta sería la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, más concretamente el art. 15 relativo a la competencia desleal pro infracción de normas, el art. 32, donde se habla de las acciones que podría ejercitar la sociedad que ha cumplido con sus obligaciones contra NA&MA SL, y los arts. 33 y 34 relativos a la legitimación.

El art. 4 dice que la competencia desleal es todo comportamiento que sea contrario a las exigencias de la buena fe. Se dice que un empresario no actúa de buena fe cuando^{66,67}

- Que el empresario o profesional actúe de forma contraria a la diligencia profesional, definiéndose ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas usuales del mercado.
- Que el resultado efectivo o potencial de esta práctica profesionalmente negligente tenga efecto sobre el comportamiento de los consumidores.

Por tanto, la Ley prohíbe actos de competencia desleal porque se tiene que proteger a competencia por el interés de todos los sujetos que participan en el mercado.

⁶⁵ Véase al respecto SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil (Volumen I)*. Ed. Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2014, págs. 213 - 214.

⁶⁶ STS 720/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de noviembre (RJ 2011\561).

⁶⁷ Se dice que hay competencia desleal cuando se la ventaja se ha adquirido tras prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva, que sea significativa, adquirida mediante infracción de leyes. Se ha considerado además encajable en este precepto las ventas con regalo (STS 513/2002 (Sala de lo Civil) de 30 de mayo (RJ 2002\4575)) y la contratación de trabajadores infringiendo la ley 4/2000 de extranjería (art. 3).

En las relaciones de los empresarios con los consumidores, se entenderá contrario a la buena fe el comportamiento de empresario o profesional en que concurren dos elementos: que resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que distorsione o sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica (entendiéndose por tal distorsión la utilización de una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro que no se hubiese tomado).

En este sentido, se define el comportamiento económico del consumidor o usuario como toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: la selección de una oferta u oferente; la contratación de un bien o servicio; el pago del precio y la forma de pago; la conservación del bien o servicio y el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios. Por otra parte, se hace hincapié en la protección de los grupos de consumidores especialmente vulnerables (por presentar discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o credulidad), regulándose que las prácticas comerciales que solo sean susceptibles de distorsionar de forma significativa el comportamiento de estos grupos se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

Con ello se pone en manifiesto que los intereses protegidos no son solo los de los competidores directamente dañados, sino también los de los consumidores. Existe un componente de interés público, que pone al descubierto las relaciones entre este sector y el Derecho de defensa de la competencia.

La LCD se aplica a unos determinados actos realizados en el mercado por agentes económicos.

La LCD distingue entre ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. En primer lugar, es necesario que el acto de competencia desleal se realice en el mercado y con fines de concurrencia.⁶⁸

En cuanto al ámbito subjetivo, la LCD resulta de aplicación no solo a empresarios sino también a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado.⁶⁹

Hay varios actos de competencia desleal pero voy a centrarme en el que sería relevante para este caso, que sería el llamado el del art. 15 LCD que sería la violación de normas. Es decir, prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes siempre que se la ventaja sea significativa, o la simple infracción del normas jurídicas que tengan por objeto la regulación la actividad de la que se trate⁷⁰.

⁶⁸ Véase BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid 2014, págs. 204 - 208.

⁶⁹ Elemento introducido por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 963/2000 de 18 de octubre (RJ 2000\8809).

⁷⁰ STS (Sala de lo Civil) 593/2000 de 16 junio 2000 (RJ 2000\5288).

7.1.1. ACCIONES QUE SE PUEDEN EJERCITAR SI EXISTE LA COMPETENCIA DESLEAL

En primer lugar, el art. 15 LCD habla de que existe competencia desleal cuando se han infringido leyes para tener ventaja competitiva en el sector. El apartado segundo de este mismo artículo habla de que también existe competencia desleal cuando se infringen normas jurídicas que tienen por objeto *“la regularización de la actividad concurrencial”*.

