



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

David Martín Utrera Iglesias,
presenta el Trabajo de Fin de Grado con el título

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

realizado bajo la dirección del
Prof. Dr. José Joaquín Vara Parra

A Coruña, 22 de junio de 2015

ÍNDICE

Acrónimos y Abreviaturas	5
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.....	6
1.1. Antecedentes de hecho.....	6
1.2. Método de análisis	7
1.3. Fundamentos Jurídicos.....	7
I.- Delito de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1 CP	7
I.2. Modalidad de determinación a la prostitución	7
I.3. Modalidad de lucro con la explotación de la prostitución	10
II. Modalidades cualificadas y agravadas del delito de determinación a la prostitución del art. 188 CP	11
III. Delito de prostitución de menores del art. 187 CP	12
IV. Delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis y de inmigración clandestina del art. 318 bis CP.....	12
V. Delito de detención ilegal del art. 163 CP	13
VI. Delito de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter).....	14
VII. Delito de estafa del art. 248 CP	16
1.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos....	16
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.	19
2.1. Antecedentes de hecho:.....	19
2.2. Método de análisis	19
2.3. Fundamentos Jurídicos.....	20
I. Delito de tráfico de drogas del art. 368 CP.....	20
II. Delito contra la salud pública del art. 359 CP.....	23
2.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos....	25
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.	26
3.1. Antecedentes de hecho.....	26
3.2. Método de análisis	26
3.3. Fundamentos jurídicos	26
I. Delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP	26
II. Delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP.....	29

III. Delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil del art. 392 CP y delito societario del art. 290 CP	30
3.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos....	31
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.....	32
4.1. Antecedentes de hecho.....	32
4.2. Método de análisis	33
4.3. Fundamentos jurídicos	33
I. De la responsabilidad penal de las personas jurídicas	33
II. Responsabilidad derivada de los delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis y de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.1 del Código Penal.....	34
III. Responsabilidad derivada de los delitos de blanqueo de capitales del art. 301 y defraudación tributaria del art. 305 del Código Penal	35
IV. Responsabilidad derivada de los delitos contra la salud pública de los arts. 368 y 359 CP.....	35
V. Responsabilidad tributaria derivada del Impuesto sobre Sociedades	36
VI. Responsabilidad tributaria derivada del Impuesto sobre el Valor Añadido	37
4.4. Conclusiones.....	38
5.- Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. sea considerada una sociedad nula de conformidad con la legislación societaria.	38
5.1. Antecedentes de hecho.....	38
5.2. Método de análisis	38
5.3. Fundamentos Jurídicos.....	38
I. Constitución de la sociedad.....	38
II. Nulidad por objeto social.....	39
5.4. Conclusiones.....	40
6.- Dictamen sobre la posibilidad de que la sociedad Na&Ma, S. L. registre como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.....	40
6.1. Antecedentes de hecho.....	40
6.2. Método de análisis	40
6.3. Fundamentos jurídicos	40
I. Legislación aplicable y concepto de marca	40
II. Prohibiciones relativas de la Ley de marcas.....	41
III. Prohibiciones absolutas de la Ley de marcas	42
IV. Inscripción de la marca en la Clase 43.....	44
6.4. Conclusiones.....	44
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.....	45

7.1. Antecedentes de hecho.....	45
7.2. Método de análisis	45
7.3. Fundamentos jurídicos	45
I. Sobre la concurrencia de prácticas desleales.....	45
II. Ejercicio de acciones de competencia desleal.....	46
7.4. Conclusiones.....	47
8. Cuestiones de naturaleza procesal.....	47
8.1. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación?.....	47
8.2. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado del posterior proceso?	48
8.3. ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?	48
8.4. ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?	49
8.5. ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?	50
8.6. ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?.....	51
8.7. ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?.....	52
Bibliografía citada.....	54
Bibliografía consultada	55

Acrónimos y Abreviaturas

Art./s:	Artículo/s
CE:	Constitución Española
CP:	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CRI:	Comisión Rogatoria Internacional
Dir.:	Director
Ed.:	Edición
LCD:	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LECrím:	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT:	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LIVA:	Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSC:	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL:	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
IS:	Impuesto de Sociedades
IVA:	Impuesto sobre el Valor Añadido
OEPM:	Oficina Española de Patentes y Marcas
RD:	Real Decreto
SAP:	Sentencia Audiencia Provincial
SJP:	Sentencia Juzgado de lo Penal
Stc.:	Sentencia
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
Ss.:	Siguientes
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLIS:	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TS:	Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea
Vol.:	Volumen

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.

1.1. Antecedentes de hecho

I.- En el año 2010, en Rumanía, Dña. Romelia ofrece a Dña. María D. (ciudadana rumana) la posibilidad de trabajar como limpiadora en un restaurante en España propiedad de una tía suya, Dña. Tatiana. Dña. María acepta el trabajo, Dña. Romelia le compra un billete de autobús y llega el 29 de marzo de 2010 a A Coruña. Tras su llegada a esta ciudad, Dña. María es recogida por Dña. Tatiana quien le informa de que ha sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución y de que debe empezar a trabajar esa misma noche en el club Plenilunio para saldar la deuda contraída como consecuencia del traslado con las siguientes condiciones: el primer servicio de cada noche corresponde en su totalidad a los responsables del club y los sucesivos servicios son repartidos al 50% entre el club y ella. Asimismo, le facilita ropa de trabajo, le da instrucciones sobre cómo llevarlo a cabo, y le insiste en que si algún cliente demanda sus servicios sin utilización de preservativo deberá aceptar. Al mismo tiempo, le informa de que el horario de trabajo será de 17:30 a 4:00 y de que durante ese período no podrá abandonar la sala del local, excepto para subir con clientes a las habitaciones. Dña. Tatiana le prohíbe también salir del local sin ir acompañada de D. Pietro, camarero en el club. Durante cuatro años, Dña. María se somete a estas condiciones.

II.- El 13 de mayo de 2014, Dña. María solicita a Dña. Tatiana dinero para adquirir lencería solicitada por un cliente. Ésta última accede, aunque le exige que vaya acompañada de D. Pietro. Encontrándose ambos en una tienda de ropa interior en el centro de A Coruña, D. Pietro deja sola a Dña. María, momento que ésta aprovecha para informar de su situación a las dependientas del negocio, que contactan con las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

III.- De la declaración de Dña. María, resultan los siguientes hechos: (1) Los ingresos provenientes de la venta de combinados con alcohol, adquiridos para invitar a las prostitutas, eran abonadas a D. Pietro. (2) Los servicios sexuales eran directamente abonados a la recepcionista, Dña. Zulaika, quien al término de cada noche entregaba todo el dinero a Dña. Tatiana. (3) Únicamente en una ocasión realizó Dña. María más de un servicio sexual, pero en contra de lo dicho por Dña. Tatiana, Dña. María no percibió el 50% del precio, puesto que Dña. Tatiana se lo quedó “para ir reduciendo la deuda” que Dña. María había contraído al ser trasladada a A Coruña.

IV.- Tras la declaración de Dña. María, las fuerzas policiales se personan en Plenilunio deteniendo a Dña. Tatiana, Dña. Zulaika y D. Pietro. Tras la inspección del local descubren los siguientes hechos: (1) En el local se encuentran otras siete mujeres, todas de nacionalidad rumana. Una de ellas, Dña. Nicoara, de 17 años de edad. Los tres detenidos niegan tajantemente el conocimiento de esta última circunstancia. (2) Dña. Zulaika tenía retenidos en la oficina de recepción los pasaportes de todas las mujeres. Entre ellos se encuentra el de Dña. Nicoara, en el que consta fehacientemente su fecha de nacimiento. (3) En la oficina utilizada por Dña. Tatiana se encuentra un libro registro el que consta la entrada de las mujeres en el local. Todas ellas, con excepción de Dña. María (cuya fecha de entrada es, en efecto, marzo de 2010), llegaron de Rumanía entre 2012 y 2014. (4) Las ventanas del local estaban protegidas por rejas.

V.- Al respecto de los hechos descubiertos por las fuerzas policiales, los detenidos D. Pietro, Dña. Zulaika y Dña. Tatiana realizan las siguientes aseveraciones: (1) Dña. Tatiana sostiene que las mujeres eran conscientes en todo momento de que venían a España a ejercer la prostitución y que con su trabajo tenían que abonar el viaje desde Rumanía, financiado por la sociedad gestora del local: Na&Ma S.L. Afirma también que ella se limita a cumplir órdenes de sus jefes: D. Alberto M. y D. Santiago N., socios al 49% y 51% respectivamente de dicha sociedad. (2) Lo mismo aducen Dña. Zulaika y D. Pietro. La primera alega que su función era exclusivamente la de controlar la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero abonado a cambio de los servicios sexuales de las mujeres. Por su parte, D. Pietro, además de coincidir con lo declarado por Dña. Tatiana, afirma ser un simple camarero. (3) Al respecto del enrejado de las ventanas, Dña. Tatiana manifiesta que ello es debido exclusivamente al miedo a un posible robo en el local, que las mujeres podían salir fuera de su horario de trabajo y que el hecho de salir siempre acompañadas de D. Pietro era “por su propia seguridad”, dado el desconocimiento del idioma castellano.

1.2. Método de análisis

A la luz de los hechos expuestos con anterioridad y que integran el contenido del caso, cabe indicar que, pueden ser constitutivos de alguno de los siguientes delitos del Código Penal: delito de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188 CP, delito de prostitución de menores del art. 187 CP, delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, delito de inmigración clandestina del art. 318 bis CP, delito de detención ilegal del art. 163 CP, delitos de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP) y delito de estafa del art. 248 CP.

A continuación, sobre la base del estudio de la doctrina y la jurisprudencia aplicables al caso, se dictaminará acerca de si Dña. Romelia, Dña. Tatiana, D. Pietro, Dña. Zulaika, D. Alberto y D. Santiago incurrir en responsabilidad penal y en qué grado, por los relatados hechos, así como sobre cuanta cuestión relacionada pueda plantearse.

1.3. Fundamentos Jurídicos

I.- Delito de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1 CP

El artículo 188.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), pretende la protección de la libertad sexual de la persona que se prostituye, siendo ésta mayor de edad y con capacidad plena. La prostitución, conforme a MORALES PRATS, debe definirse como la actividad consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificados a cambio de prestación de contenido económico.¹ Prostituir, según el Diccionario de la RAE es “hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”. A efectos penales, conforme a la reiterada doctrina del TS, la habitualidad o no en el ejercicio de la prostitución resulta absolutamente indiferente.²

Este precepto presenta una doble vertiente en cuanto a su aplicabilidad, pues protege la libertad sexual del sujeto pasivo, que será siempre la persona prostituida, “tanto cuando se le impide determinarse por sí mismo con violencia o intimidación, como cuando se limita su capacidad de decisión, interfiriendo en el proceso de toma de decisiones mediante engaño o con abuso de una situación de necesidad, de superioridad, o vulnerabilidad; a lo que puede agregarse, cuando de menores o incapaces se trata, sus adecuados procesos de formación y socialización, respectivamente”.³

De este modo, en el artículo 188.1 CP se castigan, ya sea de forma alternativa o concurrente,⁴ con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses, las conductas de:

- determinar a una persona a prostituirse o a mantenerse en el ejercicio de la prostitución, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
- lucrarse explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de ésta (actividad conocida como rufianismo).

I.2. Modalidad de determinación a la prostitución

Volviendo sobre los hechos que integran el presente caso, queda constatado que a Dña. María le fue ofertado por Dña. Romelia un trabajo de limpiadora en España en el restaurante de Dña.

¹MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO R., “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español (6ª ed)*. Thomson Reuters. Navarra. 2011. p. 1207.

² Véanse SSTs de 22 de octubre de 2001, de 16 de febrero de 1998, de 5 de noviembre de 2004, etc.

³ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal. Parte Especial (3ª ed.)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. p. 292.

⁴ Véanse SSTs 438/2004, de 29 de marzo; 1536/2004, de 20 de diciembre; 1425/2005, de 5 de diciembre, etc.

Tatiana, tía de esta última. Trabajo que Dña. María aceptó y cuya oferta motivó su venida a España, donde le fue comunicado que realmente había sido trasladada desde Rumanía para ejercer la prostitución, debiendo empezar a trabajar esa misma noche para saldar una supuesta deuda que había contraído.

Llegados a este punto, nos encontramos ya con la comisión de una conducta incardinada en la descripción típica de la primera de las modalidades del delito de determinación coercitiva a la prostitución, produciéndose ésta a través del engaño. En este sentido se han pronunciado el Tribunal Supremo y las audiencias provinciales en numerosas ocasiones, considerando que se produce una situación de engaño cuando se atrae a la víctima a través del ofrecimiento de un empleo o de otro tipo de ocupación no relacionado con el ejercicio de la prostitución.⁵ Al respecto del engaño, resulta especialmente didáctico lo establecido por la STS 1425/2005, de 5 diciembre, donde el alto Tribunal afirma: “el tercer medio comisivo –el engaño- es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cuál sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país [...]”. También resulta especialmente interesante traer a colación uno de los considerados *leading case* como ejemplo de la modalidad engañosa típica, resuelto por la STS 184/1999, de 15 de febrero; supuesto en el que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas 2000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en nuestro país, les exigía la devolución de la mencionada cantidad y el reembolso adicional de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Queda claro, por lo tanto, el notable contraste entre lo ofrecido como muy ventajoso para la mujer en el momento de la captación y la realidad con que se encontraba cuando llegaba a España, tratándose de un evidente engaño.

Tal y como se narra en el hecho I, Dña. María se mantuvo durante aproximadamente cuatro años en el ejercicio de la prostitución en las condiciones marcadas por Dña. Tatiana, por lo que podrían considerarse concurrentes las circunstancias de intimidación y abuso de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.⁶ No solo en el caso de Dña. María, sino también en el de las otras 7 mujeres descubiertas en el local tras la inspección policial realizada. Cabe señalar que bien poco se sabe al respecto de la situación en la que se encontraban estas últimas, más allá de que sus pasaportes se encontraban en poder de Dña. Tatiana, que cuando salían del local lo hacían acompañadas por D. Pietro debido supuestamente al desconocimiento de la lengua española y que las ventanas del establecimiento en el que vivían y se prostituían se encontraban protegidas por rejas. Circunstancias todas ellas que concurrentes también en relación a Dña. María.

Al respecto de la intimidación en el contexto que nos ocupa, ha de partirse de la concepción tomada como referencia por la jurisprudencia del TS: “la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional. Ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona y la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada”.⁷ Por lo tanto, a la

⁵ Vid. FJ. 4º SAP Ciudad Real 6/2005, de 11 de abril; FJ 4º STS 1425/2005, de 5 de diciembre; STS 184/1999 de 15 de febrero; STS 1905/2001, de 22 de octubre; STS 1588/2001, de 17 de septiembre; etc.

⁶ No cabe considerar la existencia de violencia, pues la denominada *vis compulsiva* exige el empleo de fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución. Circunstancias éstas que no constan en el supuesto. (FJ. 4º STS 1425/2005, de 5 de diciembre).

⁷ STS 1583/2002, de 3 de octubre

hora de verificar o no la existencia de intimidación, se parte de la subjetividad de la víctima y de cómo le afectan ésta las actuaciones de los proxenetas y el entorno en el que desarrollan su actividad. No obstante, el TS ha identificado una serie de criterios objetivos, que permiten considerar la existencia de intimidación y que se encuentran presentes en los hechos. Así, conforme a las SSTs de 26 de enero de 1998 y 15 de febrero de 1999, la intimidación existe no solo cuando se amenaza a una persona para que se prostituya, sino también cuando se le retiene el pasaporte⁸ y se controlan los servicios que realiza y las salidas que efectúa.⁹

Aun partiendo de tal doctrina, a mi juicio debe diferenciarse entre la situación de Dña. María y la de las otras mujeres halladas en el establecimiento. No tanto porque se verifique una situación fáctica diferente, sino porque, más allá de los mencionados indicios de intimidación, dado la ausencia de datos referentes a las siete mujeres, debe procederse a un estudio de su situación diferenciado. Por su parte, los hechos relacionados con Dña. Nicoara han de ser objeto de un tratamiento distinto por tratarse de una persona menor de edad, que será abordado posteriormente.

Al respecto de Dña. María y conforme a la praxis judicial, para la determinación o no de la situación de intimidación sobre ésta, deberán considerarse y ponerse en relación todos los hechos que integran el caso. Así, a los citados indicios de intimidación, debe sumarse el engaño para ser traída a España¹⁰ (*vid. supra*) y, especialmente, el hecho de que ésta aprovechó la primera ocasión de la que dispuso (o de eso partimos) para informar de su tesitura a un sujeto ajeno club –las dependientas del local-, arriesgándose a que D. Pietro la reprendiera si era descubierta. De este modo, conforme a los criterios de la lógica y las máximas de la experiencia, se verifica en el caso de Dña. María una situación de intimidación según los criterios antes expuestos. De hecho, la jurisprudencia se pronunciado en tal sentido en numerosas ocasiones, en casos prácticamente idénticos.¹¹

El caso de las demás mujeres es esencialmente diferente, pues nada se sabe acerca de si fueron traídas a España voluntariamente y con conocimiento del por qué de tal viaje, ni asimismo consta su descontento, malestar o amedrentamiento con el ejercicio de la prostitución. De lo que sí hay constancia, es de las declaraciones de Dña. Tatiana, D. Pietro y Dña. Zulaika, quienes afirman que “*las mujeres eran conscientes en todo momento de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía*”. Es realmente habitual en la jurisprudencia el supuesto de absolución de los proxenetas por no constar la declaración de las víctimas o no haberse producido ésta bajo las garantías procesales exigidas por la LECrim.¹² No

⁸ Aunque efectivamente la retención del pasaporte viene siendo considerado por la jurisprudencia como un indicio de intimidación, tratándose las víctimas de ciudadanas súbditos de un estado miembro de la Unión Europea como es el caso de Rumanía, cabe preguntarse hasta qué punto puede ser considerado como un indicio de intimidación. Ciertamente que en el caso de las personas extracomunitarias, el pasaporte se convierte en un medio casi imprescindible para salir del país y para no ser deportada a su país de origen. Circunstancia ésta última reiteradamente utilizada por los proxenetas para amedrentar a las víctimas. No obstante, en el caso de los ciudadanos rumanos, el documento nacional de identidad expedido por las autoridades rumanas, basta para su identificación, entrada y salida de España por lo que la eficacia intimidatoria de la retención del pasaporte debe ser cuestionada.

⁹ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal. Parte Especial (3ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 292.

¹⁰ Por su similitud con el presente supuesto, procede citar la STS de 22 de abril de 2009: “En este caso, ha quedado acreditado que fue engañada con falsas promesas de un futuro de progreso que escondía otra realidad y finalizó con el hecho de que terminara trabajando como prostituta. La testigo protegida ha aportado datos suficientes para entender no solo que fue engañada a la hora de informarle de las condiciones en que iba a realizar el trabajo en España, sino que al arribar a este país fue obligada a realizar la prostitución como medio de obtener dinero para saldar la deuda contraída con su viaje. Se han pues verificado los presupuestos fácticos del delito de prostitución en las dos modalidades de engañosa y coactiva.”

¹¹ *Vid.* FJ. 2º SAP de Huelva 32/2013, de 8 de febrero; FJ. 4º STS 1425/2005, de 5 de diciembre; STS 1176/1998, de 7 de octubre; STS 1663/1999, de 26 de noviembre, etc.

¹² *Vid.* FJ. 3º SAP de Murcia 52/2015, de 12 de enero, donde se juzga a unos sujetos por regentar un prostíbulo en el que ejercían la prostitución varias mujeres extranjeras mayores de edad, sin que se acredite que fueran forzadas a

obstante, también es cierto que, como se ha visto, numerosas sentencias consideran bastantes indicios como los existentes, para considerar probada la intimidación. A mi juicio, y conforme a los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*¹³, debe huirse de interpretaciones rigurosas por lo que los hechos conocidos en relación a las siete mujeres, no bastan para determinar la existencia de intimidación. Como tampoco, para verificar la existencia de determinación a la prostitución, cuyos requisitos y vicisitudes han sido abordados con respecto a Dña. María anteriormente.

Procede ahora cuestionarse la existencia o no del abuso de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad sobre las víctimas como la tercera modalidad, hipotéticamente concurrente a la luz de los hechos, de determinación a la prostitución. En ella han sido englobadas por la jurisprudencia, a modo de cajón de sastre, multitud de conductas que no reunían los requisitos para ser calificadas de violencia o intimidación. Principalmente, se considera concurrente el abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima en aquellos supuestos en los que los proxenetas se aprovechan de la extrema juventud de las mujeres, de su desconocimiento del idioma y costumbres españolas, de la exigencia de devolución de una suma exagerada de dinero por los gastos del viaje, de su ausencia de amistades de confianza, o de la situación de ilegalidad administrativa.¹⁴ Así, prevaliéndose de dichas circunstancias y habitualmente induciéndoles a las mujeres un cierto temor hacia lo exterior y con un mayor o menor grado de intimidación –aunque no sea expresa y manifiesta–, logran que éstas se mantengan en el ejercicio de la prostitución y no intenten huir o poner los hechos en conocimiento de las autoridades.

