

TRABAJO DE FIN DE GRADO:

Grado en Derecho

TRÁFICO DE DROGAS, TRATA DE BLANCAS Y DELITO SOCIETARIO

F e r n a n d o M a n u e l G a r c í a S a l a s

Diciembre 2015

Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en A.D.E.

Alumno: Fernando M. García Salas

47366098-J

Tutor: Óscar Vergara Lacalle

Universidade da Coruña (UDC)

ÍNDICE

ABREVIATURAS	I
SUPUESTO/ ANTECEDENTES DE HECHO	II

CUESTIONES PENALES GENERALES

1) Dictamen sobre responsabilidades penales relacionadas con la determinación a la prostitución.....	1
2) Dictamen sobre responsabilidades penales por la posesión de sustancias tóxicas que causan grave daño a la salud.....	9

CUESTIONES TRIBUTARIAS Y PENALES SOBRE LA PERSONA JURÍDICA

3 y 4) Dictamen sobre responsabilidades penales por la gestión de las ganancias de un local de negocio y sobre las responsabilidades tributarias y/o penales de una S.L.....	15
--	----

CUESTIONES MERCANTILES

5) Dictamen sobre la declaración de nulidad de una sociedad limitada.....	26
6) Dictamen sobre el registro de la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes”	28
7) Dictamen sobre las acciones de competencia desleal por el impago del Impuesto sobre Sociedades.....	30

CUESTIONES PROCESALES

8) Dictamen sobre:	
8.1) Competencia judicial.....	33
8.2) Detención de un procesado en Rumanía.....	36
8.3) Medidas cautelares contra la sociedad durante el juicio.....	38
8.4) Intervención de las comunicaciones de la sociedad.....	39
8.5) Fiscalización de los movimientos de una cuenta bancaria gibraltareña.....	42
8.6) Representación en juicio de una persona jurídica.....	45

DISPOSICIONES GENERALES	47
--------------------------------------	-----------

JURISPRUDENCIA	48
-----------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	49
---------------------------	-----------

REFERENCIAS WEB	50
------------------------------	-----------

I- ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
EP	Establecimiento Permanente
HP	Hacienda Pública
IS	Impuesto sobre Sociedades
JP	Juzgado de lo Penal
LGT	Ley General Tributaria
LM	Ley de Marcas
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LCD	Ley de Competencia Desleal
OMS	Organización Mundial de la Salud
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
PGC	Plan General Contable
PF	Persona Física
PJ	Persona/Personalidad Jurídica
RAE	Real Academia de la lengua Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TS	Tribunal Supremo
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo para la Prevención de Blanqueo de Capitales
UE	Unión Europea

II- SUPUESTO/ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pasaportes de todas las mujeres, incluyendo el de Nicoara, en el que consta claramente su fecha de nacimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La gran mayoría del dinero proveniente de “Plenilunio” no era declarado a la Hacienda Pública: en su lugar Tatiana lo llevaba en metálico una vez al mes a la sede de

Na&Ma,S.L. y se lo entregaba en mano a ambos socios, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Otra parte sustancial de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante “Luna del Principito”.

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

Ejercicio 2009: 156.000 euros

Ejercicio 2010: 161.000 euros

Ejercicio 2011: 170.000 euros

Ejercicio 2012: 125.000 euros

Ejercicio 2013: 119.000 euros

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

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

I- Hechos

Primero

El día 13 de mayo de 2014 la policía tuvo constancia de los hechos. En el club Plenilunio habían sido retenidas ocho rumanas, siendo obligadas a prostituirse. Tenían guardados sus pasaportes y a través de ellos, podía verse que una de ellas era menor de edad.

Segundo

En un libro registro perteneciente a Tatiana, aparece la fecha de llegada al local de todas las mujeres. Todas, excepto Maria D., habían llegado desde Rumanía entre 2012 y 2014. Maria D. sin embargo llegó primero, el 29 de marzo de 2010 tras haber aceptado una engañosa oferta de trabajo hecha por Romelia, la sobrina de Tatiana, cuando ambas se encontraron en Rumanía. La oferta incluía el viaje en autobús incluido con destino a Coruña.

Tatiana recogió y llevó a Maria D. al club donde le desveló que iba a ejercer la prostitución. Debía devolver su deuda contraída con la empresa Na&Ma,S.L. dueña del local, por el viaje a A Coruña, para lo cual se ve obligada a prostituirse durante más de cuatro años.

Las chicas tenían terminantemente prohibido salir del local fuera del horario de trabajo sin ir acompañada del camarero Pietro. Cada noche el primer servicio sexual sería para los responsables del club y como resultado de realizar más de un servicio podría quedarse la mitad, lo cual nunca llegó a ocurrir.

II- Fundamentos de derecho

Primero.- De los delitos relativos a la trata de seres humanos

i) Responsabilidades penales de Tatiana

Tatiana, presuntamente gestiona o regenta el local de alterne “Plenilunio”. Se encarga también de captar a las chicas que posteriormente se prostituirán en el club, utilizando a su sobrina Romelia para ello. En el caso de Maria D., le ofrece un trabajo a través de Romelia, supuestamente como limpiadora del local sito en A Coruña. Se trata de un engaño por el que Maria D., habría sido captada para la prostitución a finales de marzo del año 2010.

Parece bastante previsible que Tatiana haya podido cometer varios delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, cuyas víctimas sean estas chicas rumanas. Respecto al primero de estos supuestos delitos, al analizarlo según el orden en que ocurren los hechos, a primera vista, puede parecer que Maria D., es víctima de un delito de trata de seres humanos, sin embargo, si estudiamos la normativa penal con rigurosidad, a la luz de los hechos de este caso particular, veremos que es si cabe más previsible su encaje como delito de “trata ilegal de personas” con fines de explotación

sexual. Si así fuese, estaríamos ante el tipo penal, que persigue al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España u otro país de la Unión Europea.

Para resolver esta cuestión, es de suma importancia el siguiente dato, que el tráfico de Maria, D. se produjo con anterioridad al cambio normativo de 23 de diciembre del 2010. Esto es realmente relevante, porque para resolverlo debemos determinar la norma penal aplicable en cada momento, la cual depende a su vez de la fecha de consumación de cada supuesto delito.

Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, entre los que se encuentran tanto el actualmente vigente delito de trata de seres humanos que se expondrá más adelante, como también el delito de tráfico ilegal de personas, son delitos de consumación anticipada, por lo que no admiten modalidades imperfectas, (SERRANO PIEDECASAS, 2002, pp. 332).

El delito de tráfico ilegal de personas es un delito, que se comete con la mera promoción o actividad de ayuda para que se produzca ese tráfico, sin necesidad de que exista “un perjuicio efectivo o peligro concreto para la víctima. Tampoco será necesario que el sujeto pasivo “haya efectivamente entrado en territorio español” ni si se produce o no finalmente la situación de explotación sexual, siempre y cuando ésta se haya pretendido por el sujeto activo.

De haber realizado Tatiana alguna de las acciones típicas ya en marzo de 2010, habría consumado el supuesto delito. De este modo, parece razonable defender que los hechos son definitivamente subsumibles dentro del presupuesto de la inmigración clandestina o trata ilegal de personas, contenido en el art. 318 bis CP de vigente en ese determinado momento, el CP de 1995. A este delito se le aplicaría una pena agravada, si tiene como finalidad o propósito la explotación sexual de estas personas, como es el caso.

Al analizar la verdadera naturaleza jurídico-penal de los hechos, el “supuesto” delito de trata ilegal de personas, no se materializa como tal, al ser Maria D., de nacionalidad rumana y en consecuencia ciudadana de la UE. Queda excluida como sujeto pasivo de la trata ilegal de personas y simplifica bastante el análisis jurídico del caso. La clave está en que Maria D., disfruta de libertad de movimiento dentro de la UE desde el 1 de enero de 2007 con la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE y por tanto ya no podrá ser calificado de trata “ilegal” de personas.

La libre circulación de personas, servicios y capitales, se encuentra regulada en el art. 45 TFUE, sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE. Todo ello, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Este precepto establece la libertad “de responder a ofertas efectivas de trabajo”, de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros”, “de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo” y “de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo”.

Queda claro pues, que la ley penal aplicable es la que esta en vigor en el momento en que se consuman los hechos típicos, que luego habrán de encajar en el presupuesto de hecho del delito de trata “ilegal”. Para el caso de María D., nacional rumana, el Código Penal, no persigue el “tráfico” de ciudadanos de la UE dentro del espacio Schengen. Las implicaciones son claras, esta conducta de Tatiana, es atípica al no ajustarse al presupuesto de hecho del tipo penal. Esto ha sido confirmado por

reiterada jurisprudencia STS 605/2007 de 26 de junio, STS de 14 de febrero de 2008 y en particular STS 29 de mayo de 2007. Estas sentencias afirman que la libre circulación neutraliza al tipo penal de inmigración clandestina o trata ilegal de personas, vigente hasta el cambio del CP en el 2010. Por ello, ya no cabrá subsumir los hechos cuyos sujetos pasivos sean ciudadanos de la UE en el tipo penal que describe la inmigración clandestina o la trata ilegal de personas, pues en tal caso ni será ilegal ni clandestina, en tanto que ciudadanos de la UE.

Sólo a personas que se desplacen a España por motivos distintos al de trabajar por cuenta ajena, se les podría aplicar el delito de trata ilegal de personas art. 318 bis CP. No será aplicable a los ciudadanos rumanos que se limiten a ejercitar una de las libertades constitutivas de la UE, la libre circulación de personas.

“Para ellos, siendo su entrada en territorio español libre, por no estar sometida a condición o requisito administrativo alguno, la inmigración no podrá ser considerada clandestina.” y “consecuentemente, las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de nacionales rumanos en España, desde la entrada de Rumanía en la Unión Europea, son conductas atípicas”, STS 605/2007 de 26 junio.

“Las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318 bis CP desde el 1 de enero de 2007, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumanía a la Unión Europea”, SAP de Badajoz 106/2014 de 10 abril.

En relación con las otras chicas, tanto sujetos pasivos como víctimas, es importante recalcar que el Código Penal ha sufrido importante cambio a tenor de la L.O. 5/2010, la cual será aplicable para delitos consumados entre el 23 de diciembre 2010 y el 1 de Julio de 2015. Se comienza a castigar por separado la conducta delictiva de tráfico ilegal de personas y el delito de trata de seres humanos, apareciendo, este último contenido en el art. 177 bis CP.