Por otra parte el art. 32 habla de las acciones que se podrían ejercitar una vez declarada la existencia de competencia desleal. Son seis:

- Acción declarativa de deslealtad. Esta acción tiende a que se reconozca que el acto correspondiente que sea desleal e ilícito, que implica que esta acción se acumula con las otras previstas en la ley.
- Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
- Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. . Se trata de que el Juez declare las medidas pertinentes para que cuando se produzca el acto de competencia desleal, se eliminen sus efectos, para que el perjudicado por dicho acto vuelva a la situación anterior.
- Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Se puede dirigir a la rectificación de una información incorrecta o una publicidad correctora que remedie esta publicidad engañosa.
- Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
- Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

En el apartado segundo de este mismo artículo se recoge la posibilidad de la publicación total o parcial de la sentencia en las acciones 1 a la 4, o si los efectos de la infracción se mantuviesen durante mucho tiempo, una declaración rectificadora.

Estas acciones prescriben en el plazo de un año desde el momento en que tuvo conocimiento del daño o el plazo de tres años en caso de que haya finalizado la conducta (art. 35 LCD).

Con respecto a la legitimación, el art. 33 LCD nos habla de la legitimación activa para solicitar las acciones de competencia desleal correspondientes. Con respecto a este caso lo que interesa es el apartado 1 de este artículo, donde se dice que cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado puede ejercitar las acciones de competencia desleal de la 1 a la 5, siempre y cuando sus intereses económicos hayan

sido perjudicados o amenazados, o que tengan un derecho subjetivo o interés legítimo por dicha conducta desleal.

Por otra parte, este mismo artículo dice que la acción de enriquecimiento injusto solo la podrá ejercitar el titular de la posición jurídica violada.

Con respecto a la legitimación pasiva, las acciones anteriormente mencionadas se podrán ejercitar contra cualquier persona que haya realizado u ordenado dicha conducta desleal o hubiese cooperado en su realización. Pero, por otra parte, la acción de enriquecimiento injusto solo se puede dirigir contra el beneficiario de dicho enriquecimiento.

Teniendo en cuenta los anteriores artículos, se presupone que el local competidor con la sociedad NA&MA SL tiene legitimación activa para interponer acciones para el cese de la competencia desleal, y que NA&MA SL sería el sujeto pasivo en el caso de haber realizado las conductas que han originado la competencia desleal-

7.2. RESOLUCIÓN

Pero hay que diferenciar dos supuestos relativos al término “similar género de comercio”.

En primer lugar, si el género de comercio en cuestión se refiere a la gestión de locales de ocio que aparecían en los estatutos de la sociedad NA&MA SL, en este caso el local competidor sí podría solicitar la existencia de competencia desleal. En concreto, competencia desleal por infracción de Ley debido a que la sociedad infractora no había pagado el Impuesto de Sociedades durante 5 ejercicios seguidos y esto le acarrearía consecuencias penales y tributarias.

De esta manera, el local competidor podría solicitar las acciones del art. 32, concretamente la acción declarativa de deslealtad por parte de la sociedad NA&MA SL por infracción de ley; la acción de cesación de la conducta desleal en cuestión o prohibición de ella en un futuro; acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio de la conducta desleal; y probablemente la acción de enriquecimiento injusto, porque el local habría sido directamente afectado por el acto de competencia desleal en cuestión.

Pero, por el contrario, si con “similar género de comercio” se refieren a lo que realmente se encargaba la sociedad NA&MA SL, es decir, a la obtención de beneficios derivados del ejercicio de la prostitución en sus local “Plenilunio”, no existiría en ningún momento competencia desleal, dado que ambos locales están incumplimiento la

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

ley, concretamente el Código Penal en su artículo 188. No tendría sentido que la sociedad competidora demandase a NA&MA SL cuando ésta misma también está incumpliendo con la normativa vigente, aunque cumpla con todas sus obligaciones fiscales.

De esta forma, el local competidor también estaría infringiendo la ley, así que sería imposible que ésta pudiese solicitar la existencia de competencia desleal del art. 15 LCD.

8. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS

Para determinar cuál es el órgano que se tiene que encargar de la investigación de los hechos ocurridos en el caso, habrá que tener en consideración el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta ley, en los arts. 282 a 298, relativos a la Policía Judicial, expone lo siguiente⁷¹:

- Que la Policía Judicial se encarga de la averiguación de los delitos públicos que se cometan en su territorio o demarcación, y que tendrán que practicar las diligencias necesarias para su comprobación y descubrir a los delincuentes, y recoger todas las pruebas del posible delito de los que sería probable su desaparición, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial (art. 282 Lecrim.).
- Constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal, y tendrán que seguir instrucciones de estas autoridades a efectos de investigación de los delitos correspondientes (art. 283 Lecrim.).
- La Policía Judicial tendrá que practicar las diligencias que los funcionarios del Ministerio Fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes, y de todas las demás que les encarguen los Jueces de Instrucción y municipales (art. 287 Lecrim.).
- Los funcionarios de Policía judicial extenderán en papel sellado o en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, donde se especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos (art. 292 Lecrim.).
- Si no se pudiese redactar dicho atestado, el funcionario a quien correspondiese hacerlo, se sustituirá por una relación verbal circunstanciada, que reducirá a escrito el funcionario del Ministerio Fiscal, el Juez de instrucción o el municipal a quien deba presentarse el atestado, manifestándose el motivo de no haberse redactado en la forma ordinaria (Art. 294 Lecrim.).
- En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado (Art. 295 Lecrim.).
- Los atestados que se redacten se considerarán denuncias para los efectos legales (art. 297 Lecrim.).

Por todos los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal anteriormente mencionados, sería la Policía Judicial el órgano que se tendrá que encargar de la investigación de todos los hechos ocurridos objeto de un posible juicio de los mismos, dado que la mayoría de los hechos su jurisdicción es la penal.

⁷¹ Véase VV.AA. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007, págs. 105 - 109.

9. EL ÓRGANO ENCARGADO DEL PROCESO ULTERIOR

Para averiguar cuál sería el órgano encargado del proceso que se podría originar por los hechos acontecidos en el caso, hay que volver a tener en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente los artículos 3 y 4, relativos a las cuestiones prejudiciales.

El art. 3 Lecrim. otorga la competencia a los Tribunales que se encargan de la jurisdicción penal, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales que se proponen debido a los hechos que se persiguen, siempre y cuando dichas cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Esto significa que existe una jerarquía con respecto de las diferentes jurisdicciones (penal, civil, administrativa, mercantil y laboral), y que en caso de que en un mismo caso existan cuestiones que se tengan que dirimir en principio por un órgano jurisdiccional diferente al penal, se resolverían finalmente mediante la jurisdicción penal, porque esta tiene preferencia con respecto de las demás.

Asimismo, el art. 4 de la misma ley se refiere a que si la cuestión prejudicial es determinante para saber si el acusado es culpable o inocente, el órgano penal tendrá que suspender el proceso hasta que el Tribunal correspondiente resuelva dicha cuestión prejudicial. Las partes correspondientes no pueden exceder de dos meses para que vayan al Juez o Tribunal correspondiente para la resolución de dicha cuestión prejudicial. Si las partes no lo hacen en el plazo establecido anteriormente, el Secretario Judicial alzaré la suspensión mediante diligencia y se continuará con el proceso.

Así y teniendo en cuenta lo anterior, el órgano que se encargaría del proceso en cuestión será el Juzgado de Instrucción de la demarcación correspondiente, y si existe algún tipo de cuestión prejudicial, ésta la resolverá, bien el Tribunal de lo Penal, o bien una jurisdicción diferente, siempre y cuando ésta sea determinante para el proceso.

10. LA SOLICITUD DE DETENCIÓN EN RUMANÍA DE ROMELIA

Romelia podría ser acusada de varios delitos de trata de blancas, que aparece regulado en el art. 177 bis del vigente Código Penal, debido a una posible existencia de captación de varias chicas mediante un engaño para que éstas se trasladasen a España. Una esas posibles chicas captadas era menor de edad cuando sucedieron los hechos, lo que agravaría la pena. Asimismo, si Romelia perteneciese a una organización que se dedicaba a captar mujeres en Rumanía para que, una vez llegadas a España, se les obligase a ejercer la prostitución, también se le agravaría dicha pena.

Por todo lo anterior, parece que es lo suficientemente grave para poder solicitar la detención de Romelia en su país natal a través de un mecanismo llamado orden de detención europea.

