

**UNIVERSIDADE DE A CORUÑA**

**GRADO EN DERECHO**

# **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

---

*“Tráfico de drogas, trata de blancas y delito societario”*

**AUTORA**

Tania Marón Fernández

**TUTORA**

Emma Montanos Ferrín

# ÍNDICE

## *Supuesto de hecho*

|   |              |
|---|--------------|
| <i>1. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.....</i> | <i>1</i>     |
| <i>1.1 Antecedentes de hecho.....</i>   | <i>1</i>     |
| <i>1.2 Calificación jurídica.....</i>   | <i>1-2</i>   |
| <i>1.3 Fundamentación jurídica.....</i>   | <i>2-5</i>   |
| <i>1.4 Grado de autoría y grado de ejecución.....</i>   | <i>6</i>     |
| <i>1.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....</i>   | <i>6</i>     |
| <i>1.6 Relación concursal.....</i>  | <i>7</i>     |
| <i>2. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.....</i>  | <i>8</i>     |
| <i>2.1 Antecedentes de hecho.....</i>   | <i>8</i>     |
| <i>2.2 Calificación jurídica.....</i>   | <i>8</i>     |
| <i>2.3 Fundamentación jurídica.....</i>   | <i>8-14</i>  |
| <i>2.4 Grado de autoría y grado de ejecución.....</i>   | <i>14</i>    |
| <i>2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....</i>   | <i>14</i>    |
| <i>2.6 Relación concursal.....</i>  | <i>14-15</i> |
| <i>3. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.....</i>   | <i>16</i>    |
| <i>3.1 Antecedentes de hecho.....</i>   | <i>16</i>    |
| <i>3.2 Calificación jurídica.....</i>   | <i>16</i>    |
| <i>3.3 Fundamentación jurídica.....</i>   | <i>17-20</i> |
| <i>3.4 Relación concursal.....</i>  | <i>20-21</i> |

|  |              |
|--|--------------|
| <i>4. Dictamen sobre las posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&amp;Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto.....</i>   | <i>22</i>    |
| <i>4.1 Responsabilidad tributaria.....</i>   | <i>22-23</i> |
| <i>4.2 Responsabilidad penal.....</i>  | <i>23-24</i> |
| <i>5. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&amp;Ma S.L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.....</i>  | <i>25</i>    |
| <i>5.1 Legislación aplicable.....</i>  | <i>25</i>    |
| <i>5.2 Requisitos.....</i>   | <i>25-27</i> |
| <i>5.3 Causas de nulidad.....</i>  | <i>27-28</i> |
| <i>6. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&amp;Ma S.L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.....</i>   | <i>29</i>    |
| <i>6.1 Concepto jurídico.....</i>  | <i>29</i>    |
| <i>6.2 Prohibiciones Legales.....</i>  | <i>29</i>    |
| <i>6.3 Clasificación de Niza.....</i>  | <i>29-30</i> |
| <i>6.4 Fundamentación jurídica.....</i>  | <i>30</i>    |
| <i>7. Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&amp;Ma S.L.....</i> | <i>31</i>    |
| <i>7.1 Ámbito objetivo y subjetivo.....</i>  | <i>31</i>    |
| <i>7.2 Actos desleales.....</i>  | <i>31</i>    |
| <i>7.3 Fundamentación jurídica.....</i>  | <i>31-33</i> |
| <i>8. Dictamen para dar respuesta a diversas cuestiones.....</i>   | <i>34</i>    |
| <i>8.1 ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿Y del posterior proceso?.....</i>   | <i>34</i>    |
| <i>8.1.1 Normativa aplicable.....</i>  | <i>34</i>    |
| <i>8.1.2 Competencia objetiva.....</i>   | <i>34-35</i> |
| <i>8.1.3 Competencia funcional.....</i>  | <i>35</i>    |
| <i>8.1.4 Competencia territorial.....</i>  | <i>35</i>    |

|       |   |       |
|-------|---|-------|
| 8.2   | <i>¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?</i> .....             | 35-36 |
| 8.2.1 | <i>Normativa aplicable</i> .....  | 36    |
| 8.2.2 | <i>Concepto</i> .....   | 36    |
| 8.2.3 | <i>Requisitos</i> .....   | 36-37 |
| 8.3   | <i>¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?</i> ..... | 37    |
| 8.4   | <i>¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?</i> .....    | 37    |
| 8.4.1 | <i>Concepto jurídico</i> .....  | 37    |
| 8.4.3 | <i>Fondo del asunto</i> .....   | 38    |
| 8.5   | <i>¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?</i> .....         | 39    |
| 8.5.1 | <i>Situación previa</i> .....   | 39    |
| 8.5.2 | <i>Situación actual</i> .....   | 39-40 |
| 8.6   | <i>¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?</i> .....   | 40    |
| 9.    | <i>Conclusiones finales</i> .....   | 41-43 |
|       | <i>Fuentes normativas, jurisprudenciales y bibliográficas</i> .....                   | 44-49 |

### ***Supuesto de hecho.***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Pietro acompañó a María a una tienda de ropa interior del centro de la ciudad. Una vez allí, el hombre le dijo que fuese comprando, que él iba a hacer un par de recados y que

volvería en media hora. Fue ése el momento que María aprovechó para contarle su situación a las dependientas del local, llamando éstas a la policía.

Tras la declaración de María, las fuerzas policiales se trasladan a Plenilunio y detienen a Tatiana, Zulaika y Pietro, comprobando, además, que en el local hay otras siete mujeres, todas ellas de nacionalidad rumana, incluyendo Nicoara, de 17 años de edad. Preguntados por la situación de esta chica, los tres afirman desconocer su minoría de edad, si bien Zulaika, en la oficina que servía de recepción, tenía retenidos los pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.

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

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

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

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

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

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

que tiene llave del armario) y él mismo las consumen en el local. Asimismo, reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

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

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

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

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

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

- Ejercicio 2009: 156.000 euros
- Ejercicio 2010: 161.000 euros
- Ejercicio 2011: 170.000 euros
- Ejercicio 2012: 125.000 euros
- Ejercicio 2013: 119.000 euros

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

## ***1. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Romelia, Tatiana, Pietro, Zulaika, Alberto y Santiago por los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución por parte de las ocho mujeres rumanas.***

Para determinar las posibles responsabilidades en las cuales habrían incurrido dichos sujetos, lo más adecuado sería comenzar por analizar cada caso por separado. De este modo, será más sencillo averiguar su respectiva participación en los hechos e identificar los delitos que se les pueda imputar.

### ***1.1 Antecedentes de hecho.***

Para los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución, que ahora nos ocupa, es relevante hacer referencia a Romelia, la cual ofrece un empleo como personal de limpieza en un restaurante a su amiga María, la víctima y, a su vez, denunciante. Este restaurante, según le informa es propiedad de una tía suya, Tatiana.

Romelia es la encargada de comprarle el billete de transporte que le permitirá viajar hasta La Coruña, en donde Tatiana se encargará de su recogida y posterior traslado al *Club Plenilunio*. Siendo ella quien le informa de los motivos reales por los que estaba ahí y lo que le esperaba. Justificando todo ello con el hecho de que debía de saldar la deuda contraída con ellos por el pago del viaje.

Las condiciones que se le impusieron fueron un horario de trabajo de 17:30 a 04:00, no pudiendo abandonar el local, debiendo pernoctar en el mismo y fuera de ese horario solamente podía salir siendo acompañada de Pietro. Se le retiró su pasaporte el cual estaba en posesión de Zulaika. Cabe señalar que la ventana correspondiente a la habitación en donde ella se hallaba tenía rejas.

En relación con las condiciones de “trabajo” impuestas por Tatiana, no llegó a cumplir con el porcentaje que supuestamente le iba a corresponder a María dado que por todos los servicios sexuales que ha tenido que llevar a cabo a lo largo de esos cuatro años, además de las copas a las que le han invitado, no ha percibido nada. Dado que esas sumas dinerarias las recibía Zulaika y posteriormente, al finalizar la noche, se las entregaba a Tatiana.

A su vez, además de María que había llegado en el año 2010, hay que tener en cuenta que había otras siete mujeres que habían llegado entre los años 2012 y 2014. Estando todas en condiciones similares a las expuestas. Y teniendo una de ellas 17 años.

### ***1.2 Calificación jurídica.***

Tras analizar los hechos expuestos, entendidos tales como probados, podemos llegar a la conclusión de que las conductas, en el supuesto recogidas, pueden ser constituyentes de los siguientes ilícitos penales:

- a) *Delito de trata de seres humanos: el cual viene recogido en el art. 177 bis del nuevo Título VII bis “De la trata de seres humanos”, desde la reforma del Código Penal (en lo sucesivo, CP) en el año 2010.*
- b) *Delito de determinación a la prostitución: regulado en los artículos 187 y ss. del CP.*
- c) *Delito de prostitución de menores: el cual viene regulado en el artículo 188.2 CP.*

### **1.3 Fundamentación jurídica.**

Respecto del delito de trata de seres humanos<sup>1</sup>, cabe explicar que, el tipo básico del delito de trata de seres humanos persigue tres tipos de conductas que son: la captación, el traslado y el recibimiento de personas con la mera finalidad de ser explotadas, por lo que se puede decir que este tipo penal se desarrolla en diversas fases, dado que todas ellas se producen en momentos distintos y de forma, más o menos, consecutiva<sup>2</sup>. Sin embargo, la fase correspondiente a la explotación efectiva, pese a ser necesaria para que se pueda entender que se ha cometido este ilícito penal, no forma parte de la conducta típica, por lo que se entendería consumado el delito aunque no se llegara a producir esta última. Asimismo ha de efectuarse a través de métodos engañosos, violentos, intimidatorios o abusivos, invalidando el consentimiento de la víctima. A su vez, no es necesario que se produzca un desplazamiento transfronterizo por parte de la víctima, pudiendo perfectamente consumarse el ilícito penal permaneciendo en territorio español<sup>3</sup>.

Habiendo aclarado lo anterior ya podemos entrar en la fundamentación jurídica propiamente dicha.

Primeramente vamos a tratar el caso de Romelia por ser el primer sujeto que tiene contacto con María. Con los datos anteriormente expuestos se podría interpretar que Romelia no tenía constancia de lo que ocurría y que se trataba de una simple amiga que le ofreció trabajar en el local de un familiar cercano, su tía, pagándole el transporte porque María se encontraba en una situación económica complicada. Sin embargo, también sería totalmente factible entender que Romelia, por orden de Tatiana, captaba a mujeres rumanas con el fin de trasladarlas a España. Siendo los gastos del traslado el argumento alegado para poder retenerlas un largo período de tiempo durante el cual supuestamente debían de saldar dicha deuda. En total fueron unas siete mujeres las que acabaron ejerciendo la prostitución, en esas mismas condiciones y bajo ese mismo procedimiento. Por lo tanto, aunque con los datos que nos aporta el supuesto, tal vez, no fuese posible imputarle algún delito por falta de pruebas contra la misma, en este caso

---

<sup>1</sup> CP, art. 177 bis.

<sup>2</sup> Característica que el propio Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha expuesto.

<sup>3</sup> Pomares Cintas, E., *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, nº13 (2011) pp. 7-9.

se entenderá, teniendo en cuenta la redacción del texto, la segunda interpretación mencionada, más coherente en este caso.

Pues bien, por ello, se le puede imputar un delito de trata de seres humanos en su modalidad de captación y de traslado, en base a lo expuesto con anterioridad respecto de este ilícito penal. Esto es así porque se cumple con el tipo y con que las actuaciones llevadas a cabo tengan una finalidad específica respecto de las víctimas, con independencia de si ésta se llega a producir o no. El CP recoge varios tipos de finalidades, la que ahora nos interesa es la relativa a la explotación sexual<sup>4</sup>. También se cumple por el hecho de que se produce dicha captación mediante engaño.

Sin embargo, no le es imputable un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto en el artículo 318 bis, puesto que no se podría entender que se promueve o favorece la inmigración clandestina. Al tratarse de un traslado efectuado entre dos Estados miembros por parte de un ciudadano europeo, como así recoge la normativa de extranjería correspondiente, no es necesaria ninguna documentación específica para su entrada y estancia en España, contrariamente a lo que ocurriría en el caso de que se tratara de un ciudadano perteneciente a un tercer Estado. Por este motivo, María no llega a entrar en España de forma ilegal y los hechos no son constitutivos de dicho delito.

Esto es así, porque Rumanía, a la vez que Bulgaria, se ha adherido a la Unión Europea por lo que desde enero de 2007 es un Estado miembro cuyos nacionales son ciudadanos comunitarios. Pese a algunas peculiaridades que tiene esta adhesión como es la existencia de Cláusulas de Salvaguardia o determinadas Disposiciones Transitorias<sup>5</sup>, en las cuales no nos detendremos aquí por su irrelevancia para el caso, porque en base al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS de 29 de mayo de 2005 y a la STS 76/2008 de 5 de febrero se reconoce la inaplicabilidad del artículo 318 bis para el caso de ciudadanos de nacionalidad rumana, tras la adhesión de su Estado.

En segundo lugar, nos detendremos en Tatiana. A partir de los datos recogidos con anterioridad, se puede determinar su participación en un delito de trata de seres humanos, esta vez, en la modalidad de recibimiento. Siendo la siguiente fase de los hechos realizados por Romelia. Además, se sigue manteniendo esa finalidad de explotación de índole sexual.

A su vez, todas estas fases que, como hemos visto, conforman el delito de trata, poseen una finalidad que para el caso de Tatiana también se llega a producir, consumiéndose así otro ilícito penal distinto, éste es, el delito de determinación a la prostitución.

---

<sup>4</sup> CP, art. 177 bis 1º b).

<sup>5</sup> Oanta, G. A., *Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", nº 29 (2008) pp. 91-132.