A tenor de los hechos, parece que en esta ocasión, sí se verifica la existencia de abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, tanto sobre la persona de Dña. María como sobre las otras siete mujeres halladas en el establecimiento. A pesar del referido desconocimiento de los hechos que rodean a la situación de las siete mujeres, sí hay constancia del desconocimiento por parte de éstas del idioma y de las costumbres españolas y de que el dinero que ganaban a través del ejercicio de la prostitución era retenido (o al menos una buena parte) por los proxenetas. De este modo, y tomando también como referencia la situación de Dña. María, considero que hay indicios suficientes para considerar existente una situación de abuso de necesidad, vulnerabilidad o necesidad del art. 188.1 CP de la que tanto Dña. María, como las otras siete mujeres son víctimas.

I.3. Modalidad de lucro con la explotación de la prostitución

Aunque poca importancia tiene ya a efectos de determinación de la pena al haberse concluido la existencia de la determinación a la prostitución propiamente dicha, considero interesante realizar un breve análisis acerca de la existencia o no en este caso de la segunda modalidad comisiva del art. 188.1 CP.

Debe realizarse una interpretación restrictiva del concepto de explotación de la prostitución con el objeto de evitar el castigo de conductas sin carga lesiva alguna para un bien jurídico. De hecho, la STS de 15 de febrero de 2010, ya afirma que “no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito del art. 188.1”. Por esta interpretación aboga también ORTS, quien considera “que alguien se beneficie de la prostitución

ejercerla o lo hicieran contra su voluntad. FJ 1º SAP de A Coruña 418/2014, de 14 de julio; STS 6/2010 o la STS de 27 de abril de 1998, entre otras.

¹³ Conforme a la STS 6/2010, el principio *in dubio pro reo* supone que el Tribunal no puede resolver en contra del reo las dudas respecto de los hechos.

¹⁴ *Vid.* STS 161/1999, de 3 de febrero; STS 1452/2005, de 5 de diciembre; STS 1176/1998 de 7 de octubre, STS de 23 de diciembre de 2000, etc. Especialmente útil, por similar con el presente caso resulta la primera de ellas, pues se refiere a un supuesto en el que “los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio”.

de otro, cuando ese otro lo consiente y ejerce la prostitución libremente, por haberlo resuelto él así, no comporta la lesión de bien jurídico alguno. Solamente puede tener algún sentido la represión penal cuando recae sobre hechos tales como los realizados por quien, conociendo la situación por la que atraviesa otra persona a la que un tercero o una organización determinan a prostituirse, o su situación de necesidad o de vulnerabilidad, sin haber participado en la referida determinación ni en la creación de la situación de necesidad, diera trabajo a aquella persona en un establecimiento a su cargo para que se entregara sexualmente por dinero, y, aprovechándose de su especial situación, le fijase unas condiciones abusivas”.¹⁵

Por su parte, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO han resumido los requisitos exigidos por la jurisprudencia¹⁶ para la comisión del tipo, en los siguientes: (1) que los rendimientos económicos deriven de la explotación sexual de una persona mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad; (2) que quien obtenga el rendimiento sea conecedor de tales circunstancias; (3) que la ganancia económica constituya un beneficio económico directo, y (4) que se trate de una ganancia continuada.¹⁷

Teniendo en consideración los hechos que integran el presente supuesto, parece claro que efectivamente son subsumibles en el supuesto de hecho de esta modalidad de lucro con la explotación de la prostitución, tanto en relación a Dña. María, como con las otras siete mujeres.¹⁸

II. Modalidades cualificadas y agravadas del delito de determinación a la prostitución del art. 188 CP

El delito de determinación a la prostitución del art. 188.1 se ve agravado por el concurso en el supuesto de hecho del tipo de determinadas circunstancias. En consideración a los hechos que integran el presente caso, procede considerar la existencia de las siguientes:

En relación a Dña. Nicoara procederá la aplicación del tipo cualificado por minoría de edad de la víctima del art. 188.2, dado que ésta tenía 17 años en el momento de la comisión de los hechos. Por su parte, el delito de determinación a la prostitución, del que es víctima Dña. María, se verá agravado por la concurrencia de la agravante del art. 188.4.c), esto es, la puesta en peligro, dolosa o por imprudencia grave, de la vida o salud de la víctima. Procede la consideración de esta agravante, en su modalidad imprudente, puesto que por orden de Dña. Tatiana, era obligada a mantener relaciones sin utilización de preservativo. Obligar a la víctima a ejercer la prostitución sin un medio de higiene y profilaxis de tales características, crea una situación de riesgo y peligro para su salud, perfectamente incardinable en este supuesto. No cabe considerar esta agravante al respecto de las demás víctimas, pues se desconoce si eran sometidas al mismo tratamiento.

Por otra parte, la agravante de pertenencia del culpable o culpables a organización o grupo criminal [art. 188.4.b)] que podría considerarse concurrente, debe excluirse, debiendo remitirnos a la justificación que se hará posteriormente.

¹⁵ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal. Parte Especial (3ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 295.

¹⁶ Requisitos extraídos del análisis de las siguientes sentencias: STSS 445/2008, de 3 de julio; 450/2009, de 22 de abril; 117/2009, de 10 de noviembre; entre otras.

¹⁷ MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO R., “Comentario al artículo 188 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español (6ª ed.)*, Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 1219.

¹⁸ Recordemos que en el caso de Dña. Nicoara, conforme al art. 188.2 CP debe agravarse la pena por ser menor de edad.

III. Delito de prostitución de menores del art. 187 CP

La minoría de edad de Dña. Nicoara, abordada anteriormente para la determinación del agravante del art. 188. 2, debe ser de traída a colación de nuevo; al estar tipificada como un delito autónomo la prostitución de menores de edad (art. 187 CP), con varias implicaciones concursales relevantes que serán tratadas ulteriormente.

El art. 187.1 sanciona con las penas de uno a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses al “que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz”. Vemos por lo tanto que el legislador ha dejado plenamente tipificada cualquier conducta imaginable que implique la prostitución de una persona menor de edad. “Por ello asimila a la condición de autor conductas que en sentido técnico pudieran serlo meramente de complicidad simple e incluso de encubrimiento, al equiparar el mero facilitar al propio inducir”.¹⁹

Tanto Dña. Tatiana, como Dña. Zulaika, como D. Pietro, niegan el conocer la minoría de edad de Dña. Nicoara (hecho VI), dando pie a considerar concurrente el error de tipo (art. 14.1 CP). No obstante, en modo alguno cabe su apreciación respecto de Dña. Zulaika, quien se encontraba en posesión del pasaporte de la menor, en el que consta claramente su fecha de nacimiento. Aun así, al respecto de D. Pietro y de Dña. Tatiana, cabe señalar que el TS ha considerado la existencia del dolo eventual en aquellos supuestos en los que una persona facilita la prostitución de un menor sin preocuparse de averiguar su edad, pues prefiere correr el riesgo de prostituir a un menor de edad antes que privarse del lucro que ello le reportaría.²⁰ Asimismo, resulta indiferente que Dña. Nicoara haya llegado o no a prostituirse, circunstancia presumible aunque fehacientemente desconocida; pues basta el peligro o riesgo de que subsista este resultado, tal y como ha sido determinado por el TS en la sentencia de 21 de mayo de 2010, entre otras. Por lo tanto, parece clara la comisión de un delito de prostitución de menores.

No obstante lo dicho, el TS ha determinado para evitar el *bis in ídem* que supondría calificar los mismos hechos – la determinación a la prostitución de una menor de edad- como un delito del art. 188.2 y otro del art. 187.1, que deberá considerarse tan solo el delito de determinación a la prostitución cualificado por la minoría de edad de la víctima en virtud del principio de especialidad (art. 8.1 CP).²¹ Lo mismo consideran MORALES PRATS Y GARCÍA ALBERO, quienes afirman que “cuando medie violencia, intimidación o engaño, o abuso de situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad del menor, la conducta será reprimida con arreglo a la pena prevista para la prostitución de mayores”.²²

IV. Delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis y de inmigración clandestina del art. 318 bis CP

La trata de seres humanos con fines de explotación sexual se encuentra tipificada en el art. 177 bis 1, letra b) del CP, en el que se establece que “será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con la finalidad de explotación sexual”.

¹⁹ MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO R., “Comentario al art. 187 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español (6ª ed)*, Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 1207.

²⁰ Véanse SSTS de 3 de noviembre y de 9 de diciembre de 1997

²¹ Véanse SSTS 191/2015, de 9 de abril (FJ 6º); 510/2010, de 21 de mayo, etc.

²² MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO R., “Comentario al art. 187 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español (6ª ed)*, Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 1208.

En relación a Dña. María, cabe excluir la aplicación de este delito, puesto que los hechos acaecidos en el presente supuesto, y que podrían considerarse comprendidos dentro de la acción típica de dicho artículo, tienen lugar en fechas desconocidas, más allá de la referencia al 19 de marzo de 2010 como día en que Dña. María D. llega a España. En todo caso, los hechos son anteriores al 23 de diciembre de 2010, cuando entra en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es con esta reforma del CP cuando se introduce el delito de trata de seres humanos en la legislación penal española, por lo que conforme a los arts. 1 y 2 del CP, que positivizan el principio de legalidad penal, no procede su aplicación, al estar expresamente proscrito el castigo de cualquier acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración.²³

Anteriormente a la introducción del delito de trata de seres humanos en nuestra legislación penal, venía subsumiéndose la acción típica que integra el delito del art. 177 bis en el art. 318 bis CP (Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros). No obstante, tal y como se determinó en su día en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2007, en el supuesto de ciudadanos rumanos – como es el caso de Dña. María-, tras la adhesión de este país a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis. Por consiguiente, “las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del 318 bis CP desde el 1 de enero de 2007, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE”.²⁴

Cuestión diferente es la de las otras siete mujeres halladas en Plenilunio, cuyo registro de entrada demuestra que llegaron de Rumanía entre 2012 y 2014. Aunque, como ya fue dicho al respecto de la determinación del delito de determinación a la prostitución, no constan datos suficientes para realizar una valoración jurídica exacta, sí parece haber indicios suficientes para poder subsumir los hechos en el delito del art. 177 bis.

Así, puesto que Dña. Tatiana ha reconocido que las mujeres tenían que abonar con la venta de su cuerpo el viaje desde Rumanía (el cual corría a cargo de la sociedad Na&Ma S.L.) y que ha quedado verificada la situación de abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de las víctimas²⁵, parece clara la existencia de siete delitos del art. 177 bis 1, en su modalidad de explotación sexual. Ello ya que aún desconociendo la forma en que tuvo lugar la captación, transporte, traslado o recibimiento de las mujeres, lo que sí ha quedado demostrado conforme a los hechos, es el acogimiento y alojamiento de éstas y la finalidad de explotación sexual. De este modo, se dan todos los elementos necesarios para la apreciación del delito de trata de seres humanos.²⁶

En relación a Dña. Nicoara, cabe señalar que para su correcta interpretación, el apartado primero del art. 177 bis deberá ponerse en relación con el segundo del mismo artículo.²⁷ Asimismo, procederá aplicar la agravante del apartado cuarto, letra b, del mismo, debido a la minoría de edad de ésta.

V. Delito de detención ilegal del art. 163 CP

En los hechos se detalla que tanto Dña. María como el resto de las mujeres no podían abandonar el club Plenilunio sino era fuera de su horario de trabajo y en compañía de D. Pietro. Esta conducta es constitutiva de un delito de detención ilegal del art. 163.1 CP, agravado por la

²³ En estos mismos términos la SAP de Badajoz 106/2014 de 10 de abril

²⁴ SSTS de 29 de mayo de 2007, 26 de junio de 2007, 15 de octubre de 2007, 14 de febrero de 2008, etc.

²⁵ Véase el razonamiento jurídico en el FJ II.

²⁶ Vid. SAP Madrid 4/2015, de 20 de enero; STS 1029/2012, de 21 de diciembre, etc. En contra: SAP Madrid 327/2014, de 31 julio.

²⁷ Vid. SAP Madrid 364/2013, de 22 de abril,

duración de más de 15 días de la situación de privación de libertad conforme al apartado tercero del mismo artículo.

La acción típica de este delito, que vela por la libertad deambulatoria, consiste en encerrar o detener a un sujeto privándole de su libertad, por lo que, conforme la STS de 1 de octubre de 2004 “se exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera”. Ciertamente es que, obviamente, en el momento en el que una persona es prostituida en contra de su voluntad va a verse privada de su derecho a la deambulación o, al menos, éste va a verse ostensiblemente limitado, al impedirse de un modo u otro el libre albedrío en su proyección exterior y física.²⁸ De este modo, deberá dilucidarse siempre con sumo cuidado si efectivamente la restricción deambulatoria es la justa y estrictamente necesaria para la comisión del delito del art. 188, o bien, excede de ésta. De lo contrario, podría incurrirse en *bis in ídem*, puesto que la comisión de la conducta del art. 188 conllevaría en todo caso la del delito de detención ilegal.²⁹

Tal y como detalla la STS de 30 de enero de 2003, “la consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas”. Este es el supuesto de hecho en el que nos encontramos en este caso, puesto que aunque es cierto que las mujeres podían salir del establecimiento acompañadas por D. Pietro su derecho a la libertad de movimientos se ve absolutamente cercenado, máxime atendiendo a la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Un elemento especialmente delatador de esta situación de encierro es la existencia de rejas en las ventanas, impidiendo cualquier huida posible. Debe señalarse, que la detención ilegal no requiere necesariamente fuerza o violencia³⁰ sino que cabe cualquier medio comisivo, incluido el engaño.

Es abundante la jurisprudencia que ha determinado la existencia de detención ilegal en casos similares al que es objeto de este estudio. Así, sentencias tales como la 338/2006, 1301/2006, 1472/2004, entre otras, reconocen la existencia de detención ilegal aunque las víctimas por el delito del art. 188 CP dispongan de cierto margen de libertad ambulatoria, siempre que se encuentren bajo el control de los proxenetas y o en situaciones de vulnerabilidad.

VI. Delito de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter)

En los arts. 570 bis y 570 ter se tipifican como delito autónomo diversas formas de participación e integración en organizaciones y grupos criminales. Así, en el art. 570 bis 1, se establece que “a los efectos de este código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Por su parte, en el art. 570 ter 1, *in fine* se decreta que “a los efectos de este código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.³¹ No obstante lo dicho, debe distinguirse entre el crimen organizado y la mera coautoría para la comisión de un delito concreto, esto es, la simple participación de varias personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos.³²

²⁸ STS 1425/2005, de 5 de diciembre

²⁹ Véase SAP Ciudad Real 6/2005, de 11 de abril

³⁰ Véanse SSTs 307/2000, de 22 de febrero; 574/2000, de 31 de marzo; 14/2001, de 16 de enero; etc.

³¹ MUÑOZ CONDE. Derecho Penal. Parte Especial (16ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 829.

³² SAP de Huelva 32/2013, de 8 de febrero, SAP de Castellón 344/2011, de 17 de octubre.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado especialmente cautas a la hora de apreciar la aplicación de estos preceptos, con importantes implicaciones agravatorias en múltiples delitos. Así, MUÑOZ CONDE considera que la amplitud de estos preceptos “podría llegar a difuminar o incluso derogar las reglas generales de la participación, elevándolas a la categoría de un delito autónomo [...] Ello supone una exacerbación de la penalidad en este tipo de hechos, más allá de la idea de proporcionalidad, y desde un punto de vista dogmático, la derogación de las reglas generales que regulan la codelincuencia”.³³ Debe por lo tanto atenderse a la existencia de una organización que trascienda del mero concierto para delinquir, de lo contrario cada vez que en la comisión de un delito intervengan más de dos personas que se repartan las tareas, nos encontraríamos con la comisión de un delito del art. 570 ter, lo cual es absolutamente contrario a los principios rectores del Derecho penal en un Estado de Derecho.

En estos mismos términos se pronuncia la SAP Madrid 615/2014, de 24 de octubre, en el enjuiciamiento de un caso similar al que nos ocupa, donde se afirma que “para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre ellos con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelincuencia o grupos criminales.” Continúa la sentencia manifestando que “ha de operarse con un baremo intermedio que imponga la exigencia de unos medios de cierta entidad con el fin de que la organización alcance una capacidad delictiva superior a la que tendría un grupo criminal o un mero supuesto de coautoría. No puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito [...] A efectos de la tipificación de la organización debe considerarse como una actividad delictiva plural, esto es, que la organización esté constituida para la realización de una pluralidad de acciones [...] Lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, continuados o sancionados como una sola unidad típica, a causa de las particularidades del tipo”.³⁴

Es precisamente esa vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas el requisito ausente en el supuesto que nos ocupa. Ciertamente de los hechos se desprende la comisión de tres delitos de diversa índole. No obstante, los tres son consecuencia de una única actuación delictiva: el acogimiento, con privación de libertad deambulatoria, de mujeres extranjeras en condiciones de vulnerabilidad con el objeto de ser prostituidas.³⁵ Ni siquiera en el caso de la captación en Rumanía de Dña. María por parte de Dña. Romelia se aprecia una vocación delictiva diferente, pues no puede ser ignorado el hecho de que la sobrina de Dña. Tatiana era amiga suya (y se ignora si era conocedora del verdadero objeto del viaje a España), lo que excluye la posible existencia de una estructura transnacional organizada.³⁶ O al menos, no puede considerarse en base a los hechos referentes a Dña. María y al resto de las víctimas. Por lo tanto, en ningún momento se verifica, o

³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (16ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. pp. 832 y 833.

³⁴ A modo de ejemplo de esta pluralidad delictiva a la que aludimos, cabe citar la SAP Madrid 615/2014 de 24 de octubre, donde se dice acerca del concierto de un grupo de particulares para cometer delitos “su finalidad más importante estriba en la explotación sexual de un elevado número de mujeres de nacionalidad rumana, pero también en el aprovechamiento de las relaciones desarrolladas en fincas particulares para cometer delitos contra el patrimonio; por consiguiente se da una pluralidad de actos delictivos estables en el tiempo.”

³⁵ El TS incluso ha ido más allá en esta interpretación restrictiva del concepto en la STS de 6 de octubre de 2003 (citada por la SAP Castellón 344/2011), considerando como una acción criminal concertada, y no una asociación u organización dedicada al tráfico ilegal de personas, un supuesto en el que los codelincuentes asumían distintos papeles para la captación, envío y recepción de inmigrantes ilegales para prostituirlos. Se afirma además en esta sentencia que “la existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una infracción criminal”.

³⁶ Véase un caso similar en la SAP Huelva 32/2013, de 8 de febrero.

al menos no existe constancia, de un entramado dedicado a una actividad delictiva plural, por lo que no se aprecia la comisión de los delitos de los arts. 570 bis y 570 ter.

VII. Delito de estafa del art. 248 CP

Contextualizado en el delito de determinación a la prostitución (art. 188.1 CP) en su modalidad de engaño, parte minoritaria de la doctrina, con MUÑOZ CONDE a la cabeza, considera la existencia de un delito de estafa cuando a la prostituta no se le paga lo convenido por la prestación de sus servicios.³⁷ Podría considerarse la existencia del tipo en el momento en el que Dña. María realiza dos servicios en una misma noche y, pese a que Dña. Tatiana le había asegurado que las ganancias provenientes del segundo y ulteriores servicios de una misma noche serían repartidos al 50% entre ella y el club, Dña. Tatiana no le hace entrega de su parte.

Pues bien, aunque ciertamente desde un punto de vista estrictamente técnico se producen los elementos básicos de la estafa (engaño, error, acto de disposición y perjuicio patrimonial) y la ilicitud del objeto de la estafa no plantea problema alguno³⁸, a mi juicio no cabe considerar la existencia de dicho tipo. Ello porque aunque efectivamente se produce una situación de engaño, éste tiene lugar dentro del ámbito de aplicación del delito del art. 188.1, siendo precisamente la existencia de engaño sobre la víctima, lo que permite determinar la comisión del tipo, o en su defecto, tomar la realización de dicho engaño como indicio que verifique la existencia de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Debe huirse de interpretaciones excesivamente rigurosas que además podrían hacernos caer en un supuesto de *bis in idem* y aplicar el principio de proporcionalidad en la interpretación del Derecho penal.

1.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos.