La orden de detención europea se regula a través de la Ley Orgánica 2/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, y, con respecto a la legislación comunitaria, la Decisión Marco del Consejo de la UE relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002. Esta última Ley, ratificada por España, es mucho más completa que la anterior, así que me centraré básicamente en ella.

En esta Decisión Marco define la orden de detención europea como una resolución de índole judicial que se dicta por parte de un Estado miembro para que otro Estado miembro detenga y entregue a una persona buscada para que se ejerzan acciones penales o para que se ejecute una pena o medida de seguridad, siempre y cuando no se modifique la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos que se consagran en el Tratado de la Unión Europea (art. 1).

Por tanto, en este caso España, mediante una resolución judicial tiene que solicitar a Rumanía la detención de Romelia para que se puedan ejercer determinadas acciones penales contra la ciudadana rumana.

Los requisitos para dictar una orden de detención europea son que el delito en cuestión lo sea también en el Estado emisor de la orden, y que su duración sea superior a 12 meses. Pero no se tendrá en cuenta el control de doble tipificación de los hechos cuando la pena privativa de libertad sea de más de tres años en el Derecho del Estado emisor, como sería el caso de pertenencia a una organización delictiva o la trata de personas (art. 2).

Para ello, el delito no puede “estar cubierto por una amnistía en el Estado Miembro de ejecución si éste tuviese competencia para perseguir dicho delito según su propio Código Penal”; o que la persona en cuestión hubiese sido ya juzgada por los mismos hechos por parte de un Estado miembro; o que la persona por razón de su edad no se la pueda juzgar, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 3).

El procedimiento es el siguiente: desde el momento en que se conoce el paradero de la persona buscada, el Estado miembro que quiere juzgarla puede comunicar al Estado miembro donde se encuentra esa persona. La autoridad judicial en este caso de Rumanía puede decidir si *“introduce una descripción de la persona buscada en el*

Sistema de Información de Schengen”. Esta descripción equivale a una orden de detención europea hasta que la autoridad judicial de Rumanía reciba la orden original (art. 9).

Si no es posible recurrir al Sistema de Información de Schengen, la autoridad judicial rumana puede transmitir la orden por cualquier otro medio fiable que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro de ejecución establecer su autenticidad. Si surge algún problema con esto, se solventará por parte de las autoridades judiciales implicadas o con la participación de las autoridades centrales de los Estados miembros (art. 10)

Por último, si se detiene a Romelia mediante una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución si la persona buscada debe permanecer detenida (art. 12).

En este caso, cabría la posibilidad de que se tomen las pertinentes medidas de seguridad contra la sociedad NA&MA SL antes de que se dicte una sentencia porque son actos que se tiene por objeto el garantizar el normal desarrollo del proceso, para una eficaz aplicación de *ius puniendi*. Se tratan pues, de medios para que no se pueda poner en peligro el éxito del proceso, imponiendo ciertas precauciones como restricciones a la libertad personal o de disponibilidad de ciertos bienes o cosas.

11. POSIBLES MEDIDAS CAUTELARES PARA LA SOCIEDAD ANTES DE QUE SE DICTE SENTENCIA

Existen dos tipos de medidas cautelares: las personales y las reales.⁷²

Las medidas cautelares personales están llamadas a garantizar la eficacia de la represión de los delitos para restablecer el orden y la paz social. Entre estas medidas se incluye:

La citación cautelar (arts.486 a 488 Lecrim.) cuyo objeto es simplemente oír al imputado o imputados en este caso. En el caso de que no compareciesen en juicio ni se justifique una causa legítima que se lo impida, la no comparecencia se podrá convertir en una orden de detención.

La detención, por otra parte, se trata de la privación de libertad. En este caso se aplicaría la detención practicada durante la tramitación del proceso (art. 490 Lecrim.), es decir, la persona que estuviese procesada por un delito superior a la de prisión correccional (art. 492.2º LECr.)⁷³. Con respecto a la duración de la detención, será el tiempo que resulte estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

Por último, si se detiene a una persona se tendrá que poner a disposición judicial dentro de las 72 horas siguientes a su detención.

Con respecto a la prisión provisional (arts. 502 a 527 LECr.), la STC 41/1982 (Sala Primera) de 2 de julio (RTC 1982\41) la sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente un delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad de ciudadano.