El precepto que regula dicho ilícito penal<sup>6</sup> se compone de dos conductas distintas, estas son:

- *Determinar a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella mediando violencia, intimidación, engaño, situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.*
- *Lucrarse con la explotación de la prostitución de un tercero, con independencia de la existencia o no de consentimiento por parte de éste último. Teniendo en cuenta la sentencia ya citada respecto de que no todo lucro implica cumplir con la conducta aquí tipificada.*

Tras ello, se puede decir que se ha cumplido con el tipo de la primera conducta, puesto que se ha determinado a mujeres mayores de edad a ejercer la prostitución mediante engaño y posteriormente a mantenerse en ella a través de la coacción por la deuda supuestamente contraída. Además de haberse empleado abuso de situación de necesidad, de vulnerabilidad e incluso haber mediado intimidación. Todo ello queda probado con la retirada de su pasaporte, con el hecho de que no percibía suma dineraria alguna, que no podía salir del local, y las pocas veces que se lo permitían debía hacerlo bajo vigilancia continua.

Es por ello que se les puede imputar el delito de determinación a la prostitución a Tatiana, pero también, a Pietro y a Zulaika. Puesto que cada uno llevaba a cabo distintas conductas, pero todas ellas afines a ese mismo objetivo de mantener a una persona mayor de edad en la prostitución, cumpliéndose con el elemento subjetivo, es decir, la voluntad de mantenerla en esa situación, aún en contra de su voluntad.

Pero, cabe recordar que, no solamente se encuentra María en esa situación, sino que eran un total de siete, las mujeres mayores de edad que se hallaban en condiciones idénticas a las ya recogidas, por lo que lo expuesto anteriormente es aplicable a cada una de ellas. Es por ello que cada uno de los tres sujetos ha cometido siete delitos de determinación a la prostitución.

Sin embargo, todavía queda una mujer que no hemos mencionado, se hallaba en una situación muy similar salvo por una circunstancia, es menor de edad, teniendo 17 años cuando se conocen los hechos. Esto nos lleva a otro ilícito penal que corresponde a la prostitución de menores que viene recogido en el apartado segundo del precepto de determinación a la prostitución, que está pensado para personas cuya minoría de edad no es inferior a los trece años, dado que este último caso está expresamente previsto en el apartado tercero del mismo.

Por este delito de prostitución de menores son culpables tanto Tatiana, Zulaika como Pietro, puesto que, pese a negar conocimiento alguno sobre esa circunstancia, en su pasaporte consta claramente su edad. Lo fundamentado respecto del delito de determinación a la prostitución es extrapolable a este caso puesto que la conducta

---

<sup>6</sup> CP, art. 188.1.

tipificada es muy similar, salvo porque en esta última se pretende proteger de un modo más intensificado al sujeto pasivo al tratarse de un menor. Siendo indiferente si media consentimiento o no por parte del mismo.

En tercer lugar, tenemos a Alberto y Santiago que no merecen trato diferenciado dado que a lo largo de todo el relato de los hechos sus actuaciones son idénticas, al menos respecto de la responsabilidad penal que se les pueda imputar.

Cabe recordar que el precepto de determinación a la prostitución recoge dos conductas y por ello, no solamente son autores de tal delito los que por algún método obtienen un consentimiento viciado de la víctima, sino que también lo son las personas que se lucren de algún modo del ejercicio de dicha actividad. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo concluido recientemente por el Tribunal Supremo al respecto. Éste ha determinado que para poder considerar autor al sujeto que percibe dicha suma monetaria han de cumplirse determinados requisitos, estos son:

- *Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.*
- *Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.*
- *La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico<sup>7</sup>.*

Ello nos permite concluir que dicha conducta es realizada por ambos sujetos. Por una parte porque Tatiana les entregaba mensualmente las ganancias obtenidas en dicho local. Por otra parte porque se cumplen las exigencias recogidas en la citada sentencia, a saber: se emplea engaño con el fin de mantenerlas en ese ejercicio, son conocedores de esa situación por tratarse de los jefes del local y recibir todas las ganancias allí obtenidas y se tiene constancia de que se llevan realizando tales hechos desde al menos un período de cuatro años.

Por todo ello, ambos socios, Alberto y Santiago, son culpables de un delito de determinación a la prostitución y de un delito de prostitución de menores.

#### **1.4 Grado de autoría y grado de ejecución.**

Queda un elemento clave en el análisis de la responsabilidad penal de dichos sujetos respecto de los hechos relacionados con el ejercicio de la prostitución, éste es, determinar el grado de participación en los hechos constitutivos de delito y de ejecución en los mismos.

---

<sup>7</sup> STS 188/2014, de 11 de marzo.

Para este caso, se puede considerar que todos los sujetos a los que se les ha atribuido la participación en uno a varios hechos delictivos, ha sido como coautores de los mismos, es decir:

- Romelia y Tatiana como coautores de dos delitos de trata de seres humanos en grado de consumación.

- Tatiana, Pietro, Zulaika, Santiago y Alberto como coautores del delito de determinación a la prostitución en grado de consumación, remitiéndose a lo explicado con anterioridad y aplicable a las siete mujeres mayores de edad. Además de la imputación de un delito de prostitución de menores a cada uno de estos sujetos por los motivos ya expuestos.

Esto es de este modo porque no solamente son coautores los encargados directos de que ejerzan la prostitución sino también los sujetos que las mantienen en la misma<sup>8</sup>, quedando muy claro que Pietro al tratarse de la persona que se encargaba de las salidas del local las mantiene en la misma y Zulaika al tener los pasaportes de las mujeres también, además de entregar las sumas dinerarias a Tatiana, no permitiendo que saldaran esa supuesta deuda o que se marcharan de allí.

### ***1.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.***

Asimismo, cabe detenerse en si concurren o no algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, recogidas por el propio CP.

En este caso no es aplicable la agravante específica del tipo de trata de seres humanos, puesto que los hechos no se llevan a cabo por una organización o asociación de más de dos personas. Recordemos que solamente se les ha imputado tal delito a Romelia y a Tatiana.

Tampoco concurre ningún elemento que permita la aplicación de alguna de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal<sup>9</sup>.

### ***1.6 Relación concursal.***

Tras analizar los hechos probados relativos al ejercicio de la prostitución y determinar los ilícitos penales correspondientes, ya es posible detenerse en la posibilidad o no de que concurren relaciones concursales.

En relación con Tatiana, cabe citar que se le ha atribuido un delito de trata de seres humanos, uno de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución y otro de prostitución de menores. Todos ellos se encuentran entre sí en concurso real. Esto es así, porque cabe recordar que dichos delitos penan acciones diversas y tienen bienes protegidos distintos siendo los resultados alcanzados en sus conductas diferentes. En el

---

<sup>8</sup> STS 86/2005, de 1 de febrero.

<sup>9</sup> CP, arts. 19 a 23.

caso de la trata de seres humanos la acción penada es anterior y se penalizan conductas de mera actividad, respecto de los otros dos delitos.

En el caso de los restantes sujetos, es decir, Romelia, Pietro, Zulaika, Santiago y Alberto no cabe aplicar ningún concurso puesto que solamente se les ha imputado la participación en los delitos de determinación a la prostitución y de prostitución de menores, y siendo aplicable lo dicho para el caso de Tatiana, son penadas conductas distintas recayendo en sujetos pasivos distintos.

En último lugar, entendemos que no cabe la imputación de un delito de detención ilegal<sup>10</sup>. Esto es de este modo porque, pese a que se pueda entender que se ha realizado la conducta típica consistente en “el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad...”, en los casos en donde concurre tal conducta con un delito de determinación coactiva, la propia jurisprudencia ha entendido que la limitación de movimientos no supone detención o encierro, afirmando que queda absorbida por el delito específico del art. 188<sup>11</sup>. Con independencia de la numerosa jurisprudencia<sup>12</sup> que aplica el delito de detención ilegal, puesto que consideramos, en base a una valoración casuística, que la solución más ajustada aquí es la absorción a favor del delito específico, porque los actos privativos de libertad eran necesarios para llevar a cabo éste último.

---

<sup>10</sup> CP, art.163.1.

<sup>11</sup> STS 823/2007, de 15 de octubre.

<sup>12</sup> SSTs 338/2006, de 20 de marzo, 1301/2006, de 11 de diciembre, 1472/2004 de 16 de diciembre.

## ***2. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Pietro y Zulaika por su relación con las sustancias encontradas en el armario de Plenilunio.***

Para determinar las posibles responsabilidades penales respecto de las sustancias halladas en el local, se va a seguir el mismo procedimiento que se ha utilizado para el caso anterior respecto de los hechos relacionados con la prostitución.

### ***2.1 Antecedentes de hecho.***

Para comenzar nos detendremos en los hechos que poseen una cierta relación con las sustancias recogidas en el supuesto.

Los hechos son coincidentes principalmente con las actuaciones realizadas por Pietro dado que las sustancias fueron encontradas en un pequeño armario cerrado a llave, situado bajo la barra del bar, y al cual únicamente tiene acceso Pietro. Estando él en posesión de la única llave que permite abrirlo, como así él mismo lo ha reconocido.

Además era él quien, a través de internet, compraba una de las sustancias halladas con la finalidad de revenderla a los clientes. La otra sustancia la entregó un cliente como pago en especie por un servicio sexual, reconociendo que en una ocasión se lo vendió a otro cliente. Además de consumirla dentro del propio local para su propio consumo o para el de alguna de las mujeres, si así se lo solicitan, aunque con carácter ocasional.

Esas sustancias halladas son dos: *nitrito de amilo* e *hidrocloruro de ketamina*. La primera se hallaba distribuida en 17 frasquitos etiquetados bajo el nombre de “Orgasmus” y “Liquid Gold”. La segunda se encontraba en forma de pastillas en una bolsa de plástico, sumando un total de siete gramos.

### ***2.2 Calificación jurídica.***

Después de analizar los hechos anteriormente citados, se pueden llegar a establecer como constitutivos de los siguientes ilícitos penales<sup>13</sup>:

- a) Delito contra la salud pública recogido en el art. 359 del CP.*
- b) Delito de tráfico de drogas: tipo cualificado: recogiendo el de primer grado en el artículo 369 del CP.*

### ***2.3 Fundamentación jurídica.***

Tras haber determinado cuáles son los posibles delitos penales en base a los hechos que ahora nos ocupan, cabe adentrarse en la exposición de los fundamentos jurídicos pertinentes al caso.

---

<sup>13</sup> CP, arts. 359 a 378.

En primer lugar cabe detenerse en cuál es el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, siendo éste, según la doctrina mayoritaria y la propia jurisprudencia<sup>14</sup>, la salud pública, “conceptuándose como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos”<sup>15</sup>.

En segundo lugar es necesario determinar el objeto material del delito de tráfico de drogas, es decir, definir el significado y alcance de “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como “cualquier sustancia terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo sea capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico” y presentando las siguientes características:

- *El deseo abrumador de continuar consumiéndola o la dependencia psíquica.*
- *La tendencia a aumentar la dosis o tolerancia.*
- *La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia que hace verdaderamente necesario su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia*<sup>16</sup>.

Esta definición es lo suficientemente amplia para permitirnos encajar tanto al *nitrito de amilo* como al *hidrocloruro de ketamina* en el objeto material del delito de tráfico de drogas. Esto es así porque la ketamina “tiene también importantes propiedades alucinógenas psicodélicas y estimulantes que han hecho aumentar su consumo para fines no médicos en los últimos veinte años. La droga afecta a distintos sistemas del cerebro, como por ejemplo, los de glutamato, dopamina (con efectos muy similares a la cocaína, incluyendo el bloqueo de la recaptación de dopamina), serotonina, opioides, noradrenalina y cortisol, entre otros”<sup>17</sup>. Y el *nitrito de amilo*, consiste en una sustancia que “al entrar en contacto con el Sistema Nervioso Autónomo producen un efecto vasodilatador de los músculos lisos que rodean los vasos sanguíneos y con ello facilitan el paso de la sangre” y que “las consecuencias del consumo de *poppers* incluyen aumento de la presión intracraneal, taquicardia, mareos, debilidad, palidez, dolores de cabeza, náusea, vómito, irritaciones alrededor de los labios, mejillas y nariz y dermatitis. Entre los efectos más graves se encuentran el desarrollo de neumonía lipoidea”, además, “el uso a largo plazo produce efectos sobre los sistemas

---

<sup>14</sup> STS 622/2004, de 10 de mayo.

<sup>15</sup> Martínez Rodríguez, J. A., *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia* (Barcelona 2012) p. 10.

<sup>16</sup> Martínez Rodríguez, «El tráfico de drogas...» op. cit., p. 7.

<sup>17</sup> L.R. Jansen, K., Theron, L., *Ketamina: nuevas observaciones sobre su consumo, consumidores y efectos*, “Adicciones: Revista de sociodrogalcohol”, vol. 15 (2003), nº extra 2, p. 135.

inmunológico y hematológico, que en ocasiones trae como consecuencias anemia hemolítica y en algunas ocasiones la muerte”<sup>18</sup>.

Por lo tanto, se trata de dos sustancias dañinas para la salud de quienes las consumen y, por ello, se estaría atentando contra la salud pública, entendida como bien jurídico protegido, pudiendo dañarla a través del favorecimiento al tráfico y al consumo de tales sustancias. Pero ello no es suficiente para poder establecer la existencia de dos delitos de tráfico de drogas, como veremos a continuación.

En tercer lugar, y en relación con el artículo 368 que recoge el tipo básico, recordemos que existen dos posturas doctrinales, como así lo recoge Martínez Pardo<sup>19</sup>. Una de ellas considera dicho precepto completo, no siendo necesario referirse a otra norma para su aplicación. La otra concibe este artículo como una norma en blanco, lo que conlleva a la necesidad de completarlo con los convenios internacionales que mantengan relación con ello, siempre y cuando estén suscritos por España, y los cuales el mismo autor citado recoge<sup>20</sup>.