Tal y como se ha detallado en los apartados anteriores, ha quedado constada la comisión de ocho delitos de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1 CP, uno de ellos en su modalidad cualificada por minoría de edad de la víctima (art. 188.2 CP) y otro agravado por la puesta en peligro de la salud de la víctima [art. 188.4.c)]. Asimismo, se ha verificado la comisión de ocho delitos de detención ilegal agravada por durar la privación de libertad más de 15 días (art. 163.1 en relación con el art. 163.3 CP) y de siete de trata de seres humanos (art. 177 bis), uno de ellos agravado por minoría de edad de la víctima [art. 177 bis.4 b)].

Procede a continuación determinar la participación de Dña. Romelia, Dña. Tatiana, D. Pietro, Dña. Zulaika, D. Alberto y D. Santiago.

- **Dña. Romelia:** pese a que podría ser considerada como coautora de un delito de trata de seres humanos con la legislación actual, al haber sido quien induce a Dña. María a trasladarse a España desde Rumanía, debe descartarse su inculpación al no estar previsto como delito la trata de seres humanos en el momento de los hechos.

- **Dña. Tatiana:** partiendo de que ésta era quien ejercía las labores de organización y dirección de la actividad dentro del prostíbulo, fijando las condiciones para el ejercicio de la prostitución, determinando las condiciones de trabajo y salida del local de las mujeres y encargándose, según consta, de recoger la recaudación de cada noche, procederá imputarle en calidad de coautora (*vid. infra*) la comisión de los siguientes delitos: siete delitos de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1, uno de ellos agravado por la puesta en peligro de la salud de la víctima conforme el art. 188.4; un delito de determinación coercitiva a la prostitución cualificado por la

³⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial* (19ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 247.

³⁸ *Vid.* SSTS 655/1997, 1735/2003, etc.

minoría de edad de la víctima³⁹ y ocho delitos de detención ilegal agravada *ex. art.* 166.3 CP en concurso medial⁴⁰ (art. 77.1 CP) con los anteriores. Cabe señalar, como justificación de lo señalado, que tal y como ha determinado la jurisprudencia del TS, si se fuerza a varias personas a prostituirse se responderá de tantos delitos cuantas sean las personas prostituidas, habiéndose desestimado la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en la STS de 17 de septiembre de 2001, dada la naturaleza personal de los bienes jurídicos lesionados.⁴¹

Asimismo, deberán imputársele también en calidad de coautora y por los mismos motivos, la comisión de siete delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis, uno de ellos agravado por minoría de edad de la víctima del apartado 4, letra b) del art. 177 bis.

La relación entre los tipos penales del art. 177 bis y 188 del CP que se le imputan será la de concurso medial de delitos del art. 77.1 del mismo texto legal, al haberse cometido el primero de los delitos como medio para alcanzar una finalidad: la prostitución de las víctimas. Aunque el apartado noveno del art. 177 contiene una cláusula que determina que las penas previstas en dicho artículo se aplicarán “sin perjuicio” de las que correspondan por los delitos constitutivos de la correspondiente explotación, lo que ha llevado a parte de la doctrina⁴² a considerar aplicable el concurso real, a mi juicio resulta más apropiada la aplicación del concurso medial. Ello puesto que con la consideración del concurso medial, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, lo que respeta la clausula del art. 177 bis y resulta más favorable para el reo. Además, esta calificación se adapta mejor a la relación fáctica entre ambos delitos, pues tal y como ha señalado el TS en la STS de 4 de febrero de 2014, “la trata de seres humanos con fines de explotación sexual se tipifica de acuerdo con su naturaleza comisiva como una actividad preparatoria de la explotación posterior, que cuando se produce, constituye en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que la relación entre ambos tipos penales es la de un delito instrumento y un delito fin”.⁴³

- **D. Alberto y D. Santiago:** ambos son socios de la sociedad que explota Plenilunio (Na&Ma S.L.) y conforme se desprende de las declaraciones de Dña. Tatiana, D. Pietro y Dña. Zulaika, ejercen de administradores, al menos de hecho (se desconoce si también de derecho) de dicha sociedad. Tal y como consta en los hechos, eran conscientes y financiaban el viaje de las mujeres a España para que éstas vinieran a ejercer la prostitución, percibían mensualmente el dinero recaudado en el prostíbulo obteniendo un amplio beneficio y dictaban las órdenes referentes a la organización y gestión interna de éste, determinando la actuación de sus empleados.

Estamos por lo tanto ante un supuesto de autoría mediata del art. 28 CP, que proclama autores a “quienes realizan el hecho por medio de otro del que sirven como instrumento” que deberá verse en relación con el art. 31 CP.⁴⁴ De este modo, ambos serán coautores de siete delitos de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1, un delito de determinación coercitiva a la

³⁹ Ciertamente que no consta fehacientemente que fuera conocedora de la minoría de edad de Dña. Nicoara, aunque conforme a la jurisprudencia “quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedora de las circunstancias de la víctima”. Véanse SSTS de 3 de noviembre y de 9 de diciembre de 1997, SAP Madrid 327/2014, de 31 de julio; etc.

⁴⁰ MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO R., “Comentario al art. 189 del Código Penal” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español (6ª ed)*, Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 1207.

⁴¹ ORTOS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en VIVES ANTÓN, T. et al. *Derecho Penal. Parte Especial (3ª ed.)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. p. 297.

⁴² Así fue sostenido por RAMOS VÁZQUEZ, J.A. en la docencia impartida en la asignatura *Derecho Penal. Parte Especial* durante el curso 2013/2014 en la Universidad de A Coruña.

⁴³ Vid. también FJ 2º SAP MADRID 733/2014, de 15 diciembre.

⁴⁴ Establece este artículo lo siguiente: “quienes actúen como administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica responderán personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obren”.

prostitución cualificado por la minoría de edad de la víctima *ex art.* 188.2 y ocho delitos de detención ilegal agravada *ex art.* 166.3 CP en concurso medial con los anteriores.

No les resultará de aplicación la agravante del art. 188.4.c), que sí consideramos concurrente en el caso de Dña. Tatiana, al ser esta última quien obliga a Dña. María a ejercer la prostitución sin la utilización de preservativo. Aunque efectivamente cabe pensar que lo hace por indicación u orden de D. Alberto y o D. Santiago, tal circunstancia no consta. Existe la posibilidad de que éstos no estuvieran al tanto y se tratase de una iniciativa estrictamente propia de Dña. Tatiana, deseosa de aumentar el importe de la comisión que percibía sobre los beneficios.

Asimismo, deberán imputárseles, de nuevo en calidad de coautores, y por los motivos expuestos, la comisión de siete delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis, uno de ellos agravado por minoría de edad de la víctima del apartado 4, letra b del art. 177 bis⁴⁵, en concurso medial con los delitos del art. 188, en base a los motivos ya explicados.

En ninguno de los casos se verifica la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

- **D. Pietro y Dña. Zulaika:** el primero ejercía como camarero del local, encargándose asimismo de acompañar a las víctimas en las salidas que éstas realizaban al exterior del club, mientras que la segunda era la recepcionista, encargándose de guardar en depósito el dinero que los clientes entregaban a cambio de los servicios sexuales de las mujeres.

En cuanto a la participación de ambos en el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, cabe señalar que no intervienen en ninguna de las acciones que conforman el supuesto de hecho necesario para la apreciación de este delito. A diferencia de Dña. Tatiana, ni D. Pietro ni Dña. Zulaika intervienen en modo alguno en el alojamiento de las víctimas con fines de explotación sexual que, como hemos explicado, constituye la conducta que da lugar a la comisión de un delito de trata de seres humanos. Por lo tanto, no procede imputarles este delito.

Cuestión diferente es la participación de estos en los delitos de prostitución coactiva del art. 188 CP. Si bien la intervención de ninguno de ellos reúne la suficiente entidad para considerarlos autores o cooperadores necesarios conforme al art. 28 CP, puesto que su implicación es accidental, secundaria y prescindible y no obtienen un lucro directo de la actividad delictiva; lo cierto es sí cooperan en la ejecución del delito, por lo que se da el supuesto de hecho exigido por el art. 29 CP para considerarlos cómplices. Ello puesto que Dña. Zulaika es la que guarda los pasaportes de las mujeres prostituidas, recoge el dinero proveniente de sus servicios y recibe a los clientes, lo que puede considerarse y es considerado por la jurisprudencia⁴⁶ como un hecho ponderante en la comisión del delito. Lo mismo sucede en cuanto a D. Pietro, como camarero del local y acompañante ocasional de las mujeres al exterior, lo que además indica que era conocedor de su ausencia de libertad y de la explotación a la que eran sometidas, pues de otra forma no se explica tal grado de control.⁴⁷

Por lo tanto, a Dña. Zulaika deben serle imputados, en calidad de cómplice, siete delitos de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1, un delito de determinación coercitiva a la prostitución cualificado por minoría de edad de la víctima (circunstancia que conocía puesto que

⁴⁵ Aunque la regla general es la de no imputación de los excesos en los que incurra uno de los coautores en el plan acordado, al respecto de la minoría de edad de Dña. Nicoara, cabe citar nuevamente las SSTS de 3 de noviembre y de 9 de diciembre de 1997, SAP Madrid 327/2014, de 31 de julio, entre otras, que afirman que “quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedora de las circunstancias de la víctima”. De este modo, cabe aplicar las agravantes por minoría de edad de la víctima en los delitos de los arts. 188 y 177 bis.

⁴⁶ Vid. STS 823/2007, SAP Valencia 77/2004 en las cuales se considera cómplice a la recepcionista del prostíbulo.

⁴⁷ Vid. SSTS 823/2007, 1663/1999, 326/2010, de 13 de abril en las cuales se considera cómplice al camarero del prostíbulo; STS de 26 de noviembre de 1999, entre otras. En contra: SAP Oviedo 287/2014.

tenía en su poder el pasaporte de Dña. Nicoara) *ex art. 188.4.b)* y ocho delitos de detención ilegal agravada *ex art. 166.3 CP* en concurso medial con los anteriores.

En cuanto a D. Pietro, deberán serle imputados también en calidad de cómplice, ocho delitos de determinación coercitiva a la prostitución del art. 188.1⁴⁸ y, en calidad de cooperador necesario, ocho delitos de detención ilegal agravada *ex art. 166.3 CP* en concurso medial con los anteriores. Nos decantamos en relación a D. Pietro por considerarlo cooperador necesario (art. 28 CP) de los delitos de detención ilegal, puesto que en relación a estos se excede de las atribuciones de un simple camarero al acompañar a las víctimas en las salidas al exterior, vigilándolas e impidiendo, ya fuera solo de manera intimidatoria con su presencia, la huída de éstas. De ahí que la participación en estos delitos exceda de lo meramente accidental y secundario, realizando una aportación material a la comisión del delito difícilmente reemplazable.⁴⁹

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.

2.1. Antecedentes de hecho:

I.- Tras la declaración de Dña. María, las fuerzas policiales se personan en Plenilunio deteniendo a Dña. Tatiana, Dña. Zulaika y D. Pietro. Tras la inspección del local descubren un armarito cerrado con llave en la barra del bar. Tras la apertura de éste por D. Pietro se encuentran:

II.- Una bolsa de plástico conteniendo pastillas que suman un total de 7 gramos de una sustancia que, posteriormente analizada, resulta ser *hidrocloruro 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.

III.- Diecisiete frasquitos etiquetados bajo nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold”. Preguntado por ellos, D. 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 nitrato de amilo.

2.2. Método de análisis

A la luz de los hechos expuestos con anterioridad y que integran el contenido del caso, cabe indicar que, pueden ser constitutivos de un delito de tráfico de drogas del art. 368 CP y de un delito contra la salud pública del art. 359 CP.

A continuación, sobre la base del estudio de la doctrina y la jurisprudencia aplicables al caso, se dictaminará acerca de si Dña. Tatiana, D. Pietro y Dña. Zulaika, incurren en responsabilidad penal y en qué grado, por los relatados hechos, así como sobre cuanta cuestión relacionada pueda plantearse.

⁴⁸ Puesto que D. Pietro no obtenía un lucro directo de la explotación sexual de las víctimas, no cabe exigirle el conocimiento de todas las circunstancias referentes a éstas y no consta que estuviera al tanto de la minoría de edad de Dña. Nicoara por ningún otro medio, por lo que no debe serle aplicado el tipo cualificado del art. 188.2 CP.

⁴⁹ En contra STS 26 de noviembre de 1999, donde se considera que los actos de vigilancia de los camareros de un prostíbulo son auxiliares o accesorios para la perpetración de un delito de detención ilegal, calificándolos de simple complicidad.

2.3. Fundamentos Jurídicos

I. Delito de tráfico de drogas del art. 368 CP

El art. 368 CP pretende, como ilustrativamente enuncia el título del Capítulo III del Título XVII en el que se encuentra, la protección de la salud pública, bien jurídico colectivo, autónomo, independiente y diferenciado de la salud individual. Conforme a ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “el individuo, en la relación que mantiene con el bien jurídico salud pública, resulta absorbido y difuminado; lo relevante es la ofensa a la colectividad”.⁵⁰

El art. 368 se configura así como un delito de peligro abstracto con un ámbito de aplicación muy extenso que abarca las conductas punibles, de realizar: actos de cultivo, actos de elaboración, actos de tráfico y cualesquiera otros mediante los cuales se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; así como la de poseer dichas sustancias con aquellos fines. De este modo, “el objeto material del delito está constituido por drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.⁵¹

Si bien existen multitud de conceptos médicos que definen estas sustancias⁵², nuestro CP no contiene un concepto penal que caracterice estas sustancias, por lo que debe acudirse los convenios internacionales y sus listas anejas suscritos por el Reino de España sobre la materia, lo que otorga una cierta seguridad jurídica, pese a que estos anexos pueden ser modificados por normas internas reglamentarias: Convención Única de 30 de marzo de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 y la Convención Única de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988. Asimismo, el Reglamento 3677/90/CEE del Consejo, relativo a las medidas que deben adoptarse para impedir el desvío de determinadas sustancias para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, autoriza a la Comisión para proponer modificaciones de los cuadros I y II de la Convención de 1988. Estos convenios internacionales han sido introducidos en el Derecho interno a través de remisiones. Así el art. 2 de la Ley 17/1967⁵³, dispone que “1. A los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas sobre estupefacientes las de más que adquieran tal consideración en el ámbito internacional. 2. Tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio”.⁵⁴ De igual manera, tal y como establece el art. 1.r) de la Convención de Naciones Unidas de 1988, deben considerarse igualmente sustancias psicotrópicas: “cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier materia natural que figure en las listas I, II, III y IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971. Convención a la que se adhirió España con fecha 2 de febrero de 1973. Dichas listas fueron incorporadas posteriormente al RD 2829/1977, de 6 de octubre, que las reprodujo *ad litteram* en el anexo 1 [...] y que ha sido modificado posteriormente en repetidas ocasiones”.⁵⁵

⁵⁰ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Comentario previo al capítulo III”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal (2ª ed)*, Lex Nova, Valladolid, 2011. p.1367.

⁵¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial (6ª ed)*, Colex, Madrid, 2011. p. 544.

⁵² A modo de ejemplo, la OMS entiende por “droga” la sustancia, natural o sintética, cuyo consumo repetido, provoca en las personas dependencia psíquica, tolerancia y o dependencia física.

⁵³ La denominación completa de la Ley es: Ley 17/1967, de 8 de abril, de normas reguladoras por las que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de Naciones Unidas.

⁵⁴ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial (6ª ed)*, Colex, Madrid, 2011. p. 545

⁵⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Comentario sobre el art. 368 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal (2ª ed)*, Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 1407.

Volviendo ahora sobre los hechos del caso, en efecto, el *hidrocloruro de ketamina* (en adelante *ketamina*), a diferencia de lo que sucede con el *popper*, se encuentra incluido como sustancia psicotrópica en el número 33 de la lista IV, del Anexo I, referente a *Sustancias enumeradas en las listas al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971 (BOE de 10 de septiembre de 1978)* del RD 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación; tras haber sido incluido en dicha lista por la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre del Ministerio de Sanidad y Política Social.⁵⁶ Por lo tanto, al estar la *ketamina* incluida en los anexos del Convenio de Viena, lo que supone la consideración de esta sustancia como droga a efectos penales, podríamos hallarnos ante un delito del art. 368 CP.

A efectos de lo dispuesto en este precepto, debe dilucidarse si se trata de una sustancia que causa grave daño a la salud o no, puesto que la pena del tipo básico se distingue en base a este criterio, variando sensiblemente entre uno u otro caso. La jurisprudencia, que ha calificado a las drogas del primer grupo como “duras”, y, a las del segundo, como “blandas” ha ido matizando en cuál de de cada una de estas clasificaciones deben ser incluidas las drogas más frecuentes en España, tomando como referencia criterios médicos y farmacológicos. Así, a modo de ejemplo, “se considera unánimemente droga gravemente nociva a la heroína y con la misma unanimidad se considera que no es tan nocivo para la salud el hachís”.⁵⁷ Por su parte, la *ketamina* ha sido considerada, según doctrina jurisprudencial reiterada, como sustancia que causa grave a la salud (FJ. 1º SAP Madrid 753/2014, STS 208/2014, de 10 de marzo; STS 631/2010, de 7 de julio; entre otras). Ciertamente es que, para que una sustancia de estas características cause algún efecto en el organismo, debe de tener un mínimo de entidad cuantitativa y cualitativa, pues, de lo contrario, será absolutamente inocua. Esto ha sido definido y caracterizado por la jurisprudencia del TS, en el denominado “principio de insignificancia” que conforme a la STS de 28 de octubre de 1996, implica que “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”. Según considera RODRÍGUEZ NUÑEZ, “la jurisprudencia (STS de 12 de marzo de 2004, entre otras) aplica el principio de insignificancia cuando la cantidad del principio psicoactivo es tan nimio que no llega a constituir un peligro efectivo para la salud por lo que la conducta deviene atípica por falta de antijuricidad material al no constituir un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido”.⁵⁸ No obstante, en base a la cantidad de *ketamina* incautada (7 gramos), y teniendo en cuenta que tanto D. Pietro como algunas de las prostitutas la consumían, parece lo más lógico considerar que las pastillas debían de tener el principio activo suficiente para causar efectos psicoactivos.⁵⁹ De lo contrario, su consumo no tendría el más mínimo sentido.

Una vez determinado que la *ketamina* se trata de una sustancia que recibe la consideración de droga que causa grave daño a la salud, procede determinar si se ha incurrido en alguna de las conductas típicas sancionadas por el art. 368 CP, esto es, tráfico, promoción, favorecimiento, facilitación, o posesión con alguno de estos fines. Por razones obvias debemos descartar de este análisis la existencia de actos de cultivo y elaboración.

En primer lugar, D. Pietro ha declarado que él mismo y algunas de las mujeres (a las que él les facilitaba la droga), consumían ocasionalmente las pastillas en el interior del local. Estamos pues,

⁵⁶ La inclusión de la *ketamina* como sustancia psicotrópica sujeta a control estatal fue recomendada por la Resolución 19/6 de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y por la Resolución 50/3 de la Comisión Europea.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (19 ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 621.

⁵⁸ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (6ª ed), Colex, Madrid, 2011. p. 546.

⁵⁹ A diferencia de lo que sucede con otras drogas, a día de hoy no existe un dictamen del Instituto Nacional de Toxicología, que establezca la dosis mínima psicoactiva de cada droga.

ante un supuesto de autoconsumo y de tráfico, concepto, éste último, con un significado muy amplio “que comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión, de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella. [...] Con dicha acepción se da cobertura legal a los supuestos de cesión gratuita de drogas y otros actos de liberalidad⁶⁰ que serían de difícil inclusión en el tipo si se tradujera la expresión aludida en parámetros meramente mercantilistas (STS 29/05/1991, de 7/02/2008, de 8/04/2008, de 15/02/2008, etc.)”. No obstante, la jurisprudencia ha matizado lo dicho, considerando atípicos –a pesar de la existencia de tráfico en un sentido amplio- determinados supuestos de donación, al entender que no se ha producido con ella un riesgo abstracto para el bien jurídico protegido, puesto que el riesgo de difusión de la droga objeto de donación es inexistente. Es el caso del consumo compartido y de la entrega a persona consumidora, ambos condicionados a que no exista potencial difusión.⁶¹ Puesto que no existen datos suficientes en el caso para considerar como consumidoras habituales a las mujeres, nos centraremos en el consumo compartido. ORTS BERENGUER ha recopilado los requisitos habitualmente exigidos para que la entrega de droga entre “amigos” para consumo compartido sea atípica:“(1) los consumidores que se agrupan han de ser adictos; (2) el consumo proyectado ha de realizarse en lugar cerrado, en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse; (3) la cantidad de droga destinada al consumo ha de ser pequeña y consumida en el mismo acto; (4) la acción de compartir ha de ser esporádica y sin trascendencia social; y (5) ha de tratarse de un consumo inmediato (SSTS de 31 de marzo de 1998, 26 de julio de 2002)”.⁶²

Aunque se desconoce si las mujeres eran o no consumidoras adictas a la *ketamina* (los hechos parecen indicar que no), el hecho de consumir la droga en un establecimiento abierto al público, con la posible presencia de clientes, contraviene los requisitos jurisprudenciales para considerar impune la donación.⁶³ Por lo tanto, queda constatado que existen varios actos punibles de donación de droga por parte de D. Pietro. Por otra parte, debe señalarse que el autoconsumo de drogas es impune, pues como con buen criterio afirma MUÑOZ CONDE, “hay ausencia de dolo; por lo que es preciso que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas”.⁶⁴

En segundo lugar, D. Pietro, ha reconocido que en una ocasión vendió una de las pastillas de *ketamina* a un cliente, lo que como hemos visto anteriormente, constituye un acto de tráfico y por lo tanto se trata de una conducta punible *ex art.* 368 CP. En relación a que D. Pietro asegura que se trató de una sola venta, cabe señalar que esta circunstancia es indiferente para la apreciación del tipo, puesto que como ha reiterado el TS en numerosas ocasiones, basta una sola venta para que se considere tráfico (*vid.* SSTS 1216/1999; 1486/2005; 792/2008, etc.).