Por tanto, este nuevo precepto penal, ya independiente, el art. 177 bis.1.b) CP, castiga al que participe en la trata de personas con destino a España, y valiéndose de engaño o abusando de su situación de necesidad o vulnerabilidad, capte, transporte, traslade, acoja, reciba o aloje a la víctima para su explotación sexual, sin importar ya, la nacionalidad la víctima ni si es titular o no de la libre circulación de personas a través de la UE. La pena de prisión de la trata de seres humanos art. 177 bis CP, será castigada con pena de 5 a 8 años. El bien jurídico protegido es “la integridad moral”, (BENITEZ ORTÚZAR, 2011, p. 227).

Es preciso aclarar, que no serán de aplicación estas modificaciones del CP para la captación de Maria D., para explotarla sexualmente, ya que la captación y transporte por Tatiana y su sobrina, tuvo lugar antes del cambio normativo. Esta impunidad, se debe a razones de legalidad penal, por la prohibición de retroactividad desfavorable al reo de las leyes penales, por la que se impide castigar acciones u omisiones que no estaban previstas como delito por ley anterior a su perpetración.

Quedan por tanto excluidos del tipo penal estos hechos, como se expuso anteriormente, son atípicos en el momento de su comisión aunque la ley posterior sí los considerará típicos por en el 177 bis CP. Esto queda garantizado además, por el art. 25 CE según el cual, “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”

Avanzando en la resolución del caso, queda confirmado pues, que por el art. 177 bis CP, el resto de las chicas fueron sujetos pasivos del delito de trata de seres humanos, al haber sido captadas y por tanto el delito consumado entre los años 2012 y 2014 con fines de explotación sexual. Serán siete supuestos delitos de trata de seres humanos consumados con posterioridad al 23 diciembre 2010. De nuevo, se trata de una consumación anticipada, ocurre desde que se comete el hecho típico, siendo este momento el que determina la ley aplicable. Ésta, será la ley vigente en ese instante, el CP o L.O. 5/2010, de 22 de junio. El Juez o Tribunal aplicará el art. 177 bis CP que regula la trata de seres humanos. Ya no será aplicable art. 318 bis.2 CP a este supuesto ni será relevante la condición o no de ciudadano de la UE o si tienen libre movilidad entre los Estados miembros.

Reiterada jurisprudencia confirma la protección por separado de cada uno de los bienes jurídicos vinculados con el fenómeno de la emigración, en la nueva regulación, STS 298/2015 de 13 mayo, y en particular la STS 385/2012 de 10 de mayo. Estos bienes jurídicos se solapan parcialmente, ya que en todos se ve afectada la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito, aunque en diferente grado, siendo la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, la que se ve claramente más críticamente afectada, luego, el preexistente delito de inmigración ilegal art. 318 bis CP y finalmente como la menos afectada, la emigración económica de trabajadores extranjeros art. 313 CP.

En el caso de estudio, el uso del engaño es clave para la captación de las chicas, utilizando para ello falsas promesas de contrato de trabajo. Estos hechos tienen claramente la finalidad de conseguir la explotación sexual de las chicas. Esto lo interpreta así la fiscalía, que a partir de la Circular 5/2011 del MF sobre los criterios para la unidad de actuación especializada en materia de extranjería e inmigración, y en consonancia con las STS 1588/2001 de 17 septiembre, la STS 1905/2001 de 5 diciembre, la STS 1367/2004 de 29 noviembre y la STS 1257/2005 de 31 octubre, que entienden que: “El engaño equivale a fraude o maquinación fraudulenta, comprendiendo cualquier tipo de señuelo que, según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima. Ello se puede lograr a través de múltiples mecanismos de la más variada naturaleza: normalmente el medio más utilizado es la proposición ficticia de ofertas de trabajo o la contratación simulada”.

Debe entenderse que, existe en Tatiana una clara intención y dolo en la trata de seres humanos, cuando captó, transportó, trasladó, acogió, o recibió, aposentando a las víctimas de la trata en el local de destino donde se produjo finalmente la explotación sexual. Como seis de esas víctimas son mayores de edad en el momento de consumación del delito, Tatiana será calificada de coautora de siete delitos del art. 177 bis CP con penas de 5 a 8 años, teniendo en cuenta que es probable un concurso medial con el delito de determinación a la prostitución, lo que atenuará significativamente estas penas en su conjunto.

Hay que precisar además que, como dice el art. 177 bis.3 CP, aunque las chicas, hayan aceptado voluntariamente ejercer la prostitución, tanto tras la modificación del 2015 como en la legislación penal precedente, “el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante el consentimiento cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados”, en este caso con engaño que aparecía en el 177 bis.1 CP, la pena será la misma.

En el caso de Nicoara, por ser una víctima menor de edad, será calificado igualmente como delito de trata de seres humanos aun cuando como dice el art. 177 bis.

2 CP, no recurra a ninguno de los medios como la “violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. Por ello, Tatiana es coautora del tipo penal del art. 177 bis.4 b) imponiéndole la pena superior en grado, por ser menor de edad o quizás por poner en peligro su integridad física.

Finalmente, cuando el culpable, en este caso Tatiana, perteneciera a una organización o grupo criminal, que se dedicase a la realización de tales actividades, se impondría igualmente la pena superior en grado.

ii) Responsabilidades penales de Romelia

Todo lo anteriormente expuesto en relación con Tatiana, será igualmente aplicable a la conducta de Romelia al ofrecer un trabajo, y comprar el billete de autobús captando a Maria D., ya que pese a promover, favorecer o facilitar su tráfico supuestamente “ilegal” con destino a España para explotarla sexualmente, no será ilegal por tratarse de una conducta atípica en marzo del 2010, por ser Maria D., una persona de nacionalidad rumana, y por tanto titular del derecho a la libertad de movimientos dentro de la UE.

En relación con las otras siete víctimas, supuestamente Romelia también les llegó a ofrecer valiéndose de engaño, o abusando de su situación de vulnerabilidad, un trabajo falso y les compró el billete de autobús desde Rumanía hasta España y por ello las captó, transportó o trasladó, pudiendo ser imputada por haber incurrido en varios delito de trata de seres humanos.

Por un lado, puede plantearse la posibilidad de que no existiese dolo en el engaño, si creía fehacientemente que estaba ofreciendo un trabajo de limpieza en el restaurante de su tía Tatiana, no habrá en ese caso, responsabilidad penal alguna por los delitos del art. 177 bis CP o L.O. 5/2010 de trata de seres humanos.

Por otro lado, de existir dolo en el engaño para conseguir la captación o transporte propios de la trata de seres humanos, de seis víctimas mayores de edad, será coautora de seis delitos del art. 177 bis CP, con penas de 5 a 8 años cada uno.

Además, al ser una víctima menor de edad, Nicoara, aun cuando, como dice el art. 177 bis. 2 CP, no recurra a ninguno de los medios como el engaño, será igualmente delito de trata de seres humanos. Siendo coautora de otro delito de trata de seres humanos del art. 177 bis.4 b) con pena en su mitad superior.

iii) Responsabilidad de los socios

Serán, en todo caso, inductores o promotores de siete delitos de trata de seres humanos, si existía dolo por su parte, lo cual ha de probarse fehacientemente en juicio. Al no quedar demostrado que sean administradores de hecho ni de derecho, suponemos que Tatiana es la administradora tanto de hecho y de derecho. Y cuando dice Tatiana que se limita a cumplir instrucciones de sus jefes, los socios Alberto M. y Santiago N., ha de entenderse que son sus jefes en tanto que propietarios de las participaciones sociales. Salvo que se demuestre que intervienen en la administración de la sociedad, en la que Santiago es socio mayoritario contando con el 51% del capital social, no podrán ser imputados de este ni de ningún otro delito salvo por inducir a cometerlos.

iv) Responsabilidad de la sociedad Na&Ma, S.L.

La sociedad en tanto que ente con personalidad jurídica, y potencial penalmente responsable por el art. 31 bis CP, de la trata de seres humanos, como así lo establece el art. 177 bis CP, en su apartado 7. Como su administradora de hecho comete siete delitos de trata de seres humanos, por ello a la sociedad se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido por estos hechos. Y los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas o medidas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP.

Segundo.- De los delitos relativos a la determinación a la prostitución

Las ocho chicas que eran obligadas a ejercer la prostitución, para devolver la deuda contraída con la sociedad por los gastos del viaje hasta A Coruña, se mantuvieron en la prostitución durante varios años.

Es previsible que se trate de concursos mediales y/o ideales, entre tres delitos, en el caso de las siete chicas, no incluyendo Maria D., ya que no concurre como explicábamos la trata de seres humanos.

Estos tres delitos, son el delito de trata de seres humanos, el de determinación a la prostitución, y el de retenciones ilegales. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual, como defiende la STS 53/2014 de 4 de febrero, “constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, la cual materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial...la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos hallamos ante un delito instrumento y un delito fin”. Estableciéndose claramente la existencia de concurso medial entre trata de seres humanos y determinación a la prostitución de menor de edad, SAP Valladolid 80/2015 de 27 de marzo.

La determinación a la prostitución de los mayores de edad o a mantenerlas en ella, usando engaño, abuso de situación de superioridad o abusando de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima, aparece regulado por el art. 188.1CP de la L.O. 5/2010 de 22 de junio, vigente entre el 23 de diciembre 2010 y el 1 de Julio de 2015, establece penas de prisión de 2 a 4 años, agravadas por el art. 188.4.b) pertenencia a una organización criminal.

En caso en que la víctima sea menor de edad se agravará la pena, siendo de 4 a 6 años, por iniciar o mantener a menores de edad en la prostitución art. 188.2. CP. Teniendo en cuenta que el art. 187 CP castigará al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución también de menores de edad, pero sin necesidad de mediar engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad, con penas de 1 a 5 años.

Finalmente, en el caso del sujeto pasivo del delito Maria D., que también aplicable al resto de chicas, si se demostrase que existen unas circunstancias de peligrosidad similar, por el art. 188.4.c) CP, se impondrán las penas en su mitad superior, “cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”. Esto será en el caso de obligar a la/s chica/s a tener sexo sin preservativo, pudiendo contraer enfermedades de transmisión sexual que pongan al menos en peligro, la salud de la víctima.

i) Responsabilidades penales de Tatiana

Será presumiblemente coautora art. 28 CP, de siete delitos de determinación a la prostitución art. 188.1 CP y uno agravado relativo a una menor por el art. 188.2 CP, agravadas las penas, en su mitad superior a su vez por pertenencia a organización criminal.