Según el art. 502 Lecrim. la prisión la decretará el Juez o Magistrado instructor.

Los requisitos para la prisión provisional son los siguientes (art.503 Lecrim.):

- Que conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión.
- Que haya motivos suficientes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.
- Que mediante la prisión provisional se persiga que se evite un riesgo de fuga, ocultación alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento del caso.
- Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.
- evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Por otra parte las medidas cautelares reales son las que limitan la disponibilidad de ciertas cosas pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de

⁷² Véase al respecto de las medidas cautelares MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, págs. 267 - 307.

⁷³ La prisión correccional se considera desde los 3 meses a 5 años.

cualquier clase que pueda incluir la sentencia (art. 589 Lecrim.). Estas medidas cautelares son la fianza y el embargo.

La fianza (arts. 589 y ss Lecrim.) se acordaría desde el momento en que existan indicios de criminalidad contra una persona y se aseguren las responsabilidades pecuniarias que se deriven del proceso.

Por otra parte, el embargo (art. 589 y ss Lecrim.) consiste en una afección provisional y anticipada de bienes del encausado que es acordada por el Juez en el caso de que la fianza no fuera prestada.

En el art. 129 CP dice que se permite que durante el proceso se pueda clausurar temporalmente establecimientos o locales por parte del Juez instructor, así como la suspensión de las actividades de la sociedad correspondiente. Esta medida se puede tener en cuenta cuando en el local o establecimiento se han cometido delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores o delitos de asociación ilícita, entre otros.

No se establecen las medidas para su adopción ni en el CP ni en la LECrim, por lo que para acordarlo es preciso que haya los indicios suficientes de la actividad delictiva en los establecimientos o locales de la sociedad NA&MA SL en este caso. También debido al principio de *periculum in mora* se suspenderían las actividades que se realizasen en el local o establecimiento.⁷⁴

Estas son las medidas cautelares que considero que se podrían aplicar contra los dos socios de la sociedad NA&MA SL para el correcto funcionamiento del proceso y que se puedan esclarecer los hechos sin que haya ningún tipo de obstáculo en el proceso que se tenga que llevar a cabo.

⁷⁴ Véase al respecto MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pág. 311.

12. POSIBILIDAD DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES A LA SOCIEDAD

Las intervenciones telefónicas se tratan de una medida instrumental restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas (art. 18.3 CE), decretada y ejecutada en el estadio instructor de un proceso penal, bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente y frente a un imputado a los fines de, a través de la captación del contenido de la comunicación o de otros aspectos o caracteres del “*iter*” comunicador, investigar la comisión de un delito, averiguar los delincuentes y, en su caso, aportar al juicio oral elementos probatorios concretos.

La intervención de las comunicaciones se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los arts. 579 y siguientes.

Los requisitos para poder acordar una intervención telefónica son los siguientes:

En primer lugar, solo se puede acordar la intervención de las comunicaciones por una autoridad judicial. Solo se podrá intervenir comunicaciones sin la autorización de la autoridad judicial cuando en caso de urgencia, las investigaciones que se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas, la medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

La resolución que ordene dicha intervención de las comunicaciones tiene que ser motivada. Dicha resolución será un auto, el cual tiene que estar fundamentado. El auto tendrá que contener lo siguiente:

- el objeto de la intervención, es decir, a los dos únicos socios la sociedad NA&MA SL.
- el medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida.
- el hecho delictivo concreto que se investiga el proceso penal.

En el caso de que mediante la intervención se tenga noticia de nuevos hechos delictivos cuya investigación no haya sido prevista en el auto que acordó la intervención, para que se pueda investigar lo anterior será necesario que se dicte un nuevo auto judicial motivado que ordene la intervención para los nuevos hechos descubiertos. Estos hechos podrán atribuirse al mismo autor o a otro diferente.

El art. 579 LECrim. requiere, para adoptar la medida, que haya “*indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa*”. Esto significa que solo se podrá solicitar la intervención de

las comunicaciones cuando existan indicios racionales de que se puede estar cometiendo un delito.