Constatado el tráfico, debe considerarse si concurre alguna de las siguientes circunstancias agravantes, que podrían considerarse en virtud de los hechos:

-Participación del culpable en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2º). La jurisprudencia ha analizado esta circunstancia conforme al principio de proporcionalidad, delimitando su aplicación a supuestos “en los que el tráfico de drogas se utiliza como medio o instrumento para sufragar o facilitar otras actividades

⁶⁰ Señalar que ORTS BERENGUER toma como referencia una línea jurisprudencial diferente y considera la donación como una forma de promover o facilitar el consumo y no un acto de tráfico. *Vid.* ORTS BERENGUER, E., “Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en VIVES ANTÓN et. al. *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 610.

⁶¹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Comentario sobre el art. 368 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (2ª ed), Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 1406.

⁶² ORTS BERENGUER, E., “Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en VIVES ANTÓN et. al. *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 611.

⁶³ En la STS de 24 de julio de 2002, se consideró punible la donación por incumplimiento de requisitos.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (19ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 623.

delictivas organizadas o coadyuvar a sus fines” y acotándola a actividades realizadas por dos o más personas.⁶⁵ En conclusión, dicha agravante, no resulta de aplicación.

- Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos (art. 369.1.3º). A pesar de la literalidad de este precepto, ha sido matizado por la jurisprudencia, que ha establecido que el negocio aparentemente lícito ejercido en el establecimiento debe servir para la facilitar la difusión de la droga en estos lugares (SSTS de 12 de marzo de 1999 y 10, 20 y 24 de febrero de 2000).⁶⁶ Además, se exige una cierta habitualidad en la realización de la conducta típica de traficar (SSTS 28 de mayo de 2004; 722/2008; etc.). En el supuesto que nos ocupa, no puede considerarse que D. Pietro se beneficie del hecho de que el establecimiento en el que trabaja esté abierto al público, pues tan solo realiza una única venta a un cliente, por lo que queda excluida la habitualidad. Asimismo, resulta relevante traer a colación el hecho de que D. Pietro se halla en poder de las sustancias por mera casualidad, al haberlas recibido como pago de un cliente, sin que exista constancia de que anteriormente se dedicase a tal actividad o de que pretendiere seguir haciéndolo en el futuro. De este modo, no pueden considerarse los hechos de la suficiente entidad, para de acuerdo a un juicio basado en la proporcionalidad, considerar concurrente la agravante.

-Las sustancias fueron facilitadas a menores de 18 años (art. 369.1.3º). Solo podría considerarse concurrente esta agravante, en el supuesto de que D. Pietro hubiere facilitado *ketamina* a Dña. Nicoara, lo cual se desconoce.

-Fuera de notoria importancia la cantidad de las drogas objeto de las conductas a que se refiere el art. anterior (art. 369.1.5º). Como ya fue expuesto en relación a la determinación de la cantidad mínima de principio activo necesaria para la apreciación del objeto material del tipo, a día de hoy, no existe consenso jurisprudencial sobre a partir de qué cantidad de *ketamina*, se considera como de notoria importancia. Sería además necesario un análisis toxicológico de las sustancias, al efecto de determinar su pureza. No obstante, por analogía con otras sustancias similares, no cabe apreciar esta circunstancia (*vid.* FJ 1º STS 631/2010).

-La pertenencia del culpable a organización delictiva (art. 369 bis). Remitiéndonos a lo expuesto en relación a la trata de seres humanos y a la prostitución coactiva, no ha quedado constatada tal circunstancia.

II. Delito contra la salud pública del art. 359 CP

A diferencia de lo que sucedía en relación a la *ketamina*, el nitrito de amilo (*popper*) no se encuentra incluido en las listas de sustancias estupefacientes o psicotrópicas anexas al RD 2829/1977, ni en los convenios internacionales suscritos por España y que contienen las listas actualizadas de sustancias sometidas a fiscalización internacional; como tampoco en la de sustancias susceptibles de uso para la fabricación de aquellas (precursores), lo que tal y como expusimos en el Fundamento Jurídico anterior, impide que sea encuadrada en el objeto típico del art. 368 CP.⁶⁷

El nitrito de amilo aparece definido en el Glosario de términos de alcohol y drogas de la OMS, como “sustancia inhalada volátil que es irritante para la mucosa respiratoria y es un potente vasodilatador. Se utiliza en medicina para aliviar el dolor de la angina de pecho y el cólico biliar. Se emplea con fines no médicos (“*popper*”) momentos antes de alcanzar el orgasmo para

⁶⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Comentario sobre el art. 368 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (2ª ed), Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 1412 y ss.

⁶⁶ ORTS BERENGUER, E., “Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, en VIVES ANTÓN et. al. *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 613.

⁶⁷ En los mismos términos se pronuncia la AP de Sevilla en el Auto 792/2010, de 14 de noviembre.

potenciar y prolongar el placer”.⁶⁸ No obstante, a pesar de sus posibles usos médicos, actualmente el nitrito de amilo, como principio activo, no se encuentra incluido en ningún medicamento autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, tal y como certificó la propia institución en un informe a consulta de la Guardia Civil de Huelva y que se encuentra anexo al Auto 792/2010, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Sevilla. En este mismo informe, se recuerda que “solo los medicamentos autorizados, pueden ser objeto de importación (según el art. 72.1 de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios)”. Además, continúa dicho informe al respecto del *popper*, “al tratarse de medicamentos no autorizados, se desconoce la calidad de sus ingredientes, no solo de los principios activos, sino también de los excipientes, donde han sido fabricados, por quién, cómo y con qué, por lo que no puede garantizarse la calidad, seguridad y eficacia de su uso.” A mayor abundamiento, procede traer a colación la relación de efectos adversos detallada en el Plan Nacional sobre Drogas 2000-2008⁶⁹: “Los efectos adversos que se producen con esta sustancia son: enrojecimiento de la cara y cuello, cefalea, náuseas y vómitos, taquicardia e hipotensión ortostática. El *popper* crea tolerancia y una considerable dependencia física, lo que unido a la breve duración de sus efectos buscados, lo convierte en una droga peligrosa, con un elevado riesgo de intoxicación por sobredosis”.

Así las cosas, por exclusión, solo cabe subsumir los hechos relacionados con el *popper*, dentro del supuesto de hecho del art. 359 CP, puesto que en el ámbito de los delitos contra la salud pública, se han categorizado, conformando determinados tipos, ciertas sustancias y productos: drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas (artículo 368 y siguientes); relativas al uso y consumo alimentario (artículo 363 y siguientes); medicamentos (artículo 361 y siguientes) y los materiales nucleares o elementos radiactivos (artículo 345). Sustancias y productos estos, que tienen en común con los contemplados en los artículos 359 y 360, su potencialidad peligrosa o nociva para la salud de las personas.⁷⁰ No obstante, debe excluirse expresamente la aplicación del art. 360, puesto que su aplicación se limita a personas autorizadas para el tráfico de las sustancias a las que nos venimos refiriendo.

El art. 359 CP sanciona la elaboración, suministro, despacho o comercio de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, sin la correspondiente autorización administrativa. Conforme a MUÑOZ CONDE, “el carácter de nocividad de una sustancia lo da tanto su composición, como su uso específico. Se entiende referido a la nocividad en general de algunas sustancias para la salud y no a la particular que en algún caso concreto pueden tener algunas sustancias para personas concretas”.⁷¹ Para RODRÍGUEZ NUÑEZ, “no es necesario que se lleguen a causar daños, sino que es suficiente la previsión de grandes males que puedan afectar a la salud pública o de la colectividad, basta con que las sustancias estén consideradas como nocivos o peligrosos (SAP Sevilla de 17 de noviembre de 2006)”.⁷²

Teniendo en cuenta los hechos que integran el presente caso, no cabe duda del ánimo de vender los frasquitos de nitrito de amilo por parte de D. Pietro, pues de hecho, él mismo lo afirma en su declaración. Es más, de sus palabras puede inferirse, sin temor a equivocarse, que ya lo ha hecho en un número indeterminado de ocasiones. De esto partimos, ante la ausencia de información suficiente en el caso para considerar lo contrario, no obstante, dejando claro que la consumación del delito del art. 359, se produce con el primer acto de despacho, suministro o comercio⁷³, por lo

⁶⁸ Disponible online en la siguiente dirección web:

http://www.pnsd.msssi.gob.es/Categoria2/publica/pdf/Ministerio_de_Sanidad_y_Consumo_%282008%29_Glosario_de_terminos_de_alcohol_y_drogas.pdf

⁶⁹ Disponible online en la siguiente dirección web: <http://www.pnsd.msssi.gob.es/Categoria2/publica/pdf/dir.pdf>

⁷⁰ Vid. FJ. 3º SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (19ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 595.

⁷² RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (6ª ed), Colex, Madrid, 2011. p. 513.

⁷³ *Ibidem.*, p. 517.

que de no haber vendido ninguno de los frascos con nitrito de amilo, la mera posesión resultaría impune.

En conclusión, tratándose el *popper* de una sustancia nociva para la salud de ilícito comercio en España (los botes fueron adquiridos en el extranjero y conforme al dictamen emitido por la precitada Agencia solo los medicamentos autorizados pueden ser objeto de importación), dispensada por persona no autorizada con finalidad estrictamente recreativa, los hechos pueden considerarse subsumidos en el tipo del art. 359 del CP, conformando un delito contra la salud pública.⁷⁴

2.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos.

Tal y como se ha detallado en los apartados anteriores, ha quedado constada la comisión de un delito de tráfico de drogas *ex art.* 368 en relación a los hechos relacionados con el hidrocloreuro de *ketamina* y un delito contra la salud pública del art. 359, por los hechos relacionados con el nitrito de amilo (*popper*) ambos del Código Penal.

En este extremo, cabe proceder a determinar la participación de D. Pietro, Dña. Zulaika y Dña. Tatiana en los hechos.

-D. Pietro: es autor de un delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) y de otro delito contra la salud pública del art. 359 CP (presumimos que ha vendido alguno de los frasquitos de *popper*), debido a su participación directa y personal en los mismos, de conformidad a las previsiones del art. 28 CP. No cabe albergar duda alguna al respecto, puesto que era él quien se hallaba en posesión de las sustancias que conforman el objeto material de los delitos y quien, a través su venta y donación, incurre en la conducta típica del tráfico, en los términos que hemos visto. Cabe señalar que, aunque hayan sido varias las conductas de tráfico, solo se comete un único delito, tal y como determina el propio art. 368 cuando se refiere en plural a “actos”, quedando por lo tanto excluido el delito continuado. Probablemente debería aplicarse la “cláusula de flexibilidad” del art. 368 *in fine* en base a la escasa entidad de los hechos relacionados con la *ketamina* lo que supondría una sustancial rebaja de la pena. Para ello deberían conocerse más datos en relación al número de donaciones efectuadas a las mujeres y a la cantidad de principio activo que contengan las pastillas, pues se trata de una atenuante de aplicación potestativa para el juez.

Por otra parte, partiendo de una exégesis amplia del concepto de tráfico, puede entenderse comprendido dentro de éste el “suministro, despacho o comercio” al que se refiere el art. 359, por lo tanto, entre el delito del 368 y el delito del 359 se produce un concurso ideal *ex art.* 77 CP, puesto que de un solo hecho –el tráfico en sentido amplio– se cometen dos infracciones penales diferentes.⁷⁵

- Dña. Zulaika: Podría considerarse coautora del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, si consideramos probado que fue ella quien recibió como pago de un servicio la *ketamina*, entregándosela posteriormente a D. Pietro para que éste la vendiese o se la diese a las mujeres. No obstante, en base al relato de los hechos y a su papel de recepcionista en el club, en principio ajeno a los hechos relacionados con la *ketamina*; en aplicación del principio de presunción de inocencia, parece más plausible considerar que no fue partícipe en la comisión de éste delito, como tampoco en los hechos relacionados con el *popper*.

⁷⁴ Vid. FJ. 5º SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril. En contra por considerar el *popper* carente de relevancia penal: Auto del juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, de 21 de septiembre de 2007 y SAP Madrid 5434/2002.

⁷⁵ No obstante, debe reseñarse que la jurisprudencia solo acostumbra a apreciar la comisión del delito del art. 368, cuando concurre el tráfico de *popper* y otras drogas (vid. SAP Granada 919/2011 y SAP Sevilla 887/2012). Por otra parte, para parte de la doctrina, se produce un concurso de normas entre ambos tipos. Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Comentario previo al capítulo III”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal (2ª ed)*, Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 1370.

-Dña. Tatiana: Al igual que en el caso de Dña. Zulaika podría considerarse autora del delito del art. 368 si partimos de la base de que, desde su posición de encargada de Plenilunio, era concedora y permitía a las mujeres, sobre las que recordemos ejercía un férreo control, el consumo de *ketamina*. No obstante, puesto que nada se dice en los hechos al respecto de tal circunstancia, debemos decantarnos por considerarla ajena a ellos, puesto que además existe la posibilidad de que D. Pietro se cuidase bien de ocultárselo. Por tanto, no procede imputarle delito alguno en relación al *popper* y a la *ketamina*.

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

I.- D. Santiago N. y D. Alberto M., son titulares respectivamente del 51% y 49% de las participaciones en las que se divide el capital social de la sociedad Na&Ma S.L., en cuyos estatutos consta como objeto social la “gestión de locales de ocio” y que es propietaria del club Plenilunio y del restaurante llamado Luna del Principito.

II.- La gran mayoría del dinero proveniente de Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública: Dña. 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”.

III.- En caso de haber declarado las cuantías, la Sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias: 156.000 euros en el ejercicio 2009, 161.000 euros en el ejercicio 2010, 170.000 euros en el ejercicio 2011, 125.000 euros en el ejercicio 2012 y 119.000 euros en el ejercicio 2013. Todas estas cantidades defraudadas se encuentran depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008.

IV.- 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.

3.2. Método de análisis

A la luz de los hechos expuestos con anterioridad y que integran el contenido del caso, cabe indicar que, pueden ser constitutivos de alguno de los siguientes delitos del Código Penal: delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP, delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil del art. 392 CP y delito societario del art. 290 CP.

A continuación, sobre la base del estudio de la doctrina y la jurisprudencia aplicables al caso, se dictaminará acerca de si Dña. Tatiana, D. Pietro y Dña. Zulaika, incurren en responsabilidad penal y en qué grado, por los relatados hechos, así como sobre cuanta cuestión relacionada pueda plantearse.

3.3. Fundamentos jurídicos

I. Delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP

El delito de defraudación tributaria o de fraude fiscal, del art. 305.1 CP, castiga la acción típica de defraudar a la Hacienda Pública, estatal, autonómica, foral o local en cuantía que exceda de los

120.000 euros, mediante la realización alternativa de alguna de las siguientes conductas: (1) eludir el pago de tributos, cantidades retenidas, o que se hubieran debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie; (2) obtener indebidamente devoluciones y (3) disfrutar de beneficios fiscales igualmente de manera indebida.⁷⁶ Es arduamente discutida por la doctrina la identificación del bien jurídico protegido por este delito. No obstante, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, puede considerarse como tal “el interés en que el reparto de la carga tributaria se realice de acuerdo con los modos y formas fijados por la ley, conforme al principio de capacidad económica contenido en el art. 31.1 de la Constitución [...] que se refleja en la lesión de la recaudación tributaria correspondiente a cada una de las figuras tributarias que integran el sistema”.⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN secunda esta tesis afirmando que el bien jurídico protegido es “el patrimonio de la Hacienda Pública, concretado en la recaudación tributaria”.⁷⁸

Tal y como señala el precitado precepto, la acción típica, defraudar, es punible “tanto en su modalidad activa (falseando datos en la declaración), como omisiva (silenciándolos), pero siempre de forma idónea para engañar a la Administración Tributaria”.⁷⁹ En cualquier caso, la defraudación debe producirse de forma dolosa, no en el sentido de pretender perjudicar a la Hacienda pública, sino en el de pretender lucrarse a costa del incumplimiento de una obligación legal. Un simple error contable o la ignorancia de un determinado deber fiscal, podría dar lugar en todo caso al error de tipo, no admitiéndose la comisión por imprudencia.⁸⁰ Como se ha dicho, la cantidad defraudada deberá superar la cuantía de 120.000 euros, considerándose infracción administrativa la defraudación de cantidades inferiores (arts. 191 y ss. de la Ley General Tributaria).

Debe tenerse presente a efectos de la comisión de este delito, que resulta indiferente el origen lícito o ilícito del dinero defraudado. Así, la Audiencia Nacional apreció en Sentencia de 27 de septiembre de 1994 (caso Nécora), la comisión de un delito fiscal por no haber tributado por los beneficios obtenidos mediante un delito contra la salud pública ejecutado por terceras personas. En los mismos términos se pronunció el TS en Sentencia de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), en la que “consideró que no tiene sentido que una persona pueda ser condenada por delito fiscal por ocultar ingresos a la Hacienda Pública, y no pueda serlo la persona que oculte sus ingresos ilícitos”.⁸¹

En el caso que nos ocupa, conforme a lo descrito en los hechos, nos encontramos ante un supuesto de elusión del pago de tributos, en concreto del Impuesto de Sociedades (IS), por lo que nos centraremos únicamente en dicha modalidad comisiva. Ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del art. 305 CP, donde se establece que a efectos de determinar la cuantía defraudada que determina la comisión del tipo, al respecto de la elusión del pago de tributos de declaración periódica (como lo es el IS), “se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración”. Resulta importante esta regla, puesto que es condición *sine qua non* para la comisión del tipo que la cuantía defraudada exceda de los 120.000 euros en un único período impositivo, resultando indiferente que lo haga en varios (STS 14 de julio 2000).⁸² Por “suma defraudada”, deberá atenderse al concepto de “cuota tributaria” de los arts. 56 y 58.1 de la Ley

⁷⁶ IGLESIAS RÍO, M.A., “Comentario al art. 305 del Código Penal”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (2ª ed), Lex Nova, 2011, Valladolid. p. 1185 y ss.

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (19ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 964.

⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social” en VIVES ANTÓN et al. *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 295.

⁷⁹ Cit. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2005, en IGLESIAS RÍO, M.A., “Comentario al art. 305 del Código Penal”, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (2ª ed), Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 1186.

⁸⁰ MORALES PRATS, F., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS, F., (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II. (6ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 473 y ss.

⁸¹ LOMBARDEO EXPÓSITO, L.M., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Bosch, Barcelona, 2011. p. 110.

⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial* (19ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 967.

58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), donde se establece que “la deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta”. Puesto que ya conocemos el importe las cuotas tributarias que Na&Ma S.L. debería haber abonado a la Hacienda pública en concepto de impuesto de sociedades, no resulta necesario ahondar más en este asunto.

Tal y como se detalla en los arts. 136 y ss. del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), “los sujetos pasivos del impuesto están obligados a presentar cada año una declaración-liquidación relativa al IS dentro de los veinticinco días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo”.⁸³ Una vez concluido ese momento, denominado período “voluntario”, se cierra el plazo para la declaración del impuesto y si no se ha presentado la declaración-liquidación referida, se produce la consumación del tipo (STS de 26 de julio 1999).⁸⁴ La finalización de este período determina también el inicio del cómputo de la prescripción del delito de defraudación tributaria (SSTS 751/2003, de 28 de noviembre y 1590/2004, de 22 de abril). Ello puesto que el tipo prevé una pena de prisión de 1 a 5 años, por lo que de acuerdo con el párrafo cuarto del art. 131 CP, el delito prescribirá a los 5 años. Debe mencionarse que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, reguladora de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, modificó el plazo de prescripción en el ámbito tributario a los 4 años, dando lugar a una ardua discusión doctrinal sobre qué plazo debería aplicarse. No obstante, tal y como señala MARTÍNEZ-BUJÁN, no puede considerarse que dicho plazo “tenga relevancia alguna para el Derecho penal”.⁸⁵

Puesto que no existe constancia de que la sociedad Na&Ma S.L. haya presentado la referida declaración-liquidación en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012; defraudando una suma superior a 120.000 euros en cada uno de ellos, parece clara la comisión de cuatro delitos de defraudación tributaria *ex art.* 305.1 CP en concurso real entre sí. A pesar de que existe una cierta tendencia doctrinal y jurisprudencial partidaria de apreciar delito continuado y no concurso real cuando el delito se comete en distintos ejercicios (SAP Barcelona 20 de abril 2002 o SAP Valencia 1 de febrero 2000), la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del TS se inclina por el concurso real, interpretando extensivamente la cláusula del art. 305.2 CP: “se estará a lo defraudado en cada período o de declaración” (SSTS 9 de septiembre 1993 y de 3 de enero 2003).⁸⁶ Por esta última tesis es por la que nos decantamos.