Este último criterio es el aceptado de forma mayoritaria y, además, es el seguido por el Tribunal Supremo basándose en la visión del respeto de los convenios internacionales y el principio de seguridad jurídica.

Pues bien, tras revisar esos convenios, se puede constatar que dichas sustancias no aparecen recogidas expresamente en ninguno de los listados anexos a los mismos. Por lo que, en principio, no sería imputable delito alguno sobre tráfico de drogas, pues no habría objeto material. Sin embargo, hay que tener en cuenta otros elementos sobre ambas sustancias, como así veremos a continuación.

Por una parte, respecto del *hidrocloruro de ketamina*, pese a tratarse de una sustancia no sometida a fiscalización a nivel internacional<sup>21</sup>, es relevante detenerse en lo recogido por la normativa nacional.

---

<sup>18</sup> Ortiz Castro, A., Meza Mercado, D. M., Martínez Martínez, R., *Poppers, una droga emergente. Resultados del Sistema de Reporte de Información en Drogas*. “Salud Mental”, vol. 37, nº 3 (2014) p. 226.

<sup>19</sup> Martínez Pardo, V. J. *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial* (Madrid, 2013) p. 20.

<sup>20</sup> Esos convenios son: la Convención Única sobre Estupefacientes de Nueva York, de 30 de marzo de 1961, el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971, el Protocolo de Ginebra de 1972 y el Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 10 de noviembre de 1990 y la Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

<sup>21</sup> Como así recoge el Informe Anual, publicado en el año 2012, por parte de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Este órgano fue creado en virtud de lo dispuesto por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Lleva a cabo sus funciones encomendadas de un modo imparcial e independiente respecto de los distintos gobiernos.

Desde hace más una década se ha ido forjando una creciente preocupación por el consumo de este tipo de sustancias de nueva creación lo cual llevó a la realización de distintas actuaciones de las cuales solamente nos detendremos en una. En marzo de 2006 la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó, en su 49.º período de sesiones, la resolución 49/6, titulada *Inclusión de la Ketamina entre las sustancias sometidas a fiscalización*. Esta resolución tenía como objeto que los Estados miembros consideraran la posibilidad de fiscalizar el uso de esta sustancia, llevando a cabo esta acción a través de su inclusión en la propia legislación nacional. Finalmente el 21 de octubre de 2010 se publica en el BOE la inclusión del Hidrocloruro de Ketamina en la lista IV de sustancias sometidas a fiscalización en España<sup>22</sup>. Por lo cual, el tráfico de *ketamina*, antes de esa fecha, “supondría la absolución de los acusados al no estar sometida a la restricciones de tráfico por no estar incluidas en las listas de restricción y de comercio prohibido”. Sin embargo, en la actualidad puede ser ya no solo objeto del delito contra salud pública recogido en el artículo 359 relativo a “sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos” sino que también se le podrá aplicar el artículo 368 relativo a “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Teniendo la “consideración de producto sometido a control de estupefacientes”<sup>23</sup>.

Por otra parte, tras analizar la legislación pertinente, se puede concluir que el *nitrito de amilo*, no está fiscalizado ni a nivel internacional ni nacional<sup>24</sup>. De tal modo que éste no puede ser constitutivo de un delito de tráfico de drogas.

Sin embargo, todo indica a que puede ser perfectamente objeto material del delito contra la salud pública descrito en el artículo 359<sup>25</sup>, puesto que en España no posee la condición de medicamento. Ha sido prohibido a causa de los riesgos que conllevaba su uso para la salud pública. Cabe mencionar que estamos ante un tipo residual, conjuntamente con la conducta recogida en el precepto 360<sup>26</sup>.

Habiendo averiguado que ambas sustancias pueden ser objeto material de algún ilícito penal tipificado, centrémonos pues, en lo dispuesto al respecto en el CP. Estos delitos son de mera actividad, es decir, que se entienden consumados sin necesidad de alcanzar un resultado<sup>27</sup>, por lo que basta con la mera posesión con intenciones de tráfico o suministro. Además de la amplitud que tiene el concepto de autor en este tipo delictivo.

---

<sup>22</sup> Mediante 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.

<sup>23</sup> STS 221/2011, de 29 de marzo.

<sup>24</sup> En este mismo sentido lo recoge la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia de 24 de noviembre de 2010, F.J. 2º.

<sup>25</sup> CP, art. 359 “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”.

<sup>26</sup> SAP de Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre.

<sup>27</sup> En referencia a los artículos 15 y 16 del CP.

Por ejemplo, rara vez la jurisprudencia estimó que el delito de encubrimiento se hallara en concurso con algún delito contra la salud pública<sup>28</sup>.

En relación con el delito de tráfico de drogas y en base a su articulado, se puede determinar que el mero consumo de drogas tóxicas es considerado impune penalmente, es decir, se considera que el autoconsumo no llega a infringir el bien jurídico protegido y, por tanto, la tenencia de droga con ese fin consiste en una conducta atípica, solamente constitutiva de una infracción administrativa, que lleva aparejada su oportuna sanción pecuniaria.

Sin embargo, todos los demás actos que se puedan llevar a cabo en relación con sustancias drogadictivas están tipificados, es decir, son punibles tanto los actos preparatorios, que consisten en la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos, como otros comportamientos que se realizan de forma previa a los actos relacionados directamente con el tráfico ilegal de esas sustancias prohibidas, como sería el tráfico de precursores. Además de una serie de actividades en relación directa con su tráfico y que veremos a continuación.

La normativa específica regula un tipo básico que, como se acaba de decir, castiga una serie de posturas que tipifican actividades de un modo muy amplio, éstas son las siguientes:

- *los actos de cultivo*
- *los actos de elaboración*
- *los actos de tráfico.*
- *cualesquiera otros actos por los cuales se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de las drogas.*
- *poseer dichas sustancias con la finalidad de favorecer el consumo ilegal de drogas, es decir, poseer esas sustancias para llevar a cabo actos de tráfico.*

Por lo que se penaliza toda conducta que suponga de algún modo una contribución al consumo de ese tipo de sustancias. Por ello, para el caso que nos ocupa, se puede considerar que se ha cometido un delito de tráfico de drogas por parte de Pietro por ser quien ha vendido la sustancia directamente y quien, además, la poseía materialmente. Pero también le es imputable ese delito a Tatiana y a Zulaika porque, cabe recordar que, esa droga llegó al local a través de un pago en especie por parte de un cliente y era precisamente Zulaika quién recibía los pagos por los servicios sexuales, entregándoselos con posterioridad a la propia Tatiana, por lo que cabe interpretar que ambas tenían conocimiento de ello y contribuyeron, aunque posiblemente de forma indirecta, a la venta de tal sustancia.

A su vez, el hecho de ser consumidor ocasional no permite la aplicación de ninguna atenuante, porque dicho consumo, por lo que se extrae del supuesto de hecho, es ocasional y no habitual como así lo requiere el precepto.

---

<sup>28</sup> Martínez Pardo, «Los delitos de tráfico...» op. cit., pp. 147-149.

No es aplicable el tipo atenuado<sup>29</sup>, dado que solamente se puede apreciar en los casos que se caractericen por su escasa entidad o por las circunstancias personales del culpable. Y sin entrar a valorar esos elementos, no se podrá tener en cuenta dicho tipo atenuado si concurre alguna de las circunstancias agravantes expresamente recogidas<sup>30</sup>. En este caso concurre una de ellas, ésta es, la relativa a la realización de los hechos en establecimientos abiertos al público por parte de sus responsables o empleados. Y esto es lo que ocurre respecto de todos los sujetos potencialmente culpables. Además, se cumple con lo exigido por la jurisprudencia<sup>31</sup> al respecto, es decir, el sujeto ha de aprovecharse de las facilidades dadas por tal circunstancia. Esto es así porque, de este modo, se lo podían vender a los clientes dentro del propio local, como se recoge en los hechos relatados.

Respecto del delito contra la salud pública, como ya se ha fundamentado con anterioridad, se puede entender que se ha cometido dicho delito porque el *nitrito de amilo* es de ilícito comercio en España y en el supuesto se menciona el hecho de que se compraba a través de internet en una página extranjera, además de dar a entender que lo hacían a menudo con el fin de vendérselo a los clientes. Por lo que le es atribuible a Pietro un delito de tráfico de drogas por ser quién lleva a cabo todo el procedimiento para traficar con dicha sustancia. Por lo que corresponde a Tatiana y a Zulaika, pese a no realizar acciones directas a distribuir tal sustancia, también se les puede culpar de tales delitos. Bien es cierto que caben múltiples interpretaciones respecto de la culpabilidad de ambas, la interpretación que podemos considerar la más acertada es la de entender que las dos tenían conocimiento de las actividades ilícitas realizadas por Pietro respecto del *Popper*. Esto es de este modo porque el cliente que realizó el pago en especie ha debido dárselo a Zulaika puesto que era ella quién cobraba por los servicios sexuales, y finalmente la *Ketamina* acabó igualmente en manos de Pietro, que además era el único que tenía acceso al armario en donde se hallaban tales sustancias. Por su parte Tatiana era la encargada del local por lo que tenía que tener conocimiento de ello. Además de llevarse a cabo su consumición en el local y es por ello que los tres son responsables de dichos delitos. Pese a ser puras conjeturas es la interpretación que podemos considerar más acertada para comprender como llegó tal sustancia a manos de Pietro quién poseía las demás sustancias.

Por todo ello, a Tatiana, Zulaika se les atribuye participación en un delito contra la salud pública y en un delito de tráfico de drogas, en este último caso, concurriendo la agravante de establecimiento público. Lo mismo ocurre con Pietro, tanto por la compra con la finalidad de posterior reventa a los clientes del *Popper*, que ha sido efectiva, como por la donación de *Ketamina* a las mujeres que ejercían la prostitución en el local en cuestión.

---

<sup>29</sup> CP, art. 368.

<sup>30</sup> CP, arts. 369, 369 bis y 370.

<sup>31</sup> Para que se pueda aplicar la agravante de establecimiento público, se requiere que la venta se produzca en el local, no es suficiente el mero hecho de que la droga esté depositada allí. En varias resoluciones el TS dictamina al respecto: SSTs 840/2006, 20 de julio y 817/2008, 11 de diciembre.

En definitiva se les imputa a los tres sujetos un delito de tráfico de drogas y un delito contra la salud pública, respectivamente.

#### ***2.4 Grado de participación y grado de ejecución.***

Sobre el grado de participación en los delitos que se les han imputado, cabe recordar la amplitud del concepto de autoría en este tipo de ilícitos penales, por lo que se puede considerar que todos los sujetos son autores en relación con la participación en los hechos.

Respecto del grado de ejecución de estos delitos, en base a lo expuesto anteriormente, hemos de añadir que, los delitos relativos al tráfico de drogas son delitos que para su consumación es suficiente con que “la sustancia haya quedado sujeta a la voluntad del destinatario”<sup>32</sup>, esto último en relación con el artículo 438 del Código Civil relativo a la adquisición de la posesión. A su vez, gran número de sentencias del Tribunal Supremo<sup>33</sup> tratan esta cuestión entendiendo que no es necesaria la posesión material, siendo suficiente con que la droga esté vinculada de algún modo a la voluntad del culpable. Por ello, no se requiere un contacto físico o posesión material de la droga. Pero en este caso, además, existe posesión material. Se puede decir que tiene carácter de mera actividad y presentan un riesgo abstracto, lo que nos lleva a la dificultad de apreciar formas imperfectas de ejecución por parte de los órganos jurisdiccionales<sup>34</sup>, como ocurre, por ejemplo, con la tentativa.

Por lo que se puede decir que Pietro es autor de los dos delitos que se le han imputado: delito de tráfico de drogas y delito contra la salud pública. Por su lado, ambos en grado de consumación. Y, por lo anterior, lo mismo ocurre con Tatiana y Zulaika.

#### ***2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.***

Respecto de las circunstancias que pueden llegar a modificar la responsabilidad criminal, se puede determinar la inaplicabilidad de las genéricas.

Respecto de las agravantes de carácter específico en relación con estos delitos, solamente es de aplicación el subtipo agravado de establecimiento público, al cual ya nos hemos referido, y que ya supone la agravación de la pena con la aplicación de la pena superior en grado a la recogida para el tipo básico. No siendo aplicable al caso ninguna agravante, ni tampoco la atenuante anteriormente citada, remitiéndose a lo ya expuesto.

#### ***2.6 Relación concursal.***

En este caso solamente se ha atribuido un delito de tráfico de drogas a cada uno de los sujetos, por lo que no cabe resolver sobre un posible concurso entre delitos de tráfico de drogas. Pero al haberse imputado un delito de tráfico de drogas con uno contra la salud

---

<sup>32</sup> Martínez Pardo, «Los delitos de tráfico...» op. cit., p. 83.

<sup>33</sup> SSTS 620/2002, 11 de abril y 56/2009, 3 de febrero.

<sup>34</sup> Martínez Pardo, «Los delitos de tráfico...» op. cit., p. 83.

pública, habrá que determinar ante qué relación concursal estamos. En este caso, al tratarse de una pluralidad de acciones, se puede aplicar un concurso real, pues se trata de hechos distintos con sustancias diferentes, por lo que cabe tratarlos separadamente. Además, podemos comprobar que tales hechos no son subsumibles en ninguno de los principios sobre el concurso de normas<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> CP, art. 8.

### ***3. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que habrían incurrido Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime por la gestión de las ganancias provenientes de Plenilunio.***

#### ***3.1 Antecedentes de hecho.***

Antes que nada, regresemos a los hechos con el fin de destacar los relevantes para determinar alguna posible responsabilidad penal al respecto.