Más aún teniendo en cuenta la declaración de Tatiana sobre que “las mujeres eran en todo momento conscientes de que venían a España a ejercer la prostitución y de que tenían que abonar con su trabajo el viaje desde Rumanía”, ya que se valía de su situación de vulnerabilidad, reteniendo sus pasaportes, de su desconocimiento del idioma y a su vez estaban retenidas ilegalmente en el local.

ii) Responsabilidades penales de Romelia

En principio será responsable de los delitos de determinación da la prostitución, al apreciarse su condición de cómplice, art. 29 CP, por la ejecución de actos anteriores a los delitos.

iii) Responsabilidades de Pietro

Pietro será coautor, art. 28 CP, de siete delitos determinación a la prostitución art. 188.1 CP y uno agravado relativo a una menor por el art. 188.2 CP. En todo caso en su mitad superior por pertenencia a organización criminal.

iv) Responsabilidades de Zulaika

Cómplice de siete delitos de determinación a la prostitución uno por cada chica mayor de edad del art. 188.1 CP y uno de prostitución de menores del art. 188.2 CP ya que cooperan en la ejecución controlando la entrada de hombres al local y guardar en depósito el dinero que éstos entregaban sin lo cual no se habría efectuado el tipo penal. Responsabilidad con pena agravada por pertenencia a organización criminal.

v) Responsabilidades de los socios

Potenciales inductores o promotores de los delitos, si se demuestra dolo y conocimiento de las actividades llevadas a cabo por el club. Ya que el CP no reconoce ningún otro tipo de responsabilidad penal para los socios, partícipes o accionistas de una sociedad.

La responsabilidad se centrará en el administrador ya sea de hecho y/o de derecho y la pena será agravada por pertenecer a una organización criminal.

vi) Responsabilidades de la sociedad Na&Ma, S.L.

Por el art. 31 bis CP, que posibilita la responsabilidad penal a la PJ, será castigada por el delito relativo a la prostitución de la menor Nicoara, con la pena previstas en el art. 189 bis CP ya que forma con de la serie de delitos imputables a la persona jurídica, “numerus clausus”.

Tercero.– De los delitos de detención ilegal

Las chicas que se prostituían en el “Plenilunio”, tenían terminantemente prohibido salir del local fuera del horario de trabajo sin estar acompañadas del “camarero” Pietro. Esto son indicios claros de que estaban sometidas muy probablemente a detenciones ilegales. Se trata de un delito cuya regulación no ha variado en la última modificación del Código Penal, art. 163.1 CP. Castiga al que detenga a otro “privándole de su libertad”, con una pena de prisión de 4 a 6 años, en su mitad superior además por el art. 165 CP, si es menor de edad.

Este tipo delictivo protege la libertad ambulatoria de la persona esto es, la que le permite elegir por sí misma, su situación en el espacio físico.

Las chicas, más que encerradas estaban “detenidas”, privadas de la facultad de alejarse en un espacio abierto, siendo necesaria una mínima continuidad temporal para que exista detención. Es un delito de efectos permanentes, dura todo el tiempo que subsista la privación de libertad, STS 1342/2004 de 18 noviembre. Es por tanto posible, que intervengan más coautores con posterioridad, una vez que ya haya nacido el delito, esto es, si existe acuerdo desde el principio, o ya como partícipes en caso de existir cooperación necesaria o complicidad.

Finalmente, se aplicará la pena superior en grado, 163.3 CP, si la detención dura más de 15 días, lo cual ocurre en este caso, estando algunas retenidas más de un año y si el secuestro se lleva a cabo exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años, art. 164 CP.

La prohibición del “non bis in idem” hace que el art. 188.1 CP “absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria” propias de la determinación a la prostitución, simplemente habrá “una constricción psíquica” para el mantenimiento en el ejercicio de la prostitución, aprovechando la situación de necesidad de las víctimas del delito del art. 188 CP, STS 2205/2002 de 30 enero, así como también las ya citadas STS 1588/2001 de 17 de septiembre y STS 1047/2006 de 9 octubre.

Sin embargo, continúa la jurisprudencia, esa absorción no ocurrirá “cuando las manifestaciones de la restricción deambulatoria, excedan del campo propio de lo funcionalmente adecuado para el mantenimiento en la prostitución”, estando entonces la víctima “efectivamente privada de libertad” desenmascarándose la realidad del delito de detención ilegal del art. 163 CP.

En el supuesto de estudio, sin duda se supera la mera restricción deambulatoria mínima necesaria, siendo excesiva para poder hablar de coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la prostitución, concurriendo definitivamente, el delito de detenciones ilegales con entidad propia.

Habrá concurso medial con los otros delitos previamente analizados, especialmente con la determinación a la prostitución, ya que la detención ilegal debería sancionarse acumuladamente como indica la citada jurisprudencia, cuando se alcanza una situación privación física de internamiento forzado, en que la víctima no pueda salir por sí misma, superando los hechos por si mismos, al delito de determinación a la prostitución.

Esto ocurría cuando no se les permitía a las chicas salir salvo en ocasiones puntuales, acompañadas de Pietro, entre otros casos, para comprar lencería.

Pese a ser controlada constantemente, Maria D. consigue escapar, tan pronto como cesa la vigilancia de sus captores. Queda pues demostrado que lo que realmente existía, se puede calificar de internamiento forzado, como lo demuestran las rejas que bloqueaban las habitaciones de las chicas.

i) Responsabilidades penales de Tatiana

Será coautora responsable de ocho delitos de detención ilegal, con las correspondientes penas superiores en grado tanto por durar más de 15 días, art. 163.3 CP, como por ser una de las víctimas menor de edad, art. 165 CP. Todo ello, modulado a través de los concursos medial o ideal.

ii) Responsabilidades penales de Romelia

No tiene vinculación ni responsabilidad penal por las detenciones ilegales.

iii) Responsabilidades de Pietro

Coautor de ocho delitos de detención ilegal 163.1 CP, castigado con la pena de prisión de 5 a 8 años por durar la detención más de quince días según lo establecido por el 163.3 CP y una en su mitad superior por ser menor de edad 165 CP, en concurso medial o ideal.

iv) Responsabilidades de Zulaika

Quizás cómplice de los ocho delitos de detención ilegal del art. 163 CP por cooperar con actos simultáneos, pero es dudoso.

v) Responsabilidades de los socios

Pueden ser cómplices, inductores o promotores de estos ocho delitos de detención ilegal, pero ha de probarse ya que no realizan ninguna acción en particular para detenerlas ni privarlas de su libertad.

v) Responsabilidades de la sociedad

No existe responsabilidad penal de la PJ en el ámbito de las detecciones ilegales.

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 del club Plenilunio.

I. Hechos

Primero

En un armario del club bajo llave al que solo tenía acceso Pietro, descubren 7 gramos de pastillas de hidrocloreto de ketamina.

Pietro explica como un cliente, no teniendo dinero suficiente para sufragar un servicio sexual le entregó como “pago en especie” dichas pastillas y que, en ocasiones, con algunas de las chicas, si así se lo pedían, las consumía en el local. Pietro reconoce que en una ocasión vendió una de esas pastillas a un cliente.

Segundo

En el mismo armario pequeño, descubren 17 frascos pequeños de “popper” etiquetados bajo el nombre “Orgasmus” y “Liquid Gold” que contienen nitrito de amilo, un excitante sexual que Pietro adquiere a través de internet en una tienda polaca, para vendérsela a los clientes que lo soliciten.

II.– Fundamentos de Derecho

Primero.– Del tráfico de drogas

El Código Penal deja impune el mero consumo de drogas, especialmente en privado, sin embargo considera infracción administrativa grave la tolerancia del consumo o del tráfico en locales o establecimientos abiertos al público.

El concepto de droga tóxica en el ordenamiento penal español, esta vinculado a su inclusión de sustancias en las listas anexas a los Convenios internacionales firmados por España como el Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988 que forma parte del Derecho interno español por haber sido promovido a través del art. 96.1 CE.

El bien jurídico protegido, o al menos así lo entiende la mayor parte de la doctrina es la salud pública. Estamos ante “un bien jurídico difuso que da lugar a tipos de peligro abstracto” (SUÁREZ-MIRA/PIÑOL/JUDEL, 2011, p. 428).

Del mismo modo, el TS entiende que la finalidad del legislador no es tanto evitar daños en la salud individual de una persona sino “impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad, por el deterioro que puede causar en la población” y por ello “todo acto de tráfico con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido”, STS 714/2005 de 15 de marzo y STS 409/2013 de 21 mayo.

Es suficiente con una sola venta o incluso, una donación, para que se considere penalmente relevante, y encaje en una de las conductas típica del art. 368 CP, STS 154/2004 de 13 de febrero. De esta manera, la venta de una reducida cantidad de droga, por tratarse de una conducta que provoca la difusión del consumo de drogas tóxicas, en tanto que manifestación individual de un comportamiento que, aunque solo tienen carácter marginal, se considerará también peligroso para la vigencia de la norma porque acumulativamente llegaría a poner en peligro real la salud de muchas personas, si se produce su generalización.

La figura penal básica que sanciona el tráfico de drogas tóxicas, o cualquier otro acto, entre ellos promocionar, favorecer o facilitar e incluso el consumo ilegal, de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, art. 368 CP. Para ello, es necesario que como expresa la STS 833/1996 de 11 de noviembre, se cumplan varias condiciones:

Primera, que ocurra algún elemento objetivo del tipo, esto es, cualquier forma de tráfico, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento de estas sustancias.

Segunda, que el objeto material de esa conducta sea una sustancia recogida en las listas de los Convenios suscritos por España.

Tercero, que el elemento subjetivo se dedique a traficar con ella, esto se inferirá de las circunstancias que rodean al hecho y a la persona.