Por otro lado, podría considerarse prescrito el delito cometido en relación al ejercicio 2009, no obstante, tal y como acabamos de señalar, la prescripción a efectos penales, debe empezar a computarse tras el cumplimiento del período voluntario de presentación de la declaración-liquidación del impuesto, esto es, el 25 de julio del año 2010. Por lo tanto, el delito por los hechos del ejercicio 2009 no prescribirá hasta el día 26 de julio del año 2015.

Al respecto del ejercicio 2013, debe tenerse en consideración que la cantidad defraudada es inferior a la suma requerida para la comisión del delito del art. 305.1 CP, así como que en el momento en el que las fuerzas policiales descubren los hechos (13 de mayo de 2014), el período voluntario para la presentación de la declaración-liquidación aún no ha finalizado (lo haría el 25 de julio de 2014), por lo que no puede considerarse cometido un delito de defraudación tributaria en dicho ejercicio. Sin perjuicio, claro está, de una hipotética sanción administrativa en los

⁸³ PEREZ ROYO, I., “El Impuesto sobre Sociedades (I)”, en PEREZ ROYO, F. (Dir.) *et al.* *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (8ª ed), Tecnos, Madrid, 2014, p. 496.

⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (5ª ed). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 680.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 701.

⁸⁶ En el mismo sentido MORALES PRATS, F., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social” en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS, F., (Coord.) *et al.* *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II. (6ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 484 y ss.

términos previstos en los arts. 191 y ss. de la LGT una vez finalizado el plazo de declaración-liquidación del impuesto y que será abordada posteriormente.

Por último, debe señalarse que podría considerarse concurrente la agravante prevista en el nuevo art. 305 bis, en su modalidad de utilización de paraísos fiscales o territorios de nula tributación para la comisión de la defraudación. No obstante, este precepto entró en vigor el 17 de enero de 2013, esto es, posteriormente a la conclusión del último de los ejercicios en los que se comete el delito, aunque antes de su consumación, al no haber finalizado aún el plazo de presentación de la declaración-liquidación. A mi juicio, debe partirse de que la deuda tributaria se genera a lo largo de todo el período impositivo, coincidente con el ejercicio económico de la sociedad, resultando una cuestión meramente organizativa y procedimental el que deba ser abonado a la Hacienda Pública en los 25 siguientes días a su generación, máxime teniendo en cuenta que dicho plazo se corresponde con el otorgado por la legislación mercantil para la elaboración de las cuentas anuales. De este modo, conforme al principio de irretroactividad penal de las normas desfavorables al reo (art. 1 CP), esta agravante no puede considerarse concurrente.

II. Delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP

El blanqueo de capitales puede ser definido como el conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o de legalidad a bienes o activos de origen delictivo. La actual redacción del art. 301.1 del Código Penal, a los efectos que nos interesan para resolver este caso⁸⁷, sanciona a “el que adquiere, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos 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”. En consecuencia, constituyen elementos del tipo penal la previa comisión de un acto delictivo, la obtención de un beneficio ilícito procedente de tal hecho delictivo y la actuación sobre esos bienes dirigidos a ocultar o a permitir el aprovechamiento por parte del mismo autor o de un tercero. La acción típica del blanqueo puede producirse a través de cinco modalidades de conducta diferenciadas que han sido descritas por la STS 56/2014 del siguiente modo: la de adquirir, que supone un incremento patrimonial; la de poseer, referida a la mera tenencia; la de utilizar, en el sentido vulgar del término; la de convertir, en referencia a los actos de transformación de unos bienes en otros; y la de transmitir, lo que implica una salida del patrimonio en favor de otro. Además, este párrafo se completa con una cláusula de cierre referida a "cualquier otro acto" que tenga por objeto ocultar, encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona a eludir sus responsabilidades.

El bien jurídico protegido por el tipo puede concretarse en “la idea de la licitud de los bienes que circulan en el mercado, que debe ser protegida frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva”.⁸⁸ A tenor de lo indeterminado y amplio que resulta el objeto de tutela, el legislador ha ido ampliando a través de sucesivas reformas el número de conductas típicas hasta llegar a la tipificación actual, en la que también se considera delictivo el llamado “autoblanqueo”. Éste se produce cuando es el propio responsable (o responsables) de la comisión del delito fuente el que también realiza las conductas blanqueadoras. No obstante, debe realizarse una interpretación restrictiva para evitar incurrir en *bis in idem*, puesto que resulta inexigible penalmente que el que haya cometido el delito principal pretenda eludir las consecuencias legales de sus actos.⁸⁹ Por su parte, el TS en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 18 de julio de 2006 se

⁸⁷ En el apartado 2 del art. 301 se mencionan más modalidades comisivas de blanqueo de capitales referidas principalmente la delincuencia urbanística. Las omitimos en este dictamen al no resultar relevantes respecto de los hechos del caso.

⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (5ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 482.

⁸⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C. (Dir.) / FABRA VALLS, M. *Régimen Jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. p. 341.

pronunció en relación a esta materia, afirmando que “el art. 301 CP no excluye en todo caso el concurso real con el delito antecedente”.⁹⁰

Volviendo al caso que nos ocupa, tal y como se refiere en los hechos, una parte de las ganancias obtenidas en Plenilunio (suponemos que obtenidas a través de la prostitución en su mayor parte), eran facturadas falsamente a través de otro de los establecimientos de Na&Ma S.L.: el restaurante Luna del Principito. Estamos ante una conducta típica de autoblanqueo de capitales, puesto que a través de la facturación en un negocio lícito de las ganancias obtenidas por la comisión de varios delitos relacionados con la prostitución (*vid. supra*), los mismos autores de estos, ocultaban el origen delictivo del dinero, incorporándolo con apariencia de legalidad al tráfico económico. Por lo tanto, se dan todos los requisitos exigidos por el art. 301.1 CP para la comisión del tipo.

Por otro lado, y a pesar de la oscuridad de los hechos, debe entenderse que las cantidades depositadas en la cuenta bancaria gibraltareña también provienen, al menos parcialmente, de los beneficios obtenidos a través de la prostitución de Dña. María y las demás mujeres. De nuevo, se trata de una conducta típica de ocultamiento de capitales de procedencia delictiva, que, en este caso, eran sacados del país, para ser depositados en un territorio –Gibraltar- fuera del control y supervisión de las autoridades españolas. De este modo, ese dinero era incorporado al sistema financiero con apariencia de legalidad. A ello debe añadirse la peculiar situación jurídica de Gibraltar en relación con España que, como es sabido, no reconoce la soberanía del territorio dependiente del Reino Unido. A pesar de que Gibraltar no es considerado “paraíso fiscal” para la comunidad internacional, al haber suscrito hasta 27 convenios de intercambio de información tributaria con 27 jurisdicciones diferentes⁹¹ (entre la que no se encuentra España) y tras haber ratificado Reino Unido en marzo de 2010 la actualización del Convenio multilateral sobre Asistencia Mutua en Materia Tributaria entre la OCDE y el Consejo de Europa y su Protocolo, que resultan aplicables a Gibraltar⁹², la realidad es que Gibraltar es un territorio idóneo para la ocultación de dinero ilícito, debido a la reticencia de las autoridades gibraltareñas a facilitar información respecto de contribuyentes españoles.

De este modo, queda patente que los beneficios ilícitamente obtenidos con la prostitución eran blanqueados a través de dos conductas diferenciadas, por un lado, a través de la facturación fraudulenta en el restaurante “Luna del Principito”, y por otro, mediante la ocultación en una cuenta bancaria en Gibraltar. No obstante, esta pluralidad de actos típicos resulta indiferente a efectos de la comisión del tipo, puesto que deben entenderse comprendidos dentro de una única conducta principal, consistente en la realización de “cualquier acto” sobre los bienes procedentes de un delito previo, siempre que se dirija a la consecución de las finalidades detalladas por el precepto.⁹³ Así las cosas, parece clara la comisión de un delito de blanqueo de capitales *ex art.* 301.1 CP, sin que se aprecie la concurrencia de agravante alguna.

III. Delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil del art. 392 CP y delito societario del art. 290 CP

El delito del art. 392 del Código Penal sanciona la comisión de alguna de las conductas de los tres primeros números del art. 390 CP en documento público, oficial o mercantil. Por su parte, el art. 390 CP, al que nos remite el Código, sanciona las siguientes conductas típicas, realizadas en este caso por Autoridad o funcionario público: (1) alterar un documento en alguno de sus

⁹⁰ Parte de la doctrina y la jurisprudencia están en contra de la tesis sostenida, al considerar que el aprovechamiento económico forma parte de la estructura antecedente, por lo que se produce un concurso de normas. *Vid.* SSTS 440/2012, de 25 de mayo; 1637/1999, de 10 de enero de 2000; 884/2012, de 8 de noviembre; entre otras.

⁹¹ *Vid.* acuerdos de intercambio de información fiscal de Gibraltar en: <http://eoi-tax.org/jurisdictions/GI#agreements>

⁹² VIDALES RODRÍGUEZ, C. (Dir.) / FABRA VALLS, M. *Régimen Jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 315.

⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (5ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 489.

elementos o requisitos de carácter esencial; (2) simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad y (3) suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

En el caso que nos ocupa, ha quedado probado que la sociedad Na&Ma S.L. facturaba falsamente una parte de las ganancias obtenidas ilícitamente en Plenilunio, con el objeto de eludir sus obligaciones fiscales con Hacienda Pública. La factura es considerada como documento mercantil a efectos de la comisión del delito al que nos referimos.⁹⁴ No obstante, a efectos de determinar o no su comisión, sería necesario tener constancia de si la sociedad simulaba completamente las facturas, creándolas *ad hoc*, sin que se hubiera producido negocio real alguno o si simplemente las alteraba, incrementando su cuantía. El haber procedido de una u otra manera determinará la comisión del tipo, puesto que tal y como dictaminó el TS en la Sentencias de 30 de enero y 26 de febrero de 1998 (Caso Argentinia Trust)⁹⁵, “la factura falsa en la que se hace constar un concepto inveraz no es documento falso, pues se trata de una factura mendaz, no una factura simulada”.

Asimismo, y aunque no consta la información suficiente para pronunciarse al respecto, hay indicios de la comisión de un delito del art. 290 CP. Este artículo sanciona a “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 alguno de sus socios, o a un tercero”. Es presumible que los administradores de Na&Ma S.L. falseasen las cuentas de la sociedad con el objeto de eludir la actuación de la Hacienda Pública y “blanquear” los beneficios ilícitamente obtenidos en Plenilunio. No obstante, como se ha dicho, nada de esto consta en los hechos, por lo que no resulta posible realizar una valoración jurídica.

3.4. Conclusiones. Determinación de la participación y régimen concursal en los delitos cometidos.

En los apartados anteriores se ha constatado la comisión de cuatro delitos de defraudación tributaria *ex art.* 305.1 CP y de un delito de blanqueo de capitales *ex art.* 301.1 CP.

En este extremo cabe proceder a determinar la participación en los hechos de Dña. Tatiana, D. Alberto, D. Santiago y D. Xaime.

- D. Alberto y D. Santiago: Tal y como dispone el art. 31 CP “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Por lo tanto, D. Alberto y D. Santiago, como administradores de hecho y de derecho de la sociedad Na&Ma S.L., son responsables criminalmente en concepto de coautores (art. 28 CP) de cuatro delitos de defraudación tributaria del art. 305.1 CP en concurso real entre sí (*vid. supra*) y de un delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP, de nuevo en concurso real con los anteriores, por haber realizado material y directamente los actos típicos que los integran, aunque en ambos casos fuese en representación de la sociedad.

⁹⁴ Vid. STSS de 5 de diciembre de 2005, 22 de enero de 2003, entre otras muchas.

⁹⁵ A ello debe añadirse lo establecido por la STS de 29 de mayo de 2000: “la mendacidad resultante de reflejar documentalmente una relación inexistente o con graves alteraciones sobre la existente suscrita entre dos partes no será un documento típicamente falso, por cuanto el mismo es auténtico y responde fielmente a lo que se ha plasmado en el documento”.

-D. Xaime: Según se desprende de la narración de los hechos, fue él quien informó a D. Alberto y a D. Santiago sobre las “ventajas” de ocultar las ganancias obtenidas a través de Plenilunio en Gibraltar, sin que su participación en los hechos se extienda más allá del mero asesoramiento. Por lo tanto, su participación en el delito de blanqueo de capitales debe estimarse accidental y secundaria y en absoluto imprescindible, pues partimos de la base de que ante la demanda de asesoramiento de D. Alberto y D. Santiago sobre como ocultar a las autoridades el dinero ilícitamente obtenido en Plenilunio, éste les informó sobre la posibilidad de trasladarlo a Gibraltar -lo que podría hacer cualquier abogado especializado-, donde resultaría más complicado que fuera detectado en una investigación penal española. Precisamente, de esta última afirmación se deduce que era conocedor, aunque no necesariamente en detalle, del origen ilícito del dinero transferido a la cuenta gibraltareña. No obstante, no puede deducirse de los hechos una participación mayor que la referida, como tampoco que sus honorarios proviniesen del capital ocultado. Su conducta reúne por lo tanto los requisitos para serle imputado en calidad de cómplice (art. 29 CP) un delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP.⁹⁶

Presumiblemente, también fue él quien les informó sobre los pormenores del procedimiento para eludir el pago del impuesto de sociedades, dada su condición de abogado de la sociedad. No obstante, esta circunstancia no ha quedado acreditada en los hechos, por lo que en aplicación del principio *in dubio pro reo*, que proscribe la resolución de las dudas sobre los hechos en contra del reo, no puede ser considerado partícipe del delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP.

-Dña. Tatiana: Puesto que su participación en los hechos se limitó estrictamente a la entrega de las ganancias obtenidas en Plenilunio a D. Alberto y D. Santiago, no puede ser considerada partícipe en ninguno de los delitos cometidos por dos razones. En primer lugar, no consta que supiese el destino que los administradores de la sociedad iban a darle al dinero que ella les entregaba, ni que lo hiciese como medio para ello, sino que la entrega de los beneficios de Plenilunio a los que en definitiva eran sus empleadores debe considerarse como una obligación de naturaleza laboral o asimilada, por la que ella percibía una comisión del 10%. En segundo lugar, la recaudación y posterior entrega del dinero obtenido en Plenilunio a D. Santiago y a D. Alberto, son conductas que ya han sido tomadas en consideración para imputarle la comisión en calidad de coautora de los delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución en Plenilunio, por lo que se incurriría en *bis in idem* si se le imputasen otros delitos por estrictamente los mismos hechos.

En conclusión, no puede considerarse a Dña. Tatiana partícipe en ninguno de los delitos cometidos por la gestión de las ganancias de Plenilunio.

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

4.1. Antecedentes de hecho

I.- La sociedad Na&Ma S.L. administrada por D. Alberto y D. Santiago y empleadora de Dña. Zulaika, D. Pietro y Dña. Tatiana es la propietaria del club Plenilunio, establecimiento el que fueron cometidos varios delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución y contra la salud pública.

⁹⁶ Tal y como han referido, entre otras, las SSTS de 19 de diciembre 2003 y de 25 de febrero 2003, el ejercicio de la profesión de abogado no ampara la facilitación a un cliente del blanqueo del dinero ilícitamente obtenido en la comisión de un delito, al no existir un asesoramiento legal reconducible a la actuación ordinaria de un letrado en defensa de los intereses de su cliente.

II.- Una parte de los beneficios obtenidos a través del ilícito ejercicio de la prostitución en Plenilunio eran blanqueados a través de otro de los establecimientos propiedad de la sociedad, el restaurante “Luna del Principito” facturándolos falsamente en concepto de comidas. Asimismo, la sociedad no declaró ni pagó a la Hacienda Pública importantes cantidades de dinero, que adeudaba en concepto de Impuesto de Sociedades y que fueron depositadas en una cuenta bancaria abierta en Gibraltar en 1 de febrero de 2008. Esta conducta es constitutiva de un delito de blanqueo de capitales y de cuatro delitos contra la Hacienda Pública.

4.2. Método de análisis

Tras delimitar el régimen de determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, que como es bien conocido, es dependiente de las actuaciones delictivas en las que hayan incurrido sus administradores o empleados, procederá determinar si alguno de los delitos cometidos por estos es imputable a la sociedad Na&Ma S.L de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal.

Además de determinar la responsabilidad penal de Na&Ma S.L., se analizará también si ésta ha incurrido en responsabilidad tributaria de conformidad con los hechos que integran en caso.

4.3. Fundamentos jurídicos

I. De la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con la entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 se dejó atrás el axioma *societas deliquere non potest*, al ser introducido en el Código Penal un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Éste se sustancia principalmente a través de lo dispuesto en el art. 31 bis (que debe ser puesto en relación con el art. 66 bis sobre aplicación de las penas a las personas jurídicas), en el que se establece que “en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. No obstante, a pesar de circunscribir la responsabilidad de las personas jurídicas a la actuación de sus administradores y subordinados a su cargo, el apartado 2 del mismo artículo se desmarca parcialmente de este presupuesto, al afirmar que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

De este modo, la imputación de la persona jurídica requerirá que, los hechos que pueden dar lugar a la sanción penal se encuentren tipificados expresamente en el Código Penal como ilícitos punitivos, que las actuaciones u omisiones sean realizadas por sus “representantes y administradores de hecho y de derecho” o por los subordinados sometidos a su control y que éstos hayan actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho. Como con buen acierto señala NEILA NEILA, *a sensu contrario* debe interpretarse que “si la actuación u omisión acaecida no ha supuesto un provecho para la sociedad en ningún ámbito, estará exenta de responsabilidad penal. No así, en su caso, la persona física que haya actuado”.⁹⁷ Como

⁹⁷ NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012. pp. 45 y ss.

señalábamos, no todos los delitos pueden ser imputados a una persona jurídica, sino que para ello resulta preceptivo que se encuentre expresamente previsto en el Código.

Puesto que no procede reproducir aquí la lista completa, y que es presupuesto necesario para la imputación de las personas jurídicas que la acción u omisión haya sido cometida por personas físicas, solo citaré aquellos preceptos que habiliten la imputación de personas jurídicas de los delitos cuya comisión ha quedado demostrada en los anteriores apartados. Son los siguientes: trata de seres humanos (art. 177 bis 7 CP), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189 bis CP), blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP) y delitos contra la salud pública (art. 369 bis CP).⁹⁸

Por lo tanto, con excepción del delito de detención ilegal del art. 163 CP, todos los delitos cuya comisión por parte de los administradores o empleados de Na&Ma S.L. ha quedado acreditada en los apartados anteriores pueden, en principio, ser imputados a dicha sociedad. Lo analizaremos detalladamente.

II. Responsabilidad derivada de los delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis y de determinación coactiva a la prostitución del art. 188.1 del Código Penal

El art. 177 bis prevé en el apartado séptimo que “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido [...]”. Por su parte, el art. 189 bis, contempla una serie de penas aplicables a las personas jurídicas cuando éstas sean responsables de los delitos comprendidos en ese capítulo, dedicado a los “delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores” de acuerdo con las reglas del art. 31 bis.

A tenor de los precitados artículos, no cabe duda de que el Código tipifica expresamente la comisión de estos delitos por parte de personas jurídicas y tal y como se ha detallado en el primero de los dictámenes que integran esta obra, los tipos a los que nos referimos han sido cometidos en concepto de coautores (art. 28 CP) por D. Alberto y D. Santiago, ambos administradores de la sociedad, así como por Dña. Tatiana, empleada como gerente o encargada de Plenilunio. Aunque resulte irrelevante al estar ya cumplido el presupuesto exigido por el art. 31 bis de haber sido los hechos cometidos por los administradores de la persona jurídica, debe considerarse también que los empleados de la sociedad, D. Pietro y Dña. Zulaika, camarero y recepcionista respectivamente, en el Club Plenilunio, son considerados partícipes en calidad de cómplices (art. 29 CP) de ambos delitos.