Primero, recordemos que Pietro recibía la cuantía de las copas a las que invitaban los clientes a las mujeres y los servicios sexuales eran abonados a la recepcionista, Zulaika, que posteriormente se lo entregaba a Tatiana. Sin que en ningún momento las mujeres recibieran nada.

Tatiana sostiene que los viajes corrían a cargo de la sociedad Na&Ma S.L., limitándose simplemente ella a cumplir con las instrucciones recibidas de los dos socios que componen la sociedad, es decir, Alberto y Santiago.

La gran mayoría de ese dinero no era declarado a la Hacienda Pública, llevándolo Tatiana a la sede de la sociedad de forma mensual y en metálico, entregándose directamente a los dos socios, quienes le recompensaban con el 10% de las ganancias. Además otra parte importante de esas ganancias se facturaban en concepto de comidas en el otro local que gestionaban, el restaurante *Luna del Principito*.

Las cuotas tributarias que les habría correspondido abonar a la Hacienda Pública son las siguientes:

- Para el ejercicio 2009: 156.000 euros.
- Para el ejercicio 2010: 161.000 euros.
- Para el ejercicio 2011: 170.000 euros.
- Para el ejercicio 2012: 125.000 euros.
- Para el ejercicio 2013: 119.000 euros.

Por último, esas cantidades dinerarias defraudadas se hallan depositadas en una cuenta bancaria en Gibraltar, desde el 1 de febrero del año 2008. Habiendo sido ambos socios asesorados para ello por Xaime, abogado de la sociedad.

#### ***3.2 Calificación jurídica.***

- a) Delito contra Hacienda Pública: aplicando el subtipo agravado, todo ello regulado por los arts. 305 y 305bis del CP.*
- b) Delito de receptación y blanqueo de capitales: recogidos desde el art. 298 al 304 del CP.*
- c) Delito de falsedad documental: la modalidad prevista en el art. 392.1 en relación con el art. 390.1.*

### 3.3 Fundamentación jurídica.

Existen diversos delitos tipificados en el CP que podrían imputarse en relación con el modo de gestionar las ganancias de un local. Pero se han descartado varios y elegido otros en base a lo que se va a exponer a continuación.

En primer lugar, el delito contra la Hacienda Pública<sup>36</sup> tipifica dos modalidades de conducta distintas, la primera se lleva a cabo por una acción y la segunda se logra mediante una omisión. La que nos interesa aquí es la primera, es decir, “eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie”. Puesto que, en este caso, se han llevado a cabo actuaciones que permitieron eludir el pago de tributos, concretamente el del Impuesto de Sociedades.

Tocante a la cuantía de cuota defraudada, ésta ha de superar los ciento veinte mil euros<sup>37</sup>, sin entrar a debatir en si se trata de una condición objetiva o no. Para su cuantificación se tendrá en cuenta lo defraudado en cada período impositivo o declaración, no pudiendo acumularse el de varios períodos impositivos con el fin de alcanzar esa cuantía<sup>38</sup>. En el caso que nos atañe sí que se cumple con este elemento para los ejercicios fiscales de los años 2009, 2010, 2011 y 2012, puesto que en cada ejercicio fiscal se supera la suma de 120.000 euros. Sin embargo, el ejercicio correspondiente al año 2013 es inferior a dicha suma, quedándose ésta en 119.000 euros, constituyendo solamente una infracción administrativa y no un delito.

También es necesario entrar a valorar el momento en el cual se produce la consumación de este delito, que coincide con el cierre del plazo para la declaración del impuesto<sup>39</sup>, el cual podrá variar según el tributo de que se trate. En el caso del Impuesto sobre Sociedades, se entenderá dicho plazo finalizado tras transcurrir seis meses y veinticinco días naturales desde la finalización del período impositivo, correspondiendo esos veinticinco días al plazo para la presentación de la declaración<sup>40</sup>.

En relación con lo anterior, el momento en el cual se inicia el cómputo del plazo de prescripción es coincidente con el del cierre de los plazos para la declaración de los impuestos, iniciándose el día en que concluye el período voluntario<sup>41</sup>. El plazo de prescripción en materia administrativo tributario está establecido en cuatro años, sin

---

<sup>36</sup> CP, art. 305.1. Es comúnmente conocido como delito fiscal desde la Ley 50/1977 de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal pero para que no hubiese confusiones con los demás delitos fiscales como es el delito contable se le atribuyó la denominación de delito de defraudación fiscal tras la reforma del CP por la L.O. 6/1995, de 29 de junio. Y así lo reconoce Lombardero Expósito, L.M., *Delitos contra la Hacienda Pública* (Barcelona 2011) p.19.

<sup>37</sup> CP, art. 305.1 “(...), siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros”.

<sup>38</sup> STS 737/2006, de 20 de junio.

<sup>39</sup> STS 148/2008, de 8 de abril.

<sup>40</sup> Lombardero Expósito, M. L., *Delitos contra la Hacienda Pública* (2011) p. 57.

<sup>41</sup> Lombardero Expósito, «Delitos contra...» op. cit., p. 92.

embargo, el correspondiente a la vía penal es de cinco años<sup>42</sup>. Cabe mencionar que sigue siendo posible determinar la deuda tributaria en vía penal aunque ya haya prescrito en la vía administrativa tal potestad. Considerando el TS independientes ambas prescripciones entre sí. En definitiva, los delitos contra la Hacienda Pública están, por norma general, sujetos a un plazo de cinco años. Sin embargo, hay que tener en cuenta los supuestos del tipo agravado, establecidos específicamente para este delito:

- *La agravación por especial transcendencia y gravedad en atención al importe defraudado: excediendo 600.000 euros.*
- *La agravación por cometerse la defraudación en el seno de una organización o grupo criminal.*
- *La agravación por la utilización de personas interpuestas, de negocios o instrumentos fiduciarios, paraísos fiscales o territorios de nula tributación.*

Si se aplica alguno de estos subtipos agravados, la pena máxima pasará a ser de seis años, lo que conlleva a que el plazo de prescripción pase a ser de diez años<sup>43</sup>. Casualmente en el caso que nos ocupa la totalidad de las cantidades defraudadas fueron ingresadas en una cuenta situada en Gibraltar tratándose de un territorio de nula tributación, por lo que se cumple con uno de los supuestos del subtipo agravado. Pero, además, todo ello es llevado a cabo del tal modo que se cumple con todas las exigencias legales para entender que se trata de una organización criminal<sup>44</sup>. Por lo que no cabe lugar a duda de que se ha de aplicar el subtipo agravado del delito contra la Hacienda Pública.

Por todo lo anterior, se puede determinar que se cumple con todos los elementos objetivos del tipo, excepto para el ejercicio fiscal del 2013. Respecto del elemento subjetivo, para los delitos fiscales basta con que haya dolo eventual. Y aquí todos los sujetos en cuestión sabían lo que estaban haciendo, existiendo ánimo defraudatorio, puesto que para todos los ejercicios el plazo para la presentación de la declaración ha finalizado. Además, al tener el plazo de prescripción una duración de diez años, todavía no ha prescrito ninguno de los delitos de los que se tiene constancia y, por lo tanto, todavía pueden responder penalmente por ello. En definitiva, Tatiana, Alberto, Santiago y Xaime son coautores de un delito contra la Hacienda Pública en grado de consumación, aplicable a los ejercicios fiscales de los años 2009, 2010, 2011 y 2012.

Respecto de lo que se pueda decir sobre que se tributen actos ilícitos, pese a su posible inmoralidad, es acertado decantarse por la siguiente postura: “si una persona lleva a cabo una actividad ilícita pese a la reprochabilidad de la misma, es una realidad que para realizar su cometido se ha desenvuelto en el seno mismo de la sociedad, y ha

---

<sup>42</sup>CP, art. 131.1.

<sup>43</sup> Puesto que el artículo 131.1 del CP establece que prescriben a los diez años los delitos cuya pena máxima sea de prisión o inhabilitación por más de cinco años y menos de diez. Además de así considerarlo Alonso Gallo en su obra *El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012*, “Actualidad Jurídica Uría Menéndez”, nº 34 (2013) p. 33.

<sup>44</sup> CP, arts. 570 bis, 570 ter, 570 quáter.

operado en ella usufructuando sus beneficios. (...) es lógico que este sujeto, al igual que todos sea responsable de la solidaridad necesaria para el sostenimiento de dicha sociedad, conforme a la capacidad contributiva que ostenta”<sup>45</sup>.

En segundo lugar, el tipo básico del delito de blanqueo de capitales viene expuesto<sup>46</sup> del siguiente modo: “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. Por lo que se puede entender que dicha conducta tipificada se ha producido en dos ocasiones, de forma distinta. Esto es así porque se puede entender que cada caso se produce con dos delitos precedentes diferentes. En uno de ellos los bienes ilícitos tienen origen en el delito de prostitución, ya expuesto al comienzo, y para ocultar ese origen se facturaban en concepto de comidas en *Luna de Principito*. En el otro los bienes ilícitos tienen origen de forma directa en el delito contra la Hacienda Pública, recientemente expuesto, y para encubrir su origen, éstas eran ingresadas en una cuenta gibraltareña.

En relación con esto último cabe la duda de si un delito contra la Hacienda Pública puede ser antecedente de un delito de blanqueo, pues bien, tanto el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como la Fiscalía General del Estado, en alguna ocasión, se han manifestado favorables al respecto. Además en el Derecho europeo aparece el delito fiscal como uno de los delitos de los cuales pueden provenir los bienes objeto de blanqueo<sup>47</sup>.

A su vez, se impondrá la pena correspondiente por tal delito en su mitad superior en dos casos, el primero se aplicará si los bienes proceden en un delito de tráfico de drogas tóxicas y el segundo, que ahora nos interesa, se cumplirá “cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”. Siendo el VIII el relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales donde se recogen, entre otros, los relacionados con la prostitución, siendo éste precisamente el origen de las ganancias del local. Sin embargo, el delito contra la Hacienda Pública no viene recogido. Por lo que cabe imponer la pena correspondiente en su mitad superior solamente al primer caso.

En tercer lugar y en relación con lo anterior, está el delito de falsedad documental<sup>48</sup>, el tipo que en este caso se ha cumplido es el de un individuo que comete en un documento mercantil simulando un documento en su totalidad, en este caso se llevaba a cabo dicho

---

<sup>45</sup> Galarza, C., *Tributación y actos ilícitos: ¿existen trabas éticas o morales para la tributación de los actos ilícitos?* “Dereito”, vol.15 (2006), nº 2, pp. 92-93.

<sup>46</sup> CP, art. 301.1.

<sup>47</sup> Bacigalupo, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero* (2012) pp. 16-17.

<sup>48</sup> CP, art. 392.1 en relación con el art. 390.1. El CP recoge varias modalidades del delito de falsedad documental, pero la que aquí nos interesa es la que se lleva a cabo por un particular en documento público, oficial o mercantil.

acto con la finalidad de blanquear la gran parte de las ganancias que se habían obtenido ilícitamente en *Plenilunio*. Este delito se materializa en las distintas facturas falsas, creadas *ex novo* y que les permitía blanquear parte de las ganancias obtenidas de forma ilícita.

En cuarto y último lugar, en relación con los delitos societarios, nos interesa uno en concreto, éste es, el delito de falseamiento de balances de cuentas e informes<sup>49</sup>. La conducta tipificada viene recogida del siguiente modo: “los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero” y se impondrá la pena correspondiente en su mitad superior en el caso de que “se llegare a causar el perjuicio económico”. Por lo que se podría entender que se realizó este ilícito penal pero los hechos relatados no son lo suficientemente específicos para permitirnos profundizar en ello. Es por ello que entenderemos que tal delito no se ha producido y en el caso de haberse llevado a cabo no habría datos suficientes.

### **3.4 Relación concursal**

En relación con el delito de blanqueo de capitales, recordar que se consideró oportuna la atribución de un delito de determinación a la prostitución a tres de los cuatro sujetos que se entran a valorar en este dictamen. Por lo que son autores del ilícito penal por el cual se ha originado el dinero a la vez que del delito de blanqueo de capitales correspondiente. Lo cual generó discrepancias sobre su legalidad, pero según la jurisprudencia mayoritaria<sup>50</sup> no se infringe el principio *non bis in ídem*, pudiendo condenar a un mismo sujeto como autor de ambos delitos. Existiendo un concurso real de delitos entre el delito antecedente y el de blanqueo de capitales. Además se concibe al delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo respecto del primero, no requiriéndose enjuiciamiento previo del mismo y con indiferencia de que el autor sea el mismo o no<sup>51</sup>.

En relación con lo anteriormente expuesto sobre la aplicación de un delito fiscal como antecedente de un delito de blanqueo de capitales, lo relevante está pues en las reglas concursales al respecto. Cabe recordar que existen los concursos auténticos y los aparentes. Éstas últimas se rigen por distintas reglas: especialidad, subsidiaridad, consunción o alternatividad. Al no corresponder el caso con ninguna de ellas, se puede apreciar un concurso de delitos, pudiendo ser tanto real como medial<sup>52</sup>. Habrá que estar a si existe unidad o pluralidad de acciones. Por lo que aquí nos ocupa podemos decantarnos por un concurso real en base a que el delito fiscal constituye una acción

---

<sup>49</sup> CP, art. 290.

<sup>50</sup> Pleno no jurisdiccional del TS, celebrado el día 18 de julio de 2006 y STS 313/2010, de 8 de abril.

<sup>51</sup> STS 313/2010, de 8 de abril.

<sup>52</sup> Bacigalupo, «Sobre el concurso... » op. cit., pp. 17-20.

distinta a la del blanqueo puesto que éste ha sido posterior y no ha habido coordinación ni planificación previa.