La “ketamina” está catalogada como una de las “sustancias que causan grave daño a la salud”, SAP de Ciudad Real 23/2015 de 22 octubre, por hallarse incluidas en

la lista I Convención única sobre Estupefacientes de 1961 así como en la lista IV del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización. Esta sustancia, fue incluida en el citado anexo, por el Ministerio de Sanidad y Política Social, a través de la Orden SAS/2712/2010 de 13 de octubre, relativa a la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Si los hechos de que fuese objeto material la “ketamina”, hubiesen ocurrido antes del 13 de octubre del 2010, fecha en que comenzó a ser un producto sometido a control o fiscalización, no habría podido ser perseguido el tráfico de esa sustancia, STS 429/2014 de 21 de mayo. Sin embargo, a partir de esa fecha de inclusión, tanto el “hidrocloruro de ketamina”, como sus variantes estereoquímicas, racematos y sales, les será “de aplicación las medidas de control y sanciones penales previstas para las sustancias que integran dicha lista de control”.

Particularmente, al pasar a tener esa consideración de “sustancia que causa grave daño a la salud”, según la STS 631/2010 del 7 de Julio y la STS 208/2014 de de 10 de Marzo, comienza a tener carácter de peligrosa, no tanto por ser una sustancia adictiva sino por causar un “grave daño” tal como lo establece la jurisprudencia y no así los convenios, que no establecen una distinción clara entre daño grave y no grave. Esta última es la calificación que da la jurisprudencia al “canabis” entre otras sustancias.

Una vez expuesto lo anterior, se debe concluir que el tipo penal aplicable para el tráfico de esta sustancia es como adelantábamos el del art. 368 CP. Este precepto regula el tipo penal contra la salud pública de aquellas personas que ejecuten actos de tráfico para “favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines” y castiga estas prácticas con penas de prisión en abstracto de 3 a 6 años.

En atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado. Pudiendo ser considerada “escasa entidad” según la STS 1071/2011 de 11 octubre, el caso de tráfico de drogas en que se disponía de 7,21 gramos de “ketamina” repartidos en 18 bolsitas termoselladas valorado en sede de la AP por un total de 36,05€. Sin embargo, por tener lugar los hechos en “establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados”, art. 369.3 CP, podrá aplicarse la pena superior en grado.

Queda descartado sin embargo, la posibilidad de que se trate de una cantidad de notoria importancia, STS 208/2014 de 10 de Marzo, que sería aquella compuesta por 500 dosis de “ketamina”, equivalente a unos 200 mgs, único caso que justificaría la aplicación del subtipo agravado, art. 369.5 CP.

Finalmente, el que Pietro sea el único que tiene el dominio funcional de sobre la droga, por ser el único que tiene llave del armario, pone en evidencia, a tenor de las STS 1165/1998 de 13 diciembre, STS 219/2012 de 22 marzo y STS 56/2009 de 3 febrero. que es suficiente con que tenga dominio sobre la droga en la distancia, que haga de “servidor de la posesión” no tiene porque estar en posesión material directa de la droga, no siendo necesario el contacto físico directo, para ser calificado como sujeto activo del delito de tráfico de drogas.

Será suficiente con que la droga esté sujeta a la voluntad del sujeto, ya sea en el armario o en manos de otra persona, pudiendo disponer de ella a su voluntad, al tener dominio sobre ella, es su poseedor a todos los efectos, incluido a efectos de la responsabilidad penal.

Segundo.- De las sustancias nocivas para la salud

El nitrito de amilo (amyl nitrite), según el glosario de términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “una sustancia inhalada volátil, un irritante para la mucosa respiratoria y un potente vasodilatador que se utiliza en medicina para aliviar el dolor de la angina de pecho y el cólico biliar”. Sin embargo, con otros usos, es conocida en el argot como “popper”, y en ciertos ambientes, se consume antes de conseguir el orgasmo para potenciar y prolongar el placer sexual.

La búsqueda de la sustancia, en las listas de estupefacientes y psicotrópicos contenidas dentro de la legislación española incluidos los Convenios internacionales suscritos por España, resulta del todo infructuosa. Entre ellos, ni el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, ni su correspondiente normativa de desarrollo, los cuales fiscalizan más de cien sustancias clasificadas de mayor a menor peligrosidad, hacen referencia al nitrito de amilo u homólogos.

Debe concluirse pues, que no estamos en este caso, ante hechos típicos o circunstancias propias de un delito de tráfico de drogas tóxicas del art. 368 CP. Llega a las mismas conclusiones, el Auto TS 2258/2009 de 13 julio en un caso con cierta similitud con respecto al supuesto analizado. Esta resolución judicial, confirma que “los botes conteniendo un líquido consistente en nitrito de “isobutilo” (conocido como popper)”, pese a tener efectos euforizantes y vasodilatadores, no está sometido a fiscalización, esto es, no es perseguido por el tipo penal del art. 368 CP, al no estar categorizado como droga tóxica.

En el mismo sentido, la Auto AP de Sevilla 792/2010 de 24 noviembre, afirma que a pesar de que “la comercialización en España de estimulantes como los ‘poppers’ está prohibida debido, a los riesgos que conlleva para la salud pública”, de nuevo “no están sometidos a fiscalización”. Se puede concluir que queda confirmado que traficar con esta sustancia, no será subsumible en el tipo penal del art. 368 CP, “por ausencia del objeto material del delito, constituido por las drogas tóxicas”.

El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en fecha 12 de enero de 2006, dictaminó que el consumo del nitrito de amilo por vía inhalatoria produce “estimulación y vasodilatación”, “produce una fuerte sensación de euforia, de ligereza, desinhibición sexual”, sin embargo enseguida estos efectos dan paso a “depresión y agotamiento”. Esta institución considera que el “popper” es utilizado fundamentalmente por sus consecuencias vasodilatadoras “durante el acto sexual”.

Además, los “efectos adversos” que provoca son entre otros el “enrojecimiento de la cara y cuello, cefalea, náuseas y vómitos, taquicardia e hipotensión”. El “popper” crea tolerancia y una considerable dependencia física, lo cual sumado a la corta duración de sus efectos, es considerado una droga peligrosa, “con un elevado riesgo de intoxicación por sobredosis”.

En este mismo sentido, a dosis tóxicas “pueden causar metahemoglobinemia (coloración azulada mucosas) y producen vasodilatación generalizada (enrojecimiento de la piel y mucosas, cefalea, hipotensión y taquicardia, náuseas”. También explica, que ha habido casos de “convulsiones, euforia, aumento de la presión intercraneal, letargia, vértigos, lenguaje incoherente, tendencia al sueño, aumento del deseo sexual”, “hay erección y dilatación del esfínter anal y depresión severa” y “en algunos casos han provocado la muerte por colapso circulatorio”, STS 129/2013 de 20 de febrero.

Es importante observar una serie de indicios que pueden aclarar en cierta medida, por qué no se trata de un medicamento autorizado, una posibilidad es el etiquetado del

envase de los “poppers”, que en el supuesto de estudio, está rotulado como “orgasmus” y “liquid gold”. Debe hacerse alusión en este punto, que la Subdirección General de Sanidad Ambiental y Salud Laboral, perteneciente al Ministerio de Sanidad y Consumo, explica a través de su web, bajo qué circunstancias considera un etiquetado de productos de este tipo, en particular aquellos para uso médico, debe considerarse deficiente.

Para el caso particular de un producto homólogo “nitrito de isobutilo”, en su consulta web “número 16”, esta institución del Ministerio de Sanidad, confirma que se trataría de un etiquetado deficiente y por tanto no apto para medicamentos. Al no incluir la información obligatoria en castellano, “supone una infracción de importancia, puesto que de ella se deriva el buen uso del producto”, igualmente si “no respeta la información obligatoria en lo relativo a las frases de riesgo y el anagrama de la calavera”, pues “su catalogación legal será deficiente, ya que se trata de un producto peligroso” y finalmente como parece ser el caso “si la concentración de Nitrito es mayor del 0,1%, el producto en cuestión no es un producto de consumo, sino un producto de uso profesional” que requerirá por tanto autorización.

Esto se ve confirmado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en su informe del 16 de junio de 2009, de acuerdo con la Ley 29/2006 sobre garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, cuando defiende que los “poppers”, son medicamentos de comercialización no autorizada por ellos. Sólo los medicamentos autorizados por esta institución pueden importarse, por lo que en caso contrario, se desconocerá la calidad de sus ingredientes y donde han sido fabricados, no pudiendo garantizar su calidad, seguridad, así como la eficacia de su uso.

Por todo lo anterior, el delito del art. 359 CP, es “un delito de riesgo abstracto o potencial, de resultado cortado o anticipado, que protege la salud pública o de la colectividad”, STS 1207/2004 de 11 de octubre. Con todo, para estar seguros de que estamos ante este delito, deben cumplirse los siguientes requisitos:

Primero, que se produzca el despacho, suministro o comercio en general de sustancias nocivas para la salud pública.

Segundo, que el autor del delito no se halle autorizado debidamente.

Tercero, que la conducta sea intencional, dolosa, conociendo y queriendo dicha actividad.

Se debe entender por lo tanto que, en caso de despachar, suministrar o comerciar con estos frascos pequeños de nitrito de amilo, en consecuencia, es previsible incurrir en responsabilidades propias del delito contra la salud pública del art. 359 CP, que castiga al que, sin autorización, “elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos” por el cual, las penas de prisión en abstracto serán de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

III.- Conclusiones

i) Responsabilidades penales de Tatiana

Teniendo en cuenta que no existen pruebas que impliquen directamente a Tatiana en las prácticas relacionadas con las sustancias descritas en el supuesto, es previsible que no haya participado ni en el tráfico de “ketamina”, ni ha comerciado con “poppers”. La clave para poder afirmar esto, es que no ha tenido acceso al armario, es

de suponer que no sabía de su existencia. Sí que podría en cambio, ser objeto de una sanción administrativa por tolerar su consumo en el establecimiento público que dirige.

Ella lleva a cabo su tareas y trabaja principalmente en su oficina, que supuestamente está al margen de lo que pasa en el local. En todo caso, podría llegar a imputársele delito de tráfico de drogas, en caso de estar utilizando a Pietro como “servidor de la posesión” y éste realizase las venta de sustancias en su nombre o al menos en su beneficio o el de los socios de Na&Ma, S. L.

ii) Responsabilidades penales de Zulaika

Zulaika trabaja en la oficina que servía de recepción, por ello es la recepcionista, que se dedica a controlar la entrada de hombres al local y es la depositaria del dinero recibido por los pagos de los clientes por los servicios sexuales de las chicas.