Al respecto del último de los requisitos exigido por el art. 31 bis, esto es, que los delitos fuesen cometidos en “provecho” de la sociedad, no cabe albergar duda alguna al respecto de que así era. Provecho es sinónimo de beneficio, ganancia, ventaja utilidad⁹⁹ y ha quedado patente que una buena parte de los beneficios obtenidos por Na&Ma S.L. provenían del ejercicio ilícito de la prostitución en Plenilunio, un beneficio que se vería notablemente disminuido si las víctimas no fuesen traídas desde el extranjero – Rumanía en este caso- y mantenidas el ejercicio de la prostitución en condiciones cercanas a la esclavitud. Expresamente consta como probado en los hechos que el dinero obtenido en Plenilunio era llevado mensualmente a la sede de Na&Ma S.L. por Dña. Tatiana, haciéndose cargo de éste los socios y administradores de la sociedad, D. Alberto y D. Santiago, por lo que nada puede oponerse al hecho de que la sociedad se lucraba a través del ejercicio de la prostitución en Plenilunio.

⁹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) / DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Navarra, 2013. p. 75.

⁹⁹ NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012. pp. 45

En conclusión, y puesto que se ven cumplidos todos los requisitos necesarios para ello, a la sociedad Na&Ma S.L. deben serle imputados en calidad de autora como persona jurídica los delitos de trata de seres humanos cometidos, de acuerdo con lo previsto en los arts. 177.7 y 31 bis del Código Penal; así como los referidos delitos de prostitución coactiva, también en calidad de autora como persona jurídica, *ex* arts. 189 bis y 31 bis del Código Penal.

III. Responsabilidad derivada de los delitos de blanqueo de capitales del art. 301 y defraudación tributaria del art. 305 del Código Penal

Los arts. 302.2 y 310 bis CP habilitan *ad hoc* la imputación de los delitos de blanqueo de capitales (art. 301 CP) y de defraudación tributaria (art. 305 CP), respectivamente, a personas jurídicas si se dan los requisitos exigidos para ello en el art. 31 bis. Tal y como se determinó anteriormente, D. Alberto y D. Santiago deben ser considerados autores de cuatro delitos de defraudación tributaria del art. 305.1 CP y de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, del que también es cómplice el abogado de la sociedad, D. Xaime.

Conforme queda patente en los hechos, la sociedad Na&Ma S.L. obtuvo un amplio beneficio como consecuencia de no haber abonado a la Hacienda Pública las cuotas tributarias que debía en concepto de Impuesto de Sociedades. Un dinero, al menos parcialmente obtenido, a través del ilícito ejercicio de la prostitución en Plenilunio y que posteriormente era blanqueado a través de otro de los establecimientos de la sociedad, o bien, ocultado en la cuenta que la sociedad tenía en Gibraltar, ambos actos constitutivos de un delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP). De este modo, queda patente que la sociedad obtuvo un beneficio directo por la actuación típica llevada a cabo por sus administradores.

En conclusión, tal y como se ha expuesto, se cumplen todos los requisitos exigidos por el Código Penal para la determinación de la imputación una persona jurídica. Así, la sociedad mercantil Na&Ma S.L. debe ser considerada responsable en concepto de autora como persona jurídica, de acuerdo con lo previsto en los arts. 302.2 y 31 bis del Código Penal, de un delito de blanqueo de capitales y también en concepto de autora como persona jurídica, de cuatro delitos de defraudación tributaria, de conformidad con lo previsto en los arts. 310 bis y 31 bis del Código Penal. No concurre atenuante alguno de los previstos en el art. 31 bis 4 CP.

IV. Responsabilidad derivada de los delitos contra la salud pública de los arts. 368 y 359 CP

El art. 369 bis, en su párrafo tercero, habilita la posible imputación de las personas jurídicas por la comisión de delitos tipificados en los arts. 368 y 369 CP, esto es, el tipo básico y sus agravantes del comúnmente denominado delito de tráfico de drogas. Estos dos son los únicos delitos del Capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública que pueden ser cometidos por personas jurídicas, por lo que ya de inicio debemos excluir la responsabilidad de Na&Ma S.L. de los hechos relacionados con el *popper* y que como se trató en su momento son constitutivos de un delito del art. 359 CP. Al respecto de la *ketamina*, debe recordarse que conforme se dictaminó anteriormente, tan solo D. Pietro puede ser considerado autor de un delito de tráfico de drogas *ex* art. 368 por haber vendido y donado tal sustancia, acción que en un sentido amplio puede subsumirse en la conducta típica de tráfico.

Si bien que los administradores de la sociedad no fueran partícipes en la comisión de tal delito, como tampoco el resto de los empleados de Plenilunio, no excluye en principio la responsabilidad de la sociedad, pues tal y como se dispone en el párrafo segundo del art. 31 bis CP, la persona jurídica puede ser también responsable penalmente por las acciones de sus empleados cuando no se ejerza sobre ellos el debido control¹⁰⁰, debe de tenerse presente que es condición *sine qua non*

¹⁰⁰ Para NEILA NEILA, al respecto de la interpretación de la expresión “debido control” del art. 31.1 bis debe de acudir al concepto civil de “*culpa in vigilando*”, esto es, la responsabilidad por los hechos de los subordinados se

para la imputación de las personas jurídicas que los delitos cometidos por las personas físicas sean en provecho de las mismas.

De conformidad con los hechos, no consta dato ni indicio alguno que constate que D. Pietro cometió el delito que se le imputa en beneficio de la sociedad. Más bien todo lo contrario, puesto que D. Pietro recibió las pastillas de *ketamina* como pago de un servicio, por lo que probablemente la sociedad dejó de ingresar dinero y no consta que el beneficio obtenido con la única venta realizada por éste fuese en provecho de la sociedad.

Así las cosas, no concurren los requisitos exigidos por el art. 31 bis CP para poder considerar a la sociedad Na&Ma S.L. autora de un delito de tráfico de drogas *ex art.* 368 CP.

V. Responsabilidad tributaria derivada del Impuesto sobre Sociedades

De conformidad con los hechos, la sociedad Na&Ma S.L. debería de haber abonado a la Hacienda Pública en concepto de cuota tributaria la cuantía de 119.000 euros, cantidad en 1000 euros inferior a la exigida por el art. 305.1 CP para la comisión de un delito de defraudación tributaria. Puesto que no se incurre en la conducta típica, los hechos podrían ser constitutivos de una infracción tributaria, prevista en los arts. 191 y ss. de la Ley General Tributaria (LGT) en relación con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Según se desprende del art. 136 TRLIS, “los sujetos pasivos del impuesto están obligados a presentar cada año una declaración-liquidación relativa al IS dentro de los veinticinco días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo”.¹⁰¹ Esta declaración-liquidación es la que determina la cuota tributaria a abonar a la Hacienda Pública en los impuesto autoliquidados. Así, de conformidad con el art. 26.1 TRLIS, el período impositivo a efectos del IS coincide con el ejercicio económico de la sociedad, que acostumbra a ser coincidente con el año natural.¹⁰² De esta manera, la infracción tributaria no se materializará hasta seis meses y veinticinco días después del cierre del ejercicio, esto es, en el caso del Ejercicio 2013, hasta el 26 de julio de 2014, fecha que es posterior al momento en el que la Policía es informada por Dña. María de los hechos acaecidos en Plenilunio. No obstante, obviaremos esta circunstancia a efectos de este análisis y partiremos de que la cantidad defraudada no fue declarada en plazo.

Los arts. 179 y 181 LGT determinan qué sujetos pueden ser responsables de las infracciones tributarias, y establecen que podrán ser tanto personas físicas como jurídicas, lo que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 183.1 LGT, donde se define a las infracciones tributarias como “las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley”. Se trata en definitiva del principio de culpabilidad en materia tributaria, que el TC ha venido reiterando desde la STC 76/1990, de 26 de abril.¹⁰³

Por su parte, el art. 191.1 LGT considera infracción tributaria “dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo”¹⁰⁴ y asimismo establece que será leve, grave o muy grave en función de lo previsto en los siguientes apartados del mismo artículo, que

extiende a aquellos que debían vigilarlos y no lo hicieron. *Vid.* NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*. Bosch. Barcelona. 2012. p. 46.

¹⁰¹ PEREZ ROYO, I., “El Impuesto sobre Sociedades (I)”, en PEREZ ROYO, F. (Dir.) et al. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (8ª ed), Tecnos, Madrid, 2014. p. 496.

¹⁰² Puesto que nada se dice al respecto, de ello partimos.

¹⁰³ MARTÍN QUERALT, J. et al, *Curso de derecho financiero y tributario* (25ª ed). Tecnos. Madrid. 2014. p. 539.

¹⁰⁴ El TS ha matizado estos requisitos en Sentencia de 9 de diciembre de 1997, donde dispone que “en supuestos de de autoliquidación impuesta al sujeto pasivo, es lógico exigir que la declaración-liquidación sea tan manifiesta e injustificadamente errónea como para calificarla de inexistente”.

determinan la gravedad de la infracción en función de la base de la sanción, esto es, de acuerdo con el art. 191.1 in fine “la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción”; y de los medios (cuya definición se localiza en el art. 184 LGT) a través de los cuales la infracción ha sido llevada a cabo.

En el caso de la sociedad Na&Ma S.L. ha quedado constatado que no eran declarados una buena parte de los beneficios obtenidos y que otra parte sustancial de las ganancias eran facturadas falsamente a través del restaurante “Luna del Principito”. Esta conducta se corresponde con lo que el art. 184 LGT es denominado “ocultación de datos a la Administración tributaria”, en la que se incurre “cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda tributaria”. Asimismo, a efectos de la graduación de las sanciones previstas en los artículos que lo suceden, el precitado artículo considera “medios fraudulentos”:

- (1) Las anomalías sustanciales en la contabilidad y en los libros o registros establecidos por la normativa tributaria, ya sea por el incumplimiento absoluto de dicha obligación, por la llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad o por la llevanza incorrecta de estos libros o registros.
- (2) El empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados; y
- (3) La utilización de un tercero interpuesto al sujeto infractor con la finalidad de ocultar la titularidad de las ganancias obtenidas por este último.¹⁰⁵

Aunque la oscuridad de los hechos impide tener una imagen clara del *modus operandi* defraudatorio de la sociedad Na&Ma S.L. parece claro que se falseaban facturas, que el dinero defraudado era ocultado en Gibraltar y hay indicios más que suficientes para inferir que la sociedad alteraba la contabilidad o, al menos, llevaba una paralela con el fin de encubrir sus actividades ilegales. Por lo tanto, queda patente que la sociedad incurrió en ocultación de datos a la Administración tributaria y que se sirvió de “medios fraudulentos”, conforme a lo dispuesto en el art. 184 LGT.

De esta manera, Na&Ma S.L. habría cometido la infracción del art. 191.4 LGT en relación con el art. 7 TRLIS, esto es, aquella resultante de no haber ingresado en plazo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, que deberá de calificarse como muy grave por haberse utilizado medios fraudulentos en su comisión.

VI. Responsabilidad tributaria derivada del Impuesto sobre el Valor Añadido

La sociedad podría haber incurrido en otra sanción tributaria en relación al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) como consecuencia de facturar a través del restaurante “Luna del Principito” parte de los beneficios obtenidos en el Club Plenilunio. De conformidad con el art. 91.2. de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA), los servicios de restauración y hostelería y, en general, el suministro de comidas y bebidas no alcohólicas, tributarán al tipo reducido del 10%, a diferencia de los servicios mixtos de hostelería, espectáculos, discotecas o salas de fiesta, que lo harán al tipo general, esto es, el 21% (art. 90 LIVA). De este modo, al haber facturado la sociedad Na&Ma S.L. parte de los beneficios obtenidos en Plenilunio en concepto de comidas, es posible que hubieran tributado al 10% en vez de al 21% que, en principio, debería corresponderle a los servicios prestados en un local de alterne. Si así fuere, nos hallaríamos ante un nuevo supuesto de infracción tributaria o de otro delito de defraudación tributaria del art. 305 CP, en el caso de que el importe defraudado excediere de los 120.000 euros, a partir de los cuales se produce el tipo.

No obstante, la falta de datos acerca de cuestiones tales como el tipo de licencia del local, los servicios que en él eran prestados, por qué concepto eran obtenidas exactamente las ganancias

¹⁰⁵ MARTÍN QUERALT, J., et al, *Curso de derecho financiero y tributario* (25ª ed), Tecnos, Madrid, 2014. p. 552 y ss.

posteriormente facturadas a través del restaurante, y principalmente con qué tipo de IVA eran declarados los beneficios en “Luna del Principito”, hacen imposible realizar un dictamen acerca de esta cuestión más allá de meras elucubraciones absolutamente contrarias a los principios que rigen la potestad sancionatoria administrativa y el Derecho penal.

4.4. Conclusiones

Conforme al art. 31 bis del Código Penal, a la sociedad mercantil Na&Ma S.L. deben serle imputados en calidad de autora como persona jurídica: siete delitos de trata de seres humanos del art. 177.1 bis, uno de ellos agravado por minoría de edad de la víctima [art. 177 bis 4 b)], en relación con el apartado 7 del mismo precepto; ocho delitos de prostitución coactiva del art. 188.1 CP, uno de ellos agravado por minoría de edad de la víctima (art. 188.2), en relación con el art. 189 bis; un delito de blanqueo de capitales del art. 301, en relación con el art. 302.2; y, cuatro delitos de defraudación tributaria del art. 305, en relación con el art. 310 bis. Todos ellos preceptos del Código Penal.

Por otra parte, partiendo de la base de que ulteriormente a la fecha en la que la policía tuvo conocimiento del caso, la sociedad Na&Ma no cumplió con sus obligaciones tributarias, debe ser considerada autora de una infracción tributaria muy grave *ex* art. 191.4 LGT en relación con el art. 7 TRLIS por no haber abonado a la Hacienda Pública la cuantía de 119.000 euros correspondientes al Impuesto sobre Sociedades en el Ejercicio 2013, habiendo utilizado medios fraudulentos en su comisión.

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. Antecedentes de hecho

I.- Na&Ma S.L. se constituye como sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008, con domicilio en C/Real, 21, (A Coruña) siendo inscrita en el Registro Mercantil de esta ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año.

II.- 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.

III.- 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 club Plenilunio y un restaurante llamado Luna del Principito.

5.2. Método de análisis

Partiendo de los hechos expuestos se dictaminará acerca de si la sociedad Na&Ma S.L. puede ser considerada una sociedad nula conforme a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

5.3. Fundamentos Jurídicos

I. Constitución de la sociedad

Con el objeto de determinar si la sociedad Na&Ma S.L. puede ser considerada nula de conformidad con la legislación societaria, deberá acudir al texto legal vigente en el momento de

su constitución que, en este caso, es la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL); en vigor desde el 1 de junio de 1995 hasta el 1 de septiembre de 2010, cuando fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

En los arts. 11 a 15 de la LSRL se exponen los requisitos para la válida constitución de la sociedad de responsabilidad limitada y que pueden ser resumidos del siguiente modo: la escritura de constitución de la sociedad, que se hará a través de escritura pública, deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, quienes deberán asumir la totalidad de las participaciones sociales e incluirá los estatutos de la sociedad. Dicha escritura de constitución deberá ser presentada a inscripción en el Registro Mercantil (RM) del domicilio social, antes de dos meses de la fecha de su otorgamiento.

Puesto que la sociedad Na&Ma S.L. fue inscrita en el RM cumpliendo los mencionados requisitos y, por tanto, obtuvo la calificación favorable del registrador mercantil, presuponemos que no existió defecto formal alguno en su constitución.

II. Nulidad por objeto social

Con el objeto de determinar la nulidad o no de la sociedad por su objeto social, debe acudir a la Ley de Sociedades de Capital pues, como hemos dicho, la LSRL no se encuentra en vigor en la actualidad. El art. 56.1 LSC (que en esencia coincide también con lo dispuesto en el art. 16 LSRL) contiene un listado cerrado (art. 56.2 LSC) que contiene las causas de nulidad de la sociedad, una vez que ésta ha sido inscrita en el RM. Son las siguientes: “a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal. b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores. c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios. d) Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad. e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público. f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social”. A tenor de los datos que integran el caso, en los que nada se dice acerca de la incapacidad de los socios fundadores o de su falta de voluntad en el momento de la constitución de la sociedad, y debiendo descartar las causas de nulidad basadas en defectos formales, pues presuponemos que, de concurrir, habrían sido detectadas en el momento de la inscripción de la sociedad¹⁰⁶, solo nos queda considerar la ilicitud o contrariedad con el orden público del objeto social (letra e) del art. 56.1 LSC).

Dilucidar acerca de esta última circunstancia supone diferenciar dos planos dentro del objeto social: el estrictamente formal, esto es, la descripción contenida en los estatutos sociales u objeto escriturado; y el efectivo y real¹⁰⁷, referido a las actividades que realmente desarrolla la sociedad, independientemente de lo que conste en los estatutos.

En el caso de la sociedad Na&Ma S.L., consta en sus estatutos como objeto social “la gestión de locales de ocio”, lo que desde un punto de vista formal, de ninguna manera puede considerarse ilícito o contrario al orden público. Quizás hubiese sido deseable una mayor precisión, dado lo amplio y abstracto del concepto de “ocio”, pero, en tal caso, resulta absolutamente irrelevante a estos efectos. En cuanto al objeto social real, consta que la sociedad explotaba un restaurante (Luna del Principito) y un club de alterne (Plenilunio), en el que se ejercía la prostitución. Como

¹⁰⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., consideran respecto de las causas de nulidad, que “Dado el sistema de constitución de la sociedad en escritura pública, con intervención de notario, e inscripción en el RM, con la función calificadora del registrador, será excepcional que puedan darse en la práctica, de tal manera que resultará muy difícil en este caso destruir la presunción legal de que el contenido del Registro se considera exacto y válido” en SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil*. Vol. I (36ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2013. p. 418

¹⁰⁷ BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil* (21ª ed), Tecnos, Madrid, 2014. p. 385.

ha sido dicho anteriormente, la prostitución no se trata de una actividad ilegal o contraria al orden público, con independencia de las consideraciones éticas de cada uno, por lo que tampoco se puede hablar aquí de un objeto ilícito. No obstante, como se ha expuesto, en Plenilunio tenían lugar actividades delictivas relacionadas con la prostitución coactiva y la trata de seres humanos, constitutivas de varios delitos tipificados en el Código Penal.

La escasa jurisprudencia al respecto ha resuelto, a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de noviembre de 1990 (Caso Marleasing), que la causa de nulidad de la sociedad del art. 56.1.e) referida a que el objeto social sea ilícito o contrario al orden público, debe entenderse referida al plano estrictamente formal, esto es, al objeto escriturado. Así, en el apartado undécimo de esta sentencia, se dispone lo siguiente: “Según la Comisión, la expresión el objeto de la sociedad debe interpretarse de forma que se refiera exclusivamente al objeto de la sociedad, según la descripción contenida en la escritura de constitución o en los estatutos. De ello se desprende que la declaración de nulidad de una sociedad no puede ser consecuencia de la actividad que realmente desarrolla”. Esta tesis ha sido acogida por nuestra jurisprudencia (SAP Alicante 479/2012, de 22 noviembre)¹⁰⁸, atendiendo a razones de seguridad jurídica de las sociedades en sus relaciones con terceros, puesto que, además, como bien se declara en la precitada sentencia, el Código Penal ya prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para las cuales una de las sanciones previstas es la disolución de la sociedad (art. 33.7.b CP).

5.4. Conclusiones

En base a lo expuesto, Na&Ma S.L. no puede ser considerada nula de conformidad con la legislación societaria, al haber sido constituida conforme a Derecho y por ser su objeto social estatutario lícito y no contrario al orden público. Por lo tanto, no incurre en ninguna de las causas de nulidad de sociedades previstas por la legislación societaria. Ello sin perjuicio de la consideración que merezcan las actividades de esta sociedad en el orden jurisdiccional penal.

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. Antecedentes de hecho

I.- La sociedad Na&Ma S.L. es propietaria de un club de alterne denominado Plenilunio.

6.2. Método de análisis

Conforme a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, se examinará si la sociedad Na&Ma S.L. puede registrar como marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

6.3. Fundamentos jurídicos

I. Legislación aplicable y concepto de marca

Con el objeto de determinar si resultaría posible para la sociedad Na&Ma S.L. el registro como marca de la expresión “Pequeñas Sumisas Ardientes” en la clase 43, deberá de acudir a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM); el texto que contiene la regulación de los signos distintivos de las sociedades, entre los que se incluyen las marcas.

¹⁰⁸ Ratificada por Auto del TS de 14 de enero 2014.