Esto ha cambiado tras la reforma LO 5/2010, puesto que antes el destinatario de la sanción penal había de ser un sujeto distinto al que había conseguido los bienes ilícitos, mediante la comisión de un delito. En la actualidad la nueva redacción abrió la posibilidad de considerar autor de ambos delitos a un mismo sujeto<sup>53</sup>.

Respecto del delito de falsedad documental, “La identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto” STS 781/2009 de 07 de 07, sino la “realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. 74 CP. En este caso se produce con finalidad de blanquear capitales pero a través de un plan preconcebido y debiéndose de realizar en repetidas ocasiones por la duración que han tenido los hechos<sup>54</sup>. Por lo que estamos ante un delito continuado.

Sin embargo cabe decir que este ilícito penal ha sido el medio para poder lograr otro delito distinto, en este caso, el blanqueo de capitales. Por cual hemos de aplicar un concurso medial entre ambos.

---

<sup>53</sup> Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales* (Valencia 2014) p. 35.

<sup>54</sup> Santaló Ríos, A., *La falsedad como delito instrumental de la defraudación tributaria*, “Revista xurídica galega”, nº58 (2008) pp. 75-83.

#### ***4. Dictamen sobre las posibles responsabilidades tributarias y/o penales en las que habría incurrido la sociedad Na&Ma S.L. por los hechos narrados en el supuesto.***

Ahora nos vamos a detener en los hechos expuestos, entendidos en su conjunto, para analizar si a la sociedad Na&Ma S.L. le es atribuible alguna responsabilidad tributaria y si cabe la posibilidad de que una sociedad mercantil sea responsable penalmente. En caso afirmativo habrá que concretar cuáles son las responsabilidades de aplicación al caso.

##### ***4.1 Responsabilidad tributaria.***

La responsabilidad tributaria se puede definir como una “técnica jurídica de aseguramiento del cobro mediante la traslación, actuada por los órganos competentes de la Administración pública, de la exigencia del cumplimiento de la obligación de pago a un sujeto distinto del deudor principal”<sup>55</sup>.

Hemos de mencionar que “son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias”<sup>56</sup>. En el caso que coincida la figura del responsable tributario con la del obligado tributario, cabe la posibilidad de atribuir responsabilidad de carácter tributario a una persona jurídica<sup>57</sup>. En el Impuesto sobre Sociedades, que será en el cual nos detendremos, las personas jurídicas poseen la condición de sujetos pasivos, siempre y cuando tengan su residencia en territorio español y no se trate de sociedades civiles<sup>58</sup>.

También es necesario que recordemos que existen dos responsabilidades distintas, la subsidiaria y la solidaria, pudiéndose establecer legalmente responsables de ambos tipos junto a los responsables principales<sup>59</sup>. Aunque hay que tener en cuenta que la responsabilidad será siempre subsidiaria, salvo que se establezca precepto legal en contrario<sup>60</sup>. En base a lo anterior, responderá solamente en los casos en donde no lo haga previamente el responsable principal. Sin embargo, cabe mencionar que se considerarán responsables solidarios los que sean “causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción”<sup>61</sup>. En este caso podemos decir que la responsabilidad tributaria en la que ha incurrido la sociedad mercantil Na&Ma S.L. está relacionada con el hecho de que se ha cometido una infracción tributaria, por lo cual los causantes o colaboradores en la comisión de dicha infracción serán responsables solidarios de la deuda tributaria<sup>62</sup>. El

---

<sup>55</sup> Lamoca Arenillas, A., *Manual de Responsabilidad Tributaria* (2013) p.17.

<sup>56</sup> Ley General Tributaria (LGT), art. 35

<sup>57</sup> Lamoca Arenillas, «Manual de Responsabilidad...» op. cit., p. 18.

<sup>58</sup> Ley de Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el día 1 de enero de 2015), art. 7.

<sup>59</sup> LGT, art. 41.1.

<sup>60</sup> LGT, art. 41.2.

<sup>61</sup> LGT, art. 42.

<sup>62</sup> LGT, art. 42.1.

responsable solidario se sitúa, junto a al responsable principal, como obligado de segundo nivel<sup>63</sup>.

Es necesario indicar que el sujeto infractor puede ser persona física o jurídica e incluso carecer de personalidad jurídica. La legislación<sup>64</sup> recoge una serie de posibles sujetos infractores entre los que están los contribuyentes o los sustitutos de estos, que son los que aquí nos interesan.

Respecto de la infracción tributaria, se entiende que se ha cometido la relacionada con dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una liquidación<sup>65</sup>. Consideramos que se ha llevado a cabo tal actuación en relación con el delito contra la Hacienda Pública que, en su momento, hemos mencionado, dado que no se han declarado una parte de las ganancias obtenidas, lo que conllevó al impago de lo correspondiente a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Pero también constituyó infracción tributaria la otra parte de las ganancias que se facturaban falsamente, puesto que tampoco se pagaron las cuotas tributarias que habrían correspondido por el Impuesto de Sociedades.

Dicha infracción puede ser de tres tipos: leve, grave o muy grave, pero la utilización de medios fraudulentos conllevará a calificar la infracción de muy grave. En nuestro caso se han utilizado facturas que constituyen un medio fraudulento, en base a lo fundamentado anteriormente. Además, el hecho de ingresar las restantes cantidades en una cuenta en extranjero con el fin lograr su opacidad, también se puede considerar un medio fraudulento.

Cabe recordar lo señalado con anterioridad, el plazo de prescripción para estos casos tienen una duración de cuatro años, contrariamente a lo que ocurre en vía penal. Lo que nos lleva a determinar que el ejercicio correspondiente al año 2009 ha prescrito.

#### **4.2 Responsabilidad penal.**

En primer lugar expliquemos que, tras la reforma penal del año 2010, cabe la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica, como así lo establece la legislación correspondiente<sup>66</sup>. De forma resumida, tanto las personas físicas, en sus funciones de administradores o representantes, como las personas jurídicas podrán responder penalmente por los hechos, pudiendo realizarse de forma conjunta o separada<sup>67</sup>. Las personas físicas señaladas pueden responder penalmente, aunque no cumplan con los elementos que les permitan ser sujeto activo, siempre y cuando esos elementos se den en la persona jurídica. Sin embargo, “la responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa, sino acumulativa respecto a las personas físicas

---

<sup>63</sup> Lamoca Arenillas, «Manual de Responsabilidad... » op. cit., p.21.

<sup>64</sup> LGT, art. 181.

<sup>65</sup> LGT, art. 191.

<sup>66</sup> CP, arts. 31 y 31 bis.

<sup>67</sup> Morales, O., *La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal*, “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2011) pp. 142-154

materialmente responsables del delito”<sup>68</sup>, por lo que esa persona jurídica deberá responder penalmente en todo caso.

Sin embargo, una persona jurídica no puede ser penalmente responsable respecto de todos los delitos tipificados, recogiéndose de forma taxativa los atribuibles a este tipo de personas. Respecto de los delitos que nos ocupan para este caso, se puede decir que se recogen prácticamente todos los que hemos ido aplicando con anterioridad, es decir: el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis), los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (art. 189 bis), el delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas (art. 369 bis), el delito de receptación y blanqueo de capitales (art. 302), el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)<sup>69</sup>

A su vez, en relación con lo anterior, es necesario detenerse en otros aspectos relevantes para poder llegar a alguna conclusión al respecto. Esto es, los requisitos legales<sup>70</sup> que se establecen para poder imputar algún ilícito penal a una persona jurídica. Es necesario tener presente que una persona jurídica, o, en este caso, sociedad mercantil, puede llegar a ser imputada penalmente y condenada si alguien al servicio de la misma logra los objetivos estipulados mediando alguna conducta delictiva constitutiva de algún delito recogido en el precepto anteriormente citado. Es por ello que a Na&Ma S.L se le podría juzgar por un delito de prostitución, de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública, porque los autores de estos delitos son, entre otros, los dos socios. Ambos, al menos de hecho, se pueden considerar los administradores y representantes de la citada sociedad mercantil, siendo relevante respecto de lo recogido con anterioridad respecto de tales figuras.

Para acabar, citaremos las penas previstas para las personas jurídicas<sup>71</sup>, las cuales son distintas a las destinadas a una persona física:

- *Multa por cuotas o proporcional: aplicable en todo caso.*
- *Disolución de la persona jurídica*
- *Suspensión de sus actividades por un plazo no superior a cinco años*
- *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.*
- *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Pudiendo ser temporal (no superior a 15 años) o definitiva.*
- *Inhabilitaciones de carácter administrativo.*
- *Intervención judicial con el fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores.*

---

<sup>68</sup> Morales, «La persona jurídica... » op. cit., p. 147.

<sup>69</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 p.55.

<sup>70</sup> CP, art. 31.

<sup>71</sup> CP, art. 33.7.

## ***5. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma S.L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.***

### ***5.1 Legislación aplicable.***

La norma principal a tener en cuenta es la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL), cuya vigencia abarca desde el 1 de enero de 2008 hasta el 4 de julio de 2009. En este caso no es aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el cual se publica la Ley de Sociedades de Capital, actualmente vigente, porque dicha sociedad fue constituida en el año 2008 y, por tanto, bajo el régimen de la LSRL, al tratarse de la norma en vigor en dicho momento<sup>72</sup>.

Asimismo es interesante tener presente el Código de Comercio publicado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885. Y también nos va a ser de utilidad el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

### ***5.2 Requisitos.***

Para comenzar, “la fundación de una sociedad de responsabilidad limitada es un acto formal que requiere el otorgamiento de escritura pública notarial y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Una vez efectuada la inscripción, se dará publicidad de la misma a través del *Boletín Oficial del Registro Mercantil*”<sup>73</sup>. Es decir, para la plena validez de la constitución de una sociedad de este tipo se han de cumplir una serie de requerimientos. Son todos ellos muy relevantes, dado que el mero otorgamiento de la escritura pública no es suficiente para que la sociedad adquiera personalidad jurídica, para ello deberá de ser inscrita en el Registro Mercantil (RM). A su vez, para que sea oponible frente a terceros se deberá de publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME).

A continuación analizaremos con más detenimiento esos requisitos formales.

Respecto de la escritura pública, ésta ha de ser otorgada por todos los socios fundadores, los cuales deberán de asumir el conjunto de las participaciones sociales que componen la sociedad<sup>74</sup>. Lo cual en este caso se cumple porque ambos las asumen todas, Santiago es titular del 51% y Alberto lo es del 49% restante.

En relación con el contenido de la escritura, debemos mencionar que se exige un contenido mínimo necesario<sup>75</sup>, éste es el siguiente:

- *La identidad de los socios.*
- *La voluntad de constituir una sociedad limitada.*

---

<sup>72</sup> STS 1000/2011, de 17 de enero.

<sup>73</sup> Castañer Codina, J., *Todo sociedades de responsabilidad limitada. 2008-2009* (Bilbao 2008) p. 59.

<sup>74</sup> LSRL, art. 12.1

<sup>75</sup> LSRL, art. 12.2 y 12.3.

- *Las aportaciones que cada socio realice y la numeración de las participaciones asignadas en pago.*
- *Los estatutos de la sociedad.*
- *La determinación del modo en que inicialmente se organice la administración.*
- *La identidad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación social.*
- *La identidad de los auditores de cuentas.*

También existe la posibilidad de incluir los pactos y condiciones que los socios juzguen oportunos establecer en la escritura de constitución<sup>76</sup>. Con ello se recoge el principio de autonomía de la voluntad, aunque con dos límites; éstos son, las leyes imperativas y los principios configuradores del tipo social<sup>77</sup>.

Al no tener un pleno conocimiento del contenido del contrato fundacional de Na&Ma S.L., entenderemos que se ha cumplido con todo ello. Además, la falta de constancia de determinados elementos no invalida la constitución de la sociedad mercantil, como ocurre, por ejemplo, respecto de la identidad de las personas que se encargan inicialmente de la administración y representación social, cuya ausencia no conlleva a la invalidez de la escritura pública. Se puede subsanar por un posterior acuerdo de la Junta General, donde se necesitará no solamente la designación sino también la aceptación<sup>78</sup>.

Sobre los estatutos de la sociedad, cabe recoger su contenido mínimo, también establecido legalmente<sup>79</sup>:

- *La denominación de la sociedad.*
- *El objeto social, determinando las actividades que lo integran.*
- *La fecha de cierre del ejercicio social.*
- *El domicilio social.*
- *El capital social, las participaciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.*
- *El modo de organizar la administración de la sociedad.*

Nuevamente sólo tenemos constancia de algunos elementos, pero que son relevantes. La denominación de la sociedad es de suma importancia, puesto que la falta de la misma supondría la nulidad de la sociedad<sup>80</sup>, como sabemos la suya es Na&Ma S.L. Cabe resaltar que solamente podrá tener una denominación y “las siglas o denominaciones abreviadas no podrán formar parte de la denominación. Quedan a salvo las siglas indicativas del tipo de sociedad o entidad”<sup>81</sup>. En este caso, sólo tiene una denominación y en la cual aparece el símbolo &, cuya inclusión en la razón social es aceptada por la

---

<sup>76</sup> LSRL, art. 12.3.

<sup>77</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit, p.67.

<sup>78</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit, p.67.

<sup>79</sup> LSRL, art. 13.

<sup>80</sup> LRSLL, art. 16.1 e).

<sup>81</sup> RRM, art. 398.

Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)<sup>82</sup>. También se compone de las siglas que indican que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, lo cual, por lo que acabamos de ver, es correcto. Las abreviaturas permitidas vienen recogidas reglamentariamente<sup>83</sup>, por ello, las siglas o denominaciones abreviadas que queden fuera de ese listado no podrán formar parte de la denominación. Contrariamente a lo que ocurre en este caso, donde se añadieron las abreviaturas correspondientes a los apellidos de los dos socios. Por lo que hemos de entender que tal denominación no es válida, lo que llevaría a la nulidad de la sociedad.