Al finalizar cada noche le entrega todo el dinero a Tatiana. En el único caso en que podría tener algún tipo de responsabilidad penal, si facilitase el consumo ilegal de drogas tóxicas, por ser la intermediaria entre los clientes y Pietro realizando los cobros a clientes, si estos incluyesen algún pago de la droga. Sin embargo, ha de entenderse que en principio no tendrá ningún tipo de responsabilidades en éste ámbito, ya que no queda vinculada en principio con las sustancias de Pietro.

iii) Responsabilidades penales de Pietro

En relación a la “ketamina”, es probable que Pietro sea imputado como autor por ser penalmente responsable de un delito contra la salud pública basado en el tráfico de “ketamina”, considerada droga tóxica que causa grave daño a la salud, tipificado y penado en el art. 368 CP.

Pese a ser escasa la cantidad, basta con que ocurra esa sola vez. Concorre además la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por traficar en un establecimiento abierto al público, donde facilita y promueve el consumo entre las chicas, siendo una conducta claramente penalmente típica. Cuando recibe como pago “en especie” pastillas de “ketamina” y cuando las vende a un cliente, está traficando con ketamina. Esto permitirá a su vez que se le impute el delito del art. 369 bis CP por pertenencia a organización delictiva, lo cual parece a simple vista, un tanto desproporcionado, debido a la escasa cantidad. También es posible que se proyecte esa responsabilidad penal sobre la sociedad con PJ, a través del art. 31 bis CP y el 359 CP.

En relación a los “poppers” o nitritos de alquilo volátiles, como no forman parte de las sustancias incluidas en las listas internacionales sobre drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, por el principio de especialidad del Derecho penal, al no tratarse tampoco de medicamentos, y al tratarse ya residualmente de un producto químico nocivo por causar grave daño a la salud, cuando Pietro despache o suministre estas sustancias no autorizadas, sea responsable del delito contra la salud pública del art. 359 CP.

3 y 4.– 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 y 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.

I.– Hechos

Primero

El día 13 de mayo de 2014, la policía tiene conocimiento de los hechos.

La gran mayoría del dinero proveniente del club Plenilunio no era declarado a la Hacienda Pública. En caso de haber declarado las cuantías, la sociedad Na&Ma, S.L. habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes cuotas tributarias:

Ejercicio 2009: 156.000 €

Ejercicio 2010: 161.000 €

Ejercicio 2011: 170.000 €

Ejercicio 2012: 125.000 €

Ejercicio 2013: 119.000 €

Segundo

Tatiana llevaba el dinero del club 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.

Tercero

Otra parte sustancial de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el mencionado restaurante Luna del Principito.

Cuarto

La idea de desviar todas estas cantidades defraudadas a una cuenta bancaria abierta en Gibraltar el 1 de febrero de 2008 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.

II.– Fundamentos de Derecho

Primero.– De la infracción y el delito contra la Hacienda Pública

Para ser considerado por Hacienda (HP), como contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (IS), es necesario acudir al Texto Refundido Ley del Impuesto sobre Sociedades, TRLIS o RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, el cual estuvo vigente hasta el 1 de Enero de 2015.

Debe entenderse, que la sociedad Na&Ma, S.L. es contribuyente del IS por el art. 7.1 TRLIS, que define los sujetos pasivos del impuesto, como las PJ que tengan su residencia en territorio español, esto, completado con el art. 8.1 TRLIS, se deduce que

estas serán las entidades que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas o que tengan su domicilio social en territorio español o que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

Además por el art. 136 TRLIS, los sujetos pasivos estarán obligados a presentar y suscribir una declaración por este impuesto, en el plazo de los 25 días naturales siguientes, a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo. Generalmente el período impositivo de una sociedad termina el 31 de diciembre, por ser el año fiscal igual al año natural. Supondremos que ese es el caso de la sociedad a examen, Na&Ma, S.L. Por ello, si la declaración por el IS se ha presentado antes del 26 de julio de cada año, el período de prescripción de un supuesto delito o infracción tributaria se computará desde ese mismo momento.

Es importante, ver como en el supuesto, la no declaración de las cuantías expuestas, será considerada en un principio, infracción tributaria grave por el art. 191 LGT o Ley 58/2003 de 17 de diciembre. Resulta llamativo, que no sea calificada de muy grave, pero esto es así ya que no ha utilizado medios fraudulentos del tipo “sociedades pantalla”, creadas específicamente con claras finalidades defraudatorias.

Todo lo anterior, se complementa con el contenido del delito contra la HP del art. 305 CP, “cuando el importe no ingresado de las retenciones exceda de 120.000 €, nos encontramos ante una conducta constitutiva de delito, un delito consumado”, SAP de Madrid 505/2011 de 12 julio.

Se consumará el delito cuando, como en el caso de análisis antes del día 26 de julio el obligado tributario, se “presente su declaración correspondiente” del Impuesto sobre Sociedades (IS) “sin incluir las cantidades percibidas realmente”. Esta sentencia, considera asimismo que existe una relación clara entre el delito contra la HP y el blanqueo de capitales, por lo que tendrá consecuencias en cuanto a la conexidad en el juicio.

Sin embargo hay doctrina que considera que las circunstancias relativas al delito contra la HP por defraudación de IS, hacen que este delito se consume “cuando el sujeto realiza el ingreso de la deuda por la cantidad señalada en la previa y falsa declaración de la base imponible” (AYALA GÓMEZ, 2009, pp.102).

Existen las siguientes dos posibilidades en relación con las cuotas del supuesto:

- i) Infracción Tributaria o Sanción administrativa de la Hacienda Pública.
- ii) Defraudación Tributaria o Delito contra la Hacienda Pública

i) La Infracción Tributaria

Esta infracción que tiene carácter administrativo, se encuentra regulada en el art. 191 LGT. Es una conducta sancionable cuando el obligado tributario deja de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo, de la totalidad o parte de la deuda tributaria, que debiera quedar cuantificada con la correcta autoliquidación del tributo.

Este ilícito administrativo, se define por oposición con el Delito contra HP, en el caso en que la cuota no declarada en un ejercicio fiscal sea inferior a 120.000€, siendo castigado por consiguiente en vía administrativa, STS de 25 de abril de 2002.

El primer paso para que se califiquen los hechos como infracción, se llevará a cabo a través de la cuantificación de la deuda tributaria. Uno de las causas por las que no se cuantifica correctamente la cuota íntegra del impuesto, es la ocultación de bases imponibles positivas por parte del contribuyente, esto es, no computar rentas y rendimientos existentes en el ejercicio.

La ocultación de datos a Hacienda, se considera que tiene lugar por el legislador a través del art. 184.2 LGT, cuando no se presenta la declaración o se presentan declaraciones en “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”, si a partir de lo cual, la deuda resultante de esta ocultación es mayor que el 10 % de la base de la sanción.

El TS, confirma en su STS 30 de octubre de 2001, que los Tribunales no se sentirán vinculados por esta cuantificación del perjuicio calculado por Hacienda, y podrán acreditarlo en el proceso judicial si así lo consideran conveniente.

El siguiente paso para conformar la infracción, es calificar la deuda de leve, grave o muy grave, para determinar la sanción aplicable a ese caso particular. El art. 191.3 LGT, entiende que una infracción tributaria será grave cualquiera que sea la cuantía de la base de la sanción, cuando se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados, sin llegar a ser medios fraudulentos, y gracias a ello, se hayan dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieran debido retener inferiores al 50% del importe de la base de la sanción. En tal caso, la sanción por infracción grave será multa monetaria proporcional, del 50 al 100%.

Si la HP considera que la infracción puede constituir el delito contra ella del art. 305 CP, se lo hará saber a la jurisdicción competente y “remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme”. En el mismo sentido, el art. 32 del Reglamento de Régimen Sancionador Tributario o RD 2063/2004 de 15 de octubre, estipula que, cuando HP considere que la conducta del obligado tributario puede ser constitutiva del delito contra ella contenido en el art. 305 CP, “se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido”, actuando del mismo modo cuando tenga conocimiento sobre el desarrollo simultáneo de “un proceso penal sobre esos mismos hechos”.

Una vez que exista una sentencia condenatoria, ya no será posible imponer sanción administrativa, art. 180.1 LGT o Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

ii) Delito contra la Hacienda Pública

Este delito también llamado defraudación tributaria, o tradicionalmente el “delito fiscal”, castiga al obligado tributario que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública (HP) “eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma”, si la cuota defraudada excede el límite de cuantía 120000€, art. 305.1 CP. El sujeto pasivo es la HP estatal, autonómica, foral o local (MARÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2015, p.517). En tal caso, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía. Debe tenerse en cuenta la existencia del subtipo agravado art. 305 bis CP, que castiga la defraudación

que se lleva a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, con pena de prisión de 2 a 6 años.

Defraudar, en este contexto, significa para la doctrina mayoritaria “una ocultación de datos que sea idónea para imposibilitar o dificultar la liquidación del tributo” así como existe “la posibilidad de la defraudación por omisión”, (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2011, p.528), (BRANDARIZ GARCÍA, 2012, p.511) o (AYALA GÓMEZ, 2009, p.103).

Y para gran parte de la jurisprudencia, es un perjuicio patrimonial para Hacienda que debería ser abarcado por el dolo del autor, STS de 2 de mayo 2005, y STS de 6 de noviembre de 2006, aunque entienden que, bastaría la ocultación o falsificación de los fundamentos o presupuestos del hecho imponible para defraudar, ya que esto implicará de por sí, un perjuicio patrimonial para HP y la perturbación de su actividad recaudatoria para cubrir las necesidades públicas.

En el caso a examen, los socios son los que presumiblemente han generado las facturas falsas para blanquear dinero en concepto de comidas en su restaurante “Luna del Principito”, y debe entenderse por la STS 18 de febrero del 2001, que aunque no concurra la acción típica en el sujeto que suministra las facturas falsificadas para posteriormente conseguir la desgravación fraudulenta, podría ser inductor o cooperador necesario del delito de defraudación contra la HP.

La conducta de defraudación, implica un engaño que produce una lesión de más de 120.000 € en el patrimonio de Hacienda. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2015, p.518). Incluso en el caso de ganancias obtenidas ilícitamente, estas estarán también sujetas a tributación y su impago puede dar lugar a delito fiscal como indica la STS de 21 de diciembre de 1999. Con todo, para que se considere la existencia de delito contra la HP del art. 305 CP en el seno de una empresa por incumplir el ingreso de las cuotas por el IS, la SAP de Huelva 96/2015 de 21 mayo, exige una serie de requisitos:

1) Que exista una conducta típica, realizada por acción u omisión para eludir el pago de tributo, de cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener.