Conforme al art. 4.1 LM la marca es “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa con respecto de las de otras”. Así, para SÁNCHEZ CALERO, “se resalta la función diferenciadora o el carácter distintivo como la circunstancia esencial de toda marca. Por lo que se refiere a los elementos que podrán integrar el signo que se adopte como marca, este podrá ser denominativo (una palabra o combinaciones de palabras), gráfico o emblemático (imágenes, figuras, símbolos y dibujos), integrado por letras o cifras, tridimensional (envoltorios, envases, etc.) y sonoros y mixtos (que supongan cualquier combinación de los anteriormente señalados)”.¹⁰⁹ No obstante, no se trata de un listado cerrado.

Con el objeto de salvaguardar esta función diferenciadora a la que nos referíamos, la Ley de Marcas contiene una serie de prohibiciones, que, desde un punto de vista negativo limitan el concepto de marca. Esto es, podría ser inscrito en el registro llevado por la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante, OEPM) todo signo susceptible de representación gráfica con carácter distintivo, siempre que no incurra en ninguna de las prohibiciones. Éstas podrán ser de carácter absoluto (art. 5 LM) o relativo (arts. 6 y ss. LM). La transcendencia de esta distinción radica en que en el caso de que una marca sea inscrita a pesar de incurrir en una prohibición absoluta, la acción de nulidad sobre esta marca será imprescriptible *ex art.* 51.2 LM. Por el contrario, si la marca es inscrita pese a incurrir en prohibición relativa, la acción de nulidad prescribirá a los 5 años (art. 52.2 LM). Veamos ahora si “Pequeñas Sumisas Ardientes” incurre en alguna de estas prohibiciones.

II. Prohibiciones relativas de la Ley de marcas

Las prohibiciones relativas aparecen recogidas en los arts. 6 a 10 de la Ley de Marcas, y a diferencia de las absolutas, lo que pretenden es evitar el registro de determinados signos que puedan confundirse o sean idénticos a otros registrados¹¹⁰, o que puedan implicar un aprovechamiento indebido de nombres o reputación ajenas¹¹¹, al haber riesgo de confusión entre la marca precedente y la que se pretende registrar¹¹². Como establece el art. 6.2 LM, en el concepto de marca anterior o precedente se comprenderán las marcas registradas en España, las marcas comunitarias, así como las solicitudes de unas y otras y las marcas notorias¹¹³ no registradas. Tal y como resumen BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ “tampoco podrán registrarse como marca los signos idénticos a un nombre comercial anterior, siempre que éste designe actividades idénticas a los productos o servicios para los que se solicita la marca; o los signos que sean idénticos o semejantes a un nombre comercial anterior, cuando por la identidad o similitud en las actividades, pueda inducir a confusión en el público (art. 7 LM)”.¹¹⁴ Asimismo, también constituyen una importante prohibición relativa la existencia previa de marcas y nombres comerciales renombrados¹¹⁵ y notorios.

Por lo tanto, para determinar si “Pequeñas Sumisas Ardientes” incurre en prohibición relativa, lo que impediría su registro como marca, habrá que comprobar si existe alguna marca precedente que pueda confundirse o sea idéntica a ésta, que tal y como indica el art. 15 del Real Decreto 687/2002, de 12 de julio de Reglamento de la Ley de Marcas, se hará de modo electrónico a través

¹⁰⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil. Vol. I* (36ª ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2013. p. 259

¹¹⁰ SSTS de 22 de diciembre 2005 y 26 de enero de 2006, etc.

¹¹¹ SSTS de 21 de febrero 2008, 24 de marzo 2008, etc.

¹¹² SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil. Vol. I* (36ª ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2013. p. 259

¹¹³ Las marcas y nombres comerciales notorios son aquellos que gozan de conocimiento general dentro del sector en el que operan, indiferentemente de que se haya procedido, o no, a su registro.

¹¹⁴ BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de derecho mercantil* (21ª ed). Tecnos. Madrid. 2014. p. 265.

¹¹⁵ Las marcas y nombres comerciales renombrados son aquellos de conocimiento general para el público, indiferentemente de que se haya procedido, o no, a su registro.

del buscador del Registro de Marcas de la OEPM. Esta institución ofrece en su sitio web un localizador de marcas inscritas o con efecto en España¹¹⁶ donde hemos introducido “Pequeñas Sumisas Ardientes” sin que apareciese resultado alguno. De este modo, parece que la marca que se pretende registrar no incurre en prohibición relativa.

III. Prohibiciones absolutas de la Ley de marcas

Por su parte, las prohibiciones absolutas, enumeradas en el art. 5 LM, no se centran en impedir la confusión de la nueva marca con las ya existentes, sino que pretenden evitar el registro de signos sin carácter distintivo y proteger diversos intereses de orden público. Puesto que se trata de un listado bastante extenso, que por razones de espacio evitamos reproducir aquí, vamos a centrarnos en aquellas prohibiciones absolutas en las que podría incurrir “Pequeñas Sumisas Ardientes”. Así, no podrán ser registrados como marca los signos que: “c) se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio; d) se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio; y f) sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

La letra c) del art. 5.1 LM que, como se ha dicho, proscribía la inscripción de los signos actual o potencialmente descriptivos; debe interpretarse conjuntamente, dadas las peculiaridades de la marca que pretende registrarse, con la de la letra d) del art. 5.1., donde se prohíbe que sean registradas como marca, signos o indicaciones utilizados habitualmente en el lenguaje común para designar los productos o servicios que pretenda identificar. Ello pues ambas pretenden evitar el riesgo “de que el signo en cuestión sirva en un futuro para tabicar injustificadamente el mercado y excluir a los competidores del uso de un término que no tiene eficacia distintiva”¹¹⁷ e “identificar el origen comercial empresarial del producto o servicio, para permitir así que el consumidor que adquiere el producto u obtiene el servicio que la marca designa, haga la misma elección al efectuar una adquisición posterior, si la experiencia resulta positiva, o haga otra elección, si resulta negativa”.¹¹⁸ No obstante, si bien el objetivo de ambas prohibiciones es el mismo, no pueden entenderse coincidentes, debiendo valorarse de un modo abstracto la concurrencia de la primera de ellas, centrada en la concurrencia de signos e indicaciones descriptivos; y de un modo concreto la segunda, en relación con los productos o servicios a los que se refiere la marca y con respecto a la percepción que de ellos tiene el público relevante.¹¹⁹

En cuanto a la definición de signos e indicaciones descriptivos, “son aquellos que pueden servir, en el uso normal desde el punto de vista del consumidor, para designar, directamente o mediante la mención de una de sus características esenciales, un producto o un servicio como aquel para el que se solicita el registro”.¹²⁰ Para determinar si una marca tiene o no carácter distintivo, o, por el contrario, estrictamente descriptivo, por una parte debe atenderse a la relación que ésta tenga con los productos o servicios que pretende identificar, y, por otra, a la percepción de estos por parte del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.¹²¹ Cabe señalar que no plantea problema alguno que la marca esté compuesta por

¹¹⁶ Acceso al localizador en: <http://sitadex.oepm.es/Localizador/buscarDenominacion.jsp>

¹¹⁷ Vid. Stc. 879/2010, de 22 de diciembre del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

¹¹⁸ Vid. Stc. de 14 de junio de 2007, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), asunto EUROPIG.

¹¹⁹ Vid. Stc. de 8 de mayo de 2008 TJCE, asunto Eurhypo y Stc. de 22 de junio 2006 TJCE, asunto Storck.

¹²⁰ Vid. Apartado 39 de la Stc. de 20 de septiembre de 2001, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Procter Gamble/OAMI), entre otras.

¹²¹ Vid. apartados 46 y 45 de la Stc. de 12 de febrero de 2004 TJCE, asunto Libertel.

términos descriptivos, siempre y cuando ello no afecte al carácter distintivo (art. 4.1 LM), en los términos vistos.¹²²

En el caso de “Pequeñas Sumisas Ardientes”, en efecto, la denominación propuesta está comprendida por términos que denotan un cierto carácter descriptivo, no obstante, la configuración gramatical escogida no altera el carácter distintivo del signo ni impide a eventuales competidores valerse de alguno o algunos de los elementos gramaticales utilizados para identificar a sus productos. El signo que se pretende registrar está compuesto por tres términos conformantes de una expresión, no descriptiva, si acaso evocativa del servicio o producto que pretende identificar, pero, en todo caso, no puede considerarse comprendida dentro de la prohibición de la letra c) del art. 5 LM, que, recordemos, alude a marcas compuestas exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, etc. Máxime cuando la denominación que nos ocupa no es descriptiva de ningún producto o servicio, menos aún con la exclusividad a la que alude el precepto.¹²³

Cuestión diferente se plantea al respecto de la prohibición de la letra d), puesto que en el ámbito de la prostitución y de los locales de alterne es frecuente la utilización de términos como los que se pretende registrar como marca, en referencia a servicios de compañía, prostitución, pornografía o *striptease*. Basta una simple búsqueda en internet para confirmar esta tesis, que deja patente la habitualidad y lo genéricos que resultan los términos (u otros similares, tales como “calientes”, “jóvenes”, “esclavas”, etc.) que se pretenden registrar como marca para designar servicios de tal clase. De este modo, ante la ausencia de distintividad de la expresión “Pequeñas Sumisas Ardientes” en este contexto, parece probable que el consumidor medio no logre identificar el origen empresarial del producto o servicio, pudiendo confundirlo con el ofrecido por otras empresas o particulares.¹²⁴

En conclusión, aun admitiendo la posible argumentación de otras interpretaciones diferentes dada la subjetividad que plantea el asunto, a mi juicio, la expresión “Pequeñas Sumisas Ardientes” incurre en la prohibición de la letra d) del art. 5.1 LM, de conformidad con los requisitos y criterios jurisprudenciales expuestos. Por lo tanto, no puede ser registrada como marca.

Por otra parte, y aunque ya no resulte relevante puesto que se concluido que no puede ser registrada como marca la expresión que se pretende, la prohibición de la letra f) del art. 5.1. LM, impide el registro de aquellos signos “que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Ya de inicio debe dejarse claro que es la literalidad del propio signo utilizado como marca el que debe contravenir los tres conceptos mencionados, resultando indiferente la ilicitud del uso que se le otorgue posteriormente a la marca, que, en su caso, será objeto de la sanción que resulte procedente, pero que no podrá servir como presupuesto para su nulidad *ex art.* 5 LM.

A efectos de la interpretación del precepto que nos ocupa, por “Ley” deberá de entenderse la totalidad del ordenamiento jurídico vigente en el momento de la inscripción. En cuanto al “orden público”, comprende el conjunto de principios jurídicos, económicos y políticos básicos en los que se sustenta el orden social en un momento determinado, con especial atención a los principios democráticos, la defensa de la dignidad personal y los derechos humanos.¹²⁵ Por su parte, el indeterminado concepto de “buenas costumbres” debe entenderse referido al conjunto de

¹²² Vid. SAP Madrid 182/2008, de 4 de julio.

¹²³ Vid. SAP Madrid 182/2008, de 4 de julio referente al registro de una marca (“garrapiñadas del rey”) que contenía un término descriptivo, que se pronuncia en los siguientes términos: “es posible registrar marca que contenga un término descriptivo, pues la prohibición del art 5. C) se refiere a las marcas que contengan exclusivamente signos descriptivos, no a las que utilicen en su denominación un signo descriptivo con otro que no lo sea, ello sin perjuicio del limitado carácter distintivo que presente la marca, y desde luego de que la misma no pueda impedir la utilización de los mismos elementos descriptivos por otros competidores”.

¹²⁴ En este mismo sentido, *vid.* Stc. de 22 de junio 2006 TJCE, asunto Storck y Stc. 97/2014, de 15 de mayo del Juzgado de los Mercantil de Alicante.

¹²⁵ FJ 4º Stc. Juzgado de lo Mercantil de Alicante 97/2014, de 15 de mayo.

comportamientos cotidianos de las personas honradas en la vida en sociedad, de acuerdo a una determinada moralidad pública en un tiempo concreto.¹²⁶

En España, tanto el ejercicio de la prostitución libre y voluntario, como la tercería locativa (regentar un local donde se ejerce voluntariamente la prostitución) son conductas atípicas, no sancionadas por el ordenamiento jurídico, pues se considera una manifestación de la libertad individual de cada persona. Así las cosas, no parece que “Pequeñas Sumisas Ardientes”, como marca que probablemente sea utilizada en un contexto de prostitución y alterne pueda ser considerada contraria a la ley o al orden público, con independencia de la comisión de algún delito, lo que como hemos dicho, no puede servir como presupuesto para la ilicitud de una marca. Cuestión más subjetiva, si cabe, es la de considerar la marca contraria a las “buenas costumbres”. A mi juicio, partiendo de la hipersexualización de la sociedad actual, donde es frecuente encontrar términos y expresiones como los que se pretende que sean objeto de registro en las secciones de anuncios de los medios de comunicación de mayor difusión, en la red o incluso en la vía pública, considero que debe huirse de juicios moralistas y excesivamente rigurosos.¹²⁷ Por lo tanto, considero que “Pequeñas Sumisas Ardientes” no es contraria a la ley, ni al orden público, ni a las buenas costumbres por lo que no incurre en la prohibición del art. 5.1. f).

IV. Inscripción de la marca en la Clase 43

De conformidad con los arts. 12 LM y 3 del Reglamento de Marcas, en la solicitud de registro de marca, deberá de especificarse la “lista de los productos o servicios para los que se solicita el registro” (art. 12.1. d) LM), de acuerdo con la clasificación del art. 1 del Arreglo de Niza, relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957. Este nomenclátor contiene 45 clases o categorías de productos y servicios, debiendo designarse para la marca una o varias de ellas, en función del ámbito de aplicación que se le pretenda otorgar.

De acuerdo a esta clasificación, la clase 43 está dedicada a “Servicios de restauración (alimentación) y hospedaje temporal” y “comprende principalmente los servicios que consisten en preparar alimentos y bebidas para el consumo, prestados por personas o establecimientos, así como los servicios de alojamiento, albergue y abastecimiento de comidas en hoteles, pensiones u otros establecimientos que proporcionen hospedaje temporal”.

Teniendo en cuenta que la sociedad Na&Ma S.L. gestiona la explotación de un establecimiento dedicado a la restauración (Luna del Principito) y un bar u hotel (Plenilunio), lo cual presuponemos, pues es el régimen legal adoptado por la mayoría de los locales de alterne, la clasificación de la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” en la clase 43 resulta acertada. Ello puesto que es la que mejor identifica y detalla el ámbito de aplicación de la marca, sin perjuicio, de que como hemos concluido, su registro no debería ser autorizado conforme a la Ley de Marcas.

6.4. Conclusiones

La expresión “Pequeñas Sumisas Ardientes” incurre en la prohibición de la letra d) del art. 5.1 LM, de conformidad con los requisitos y criterios jurisprudenciales expuestos. Por lo tanto, no puede ser registrada como marca.

¹²⁶ ZAVALA VELARDE, B., “El Orden Público y las Buenas Costumbres” en *Integración Derecho Civil y Procesal Civil*. Consultable online en: http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2003/Contenido_03.pdf

¹²⁷ Otros signos que podrían considerarse como contrarios a las buenas costumbres han sido aceptadas como marca, lo que demuestra que el concepto debe interpretarse de un modo laxo y adecuado a los tiempos que corren: STSJ de Madrid 1624/2011 (La “Oxtia”), Stc. de 9 de marzo 2012 del Tribunal General de la UE (¡Que bueno ye! HIJOPUTA), donde además se admiten registradas marcas con términos como: “de puta madre”, “reputa”, “cabrón” o “rosso bastardo”.

No obstante lo dicho, en el supuesto de que fuera autorizado su registro, la clasificación en la Clase 43 del art. 1 del Arreglo de Niza, relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, es acertada y conforme a derecho.

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. Antecedentes de hecho

I.- La sociedad Na&Ma S.L. no abonó a la Hacienda Pública las cuotas correspondientes al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2009 a 2013, ambos inclusive.

7.2. Método de análisis

Con arreglo a la Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal, se examinará si la sociedad Na&Ma S.L. ha incurrido en actos constitutivos de competencia desleal y la posibilidad de un competidor ejercite acciones de competencia desleal contra ella.

7.3. Fundamentos jurídicos

I. Sobre la concurrencia de prácticas desleales

La Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), es la norma principal en la determinación y disciplina de la competencia desleal en el mercado y dota de medios efectivos para reprimirla. El art. 2 de esta Ley, establece dos condiciones objetivas para que exista un acto de competencia desleal: que éste tenga lugar en el mercado, esto es, que haya una actuación manifestada públicamente; y que sea con fines concurrenciales. Esto último supone que debe revelarse objetivamente “idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”. Por su parte, el art. 3, establece que la Ley será de aplicación a “empresarios, profesionales y cualesquiera otras personas que participen en el mercado”.

La LCD utiliza una cláusula general para delimitar qué actos pueden ser considerados desleales (art. 4) y, posteriormente, “en los arts. 5 a 18, enuncia un listado de supuestos, relativamente concretos, en los que se describen determinados actos de competencia desleal”¹²⁸ con otros empresarios y con la generalidad de los consumidores. La referida cláusula general “reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Ante lo indeterminado del concepto, el párrafo 2º del art. 4 LCD precisa que “en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

¹²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil. Vol. I* (36ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2013. p. 213.

No obstante, tal y como ha declarado el TS esto no supone que “las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas simplemente por ello como desleales”.¹²⁹

Centrándonos en los hechos que integran el caso, debemos acudir al art. 15.1 de la LCD, que declara desleal “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”. La exégesis de este precepto debe realizarse excluyendo de la referencia a las “leyes”, aquellas normas jurídicas sobre competencia, pues como señala el apartado 2 del mismo artículo, la simple infracción de estas se considerará desleal. Así, debe interpretarse que el art. 15.1 se refiere al resto de normas de Derecho positivo que son relevantes en el ámbito económico. “La deslealtad en estos casos viene dada por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado; como consecuencia de ello se van a establecer importantes diferencias en la situación competitiva de las empresa concurrentes de las que podrá beneficiarse claramente el infractor”.¹³⁰

En el presente caso, ha quedado constatado que la sociedad Na&Ma S.L. infringió en su actuación numerosas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre sociedades, al no declarar una buena parte de sus ingresos, llegando incluso a cometer un delito de defraudación tributaria (art. 305.1 CP). No obstante, la mera infracción legal no basta para considerar desleal el comportamiento de la sociedad¹³¹, puesto que como ha determinado el TS en Sentencia de 24 de junio de 2005 “la mera infracción normativa no constituye por sí sola conducta desleal, ya que se exige que la ventaja competitiva represente efectiva ventaja significativa y al utilizar el artículo el término prevalerse se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada”. Por lo tanto, para que la sociedad incurra en deslealtad en los términos del art. 15.1 LCD, es preciso que se prevalega de la ventaja competitiva obtenida por la infracción de las normas legales¹³², no bastando para ello la simple ampliación de los márgenes de beneficio.¹³³

En conclusión, la sociedad Na&Ma S.L. habría incurrido en deslealtad según lo dispuesto en el art. 15.1 LCD si a través del ahorro de costes que por razones legales estaba obligada a satisfacer, hubiese obtenido una mejor posición competitiva en el mercado bajando los precios u ofreciendo una calidad de servicio inalcanzables para el competidor que cumpla puntalmente con sus obligaciones tributarias. Tal y como ha delimitado la jurisprudencia, la mejor posición competitiva en el mercado debe ser relevante en el ámbito económico¹³⁴ y “se reputará significativa cuando se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor”.¹³⁵

II. Ejercicio de acciones de competencia desleal

Partiendo de la base de que efectivamente Na&Ma S.L. incurrió en prácticas desleales conforme a los términos expuestos, el “competidor dedicado a similar género de comercio” dispone de legitimación tal y como establece el art. 33.1 LCD para ejercitar las acciones previstas en el art. 32.1.1ª a 5ª LCD contra ésta, si sus intereses económicos resultan directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal. Si así fuese, este competidor podría ejercitar ante los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter.2.a) LOPJ): (1) la acción declarativa de deslealtad, para que el juez declare que el acto es constitutivo de competencia desleal; (2) la acción de

¹²⁹ SSTs de 6 de junio de 1997, de 6 de mayo de 2002, etc.

¹³⁰ MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. *et al*, *Lecciones de derecho mercantil. Vol I* (10ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2012. p. 318.

¹³¹ Como tampoco se trata de una sanción general añadida, sino que de acuerdo con la STS de 29 diciembre de 2006, supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación.

¹³² SSTs de 24 de julio de 2007 y de 28 de noviembre de 2003.

¹³³ STS 38/2011, de 16 de febrero.

¹³⁴ SSTs 16 de junio de 2000, 29 de diciembre de 2006, 13 de mayo de 2000, entre otras muchas.