Esto último es de este modo con el objetivo de evitar de una forma más eficaz la dualidad de nombres, y directamente se prohibieron<sup>84</sup>. Sin embargo, nada impide que se solicite la inscripción de las siglas o denominaciones abreviadas en la Oficina Española de Patentes y Marcas<sup>85</sup>.

Sobre el objeto social, recogido en los estatutos, hemos de decir que la omisión del mismo también es causa de nulidad de la sociedad, así como su carácter ilícito o contrario al orden público<sup>86</sup>. Cabe la duda de si recogen adecuadamente las actividades que llevará a cabo la sociedad mercantil, porque aquí es donde se tienen que especificar las actividades que la sociedad va a realizar, sin poder usarse expresiones genéricas<sup>87</sup>. Pero el simple hecho de referirse a un tipo de servicios, nos permite acotar el género de la actividad, lo que se considera suficiente<sup>88</sup>.

Además, se ha de considerar que “únicamente habrá indeterminación cuando se utilice una fórmula omnicomprendiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen unos términos generales, pero no existirá esta indeterminación si a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general”<sup>89</sup>. Y en este caso podemos considerar que se acota la actividad de que se trata aunque que sea en un sentido amplio, no siendo un objeto indeterminado y genérico.

### ***5.3 Causas de nulidad.***

Al detenernos en las formalidades hemos podido constatar que Na&Ma SL. no se ha constituido como sociedad de responsabilidad limitada conforme a la legislación. Sin embargo, ha sido inscrita en el Registro Mercantil. Este dato es especialmente relevante, puesto que una vez inscrita solamente puede ser declarada nula en los casos enunciados

---

<sup>82</sup> RDGRN, de 8 de marzo de 1994.

<sup>83</sup> RRM, art. 403.

<sup>84</sup> RDGRN, de 1 de diciembre de 1997, RDGRN, de 15 de noviembre de 1993.

<sup>85</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit., p. 74.

<sup>86</sup> LSRL, art. 16.1 e) y c).

<sup>87</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit., p. 87.

<sup>88</sup> RDGRN, de 14 de julio de 2006.

<sup>89</sup> RDGRN, de 1 de diciembre de 1982, RDGRN de 11 de noviembre de 2013.

de forma taxativa<sup>90</sup>. Tampoco se puede aplicar la regulación general de nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos<sup>91</sup>.

Las causas de nulidad son las siguientes:

- *Incapacidad de todos los socios fundadores.*
- *Ausencia de voluntad de constituir la sociedad.*
- *Objeto social ilícito o contrario al orden público.*
- *Falta de desembolso íntegro del capital social.*
- *Omisión en la escritura de constitución o en los estatutos sociales de menciones esenciales.*

Por lo relatado en los hechos no concurre ninguna de esas causas. Sobre el hecho de omitir las menciones esenciales, deberemos de entender que no se ha producido puesto que nada se nos dice al respecto. No podemos entender que la razón social se haya omitido sino que la que existe se ha considerado nula.

Sin embargo, cabe una última puntualización respecto de la determinación del alcance de la causa de nulidad referida al objeto social ilícito o contrario al orden público. El término objeto social ha de interpretarse de modo restrictivo<sup>92</sup> y solamente se ha de referir al plasmado en los estatutos de la sociedad y no al objeto real, es decir, al que efectivamente se lleva a cabo<sup>93</sup>.

En definitiva, podemos concluir que Na&Ma S.L. no puede ser declarada nula, aunque no haya sido constituida conforme a las leyes correspondientes. Esto es de este modo porque, tras haberse inscrito en el registro, adquirió personalidad jurídica a todos los efectos y las causas de nulidad que le son aplicables están tasadas, no concurriendo ninguna en este caso.

---

<sup>90</sup> LSRL, art. 16.1.

<sup>91</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit., p. 129.

<sup>92</sup> Castañer Codina, «Todo sociedades... » op. cit., p. 131.

<sup>93</sup> STJCE, de 13 de noviembre de 1990.

## **6. Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma S.L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.**

### **6.1 Concepto jurídico.**

La propia legislación<sup>94</sup> es la que se encarga de determinar lo que se ha de entender por marca, entendiendo como tal los siguientes elementos:

- *Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar personas.*
- *Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.*
- *Las letras, las cifras y sus combinaciones.*
- *Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su representación*
- *Los sonoros.*
- *Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.*

Además, nos da una definición, la cual nos permite entender que una marca consiste en “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra”.

### **6.2 Prohibiciones legales.**

Pues bien, tras haber definido lo que se ha de entender por marca, tenemos que mencionar la previsión de prohibiciones legales, éstas pueden ser absolutas o relativas<sup>95</sup>.

En relación con las prohibiciones relativas, hemos de decir que ninguna nos interesa en este caso puesto que se refieren principalmente a marcas que sean idénticas o semejantes a una marca registrada con anterioridad.

Respecto de las prohibiciones absolutas, éstas nos son de mayor interés. Principalmente la relativa a que no se podrán registrar como marcas los signos que sean “contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres”<sup>96</sup>.

### **6.3 Clasificación de Niza**

Respecto de la clase 43, ésta se refiere a la clasificación de Niza<sup>97</sup>. Concretamente la clase 43 se refiere a servicios de restauración y hospedaje temporal. Lo que sorprende, puesto que tal marca nos induce a error sobre el tipo de servicio que podría ofertar. Podemos considerar que una marca así sería, en todo caso, más coherente registrarla para la clase 41, destinada a servicios de entretenimiento.

---

<sup>94</sup> Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, art. 4.1 y art. 4.2.

<sup>95</sup> Ley de Marcas, arts. 5 y 6.

<sup>96</sup> Ley de Marcas, art. 5.1 b), c) y f).

<sup>97</sup> Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas, establecida en virtud del Arreglo de Niza, de 15 de junio de 1957.

#### 6.4 Fundamentación jurídica

En base a lo expuesto anteriormente, hemos de considerar que dichos signos no podrían ser registrados como marca para la clase 43 por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Para poder examinar si es contrario al orden público o a las buenas costumbres, hay que tener en cuenta la percepción que tendría una marca con tales signos por parte del público destinatario, en base a “los criterios de una persona razonable con unos umbrales medios de sensibilidad y tolerancia”<sup>98</sup>. En este caso los destinatarios son un público muy amplio, puesto que la restauración y el hospedaje temporal abarca un gran conjunto de sujetos. Cuanto mayor sea el público destinatario más facilidad hay en que sea percibido de forma desfavorable, por lo que cabe concluir que seguramente se percibiría de un modo ofensivo e indeseable, no considerándolo como algo aceptable.

A su vez, un signo ha de reunir las siguientes condiciones para ser constitutivo de marca: ha de ser un signo lícito, ha de ser un signo con capacidad o fuerza distintiva y ha de ser un signo disponible. Respecto de la licitud, que es lo que aquí nos interesa, hemos de añadir que ésta exige determinadas condiciones al signo, éstas son las siguientes:

- *Ha de ser susceptible de representación gráfica y ha de resultar admisible como marca.*
- *No puede tener carácter oficial o ser de interés público, a menos que medie autorización.*
- *No puede resultar contrario a la Ley, las buenas costumbres o el orden público.*
- *No puede resultar engañoso por ser susceptible de inducir a error sobre el producto o servicio distinguido, sus características o su procedencia geográfica*<sup>99</sup>.

Y la última condición, en la cual todavía no nos hemos detenido, también se incumple, dado que induce a error sobre el servicio que se prestaría con semejante marca.

Para concluir, con relación a ello, la legislación<sup>100</sup> también considera que “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución” es ilícita.

---

<sup>98</sup> STGUE, de 9 de marzo de 2012.

<sup>99</sup> Alonso Espinosa, F. J., Lázaro Sánchez, E. J., *El nuevo Derecho de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre)*, “Anales de Derecho. Universidad de Murcia”, nº 20 (2002) pp. 165-206.

<sup>100</sup> Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, art. 3.

## ***7. Dictamen sobre la posibilidad de que un local competidor dedicado a similar “género de comercio”, pero que cumple puntualmente con sus obligaciones fiscales, ejercite acciones de competencia desleal contra Na&Ma S.L.***

### ***7.1 Ámbito objetivo y subjetivo.***

Con el fin de proteger la competencia en el mercado, se han prohibido normativamente determinadas conductas consideradas desleales<sup>101</sup>.

Siempre y cuando, estos comportamientos, se realicen en el mercado y con una finalidad concurrencial, es decir, que el acto sea “objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”. Por su parte, tales conductas podrán ser realizadas “antes, durante o después de una operación comercial o contrato”, con independencia de si se llega o no a celebrar<sup>102</sup>.

Por último, esta legislación será aplicable “a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”<sup>103</sup>.

### ***7.2 Actos desleales.***

La normativa sobre competencia desleal recoge una serie de comportamientos que son considerados actos desleales. A continuación citaremos los que podrían ser alegados en este caso, por su mayor similitud con los hechos.

- *Cláusula general*, con la cual “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”<sup>104</sup>.
- *Violación de normas*, precepto en el cual se considera desleal, entre otras actividades, prevalerse de una ventaja competitiva si ésta es lograda a través de la vulneración de una norma, siempre y cuando dicha ventaja sea significativa<sup>105</sup>.

### ***7.3 Fundamentación jurídica.***

En relación con la cláusula general, es suficiente con que la conducta realizada resulte objetivamente contraria a la buena fe para que tenga consideración de acto desleal<sup>106</sup>, por lo que la intencionalidad del sujeto resulta, por norma general, irrelevante<sup>107</sup>. Lo que nos facilita su aplicación, puesto que, en este caso, no hay dolo o culpa por parte del sujeto que presumiblemente ocasionó un acto desleal.

Pero al recoger este artículo un concepto amplio del comportamiento que se consideraría desleal, hemos de tener en cuenta que, aunque no se recoja expresamente,

---

<sup>101</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), art. 1.

<sup>102</sup> LCD, art. 2

<sup>103</sup> LCD, art. 3

<sup>104</sup> LCD, art. 5.

<sup>105</sup> LCD, art. 15.1.

<sup>106</sup> Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (2009) p. 63.

<sup>107</sup> STS 331/1998, de 15 de abril.

es posible deslindar una serie de casos para los cuales estaría especialmente destinado dicho precepto<sup>108</sup>. Estos son:

- *Deserción voluntaria de trabajadores.*
- *Captación de clientela:* que puede ser sobre los listados de clientes o sobre la relevancia de la forma en que se lleva a cabo la captación de la clientela.

Como podemos observar los hechos no son subsumibles en ninguno de los casos en los que sería de aplicación tal precepto.

Además los órganos judiciales no suelen apreciar deslealtad concurrencial cuando los hechos no son incardinables en ninguna de las otras conductas establecidas legalmente porque “si ni siquiera quien plantea la demanda ha podido encontrar un fundamento legal más preciso, difícilmente podrá reputarse desleal dicho acto”<sup>109</sup>.

Respecto de la violación de normas, hemos de señalar que además de haber tenido que reportar una ventaja significativa como legalmente se establece, la jurisprudencia también exige que la norma infringida tenga rango legal<sup>110</sup> o, al menos, reúna “los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad”. Esto ha de ser así porque una norma que, por ejemplo, carece de eficacia frente a terceros, difícilmente podrá permitir, mediante su infracción, la obtención de una ventaja competitiva significativa<sup>111</sup>.

En nuestro caso no cabe duda al respecto, puesto que el precepto infringido, sobre el delito contra la Hacienda Pública, viene contenido en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Es relevante mencionar el hecho de que “en el ámbito empresarial el incumplimiento de las obligaciones tributarias introduce un factor de competencia desleal, al minorar ilegalmente los costes de los agentes económicos incumplidores”<sup>112</sup>. Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que el mero hecho de vulnerar una norma no supone la existencia de un acto desleal, puesto que el objetivo de la normativa sobre competencia desleal es la de garantizar el funcionamiento correcto del mercado<sup>113</sup>. Como explica Martínez Sanz, para poder averiguar si se produce un efecto negativo sobre el mercado, a causa de la vulneración de una norma legal, es necesario apreciar un efecto positivo para quién la ha infringido<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (2009) p. 67-77.

<sup>109</sup> Emparanza, A., *El boicot como acto de competencia desleal*, pp. 180- 181.

<sup>110</sup> STS 593/2000, de 16 de junio.

<sup>111</sup> STS 500/2012, de 24 de julio.

<sup>112</sup> Resolución de 20 de diciembre de 2000, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se publican las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2001, de conformidad con la Resolución de 27 de octubre de 1998, de la Presidencia de la Agencia.

<sup>113</sup> Martínez Sanz, «Comentario práctico... » op. cit., p. 256.

<sup>114</sup> Martínez Sanz, «Comentario práctico... » op. cit., p. 257.

En este caso, el hecho de que se haya cometido un delito contra la Hacienda Pública no perjudica a los competidores, dado que no se llega a producir una ventaja para el infractor. Esto es de este modo porque si la ventaja proviene de un ahorro de costes por haber infringido una norma, como aquí ha ocurrido, dicho ahorro se debería de invertir en la sociedad, dado que sino no se lograría una ventaja competitiva<sup>115</sup>. Una ventaja de este tipo permitiría llevarse una mayor cuota de mercado concurriendo, por ejemplo, con unos mejores precios<sup>116</sup>, pero las cuotas defraudadas eran destinadas a una cuenta en Gibraltar, por lo que no se invertían con el fin de ser más competitivo.

Por todo ello, no podemos considerar oportuno valorar estos hechos como actos de competencia desleal.

---

<sup>115</sup> Martínez Sanz, «Comentario práctico... » op. cit., p. 257.

<sup>116</sup> SAP de Madrid 218/2006, de 1 de marzo.