2) Que exista carácter claramente defraudatorio, engaño, infringiendo su deber de verdad, tergiversar o manipule los elementos que conforman las bases impositivas para pagar menos, o aun conociendo su obligación de declarar por el art. 31 CE, art 35 LGT, o arts de la TRLIS, no lo haga.

3) Que provoque un determinado resultado lesivo para Hacienda, superando la cuantía de 120.000 € como cuota defraudada.

Ha de suponerse que las cuotas tributarias que conforman el supuesto de hecho son las legalmente definidas por el art. 56 LGT para la determinación de la cuota íntegra y 58.1 LGT sobre la deuda tributaria. Al tratarse el IS de un tributo periódico o de declaración periódica, según el art. 305.2 CP, se estará a lo defraudado en cada período impositivo, esto es, se referirá a la deuda tributaria de un periodo de declaración de año completo según el periodo impositivo, en este caso suponemos equivalente al año natural. Sólo siendo aplicable el delito continuado y por tanto la acumulación de cuotas de periodos impositivos diferentes, cuando estas, en total sean inferiores a 12 meses. SAP Madrid de 8 de julio 1999.

Ante la posibilidad de que el delito o la infracción administrativa estén prescritos, es preciso hacer un inciso en este punto, relación con el plazo y cómputo de esa prescripción.

Para el caso del delito fiscal o contra la HP, la prescripción se computa desde el día en que se haya cometido la infracción punible, y según el art. 132.2 CP, esta se interrumpirá “cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito”.

En la infracción administrativa tributaria por el contrario, el art. 67 LGT sitúa el inicio del cómputo del plazo de prescripción, “el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación”. El art 66 LGT que regula los plazos de prescripción, establece que prescribirá la infracción a los cuatro años tanto, el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación como, el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas o derivadas de una autoliquidación.

Existen dos puntos de vista claramente enfrentados y discrepancias tanto doctrinales como jurisdiccionales, se trata de una cuestión clave esta de la de la prescripción fiscal:

Por un lado, aquella jurisprudencia minoritaria por la cual “el plazo de prescripción del delito fiscal es de cinco años”, diferente al de la prescripción administrativa que es de cuatro años, STS 5811/2013 de 24 de octubre. Prueba de ello es que el TS confirma que “la prescripción en vía administrativa es independiente de la prescripción en vía penal, lo que supone que el delito contra la Hacienda Pública está sujeto a un plazo de prescripción de 5 años”.

En sentido contrario, la mayoría de la doctrina y parte de la jurisprudencia, entiende aplicable para la prescripción del delito fiscal el plazo de 4 años y no el de 5 años que establece el art. 131 CP, SAP de Palencia 16/2003 de 18 diciembre. Todo ello, aun sabiendo que el plazo de prescripción del delito fiscal, como el de todos los delitos, lo establece el CP y no la LGT.

Continúa esta sentencia diciendo que, el delito fiscal del art. 305 CP, cuyo origen sea la declaración fraudulenta del IS del año fiscal, “eludiendo con ello el pago de una deuda tributaria, delito que se cometió o consumó cuando concluyó, el plazo de ingreso voluntario, plazo que es de 6 meses desde que se devengó el impuesto correspondiente al ejercicio tributario” (añadiendo la coetilla más los 25 días hábiles siguientes) y “que concluyó por tanto el siguiente día hábil inmediato al 30 de junio, es decir, el delito se cometió el 1 de julio”, (añadiendo de nuevo los 25 días hábiles como indica el art. 136 TRLIS), ya que esta sentencia hacía referencia a la legislación un año anterior al cambio normativo del IS que introducía estos 25 días de margen de maniobra para el obligado tributario.

El plazo de prescripción del delito fiscal será de 5 años ya que nada impide “que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa” y que tampoco la prescripción administrativa puede convertir una conducta delictiva en atípica sobrevenidamente porque “la tipicidad debe referirse al momento en que se realiza la acción u omisión típica” y cuando es constitutiva de delito, corresponde al Juez o Tribunal determinar la deuda tributaria “sin perjuicio de valerse para ello de informes y dictámenes de los servicios de inspección”, STS de 26 de julio de 1999, STS de 30 de octubre de 2001 y STS de 28 de noviembre de 2003.

En síntesis, por seguridad jurídica, no se deberá entender prescrito el delito contra la HP del año fiscal 2009 hasta no haber transcurrido cinco años desde el 26 de julio del 2010, por tanto el 26 de julio de 2015 se entenderá totalmente prescrito y no prescritos los relativos a las ejercicios fiscales 2010-2012.

Segundo.– De los delitos societarios

Los hechos descritos en el supuesto analizado, no hacen referencia concreta a la llevanza de la contabilidad o de las cuentas anuales, pero ha de mencionarse el posible delito societario del art. 290 CP en que pueden incurrir los administradores de la sociedad. El art. 133 TRLSC alude al deber de llevanza de la contabilidad por parte de los sujetos pasivos del IS de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio y con las normas contables representadas, regidas por el PGC 2007.

Por ello, este tipo penal, castiga a los administradores, de hecho o de derecho de la sociedad que falseen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma adecuada para causarle un perjuicio económico a la misma entidad, a alguno de sus socios, o a un tercero. La pena de prisión para este delito es de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

Si la sociedad sufre perjuicios reales o efectivos derivados de la no llevanza de una contabilidad fiel y exacta, que represente la imagen financiera de la empresa, será castigado el administrador por el art. 290 CP. Sin embargo, en gran cantidad de ocasiones será considerado como un mero acto más, un acto preparatorio en el “iter criminis” del delito contra la HP, SAP de Burgos de 7 de febrero 2003. Esta sentencia recuerda además la visión tajante del legislador que afirma que “las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades”.

Desde esta perspectiva, la STS 2401/1992 de 31 de octubre, sostiene que el art. 290 CP en tanto que delito societario de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos, que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, “sanciona un comportamiento que obstaculiza la determinación de la base imponible”, lo que se ha llamado por la doctrina como “obstruccionismo fiscal”.

Deducimos pues, que en el caso a estudio, no será posible castigar por el delito societario de falsificación de cuentas anuales, ya que sería un mero “acto preparatorio” del delito contra la HP. Esto es así porque, si una conducta propia del delito societario de falseamiento de las cuentas anuales, que finalmente desemboca en un delito contra HP, no se podrá castigar separadamente del acto preparatorio del delito, porque sería una vulneración del principio de “non bis in idem”.

Además, no se concreta un perjuicio económico concreto y en tanto que delito societario, sólo sería perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal art. 296 CP, “salvo que el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. En el supuesto de hecho, no quedaría suficientemente probado perjuicio causado ya sea a la empresa, a los socios o a terceros, por lo que es previsible que no surjan responsabilidades penales en este ámbito.

Tercero.– De las falsedades documentales

Las conductas vinculadas con la falsificación de facturas, en falso concepto de comidas tienen lugar en el restaurante “Luna del Principito”, perteneciente y gestionado por la sociedad Na&Ma, S.L. Esta actividad es de esperar que haya sido promovida en cierto modo por el supuesto/a administrador/a de hecho, y por los socios.

Parece lógico, que estas conductas encajen en el delitos de falsedad documental del art. 392.1 CP al llevar a cabo la falsificación de documentos mercantiles que, como expresa el art. 390 CP, se comete “simulando un documento en todo o en parte, de

manera que induzca a error sobre su autenticidad”. A este delito, se le aplicarán penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

Las facturas en tanto que documentos, son todo “soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” art. 26 CP, y serán mercantiles a efectos penales, “aquellos documentos que sean expresión de una operación de comercio o tengan validez y eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de ese carácter o para documentarlos con especial fuerza probatoria”, STC 228/2002 de 9 diciembre.

Con todo lo anterior, la falsificación cuyo objeto material sean estos documentos, requiere hay dolo falsario o voluntad de cambiar la realidad haciendo aparentemente veraz lo que no lo es, esto es, que el falsificador muestre su “maliciosa intención” de lograr una finalidad claramente ilegal, SAP Madrid de 37/2005 de 20 mayo.

En relación con el plazo de prescripción de estas falsificaciones, “será el que corresponda a la infracción más grave”, SAP de Málaga 671/2013 de 20 noviembre, “los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas”, en aplicación el art. 131.5 CP. Así, el delito más grave, contra la HP tiene señalado un plazo de prescripción de 5 años que es el que tiene que ser aplicado al delito de falsedad en juicios por estos dos delitos conexos, por tanto sólo siendo aplicable en caso de existir conexidad directa entre delitos con una relación instrumental, en la que la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, STS de 10 de julio de 2006.

Cuarto.– Del delito de blanqueo de capitales

En el delito de blanqueo, el bien jurídico protegido se concreta en “la licitud de los bienes que circulan el mercado,... frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva” protegiendo así un sujeto pasivo que será la comunidad en general, (MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, 2011, p.532).

En el caso analizado, los bienes protegidos puede considerarse el capital o dinero. Este cumple claramente con el requisito, de ser susceptible de ser valorado, no requiriendo un valor mínimo ni cierta entidad ya que basta con que sea incorporado en el tráfico económico. Puede ser cualquier bien que, proceda directa o indirectamente de un delito previo o actividad delictiva.

Las conductas típicas básicas propias del art. 301 CP en su modificación del 2010, son adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir bienes, sabiendo que tienen su “origen en una actividad delictiva”, cometida “por él o por cualquiera tercera persona”, o llevar a cabo “cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”, o “para ayudar” a los infractores “a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

Los bienes objeto del blanqueo son definidos por la Directiva 2015/849, relativa al blanqueo de capitales internacional, en su primer artículo, como “todo tipo de activos” ya sean materiales/ inmateriales, muebles/inmuebles, tangibles/ intangibles, “así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos”. Siendo en todo caso, indiferente la finalidad perseguida por el blanqueador, bastando con un “conocimiento cabal y puntual del delito”, STS 1746/2003 de 23 de diciembre.

El Código Penal define al reo de este delito de blanqueo, en sentido amplio, incluyendo también al sujeto activo que “realice cualquier otro acto”, lo que significa que abarcaría todo el ciclo de inserción de las ganancias con origen en delito/s grave/s,

en el sistema económico. El tipo “requiere una finalidad específica ‘post delictum’ para ayudar a auxiliar a los responsables”, (GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, p. 510).