Por su parte, la jurisprudencia⁷⁵ nos dice que “hay casos en los que ni siquiera es necesario que se haya practicado diligencia judicial alguna como acreditación de hechos concretos. Bastan al respecto actuaciones reveladoras de determinados hechos a partir de los cuales pueda realizarse la afirmación de una probabilidad con ese mismo doble contenido: existencia del delito y participación en el mismo de una persona concreta. En estos casos los indicios sólo sirven como base donde apoyar unas sospechas policiales al respecto, que se comunican al juez para que este ordene una medida de investigación, la intervención de algún medio de comunicación (postal, telegráfica, telefónica, correo electrónico...), un registro corporal, un registro domiciliario, etc”.

Por lo que respecta al procedimiento judicial es frecuente que este se inicie con la petición policial de autorización judicial. Si es así, no hay que aportar al procedimiento los medios de investigación utilizados por la policía para llegar a conocer los datos concretos reveladores de ese delito y de esa participación; basta simplemente con que se comuniquen al juzgado con la debida concreción y diciendo sus fuentes de conocimiento⁷⁶.

Para intervenir las comunicaciones, la jurisprudencia ha dispuesto que:

- La constatación de que se dispuso efectivamente de información suficiente facilitada por el solicitante respecto de la posible existencia de la comisión del ilícito y de su participación en él del investigado.
- Que la respuesta positiva cumplía con los requisitos esenciales para permitir la injerencia policial en el derecho fundamental, es decir, los de especialidad, proporcionalidad y necesidad de esa diligencia de investigación.

También se ha reiterado que los solicitantes no están obligados a aportar auténticas y cumplidas pruebas de la comisión del delito y de los partícipes en él para poder obtener la licencia judicial de intervención telefónica, pues ésta se trata, inicialmente, de una diligencia de investigación, precisamente encaminada a la obtención de esas pruebas que, de existir previamente, convertirían a su vez a dicha injerencia en el derecho fundamental en innecesaria e, incluso, desproporcionada por excesiva y carente ya de justificación.

Por último, también hay que recordar cómo la Jurisprudencia no exige de manera categórica que la Policía deba de revelar sus fuentes de información, especialmente si se trata de "confidencias" que desencadenan el inicio de una investigación, por ejemplo, pues el principio general del que ha de partirse en este momento, salvo prueba o grave sospecha en contra, es el de la confianza en la lícita actuación de los cuerpos de seguridad del Estado y en la fiabilidad de la información que facilitan al órgano

⁷⁵ STS 328/2010 (Sala de lo Penal) de 8 de abril (RJ 2010\4858).

⁷⁶ Véase al respecto MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, págs.243 - 248.

jurisdiccional, fiabilidad que, por otra parte, habrá de verse confirmada o desmentida posteriormente y como resultado de las diligencias llevadas a cabo.

Asimismo, la intervención de las comunicaciones solo se puede adoptar cuando el proceso penal se va a iniciar. Esto significa que se deberá adoptar como diligencia de investigación dentro del sumario de un proceso ordinario o de la instrucción (diligencias previas) de un procedimiento abreviado previamente incoado.

Por todo lo anterior, es evidente que se podrían intervenir las comunicaciones de los socios de NA&MA SL por parte de la autoridad judicial competente siempre y cuando existan indicios racionales de que mediante esta intervención se puedan averiguar datos o indicios que supongan la comisión de una actividad delictiva. Estas intervenciones se tienen que incorporar como diligencias previas.

13. POSIBILIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LA CUENTA BANCARIA ABIERTA EN GIBRALTAR

En lo relativo a la investigación de los movimientos de la cuenta que han abierto Alberto y Santiago en Gibraltar, sería prácticamente imposible la investigación de una cuenta abierta en Gibraltar, ya que, según la Agencia Tributaria, este territorio sigue teniendo la condición de paraíso fiscal.