## **8. Dictamen para dar respuesta a las siguientes cuestiones:**

### **8.1 ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿Y del posterior proceso?**

Para dar respuesta a esta cuestión nos detendremos en analizar los tres tipos de competencia penal: la objetiva, la funcional y la territorial.

Pero primero tenemos que entrar a valorar la posibilidad de que estemos ante un caso de conexión penal<sup>117</sup> lo cual afectaría a las reglas de competencia. Se puede considerar que existe dicha conexión porque, de las situaciones recogidas expresamente<sup>118</sup>, al menos tres de ellas coexisten en este caso:

- Los delitos cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
- Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.
- Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello.

#### **8.1.1 Normativa aplicable**

La normativa de referencia es la siguiente:

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

#### **8.1.2 Competencia objetiva.**

Para determinar la competencia objetiva hay que tener en cuenta tres criterios, en este caso los criterios *ratione personae* y *ratione materiae* no son aplicables, por lo que habrá que acudir al denominado criterio general o residual. Esto es así porque por razón del sujeto pasivo ninguno tiene una posición especial y por razón de la materia no coincide con ningún delito atribuido a la Audiencia Nacional<sup>119</sup>, ni tampoco al Tribunal del Jurado<sup>120</sup>.

Al poder descartar las faltas y los delitos de violencia de género, habrá que determinar si se trata de delitos graves o de menor gravedad dado que en función de ello la fase de enjuiciamiento la podrá llevar a cabo el Juzgado de lo Penal<sup>121</sup> o la Audiencia

---

<sup>117</sup> LECrim., art. 300. “Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”.

<sup>118</sup> LECrim., art. 17.

<sup>119</sup> LOPJ, art. 65.

<sup>120</sup> Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, art. 1.

<sup>121</sup> LECrim., art. 14. Será competente el Juzgado de lo Penal “para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a

Provincial<sup>122</sup>. Para determinar a cuál de los dos le compete, es necesario tener en cuenta la pena en abstracto de todos los delitos que se les ha asignado, a los sujetos, a lo largo del trabajo. La mayoría de los delitos deberían de atribuirse al Juzgado de lo Penal porque la pena máxima en abstracto no supera los cinco años pero cabe recordar que estamos ante un caso de conexidad penal por lo que concurriendo delitos graves con delitos menos graves, será competente para conocer de todos ellos la Audiencia Provincial<sup>123</sup>

### **8.1.3 Competencia funcional.**

Para poder determinar quiénes son los órganos que conocen de cada una de las fases es necesario detenerse en la competencia funcional. Para este caso, únicamente nos detendremos en que la legislación<sup>124</sup> determina expresamente que la instrucción de las causas penales se llevará a cabo por el Juzgado de Instrucción del partido en donde se ha cometido el delito cuando no le corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer o al Juez Central de Instrucción, en los casos establecidos legalmente.

Lo demás se puede omitir porque lo expuesto es suficiente para resolver la cuestión, dado que solamente nos interesa la fase de instrucción y la de enjuiciamiento.

### **8.1.4 Competencia territorial.**

Con el fin de saber cuál de los órganos jurisdiccionales es el que es competente territorialmente hemos de aplicar el criterio de atribución denominado *forum comissi delicti*, sin necesidad en esta caso de acudir a los fueros subsidiarios puesto que todas las actuaciones delictivas se llevaron a cabo, se consumaron y produjeron resultados en un mismo lugar, La Coruña. Al producirse en una misma zona geográfica la competencia territorial no varía por razón de la conexión.

En base a lo expuesto, este caso se sustanciará en un solo proceso por la existencia de conexión penal. La instrucción se llevará a cabo por el Juez de Instrucción del partido judicial de La Coruña y el posterior enjuiciamiento será competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de La Coruña.

## **8.2 ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?**

Recordemos que Romelia es quién consigue convencer a María para trasladarse a España con motivo de una falsa oferta de empleo, por lo que se le ha culpado de un delito de trata de seres humanos.

---

cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, (...)"

<sup>122</sup> LOPJ, art. 82. Las Audiencias Provinciales conocerán "De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley".

<sup>123</sup> LECrim., art. 18.1.

<sup>124</sup> LECrim., art. 14.2.

Para este caso se podría utilizar la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE). Esta orden sustituye el procedimiento de extradición<sup>125</sup> cuando se trate de Estados miembro pertenecientes a la Unión Europea, formando parte Rumanía de la misma desde el 1 de enero de 2007<sup>126</sup>.

### **8.2.1 Normativa aplicable**

- Decisión Marco (2002/584/JAI) de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembro.
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

### **8.2.2 Concepto**

La OEDE consiste en una resolución judicial dictada por un Estado miembro de la Unión Europea. Su finalidad es la detención y entrega de una persona reclamada “porque se ejercita contra ella acción penal, y es requerida o bien para su enjuiciamiento o bien para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad (cumplimiento de una condena)”<sup>127</sup>. La detención y entrega se lleva a cabo por el Estado miembro al cual va dirigida la orden.

### **8.2.3 Requisitos**

En base a como lo recoge Gavilán Rubio, éstos son, de forma resumida, los requisitos que se habrían de cumplir en nuestro caso:

- *Darán lugar a entrega, sin que haya un doble control de los hechos por ambos Estados<sup>128</sup>, una serie de delitos dentro de los cuales se halla el delito de trata de seres humanos.*
- *La orden se ha de llevar a cabo mediante formulario rellenado por la autoridad judicial del Estado emisor, traducándose en la lengua o lenguas oficiales del destinatario.*

A su vez, hemos de tener en cuenta que se podrá o deberá denegar la ejecución en distintos casos:

- *Se denegará la ejecución de la orden de forma obligatoria: en casos de amnistía, porque el sujeto ya ha sido definitivamente juzgado en otro Estado y en caso de condena está ya se haya ejecutado o esté en ello, o por razón de su edad.*

---

<sup>125</sup> Establecido en el Convenio de extradición de 1957.

<sup>126</sup> STC 199/2009, de 28 de septiembre.

<sup>127</sup> Gavilán Rubio, M., *La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega*, “Anuario Jurídico y Económico Escorialense”, XLVII (2014) pp. 189-208.

<sup>128</sup> Es decir, sin que el Estado receptor posea la facultad de denegar la entrega de la orden porque los hechos no están tipificados en su legislación nacional. Esta doble incriminación solamente se producirá fuera de los delitos recogidos expresamente.

- *Se podrá denegar de forma facultativa si esa persona ya está sometida a un procedimiento penal o se hubiera decidido no incoar la acción penal o bien concluirla, por los mismos hechos que los de la orden en el Estado receptor, cuando haya prescrito el delito, cuando haya sido juzgada definitivamente en un tercer Estado por esos mismos hechos o cuando dicha persona sea nacional o residente del Estado en cuestión y éste se comprometa a ejecutar la pena o medida dictada.*

### **8.3 ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?**

En la fase de instrucción el juez instructor podrá adoptar las siguientes medidas cautelares<sup>129</sup> contra la persona jurídica en cuestión:

- *la clausura temporal de los locales o establecimientos.*
- *la suspensión de las actividades sociales*
- *la intervención judicial.*

Además hay que tener en cuenta que tales medidas se acordarán previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. Por su parte, el auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación<sup>130</sup>.

Asimismo habrán de concurrir los requisitos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, establecidos como tal, por la legislación y jurisprudencia, para toda medida cautelar aplicable en el procedimiento penal<sup>131</sup>.

Por lo que, en principio, se podrían tomar determinadas medidas contra Na&Ma S.L. con carácter previo a dictarse sentencia. Con el fin de impedir que se sigan realizando las conductas delictivas que se les atribuye.

### **8.4 ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?**

#### **8.4.1 Concepto jurídico.**

La intervención de las comunicaciones y las escuchas telefónicas se puede definir como “unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comuniquen, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su

<sup>129</sup> CP, art. 33.7

<sup>130</sup> La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal por la cual se ha introducido un nuevo art. 544 quáter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>131</sup> Roig Altozano, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*, “Noticias Jurídicas” (Febrero 2012).

caso, de determinados elementos probatorios” como así recoge el propio Tribunal Supremo<sup>132</sup>.

#### **8.4.2 Fondo del asunto.**

Sin embargo, como así explica Obón Díaz<sup>133</sup>, la legislación no desarrolla el régimen jurídico de este medio de investigación o prueba, esto es, los supuestos en los que procede, los requisitos necesarios para su válida adopción, su duración, etc. Por lo que para su concreción será necesario acudir a la doctrina y sobre todo a la jurisprudencia, “encargadas de suplir las omisiones injustificadas del legislador”. La jurisprudencia recoge los principios por los que han de regirse estas intervenciones y Sancha Díez<sup>134</sup> lo sintetiza del siguiente modo:

- *Exclusividad jurisdiccional*
- *Finalidad exclusivamente probatoria*
- *Excepcionalidad de la medida*
- *Proporcionalidad de la medida*
- *Limitación temporal*
- *Especialidad del hecho delictivo*
- *Existencia previa de indicios de comisión de un delito*
- *Existencia previa de un procedimiento de investigación penal*
- *Resolución judicial suficientemente motivada*
- *Control judicial*
- *Medida sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas.*

Por lo cual, cumpliéndose estas garantías, se podría llevar a cabo una medida de investigación válida que no vulnere ningún derecho. La única duda que podría surgir al respecto es si la medida puede recaer o no sobre una persona jurídica. Dado que como se ha recogido la jurisprudencia ha especificado que esta medida solamente puede recaer sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean sus titulares o usuarios habituales sin ser extensible a terceros que estén relacionados de forma indirecta con los hechos<sup>135</sup>.

Pero la propia legislación y jurisprudencia contemplan la posibilidad de que tanto las personas físicas como las jurídicas sean titulares del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>136</sup>. Esto es lo que nos permite interpretar que al tratarse de titulares de

---

<sup>132</sup> SSTS 2093/1994, de 28 de noviembre, 246/1995, de 20 de febrero y 711/1996, de 19 de octubre.

<sup>133</sup> Obón Díaz, A., *La intervención telefónica y su adecuación al paradigma constitucional*. “Noticias Jurídicas” (2004).

<sup>134</sup> Sancha Díez, José., *Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas*, “Noticias Jurídicas” (enero 2014).

<sup>135</sup> STS, de 25 de junio de 1993.

<sup>136</sup> CP, art. 20 y STEDH, de 16 de febrero de 2000.

dicho derecho, éste también se puede limitar por partes de la autoridad judicial de forma válida, siempre y cuando se lleve a cabo mediante autorización y existiendo las garantías necesarias. Asimismo, es coherente que se les puedan aplicar dichas medidas de investigación también a las personas jurídicas tras la reforma penal del año 2010, en donde ha adquirido mayor protagonismo como parte denunciada en el proceso penal.

### ***8.5 ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?***

Esta cuestión es muy controvertida puesto que España ha tenido ciertas dificultades a la hora de recibir información financiera por parte de Gibraltar, por lo que es necesario detenerse en la situación de Gibraltar respecto de los demás Estados en dicho ámbito y averiguar el papel de la Unión Europea en todo ello.

#### ***8.5.1 Situación anterior.***

Gibraltar era considerado un paraíso fiscal por las ventajas fiscales que suponía una inversión en dicho territorio y donde se aplicaba una legislación protectora de la confidencialidad y el secreto bancario. Por lo que dicho territorio estaba recogido en la lista de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), pero también en el listado español establecido reglamentariamente<sup>137</sup>.

#### ***8.5.2 Situación actual.***

A día de hoy se trata de un centro financiero de nula tributación, no pudiendo considerarse más un paraíso fiscal. Esto es de este modo porque ha llevado a cabo Convenios Internacionales<sup>138</sup> con otros Estados con la finalidad de permitir el traspaso mutuo de información fiscal. Lo que conllevó a que la OCDE lo haya retirado de la lista de paraísos fiscales no cooperantes, hallándose ahora en la lista blanca. Por otra parte la legislación española<sup>139</sup> considera que existe nula tributación cuando no se aplica en dicho territorio lo que sería el equivalente al IRPF, IS o IRNR. Además, a partir del 1 de enero de 2015 se recogen unos criterios legales que facilitan la determinación de paraíso fiscal. Pese a todo esto, España sigue teniendo a Gibraltar en la lista antes mencionada.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>140</sup> (en adelante TJUE) acabó pronunciándose en relación con la obligación de comunicar las transacciones sospechosas por parte de las entidades financieras que conforman la Unidad de Información Financiera (UIF) del Estado miembro en donde se hallan. La obligación de transmitir información directa a la UIF de un Estado miembro, siendo él mismo quién la

---

<sup>137</sup> Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

<sup>138</sup> A través del Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.

<sup>139</sup> Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

<sup>140</sup> STJUE, 25 de abril de 2013.

imponga, en este caso España, a las entidades que ejerzan actividades en su territorio, es proporcionalmente adecuada.

Tras el pronunciamiento del TJUE, órganos jurisdiccionales españoles<sup>141</sup> han seguido esa línea remitiéndose nuevamente a ello, por lo cual últimamente se ha producido intercambio de información fiscal entre estos dos territorios.

### **8.6 ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?**

Con anterioridad a la reforma penal operada en el año 2010, las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente, dejando dicha posibilidad únicamente a las personas físicas. En la actualidad esto ha cambiado, como ya hemos podido ver con anterioridad, pudiendo delinquir y pudiéndoles atribuir la participación en determinados tipos de delitos<sup>142</sup>.

La legislación actual reconoce la posibilidad de actuar en un procedimiento penal a toda persona sin restricciones<sup>143</sup>. Pero, además, se recoge expresamente la posibilidad de que una persona jurídica sea imputada en un proceso penal, determinándose legalmente las reglas para ello<sup>144</sup>.