Será por tanto blanqueo, cualquier acto encaminado a ocultar la procedencia ilícita de los bienes. Incluso, cuando se incorpore o integre el dinero de un delito a un determinado patrimonio y pese a adquirir por ello cierta apariencia de legalidad, no evitará en ningún caso que esto sea calificado de blanqueo. Por ello, ha de entender sin ningún tipo de dudas, que los socios serán coautores de este delito.

Con la expresión “cometida por él o por cualquiera tercera persona” queda patente que los que intervengan en el delito previo igualmente puedan ser sujetos activos imputados por el blanqueo.

Por consiguiente, el blanqueo, se castigará con la pena de prisión de 6 meses a 6 años y “multa del tanto al triplo del valor de los bienes”, modulada por los Jueces, que tendrán en cuenta la gravedad de los hechos y a las circunstancias personales del delincuente. Siendo una de las posibles medidas cautelares aplicables en este caso, la clausura temporal por un máximo de cinco años o definitiva del establecimiento o local.

El delito de blanqueo se consumará, cuando se produce la adquisición, posesión, utilización o conversión o transmisión de bienes, con conocimiento de que tienen su origen en un delito, bastando con la intención de ocultar o encubrir el origen ilícito o ayudar a un tercero a eludir las consecuencias legales de sus actos, para ello.

También, aplicable al caso del abogado Xaime, se castigan las operaciones posteriores al blanqueo. Es el conocido como “doble enmascaramiento”, regulado por el art. 301.2 CP, por el que se persiguen las actuaciones que tengan como fin, complicar aún más el rastreo, ocultando y encubriendo los bienes o su origen o destino. Esto lo consiguen por ejemplo, llevándose el dinero a Gibraltar, donde de momento existe un gran hermetismo ligado al secreto bancario.

Para los “jefes, administradores o encargados” por pertenecer a una organización, ya sea lícita o ilícita, que se dedique a ayudar o a eludir sanción penal de quienes han cometido el delito previo, existe el tipo cualificado del art. 302 CP que impone la pena en su mitad superior en grado. Debe entenderse organización en este caso, como “la presencia de grupo mínimamente estable que actúa con arreglo a un esquema de poder, dirección y planificación, que unos sujetos diseñan y otros cumplen”, (QUINTERO OLIVARES, 2006, p.3).

Por otro lado, no bastaría con que el autor haya usado la organización para sus fines, sino que debe formar parte de ella para “colaborar en las actividades propias” (DÍAZ MAROTO, 2011, p.654). “La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación y la existencia de personas coordinadas sin más no implica la pertenencia a la misma”, la STS 1002/2005 de 6 de julio. La organización, debe abarcar todos los supuestos en los que dos o más personas programen un proyecto para desarrollar una idea criminal, “sin que sea precisa una ordenación perfecta, pero deben subrayarse las notas de estructura jerárquica y cierta permanencia”.

Como se explicará en el siguiente fundamento jurídico, en relación con la responsabilidad penal de las PJ, el blanqueo es un delito que se prevé expresamente en sede de la criminalidad empresarial, cuando expresa el art. 31 bis CP que la empresa sea responsable penalmente desde el 23 de diciembre de 2010, con sus respectivas y distintas penas previstas en el art. 302.2 CP.

Quinto.– De la responsabilidad tributaria y penal de la sociedad limitada y de sus administradores

A partir de la regulación del art. 31 CP, el administrador de hecho o de derecho de una PJ, responderá personalmente como sujeto activo de los correspondientes delitos o faltas, si tales circunstancias se dan en la entidad o PJ que represente o en cuyo nombre obre, aunque no concurren en él las condiciones requeridas por el tipo.

El administrador de derecho aparecerá citado en los Estatutos conforme al art. 215 TRLSC, ya que una vez haya/n sido nombrado/s el/los administradores, y una vez que haya/n aceptado el puesto, debe ser inscrita su identidad en el Registro Mercantil como representante/s de la sociedad. Esto significará que al menos la persona que aparezca como tal, será responsable penalmente de la mayoría de los delitos del caso.

Por el art. 236 TRLSC se extiende la responsabilidad, a los administradores, haciendo que estos respondan del daño que causen frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores, siempre que haya dolo o culpa por sus actos u omisiones, contrarios a la ley, a los estatutos o por incumplimiento de los deberes propios del cargo. Esta responsabilidad de los administradores de derecho, también se extiende a los administradores de hecho, que son “la persona que en la realidad del tráfico desempeñe las funciones propias de administrador” y, “en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

Sin embargo, mientras no exista un administrador formalmente nombrado, como administrador de derecho, que ya tenga por su cargo, el deber tributario extensivo de la sociedad que administra, en tanto que obligada tributaria y contribuyente del IS, deberá estar obligado el administrador fáctico o de hecho, aunque no sea obligado tributario en el sentido estricto del art. 305 CP. Esto será así, siempre que realice materialmente el hecho con dominio social, y tenga el consentimiento de los socios. (GARCÍA CAVERO, 1999, p.191).

Por eso, el caso del abogado o asesor fiscal externo, siempre que no sea el caso del administrador fáctico con dominio social sobre la empresa, no podría ser autor del delito contra la Hacienda, pero sí, en algunos casos, participe como inductor, cooperador necesario o cómplice, STS 414/2004 de 30 de marzo.

La responsabilidad de la S.L. surge tanto fundamentada en el art. 33 TRLSC que dice que “con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido” en este caso Sociedad Limitada, como consiguientemente, con el art. 31 bis CP, que le otorga responsabilidad penal.

Debe notarse que, para los tipos penales del ejercicio 2009 y principios del 2010 no existe responsabilidad de la PJ, ya que no está vigente hasta 23 diciembre del año 2010, por la irretroactividad de las normas penales desfavorables no puede aplicarse antes.

La persona jurídica Na&Ma, S.L., es un ente con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que pese a no ser PF, el Derecho le atribuye personalidad jurídica propia. Esto es capacidad para actuar como sujetos de derecho y por tanto tener capacidad para adquirir, poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ejercitar acciones jurídicas. Por todo lo anterior, Na&Ma, S.L. será penalmente responsable de los delitos cometidos en nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

De los delitos estudiados, aquellos de los que puede ser responsable la sociedad son el delito contra HP art. 310 bis CP, el delito de blanqueo de capitales, art. 302 CP, del delito de trata de seres humanos, art. 177 bis CP, de delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, arts. 187 y 188.2 CP, y delitos de tráfico de drogas en su modalidad de establecimientos abierto al público del art. 369 CP por los responsables o empleados de los mismos.

Debe remarcar, que hoy en día, hay muy poca jurisprudencia posterior a la reforma penal del 2010, lo que hace difícil interpretar las consecuencias jurídicas de la aplicación de estos preceptos. En diciembre de 2015, se espera que se publique una circular del MF sobre la aplicación de un sistema de prevención de delitos dentro las sociedades con PJ, en relación con el art. 31 bis CP. Esta circular es paralela y complementaria a la ya citada Circular 1/2011 del MF relativa a la responsabilidad penal de la PJ.

La responsabilidad penal por el blanqueo, aparece regulado en el art. 302.2 CP en función de la pena aplicada a la PF que cometió este delito. Por un lado multa de 2 a 5 años, si la pena a la PF se le sentencia con pena de prisión de más de 5 años y en el resto de los casos una multa de 6 meses a 2 años, junto con las medidas potestativas del art. 33.7 b) a g).

El art. 310 bis CP, hace extensiva la responsabilidad penal a la PJ por el delito contra la HP y el resto de delitos de ese Título XIV, y por tanto las PJ en tanto que obligados tributarios y una vez que haya realizado el tipo penal, se le multará “del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida” o si el delito cometido por la PF tiene prevista pena de prisión de más de 2 años o “multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida”, si para la persona física tiene prevista prisión de más de 5 años.

III.- Conclusiones en relación con las responsabilidades penales por la gestión de las ganancias del club “Plenilunio”

i) Responsabilidades de Tatiana

Suponiendo que en los Estatutos no aparezca como administradora Tatiana, en tal caso sería lógico esperar que el mismo Santiago N, quien es titular del 51% del capital social, haya nombrado a alguien ya que sería poco acertado por su parte que se haya nombrado administrador a sí mismo si tenía la intención de dedicarse a estas tareas poco lícitas o incluso delictivas.

Sea como fuere, queda claro que Tatiana será la administradora al menos de hecho del club “Plenilunio”, mientras que Santiago o Alberto también pueden ser considerados como administradores de hecho, pues Tatiana actuaba en todo momento, bajo sus instrucciones y mandato.

Tatiana realiza tareas propias de un gestor o administrador societario. En relación con las trabajadoras, informa a sus empleados, facilita ropa de trabajo, da instrucciones, establece prohibiciones y reglas, marca condiciones, recauda el dinero, incluso gestiona la reducción de la deuda “contraída” por las chicas.

Asimismo, Tatiana utiliza una oficina para sus gestiones, lo que demuestra que realizaba tareas de management, así como distribuye una vez al mes. la gran mayoría

del dinero en metálico, haciéndolo llegar a la sede de la sociedad donde se encuentran los socios. Allí se lo entregaba en mano a ambos socios, quienes la recompensaban con un 10% de las cantidades. Por ello Tatiana será autora de los tres delitos contra la HP de los años fiscales 2009 a 2012, mientras que en 2013 como no alcanza los 120.000 €, para ser calificado como ilícito penal, se queda en una infracción administrativa.

El presunto delito de defraudación de 156.000 € del ejercicio fiscal 2009, habrá prescrito administrativamente el 26 de julio de 2014 y penalmente el 26 de julio de 2015. Por tanto, según la prescripción del art 131 CP y art. 136 TRLIS, si entre las fechas comprendidas entre el 13 de mayo del 2014 y el 26 de julio del 2015, no hubiese un procedimiento penal, en el que el Fiscal viese suficientes indicios de delito fiscal en 2009, dejaría de ser perseguible ese delito concreto. En caso contrario, el Tribunal tendría la posibilidad de cuantificar la deuda tributaria en el proceso valiéndose de los informes y pericias para comprobar si realmente la cuantía supera los 120.000€.