A pesar de que en los últimos años tanto Gibraltar como España han acercado posturas con respecto a la investigación de las cuentas que se han abierto en el territorio británico, no ha sido hasta el 2014 cuando se ha firmado un acuerdo con más de 50 países para compartir información fiscal, en el que se incluyen España y Gibraltar. El problema es que este acuerdo no será operativo hasta el año 2017, por lo que España no podría solicitar a Gibraltar ninguna información de las cuentas que allí estuviesen abiertas.⁷⁷

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la UE, en su Sentencia en el asunto C-212/11 Jyske Bank Gibraltar Ltd vs. Administración del Estado ha concluido que La normativa española que *“impone a las entidades de crédito que operan en España, independientemente del lugar en el que estén establecidas, que comuniquen a la UIF española las operaciones que supongan transferencias de fondos con origen o destino en paraísos fiscales y territorios no cooperantes, incluido Gibraltar, cuando el importe de las operaciones supere los 30.000 euros” (Ley10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de 28 de abril)*. Esto significa que sí se podrían investigar a las entidades bancarias que operan desde España y que desvían fondos hacia Gibraltar, pero no en el caso de que la cuenta haya sido abierta en Gibraltar.

Por todo lo anterior, considero que probablemente no se podrían investigar las cuentas que la sociedad NA&MA SL ha abierto en Gibraltar dado a que dicha cuenta no se abrió desde España y que el acuerdo del que antes he hecho mención no es operativo hasta el 2017.

⁷⁷ Véase “54 países acuerdan compartir información fiscal a partir de 2017” en el diario “El País”, con fecha de 29 de octubre de 2014, que puede consultarse en: http://economia.elpais.com/economia/2014/10/29/actualidad/1414608474_153583.html

14. REPRESENTACIÓN EN JUICIO DE LA SOCIEDAD

Por último, para contestar a la pregunta de cómo articular la representación de la sociedad NA&MA SL en el juicio, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, más concretamente el artículo 233, que nos habla de la representación de una sociedad.

En este artículo se dispone que la representación de una sociedad en juicio la tendrá que ejercer el administrador único o administradores de la misma, siguiendo lo que dispone en los estatutos de la misma. En el caso que nos corresponde que es el de una sociedad limitada, este mismo artículo nos dice que si hay más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos dos de ellos siguiendo las reglas que aparezcan en los estatutos.

El problema en este caso es que no nos dice cuál de ellos era el administrador, si Alberto o Santiago, o si en los estatutos designaba a cuál de ellos era el administrador único de la sociedad. Por tanto considero que la opción más conveniente en este caso es que los dos representen la sociedad en juicio, dado que son los dos únicos socios y lo más probables es que también ambos ejerciesen mancomunadamente el ejercicio de la administración de la sociedad limitada NA&MA SL.

BIBLIOGRAFÍA

- ORTS BERENGUER, E Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L; *Compendio de Derecho Penal (parte general)*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.
- MUÑOZ CONDE, F; *Derecho Penal: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.
- SUÁREZ-MIRA DOMÍNGUEZ, C; *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Ed. Thompson Reuters Civitas. Madrid 2008.
- VV.AA; *Derecho Penal (Parte Especial): un estudio a través del sistema de casos resueltos*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A; *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson SL. Madrid 2012.
- POLAINO NAVARRETE, M; *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II*, Ed. Tecnos. Madrid 2014.
- PÉREZ ROYO, F; *Derecho Financiero y Tributario: parte general*, Ed. Thompson Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2012.
- CAZORLA PRIETO, L.M; *Derecho Financiero y Tributario: Parte General*, Ed. Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MARTÍN QUERALT, J; *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos. Madrid 2014.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. J Y DÍAZ MORENO, A; *Lecciones de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid 2014.
- BROSETA PONT, M Y MARTÍNEZ SANZ, F; *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos. Madrid 2014.
- SÁNCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J; *Instituciones de Derecho Mercantil (Volumen I)*, Ed, Thompson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2014.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F; *El Proceso Penal y su Jurisprudencia*, Ed. Editorial Forum. Oviedo 2004.
- MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.
- VV.AA, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2007.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.
- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.
- Protocolo Concerniente al Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas, de 27 de junio de 1989.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Decisión Marco del Consejo de la UE relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002.
- Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Resolución 53/13 de la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2009.
- Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de 28 de abril.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