Habrá un representante especialmente designado, manteniéndose la representación por procurador y la asistencia letrada por parte de un abogado. Se le informará al representante y, en su defecto, al abogado. La incomparecencia de dicho representante equivaldrá a haberse acogido al derecho a no declarar por parte de la persona jurídica<sup>145</sup>. En la fase de investigación no se prevé incompatibilidad alguna para la designación del representante. Sin embargo, sí que existe una prevista específicamente para el momento del juicio oral, tras haberse delimitado las partes, la acusación, e intervinientes en el mismo, se prohíbe la designa en juicio como representante especial de la sociedad a quienes tuvieran que declarar como testigos<sup>146</sup>. Pero, a falta de prohibición expresa, cabe la posibilidad de que la representación especial, en la fase de investigación y en el juicio oral, pueda ser desempeñada por quien soporta también una imputación por los mismos hechos<sup>147</sup>.

---

<sup>141</sup> SAN, de 2 de abril de 2014 y STS de 17 de diciembre de 2013.

<sup>142</sup> Morales, O., *La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso Penal*, “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2011) pp.142-154.

<sup>143</sup> LECrim., art. 118.

<sup>144</sup> LECrim., art. 119.1.

<sup>145</sup> LECrim., art. 409 bis.

<sup>146</sup> LECrim., art. 786 bis.

<sup>147</sup> Morales, O., «La persona jurídica...» op. cit., p.152.

### *Conclusiones finales.*

A lo largo de este trabajo hemos podido ver una serie de ilícitos penales, de diversa naturaleza, y también hemos analizado cuestiones no pertenecientes al Derecho Penal, ha habido elementos relacionados con cuestiones mercantiles, el Derecho Procesal e incluso temas que nos llevaron al ámbito internacional.

Esto ha hecho que se tratase de un caso muy completo, por lo cual para finalizarlo se puede considerar oportuno realizar un pequeño resumen de todo lo analizado en ello y añadir ciertas puntualizaciones al respecto.

En relación con la primera cuestión analizada, los ilícitos analizados fueron el delito de trata de seres humanos, el de determinación a la prostitución y el de prostitución de menores. Estos tipos delictivos engloban una amplitud de actuaciones que, en este caso, permitieron atribuir responsabilidad penal a todos los sujetos partícipes en los acontecimientos. También ha coincidido el hecho de que se les ha asignado a todos el mismo grado de participación y, a su vez, se ha considerado que todos los delitos se habían consumado, puesto que cada sujeto llevaba a cabo una actividad distinta pero que estaba relacionada con el ejercicio de la prostitución de las víctimas.

Respecto del segundo dictamen, en relación con las sustancias halladas en el local, se ha podido imputar, a los tres sujetos, un delito contra la salud pública y un subtipo agravado del delito de tráfico de drogas. En este tipo de ilícitos penales se recogen numerosas conductas, todas ellas relacionadas con la protección de la salud pública. Se amplía el concepto de autor, abarcando a sujetos que en otros delitos serían probablemente cooperadores necesarios o cómplices. Tales tipos penales se consideran consumados sin necesidad de posesión material, basta con un vínculo con la voluntad del culpable. Por estos motivos se les ha considerado coautores de dos ilícitos penales consumados.

En la tercera cuestión se evalúa la responsabilidad penal por el modo de gestionar las ganancias del local y se acaba considerando que se ha producido un delito contra la Hacienda Pública, un delito de falsedad documental y un delito de blanqueo de capitales. Esto es así porque se cumple con los tipos penales y con las demás exigencias legales. Lo más relevante en este dictamen es la relación concursal, puesto que caben diversas posibilidades. En este caso nos hemos decantado por considerar que existe concurso real entre el delito de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública, dado que en la actualidad se reconoce jurisprudencialmente el denominado autoblanqueo, es decir, que un mismo sujeto sea autor de ambos tipos delictivos. Por su parte, se ha cometido el delito de falsedad documental con el fin de cometer otro ilícito penal distinto, por lo cual se ha considerado que existe concurso medial entre ambos.

En relación con las responsabilidades, tanto tributarias como penales, atribuidas a la sociedad mercantil, se llega a determinar la concurrencia de dos infracciones graves y la existencia de un delito de determinación a la prostitución, uno de blanqueo de capitales y uno contra la Hacienda Pública. Lo importante de esta cuestión era determinar la

posibilidad de atribuir responsabilidad tributaria y penal a una sociedad. Como hemos visto, existen una serie de delitos, recogidos legalmente, que pueden ser cometidos por una persona jurídica. Asimismo el obligado tributario puede ser persona física o jurídica e incluso carecer de personalidad jurídica.

Sobre la cuestión de si cabe o no declarar nula la sociedad mercantil, ha sido necesario analizar los distintos requisitos que se han de cumplir para su constitución. Tras ello, hemos podido comprobar que tales exigencias se cumplen, salvo la denominación social, puesto que las abreviaturas no recogidas legalmente no están permitidas. Pese a ello, Na&Ma S.L ha sido inscrita en el Registro Mercantil, por lo cual las causas de nulidad tras su inscripción solamente pueden ser las establecidas legalmente, y no concurre ninguna en este caso.

Respecto del registro de “Pequeñas Sumisas Ardientes” como marca para servicios de restauración y hospedaje temporal, como recoge la clase 43 de la Clasificación de Niza, hemos de recordar que existen diversas prohibiciones legales, tanto relativas como absolutas. En este caso estamos ante un ejemplo de prohibición absoluta, como hemos podido comprobar, no se permite la inscripción de signos que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres. Lo que nos permitió determinar la aplicación de tal prohibición ha sido valorar la percepción que tal signo podría tener como marca por parte del público a quién iría destinado. Además, tal marca induciría a error sobre el servicio ofertado.

En relación con el dictamen que resuelve sobre la existencia de competencia desleal por parte de Na&Ma S.L., hemos de recalcar que los actos desleales vienen recogidos de forma expresa en la normativa específica. Este caso solamente es subsumible en el precepto que recoge como desleal la actuación de prevalerse de una ventaja competitiva lograda a través de la vulneración de una norma. Todo se cumple salvo un elemento, la sociedad no pretende obtener una ventaja competitiva que le permita lograr una mayor cuota de mercado, sino que las actuaciones ilegales que lleva a cabo tienen otro objetivo.

El último dictamen se compone de varias cuestiones que abarcan distintos temas.

La primera nos llevó a determinar los órganos jurisdiccionales competentes en semejante caso, llegando, finalmente, a la conclusión de que la instrucción se llevaría a cabo por el Juez de Instrucción de La Coruña, mientras que el enjuiciamiento posterior sería competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de La Coruña, a su vez, el proceso se sustanciaría en uno solo en base a conexión penal.

La segunda, relativa a cómo solicitar la detención de Romelia en Rumanía, nos permitió conocer la Orden Europea de Detención y Entrega, aplicable en este caso, dado que tanto España como Rumanía son Estados miembros de la Unión Europea. Por su parte, hemos de recalcar que el delito de trata de seres humanos, entre otros ilícitos penales, permite la detención y entrega sin que el Estado receptor pueda denegar la orden.

Las medidas cautelares que se pueden adoptar contra la sociedad mercantil vienen recogidas legalmente y han sido expuestas en la tercera cuestión, por lo cual se ha de entender que es totalmente factible tomar medidas de este tipo contra una persona jurídica.

En la cuarta cuestión hemos analizado la intervención de las comunicaciones de la sociedad. Esta intervención supone una limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. La legislación y la jurisprudencia consideran que las personas jurídicas son titulares de tal derecho, por lo cual es posible limitarlo, siempre y cuando se respeten las garantías necesarias.

La posibilidad de investigar una cuenta gibraltareña es una cuestión un tanto compleja. En la actualidad Gibraltar ha firmado acuerdos con otros territorios para facilitar el intercambio de información fiscal entre sí. A su vez, la jurisprudencia europea ha reconocido, en este caso a España, la posibilidad de imponer la obligación de transmitir información de forma directa en determinados supuestos.

La última cuestión trata sobre cómo se ha de articular la representación procesal de una persona jurídica, es decir, mediante la representación por un procurador y la asistencia letrada por parte de un abogado, pero hemos de añadirle la figura del representante especialmente designado. La única incompatibilidad va dirigida a quienes sean testigos en el proceso, los cuales no podrán ser representantes de la sociedad.

# FUENTES

## *Fuentes bibliográficas.*

- Alonso Espinosa, F. J., Lázaro Sánchez, E. J., *El nuevo Derecho de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre)*, “Anales de Derecho. Universidad de Murcia”, nº 20 (2002).
- Arana Berastegi, X., *Drogas, legislaciones y alternativas. De los discursos de las sentencias sobre el tráfico ilegal de drogas a la necesidad de políticas diferentes* (San Sebastián 2012).
- Bacigalupo, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero* (Navarra 2012).
- Cantero Berlanga, M. D., *Resolución de supuestos prácticos de Derecho Penal*, 2ª ed. (Madrid 2013).
- Castañer Codina, J., *Todo sociedades de responsabilidad limitada. 2008-2009* (Bilbao 2008).
- Chijane Dapkevicius, D., *Derecho de Marcas* (Madrid 2007).
- Emparanza, A., *El boicot como acto de competencia desleal* (Madrid 2000).
- Galarza, C., *Tributación y actos ilícitos: ¿existen trabas éticas o morales para la tributación de los actos ilícitos?*, “Dereito”, vol.15, nº 2 (2006).
- Gallo, J. A., *El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012*, “Actualidad Jurídica Uría Menéndez”, nº 34 (2013).
- Gavilán Rubio, M., *La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega*, “Anuario Jurídico y Económico Escurialense”, XLVII (2014).
- Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual* (Argentina 2013).
- Jansen, K., Theron, L., *Ketamina: nuevas observaciones sobre su consumo, consumidores y efectos*, “Adicciones: Revista de sociodrogalcohol”, vol. 15, nº extra 2 (2003).
- Lamoca Arenillas, A., *Manual de Responsabilidad Tributaria* (Navarra 2013).
- Lombardero Expósito, M. L., *Delitos contra la Hacienda Pública* (Barcelona 2011).
- Martínez-Arrieta Márquez de Prado, I., *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales* (Valencia 2014).

- Martínez Pardo, V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial* (Madrid 2013).
- Martínez Rodríguez, J.A., *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia* (Barcelona 2012).
- Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid 2009).
- Mayordomo Rodrigo, V., *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*, “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXXI (2011).
- Meneses Falcón, C., *Consumo de drogas en el ejercicio de la prostitución*, “Crítica”, nº 967 (2010).
- Morales García, O., *La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal*, “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2011).
- Oanta, G. A., *Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea: de la adhesión a la integración*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 29 (2008).
- Obón Díaz, A., *La intervención telefónica y su adecuación al paradigma constitucional*, “Noticias Jurídicas” (2004).
- Ortiz Castro, A., Meza Mercado, D. M., Martínez Martínez, R., *Poppers, una droga emergente. Resultados del Sistema de Reporte de Información en Drogas*, “Salud Mental”, vol. 37 (2014).
- Pomares Cintas, E., *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*, “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, nº13 (2011).
- Roig Altozano, M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societas delinquere et puniri potest*, “Noticias Jurídicas” (febrero 2012).
- Sancha Díez, José., *Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas*, “Noticias Jurídicas” (enero 2014).
- Sánchez Linde, M., *La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos*, “Revista de criminología y ciencias forenses”, nº16 (2012).
- Santaló Ríos, A., *La falsedad como delito instrumental de la defraudación tributaria*, “Revista xurídica galega”, nº58 (2008).
- Valenzuela, E., Larroulet, P., *La relación droga y delito*, “Estudios públicos”, nº 119 (2010).

- Villacampa Estiarte C., *La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, nº13 (2011).

- Villacampa Estiarte, C., *Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas*, “InDret: Revista para el análisis del Derecho”, nº2 (2014).

### **Fuentes normativas.**

- Convención Única sobre Estupefacientes de Nueva York, de 30 de marzo de 1961.

- Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 10 de noviembre de 1990.

- Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971.

- Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

- Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. (Vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).

- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

- Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

- La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- 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.

- Protocolo de Ginebra de 1972.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

***Fuentes jurisprudenciales.***

- Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 2 de abril de 2014.
- Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª), sentencia núm. 2/2006 de 1 marzo.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), sentencia núm. 218/2006 de 1 de marzo de 2006.
- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª), sentencia núm. 792/2010 de 24 de noviembre.
- Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), sentencia núm. 14/2014 de 16 de mayo.
- Pleno no jurisdiccional del TS, celebrado el día 18 de julio de 2006.
- Tribunal Constitucional, sentencia núm. 199/2009, de 28 de septiembre de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de febrero de 2000 (asunto Amann).
- Tribunal General de la Unión Europea (Sala 1ª), sentencia de 9 de marzo de 2012.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 13 de noviembre de 1990 (asunto C-106-89, Marleasing).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 25 de abril de 2013.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia de 25 de junio de 1993.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 2093/1994 de 28 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 246/1995 de 20 de febrero.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 711/1996 de 19 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 331/1998 de 15 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencia núm. 593/2000 de 16 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 620/2002 de 11 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 622/2004 de 10 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1472/2004 de 16 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 86/2005 de 1 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1425/2005 de 5 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 338/2006 de 20 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 737/2006 de 20 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 840/2006 de 20 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 1301/2006 de 11 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 484/2007 de 29 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 823/2007 de 15 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 148/2008 de 8 abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 817/2008 de 11 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 56/2009 de 3 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 313/2010 de 8 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1000/2011 de 17 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 196/2011 de 23 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 221/2011 de 29 de marzo.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 500/2012 de 24 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia de 17 de diciembre de 2013.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 164/2014 de 13 de febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 188/2014 de 11 de marzo.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1982.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 1993.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1994.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1997.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de julio de 2006.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2013.