¹³⁵ STS 4186/2005, de 24 de junio de 2005.

cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; (3) la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, tendente a eliminar los actos, situaciones u objetos a través de los cuales se ha producido la competencia desleal; (4) la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; y (5) la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, cuando por parte del agente infractor hubiere intervenido dolo o culpa.¹³⁶

7.4. Conclusiones

Desde la hipótesis de que la sociedad Na&Ma S.L. obtuvo una mejor posición competitiva en el mercado bajando los precios u ofreciendo una calidad de servicio inalcanzables para el competidor que cumpla puntalmente con sus obligaciones tributarias, habría incurrido en una conducta constitutiva de deslealtad, conforme a lo previsto en la Ley de Competencia Desleal. En este caso, un competidor local dedicado a similar género de comercio podría ejercitar contra ella las acciones de competencia desleal en los términos vistos.

8. Cuestiones de naturaleza procesal

8.1. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación?

Tal y como se ha expuesto anteriormente, los hechos que integran el caso que nos ocupa son constitutivos de varios delitos (*vid. supra*) por lo que serán investigados o, lo que es lo mismo, instruidos¹³⁷ y, posteriormente juzgados por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal conforme al art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se establece que “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

Una vez determinada la jurisdicción penal, debe determinarse qué órgano judicial concreto es competente para conocer de un determinado proceso penal. Para determinar la competencia existen tres criterios: el objetivo, que sirve para atribuir el conocimiento del fondo del asunto a un órgano judicial concreto; el funcional, referido a la atribución a un órgano judicial de fases concretas o aspectos parciales de un proceso; y el territorial, que alude a la atribución de la competencia a un órgano jurisdiccional concreto entre los del mismo grado. Dejando de lado la determinación de la competencia objetiva, pues será objeto del siguiente apartado, procede determinar qué órgano judicial será competente para la investigación o instrucción de los hechos.

De conformidad con el art. 87.1.a) LOPJ, “los juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”. Dicho precepto debe ponerse en relación con el art. 14.2 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que establece que será competente “para la instrucción de las causas, el Juez de

¹³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil. Vol. I* (36ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 225.

¹³⁷ Conforme al art. 299 LECrim, la instrucción del sumario comprende “las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.”

Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.”

Por lo tanto, una vez determinada la competencia funcional, que, como hemos visto, recae en los juzgados de instrucción, debe proceder a determinarse la competencia territorial, que, de acuerdo con el precitado art. 14.2 LECrim, recae en el juzgado de instrucción del partido en el que el delito se hubiere cometido. Teniendo en cuenta que los hechos considerados delictivos acaecen en la ciudad de A Coruña, ni siquiera resulta necesario acudir al art. 15 LECrim (dedicado a la determinación de la competencia territorial cuando se desconoce el lugar de comisión de los hechos), por lo que será competente para la investigación el Juzgado de Instrucción de A Coruña de guardia en el momento en que se dio traslado de los hechos al órgano judicial.

8.2. ¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado del posterior proceso?

Determinada la jurisdicción penal y el órgano competente para la instrucción, procede ahora identificar el órgano encargado del conocimiento y decisión sobre el fondo del asunto que nos ocupa (competencia objetiva). Para hacerlo, debemos partir de la base de que conforme a lo dispuesto en el art. 17 LECrim, todos los delitos cometidos en este supuesto han de considerarse conexos, lo que implica que serán comprendidos en un único proceso (art. 300 LECrim).

La competencia objetiva se determina en base a tres criterios: la mayor o menor gravedad del hecho enjuiciado, determinándose en base a la pena establecida para el delito; la naturaleza especial del objeto; y, la cualidad del sujeto que va a ser enjuiciado. Debiendo descartar la concurrencia de los dos últimos criterios, la competencia del órgano que enjuiciará los hechos habrá de dilucidarse en base a la gravedad del hecho enjuiciado. A este respecto, debe acudirse a los apartados 3 y 4 del art. 14 LECrim. El apartado 3 establece que será competente “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 cinco años [...] el juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido”, y por su parte, el apartado 4 proclama competente “para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido [...]”.

Puesto que en el presente caso, ha quedado acreditada la comisión de delitos con una pena privativa de libertad con pena superior a cinco años (por ejemplo, el delito de trata de seres humanos ex art. 177 bis CP tiene una pena en abstracto de entre 5 y 8 años) y teniendo en cuenta que los delitos objeto de enjuiciamiento fueron cometidos en la provincia de A Coruña, finalizada la instrucción, corresponderá continuar con el procedimiento a la Sala de la Audiencia Provincial de A Coruña que resulte competente por turno de reparto.

8.3. ¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?

Desde el 1 de enero de 2007, cuando entra en vigor el Tratado de Adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, Rumanía se incorpora como Estado miembro de la UE, pasando a ser parte de los tratados en que se fundamenta la Unión. El art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la UE fija las bases para la cooperación judicial en materia penal entre los estados miembros y en desarrollo de este precepto se dicta la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la Orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que junto con otras disposiciones de Derecho comunitario sobre cooperación judicial son incorporadas a la legislación española a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En el Título III de esta ley se regula el funcionamiento de la Orden europea de detención y entrega, esto es, conforme al art. 34 de la Ley, “una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de

internamiento en centro de menores.” Por lo tanto, será el procedimiento a través del que pueda ser solicitada la detención en Rumanía de Dña. Romelia.

De conformidad con el art. 35 de la Ley, será competente para, a través de auto, dictar la Orden del tribunal que conozca de la causa –el Juzgado de Instrucción de A Coruña-, con el objeto de “de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo (art. 37 a) de la Ley 23/2014)” siempre que concurren los requisitos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado (art. 39.1 de la Ley 23/2014) y ésta sea solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular (art. 39.3 de la Ley 23/2014).

Para acordar la prisión preventiva o provisional, de acuerdo con el art. 503 LECrim, será necesario: “(1º) que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso; (2º) que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; y, (3º) que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes; c) evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; y evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”.

En conclusión, para poder instar la detención de Dña. Romelia en Rumanía con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales a través de la Orden europea de de detención y entrega, deberá imputársele la comisión de un delito con una pena superior a un año y deberán de cumplirse los requisitos previstos en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder acordar la detención preventiva. Cabe señalar que, de acuerdo al art. 40 de la Ley 23/2014, si se conociese el paradero de Dña. Romelia, la autoridad judicial española podría comunicar directamente a la autoridad judicial competente rumana la ejecución de la orden de detención y entrega. En caso contrario, podrá introducir la descripción de ésta en el *Sistema de Información Schengen*, pudiendo recurrir a la Interpol si esto último no es posible.

8.4. ¿Podrían tomarse medidas contra la sociedad antes de dictarse sentencia?

Debido a la larga extensión temporal de determinados procesos penales, en los que el imputado, ya sea persona física o jurídica, podría sustraerse a la acción de la justicia se hace necesario imponer determinadas medidas antes de la terminación del proceso. Así, las medidas cautelares, que deberán adoptarse a través de resolución judicial motivada, están dirigidas a garantizar los efectos penales y civiles (art. 299 LECrim) del delito, así como la probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia.¹³⁸ Éstas se clasifican en personales, que son aquellas que se dirigen directamente contra el imputado, afectando a sus derechos; y, reales, que pretenden garantizar que la capacidad de responsabilidad pecuniaria del imputado no se modificará en perjuicio de las víctimas.¹³⁹

El régimen jurídico de las medidas cautelares personales sobre las personas jurídicas se encuentra diseminado en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, el art. 544 quáter de la LECrim, establece que cuando se haya procedido a la imputación de una persona

¹³⁸ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal* (4ª ed), Colex, Madrid, 2014. p. 329.

¹³⁹ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., “Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal” en PEREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *et al. Derecho Procesal Penal* (3ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2014. p. 428.

jurídica, previa petición de parte y celebración de vista, podrán imponérsele las medidas cautelares expresamente previstas en el Código Penal. Por lo tanto, el precitado artículo, debe ponerse en relación con el art. 33.7 CP que enumera las penas graves aplicables a las personas jurídicas y en su último párrafo establece que, “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

No obstante, si bien estas medidas cautelares personales son aplicables a todas las personas jurídicas, con independencia del delito cometido, no son las únicas que permite adoptar el Código Penal. Así, el art. 339 CP, localizable en el Título XVI dedicado a “los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente” permite la adopción de “cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados” en ese Título, mencionando expresamente “las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado”. Asimismo, el art. 194 CP que cierra el Título VIII dedicado a los “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, permite al juez decretar la clausura temporal durante un máximo de cinco años de los “establecimientos o locales, abiertos o no al público” utilizados para la comisión de alguno de los delitos previstos en los Capítulos IV (Delitos de exhibicionismo y provocación sexual) y V (Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores) del Título en el que se encuentra.

En cuanto a las medidas cautelares reales, es discutida su aplicación a las personas jurídicas dada la dicción del art. 544 quater de la LECrim, que establece que “las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en el Código Penal”. No obstante, como señala ROMA VALDÉS y la mayoría de la doctrina, la ubicación sistemática de este precepto, dentro de las medidas de carácter personal, indica que la regla de inaplicabilidad a las personas jurídicas debe entenderse remitida estrictamente a las medidas de carácter personal previstas en la legislación procesal y no a las reales. Por lo tanto, son admisibles las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los arts. 589 a 614 de la LECrim, con el fin de garantizar las hipotéticas responsabilidades pecuniarias que puedan resultarle de la sentencia. Como también lo será la anotación preventiva de la demanda al amparo del art. 42 de la Ley Hipotecaria o la inscripción del inicio del procedimiento en el Registro Mercantil.¹⁴⁰ Asimismo, en el ámbito del procedimiento abreviado, en el art. 764 de la LECrim, se efectúa una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyas normas “sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares”, se aplicarán si el Juez o Tribunal decide “adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas”. A través de esta remisión, es posible aplicar en un proceso penal un amplio número de medidas cautelares civiles.

En conclusión, resulta posible adoptar medidas cautelares, tanto personales como reales, contra la sociedad Na&Ma S.L. en los términos vistos.

8.5. ¿Es posible que estén intervenidas las comunicaciones de la sociedad?

El secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas¹⁴¹ está protegido por el apartado 3º del art. 18 de la Constitución Española (CE), donde se determina que para la restricción de este derecho fundamental será necesaria una resolución judicial. El art. 579 de la LECrim completa la disposición constitucional estableciendo lo siguiente:

¹⁴⁰ ROMA VALDÉS, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rasche y Pereira-Menaut Editores, 2012. p. 97.

¹⁴¹ Cabe señalar que no se trata de una lista exhaustiva, debiendo considerarse ampliada la noción o concepto de comunicación a los nuevos medios tecnológicos en el ámbito de las telecomunicaciones (*Vid.* STC 70/2002, STS de 8 de febrero de 1999, STS de 20 de diciembre de 1996, entre otras muchas.)

“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”

A pesar de que ni la CE ni la LECrim mencionan expresamente la intervención de comunicaciones en referencia a las personas jurídicas, la jurisprudencia ha admitido que el secreto de las comunicaciones¹⁴², así como el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴³, también es reconocido a las personas jurídicas.¹⁴⁴ Dicha intervención ha de hacerse cumpliendo unas determinadas condiciones perfiladas por la jurisprudencia (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 197/2009, de 28 de septiembre; etc.) que se pueden resumir en las siguientes: existencia de resolución judicial motivada basada en las sospechas de la comisión de una infracción punible, respeto al principio de proporcionalidad, que la medida tenga una finalidad probatoria y, que en la resolución judicial se concreten las comunicaciones a intervenir, la duración de la medida y las personas que van a ser objeto de intervención.¹⁴⁵ La inobservancia de estos requisitos, conllevaría la nulidad de las pruebas obtenidas por vulneración de los derechos fundamentales (art. 11 LOPJ) y podría dar lugar a la comisión de un delito del art. 536 CP, que castiga al funcionario público, autoridad o agente de éstos que vulnere el secreto de las comunicaciones durante una investigación por delito.

En conclusión, si se cumplen los requisitos expuestos, es perfectamente posible que las comunicaciones de la sociedad Na&Ma estén intervenidas judicialmente

8.6. ¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?

Los arts. 276 a 278 de la LOPJ establecen el marco básico de la cooperación judicial internacional en nuestro país, remitiendo a los convenios internacionales suscritos por España su efectiva realización.

En materia de cooperación judicial penal, los principales convenios a efectos que nos interesan, son el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y el Protocolo Adicional al mismo, de 17 de marzo de 1978; así como el Convenio de Asistencia judicial en materia penal, hecho en Bruselas, el 29 de mayo de 2000 (en adelante Convenio 2000) y su Protocolo adicional, de 16 de octubre de 2001, puesto que su aplicación está estrechamente interrelacionada. Éste último Convenio¹⁴⁶, en el art. 3.2, amplía el ámbito de colaboración en materia penal a los casos en que la responsabilidad por las infracciones corresponda a persona jurídica. Asimismo, el art. 1 del Protocolo al Convenio contempla la “obligación de adoptar las medidas necesarias para que puedan ser cumplimentadas las solicitudes e cooperación judicial que tengan por objeto la determinación de las cuentas bancarias de aquellas personas físicas o

¹⁴² Vid. STC 64/1988, de 12 de abril; Stc. de 25 de junio de 1997, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Amann); Stc. de 18 de mayo 1982, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (A.M.S contra Comisión); SSTS de 20 de febrero de 1995, de 19 de octubre de 1996, de 2 de diciembre de 1997; entre otras.

¹⁴³ Vid. STC 241/1992, de 21 de diciembre; STC 237/2000, de 1 de octubre; 49/1999, de 5 de abril; entre otras.

¹⁴⁴ MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, 1999. p. 273.

¹⁴⁵ RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010. p. 27.

¹⁴⁶ Su entrada en vigor en España fue el 23 de agosto de 2005, exactamente 90 días después de la manifestación de su consentimiento llevada a cabo por el Reino de Bélgica, de conformidad con lo dispuesto en su art. 27.

jurídicas que sean objeto de una investigación penal, siempre que vengan referidas a infracciones castigadas con penas o medidas de seguridad de al menos cuatro años de privación de libertad en el Estado requirente y hasta dos en el Estado requerido”¹⁴⁷, lo que debe ser puesto en relación con el art. 2, que permite expresamente ampliar la solicitud a los detalles de las cuentas bancarias especificadas y las operaciones bancarias realizadas durante un período de tiempo determinado.

De este modo, queda patente que el Convenio 2000 y su Protocolo constituyen el instrumento jurídico idóneo para la investigación de los movimientos de la cuenta gibraltareña de la sociedad Na&Ma S.L. No obstante, tal y como señala el art. 26 del Convenio 2000 (y el art. 12 del Protocolo) “la aplicación del presente Convenio a Gibraltar surtirá efecto en el momento de la ampliación a Gibraltar del Convenio Europeo de Asistencia Judicial.” Este último hecho, a día de hoy, aún no se ha producido, por lo que no podrá solicitarse a las autoridades gibraltareñas directamente la investigación de la cuenta de la sociedad a través del referido instrumento jurídico.

Dicho esto, probablemente la mejor solución para poder investigar los movimientos de la cuenta gibraltareña pase por, haciendo uso del Convenio 2000 en los términos vistos, solicitar a las autoridades competentes de Reino Unido la petición de investigación de la cuenta bancaria, para que éstas las trasladen a Gibraltar. No obstante, en virtud de las razones expuestas, lo más probable es que no sea atendida, dado el gran interés de las autoridades gibraltareñas en mantener el secreto bancario en su territorio.

Debe señalarse que en el caso de que la entidad bancaria en la que se abrió la cuenta operase también en territorio Español, tal y como reafirmó la Sentencia del TJCE de 25 de abril de 2013 en el caso *Jyske Bank Gibraltar* contra España (en aplicación del art. 22 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo), estaría obligada a comunicar a las autoridades judiciales que lo requiriesen la información bancaria necesaria a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales.

En última instancia, cabría también la posibilidad de acudir a los precitados arts. 276 y 278 LOPJ, y enviar una comisión rogatoria internacional¹⁴⁸ a las autoridades gibraltareñas competentes. Este procedimiento, especialmente largo y costoso supondría que el juez de instrucción al Presidente de la Audiencia Nacional, quien a su vez lo trasladará al Ministerio de Justicia, éste al Ministerio de Asuntos Exteriores y éste al Ministerio de Asuntos Exteriores de Gibraltar, que lo tramitará conforme a la legislación gibraltareña. Tal y como demuestra la praxis judicial, los resultados probablemente serán escasos o nulos.

En conclusión, puesto que no existe ningún convenio internacional que obligue a Gibraltar a facilitar a un juez español información relativa a las cuentas bancarias en su territorio, la posibilidad de investigar los movimientos de la cuenta gibraltareña de Na&Ma S.L. dependerá de la voluntad de las autoridades gibraltareñas competentes.

8.7. ¿Cómo se debería articular la representación en juicio de la sociedad?

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a efectos que nos interesan en este apartado, el régimen de citación, comparecencia, imputación, derecho de defensa, representación e intervención en el juicio oral de las personas jurídicas, entre otras cuestiones procesales. En todo aquello que no esté expresamente

¹⁴⁷ PEREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal” en PEREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., et al. *Derecho Procesal Penal* (3ª ed), Thomson Reuters, Navarra, 2014. p. 1152.

¹⁴⁸ La comisión rogatoria es el instrumento mediante el cual la autoridad judicial de un Estado, solicita de la autoridad competente de otro Estado, la práctica dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto procesal.

dispuesto para las personas jurídicas, se seguirán los mismos trámites previstos para el enjuiciamiento de las personas físicas.

De este modo, conforme al art. 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a la citación y comparecencia de la persona jurídica, como es el caso de la sociedad Na&Ma S.L., cuando haya de procederse a su imputación, se practicará con ésta la comparecencia del art. 775 LECrim, si bien, con una serie de particularidades:

“a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.

b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.”

Una vez determinada la imputación de la persona jurídica, se procederá a efectuar la declaración conforme a lo dispuesto en el art. 409 bis LECrim, que establece que “se le tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido por su abogado”, si no comparece se tendrá por celebrado el acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. Continúa este precepto determinando que, “la declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización”. Este procedimiento se realizará siguiendo el mismo procedimiento previsto para las personas físicas en el Capítulo IV del Título V de la LECrim, excepto en lo incompatible con la especial naturaleza de la persona jurídica, quien, a través de la actuación de su especial representante, tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Si tras la imputación, se decidiera la apertura del juicio oral, en su celebración, tal y como dispone el art. 786 bis de la LECrim, la persona jurídica “podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados”. Dicha persona, que “podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba”, excepto que haya sido designada como testigo, estará amparada por el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto de juicio. No obstante, debe tenerse en cuenta el apartado dos del mismo artículo, donde se establece que en caso de incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación, se celebrará igualmente la vista, con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

En definitiva, la representación en juicio de la sociedad se llevará a cabo por un representante procesal, el procurador de los tribunales; un representante legal, el abogado de la sociedad y, si la sociedad así lo designa por un representante voluntario, cuya presencia no es imprescindible en el juicio oral.

Bibliografía citada

- VIVES ANTÓN, T., et al. *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.) et al. *Comentarios al Código Penal Español* (6ª ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial* (16ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (6ª ed.), Colex, Madrid, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (2ª ed.), Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal* (4ª ed.), Colex, Madrid, 2014.
- ROMA VALDÉS, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Rasche y Pereira-Menaut Editores, 2012.
- PEREZ ROYO, F. (Dir.) et al. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial* (8ª ed), Tecnos, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa* (4ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Bosch, Barcelona, 2011.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. (Dir.) / FABRA VALLS, M. *Régimen Jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de derecho mercantil. Vol. I* (36ª ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil* (21ª ed.), Tecnos, Madrid, 2014.
- MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. et al. *Lecciones de derecho mercantil. Vol. I* (10ª ed.), Thomson Reuters, Navarra. 2012.
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., et al. *Derecho Procesal Penal* (3ª ed.), Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- MARTÍN QUERALT, J. et al. *Curso de derecho financiero y tributario* (25ª ed.), Tecnos, Madrid, 2014.
- NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012.

Bibliografía consultada

- CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) et al. *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VELAZQUEZ BARÓN, A. *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*. Bosch, Barcelona, 2001.
- SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ C. (Coord.), *Manual de derecho penal. Parte especial. Tomo II (6ª ed.)*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- DE TOLEDO Y UBIETO, E. O. (Dir. y Coord.) et al. *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) / DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- MENENDEZ, A. / ROJO, A. (Dir.) et al. *Lecciones de Derecho Mercantil. Vol. I (10ª ed.)*, Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- DARNACULLETA i GARDELLA, M. M., *La competencia desleal*, Iustel, Madrid, 2007.
- LEMA DEVESA, C. (Dir.) / PATIÑO ALVES, B. (Coord.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*, Bosch, Barcelona, 2012.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F. / DOLZ LAGO, M. J., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores (3ª ed.)*, La Ley, Madrid, 2013.