PENAL

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Penal) 2109/1994 de 28 de noviembre (RJ 1994\9146).
- STS (Sala de lo Penal) 74/1998 de 26 de enero (RJ 1998\94).
- STS (Sala de lo Penal) 307/1998 de 31 de marzo (RJ 1998\3760).
- STS (Sala de lo Penal) 184/1999 de 15 de febrero (RJ 1999\1168).
- STS (Sala de lo Penal) 436/2000 de 13 de marzo (RJ 2000\1468).
- STS (Sala de lo Penal) 2545/2001 de 4 de enero (RJ 2002\1183).
- STS (Sala de lo Penal) 1588/2001 de 17 de septiembre (RJ 2001\9014).
- STS (Sala de lo Penal) 2194/2001 de 19 de noviembre (RJ 2002\1517).
- STS (Sala de lo Penal) 531/2002 de 20 de marzo (RJ 2002\6757).
- STS (Sala de lo Penal) 668/2003 de 7 de mayo (RJ 2003\4055).
- STS (Sala de lo Penal) 1070/2003 de 22 de julio (RJ 2003\5442).
- STS (Sala de lo Penal) 1058/2004 de 27 de septiembre (RJ 2004\6987).
- STS (Sala de lo Penal) 968/2005 de 13 de julio (RJ 2005\5564).
- STS (Sala de lo Penal) 380/2007 de 10 de mayo (RJ 2007\3503).
- STS (Sala de lo Penal) 201/2008 de 23 de abril (RJ 2008\4646).
- STS (Sala de lo Penal) 29/2009 de 19 de enero (RJ 2009\1536).
- STS (Sala de lo Penal) 16/2009 de 27 de enero (RJ 2010\661).
- STS (Sala de lo Penal) 450/2009 de 22 de abril (RJ 2009\3072).
- STS (Sala de lo Penal) 328/2010 de 8 de abril (RJ 2010\4858).
- STS (Sala de lo Penal) 326/2010 de 13 de abril (RJ 2010\5552).
- STS (Sala de lo Penal) 850/2013 de 4 de noviembre (RJ 2013\7339).
- STS (Sala de lo Penal) 208/2014 de 10 de marzo (RJ 2014\1701).

Audiencia Provincial

- SAP Granada (Sala de lo Penal) 333/2008 de 5 de junio de 2008 (JUR 2009\18487).
- SAP Barcelona (Sala de lo Penal) de 25 julio 2014 (JUR\2014\235680).
- SAP Madrid (Sala de lo Penal) 615/2014 (Sección 3ª) de 24 de octubre (ARP 2014\1436).
- SAP de las Islas Baleares (Sala de lo Penal) 31/2014 de 4 de diciembre (JUR\2015\67768).

Juzgado de Instrucción

- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla (Sala de lo Penal) 493/2012 de 18 de diciembre (ARP 2013\1394).

Autos

- Auto del Tribunal Supremo 2258/2009 de 7 de julio.
- Auto AP Sevilla 792/2010 de 24 noviembre.

CIVIL

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) 593/2000 de 16 junio 2000 (RJ 2000\5288).
- STS (Sala de lo Civil) 963/2000 de 18 de octubre (RJ 2000\8809).
- STS 513/2002 (Sala de lo Civil) de 30 de mayo (RJ 2002\4575).
- STS 720/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de noviembre (RJ 2011\561).

Audiencia Provincial

- SAP de Granada (Sala de lo Civil) 271/2013 de 6 de septiembre (AC 2014\56).

CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ Asturias 792/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de julio (JUR 2004\243965).

CONSTITUCIONAL

- STC 41/1982 (Sala Primera) de 2 de julio (RTC 1982\41).
- STC 146/1994 de 12 mayo (RTC 1994\146).
- STC 150/1997 de 29 de septiembre (RTC 1997\150).
- STC 36/2000 de 14 de febrero (RTC 2000\36).

EUROPEA

- STJCE de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991\78).
- STJUE C-212/11 Jyske Bank Gibraltar Ltd vs. Administración del Estado.

CONSULTADO EN LÍNEA

- Búsqueda de marcas en la Oficina Española de Patentes y Marcas a través de la url: <http://sitadex.oepm.es/Localizador/homeLocalizador.jsp>
- Noticia del el diario “El País” “54 países acuerdan compartir información fiscal a partir de 2017” con fecha de 29 de octubre de 2014, y cuyo enlace es: http://economia.elpais.com/economia/2014/10/29/actualidad/1414608474_153583.html