Por lo anteriormente expuesto responderá Tatiana penalmente como administrador art. 31 CP, de los delitos contra la Hacienda Pública del art. 305 CP de los años 2010, 2011 y 2012 y el blanqueo de capital del art. 301 CP como coautora ya que llevaba el dinero procedente de los delitos a los socios y autora del delito de falsedad documental, delito continuado del art. 392.1 CP en este caso de facturas (no así la PJ ya que no se establece su responsabilidad en este ámbito).

ii) Responsabilidades de los socios Alberto y Santiago

Los socios que previamente han podido cometer por inducción o promoción los delitos de trata de seres humanos y determinación a la prostitución de mayores y una menor en caso de existir dolo, no serían responsables por su condición de accionistas, sino por crear y participar en una sociedad creada para cometer determinados delitos. Esto parece probado y quizás una teoría más apropiada para el delito contra la Hacienda Pública en el que basta con la concurrencia de dolo eventual o dolo de representación para que se les pueda imputar el delito.

Los socios, eran conscientes de que habían creado una sociedad que no declaraba sus ganancias y para ello utilizaban facturas falsas en su restaurante. Estas facturas podrían considerarse el objeto material de un delito de falsedad continuada, ya que su único propósito era la defraudación a HP, siempre que la falsedad recaiga sobre los extremos esenciales del documento, con entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, al simular una realidad inexistente.

Parece probado que, al recibir el reparto de beneficios en efectivo, eran conscientes del tipo de actividad delictiva que estaba amparando su empresa y sin duda eran conscientes del blanqueo ya que intentaban ocultarlo a la policía y a Hacienda a través de su cuenta gibraltareña. Serán pues responsables del delito de blanqueo con origen en las defraudaciones a HP del 2010 al 2012.

iii) Responsabilidades del abogado de la sociedad y asesor Xaime

Al promover el traslado de capitales a Gibraltar, será coautor del delito de blanqueo art. 301 CP, al realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, y ayudar a eludir posibles responsabilidades penales del administrador, los socios y la sociedad.

Los abogados por el art. 2 ñ) son sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento a clientes en

operaciones “relativas a la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores”. Salvo que como dice el art. 22, actúen como abogados defensores en un proceso judicial en ese momento, en cuyo caso será de aplicación el secreto profesional.

Estarán exentos de toda responsabilidad contractual o legal o de rango inferior los sujetos obligados por esta ley, al comunicar esta información de buena fe a las autoridades competentes, art. 23. Por ello, si existen indicios o certeza, comunicarán por iniciativa propia art. 28, cualquier hecho u operación, incluso tentativa relacionados con el blanqueo de capitales.

Si comete alguna de estas infracciones graves art. 52 entre ellas, al no comunicar en cuanto tengan conciencia de ciertos indicios delictivos, o el mero incumplimiento de sus obligaciones, será sancionado, art. 56 de la presente ley.

iv) Responsabilidad penal y/o tributaria de la Sociedad Na&Ma, S.L.

La sociedad limitada será penalmente responsable, como decíamos, de los delitos cometidos en nombre o por su cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Primero, de los tres delitos contra la HP 2010-2012, no así 2009 porque no es PJ responsable penalmente porque no existía el art. 31 bis CP en el momento de la consumación del delito y está prescrito. En el 2013 no llega a 120000€ por lo tanto ya se le aplica infracción administrativa.

No se proyecta la responsabilidad PJ en el ámbito de la falsedad documental. Sin embargo, si será responsable la PJ por blanqueo de capitales art. 302.2 CP que tiene su origen en la falsedad documental mercantil, quizás el tráfico de “ketamina” por el 369 CP y como se dijo, de las cuotas tributarias defraudadas entre los años 2010 y 2012 en que hubo delito contra la Hacienda Pública.

La sociedad es como se dijo anteriormente, responsable de los siete delitos de trata de seres humanos, art. 177 bis.7 CP, y un delito relativo a la determinación a la prostitución, arts. 187 y 188.2 CP por el 189 bis CP, y un delitos de tráfico de drogas, art. 368 CP, en su modalidad de establecimientos abierto al público del art. 369 CP por los responsables o empleados de los mismos.

CUESTIONES MERCANTILES

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

I.- Hechos

Na&Ma, S. L., es una sociedad con domicilio social en C/Real, 21, (A Coruña) se constituyó como tal sociedad limitada con fecha 1 de febrero de 2008 y fue inscrita en el Registro Mercantil de dicha ciudad con fecha 3 de febrero del mismo año. En los estatutos de dicha sociedad se hizo constar como objeto social la “gestión de locales de ocio”, contando con dos establecimientos abiertos al público, el mencionado “Plenilunio” y un restaurante llamado “Luna del Principito”. La 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.

II.- Fundamentos de Derecho

La sociedad limitada Na&Ma, S.L. se constituye el 1 de febrero de 2008. Debido a esto, su nulidad se regula por el art. 56.1 e) TRLSC, posterior al ya derogado art. 16 LSRL, que establece que, una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por una serie de causas entre ellas, por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público. Esto puede llamarse una nulidad por la falta de expresión en los Estatutos del objeto social, lo cual es extremadamente difícil que se produzca debido a la intervención del Notario y a la calificación del Registrador (GALLEGO SÁNCHEZ, 2013, p. 345).

Se debe entender que esta sociedad en cuyos Estatutos aparece como objeto social “la gestión de locales de ocio”, con dos establecimientos abiertos al público el club “Plenilunio” y un restaurante “Luna del Principito”, no tiene un objeto social, ni ilícito ni contrario al orden público, sino perfectamente lícito, “su constitución no constituye un negocio simulado, sino real, que responde a la causa típica del negocio social, y como verdaderas sociedades dotadas de personalidad jurídica propia e independiente han funcionado en el tráfico mercantil, realizando actividades lícitas en un sistema económico regido por el principio de libre competencia”. SAP de Barcelona 185/2006 de 19 abril. Otra cosa muy diferente es que posteriormente, se dediquen a otras actividades ilícitas y delictivas.

Teniendo en cuenta el objeto social que aparece en los estatutos sociales, “no se puede hablar de objeto ilícito alguno”, tal como confirma la SAP de Alicante 479/2012 de 22 noviembre, apoyada en los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, STJCE de 13 de noviembre de 1990. Sin embargo, si analizamos sólo el objeto social efectivo y real, al atender tan solo al explicitado en los Estatutos, sería realmente difícil encontrar casos en que se establecieran objetos sociales ilícitos o contrarios a las buenas costumbres.

Por lo tanto, mientras que penalmente no se declare la existencia de algún delito, por medio de una sentencia, “tales infracciones no existen y no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de catalogar la ilicitud del objeto social realmente existente”. Esta misma sentencia recuerda que el CP ya recoge la responsabilidad penal de las PJs, y dispone de varias penas a imponer, entre las cuales ya se encuentra disponible la medida de disolución de la sociedad. Así pues, al margen de meras posibilidades o “meras hipótesis sobre la actividad realmente ejecutada por la sociedad,... nos encontramos ante un caso de objeto social no ilícito.”

En el club “Plenilunio” explotado por la sociedad Na&Ma, S.L., se encuentra realmente un "club de alterne", en el que se obliga a ejercer la prostitución. Una vez que queda claro que ésta actividad no es ilegal por sí misma ni contraria al orden público, matiza el magistrado, “con independencia de la valoración ético-social que pudiera merecer, tampoco se puede hablar de un objeto ilícito”. Además, ya que se llevan a cabo otras actividades indudablemente ilícitas tráfico de mujeres para explotación sexual, blanqueo de capitales, extorsión, al no estar acreditado, debe ser primero objeto de investigación por la justicia, para que tenga relevancia a estos efectos.

En la previamente citada STJCE de 13 de noviembre de 1990, se especifica la interpretación que debe darse al art. 11 de la Directiva Comunitaria 68/151 que pese a sus diversas modificaciones a través de la Directiva 2003/58 de 15 de julio, Directiva 2006/99 de 20 de noviembre y una vez más derogada por la Directiva 2009/101 de 16 de septiembre, debe entenderse en lo fundamental ya suficientemente transpuesta y reflejada en la legislación española.

Por todo lo anterior, “su objetivo consiste en limitar los casos de nulidad y el efecto retroactivo de la declaración de nulidad con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios”. Y se prohíbe a través de ella también, que las legislaciones de los Estados miembros prevean una anulación judicial fuera de los casos taxativamente enumerados en la Directiva, siendo uno de ellos el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad.

Afirma pues esta sentencia, que la expresión el objeto de la sociedad debe interpretarse de forma que se refiera exclusivamente a la descripción contenida en la escritura de constitución o en los estatutos. “Cada causa de nulidad prevista debe interpretarse en sentido estricto” y por tanto la declaración de nulidad de una sociedad no puede ser consecuencia de la actividad que realmente desarrolla.

III.– Conclusiones

Queda claro que, salvo un error meramente formal a la hora de registrar con los Estatutos el objeto social, éste siempre será lícito, será prácticamente imposible que una sociedad sea declarada nula, y menos aun por que lleva a cabo conductas delictivas ya que habrá de esperar al proceso penal y a la sentencia que lo constate y que adoptará las medidas sancionadoras que considere oportuno.

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

I.– Hechos

Se pretende registrar la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” para la clase 43.

II.– Fundamentos Jurídicos

Una marca es un signo que sirva para diferenciar en el tráfico mercantil, bienes o servicios procedentes de un empresario, de otros signos idénticos o similares procedentes de los demás, art. 4 Ley de Marcas.

Si Na&Ma, S.L., quiere registrar la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” y por lo tanto que pase a formar parte de la propiedad intelectual y por tanto del activo intangible de la empresa, debe seguir el procedimiento de registro de marcas de España, regulado por el art. 5 f) de la LM o Ley 17/2001 de 7 de diciembre. Esta ley establece una serie prohibiciones absolutas para el registro de marcas en España, por ser estas “contrarias a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Por otro lado, en relación con las marcas a nivel de la UE, el art. 7 del Reglamento Europeo de Marcas 207/2009, delimita los motivos de denegación absolutos del registro de marcas comunitarias, por ser contrarias “al orden público o a las buenas costumbres”.

Nótese, que la ley española, ha optado por mantener en su art. 5, la prohibición de registro de marcas contrarias a la Ley, mientras que el Reglamento europeo solo contempla la posibilidad de marcas contrarias al orden público y las buenas costumbres, sin hacer referencia a la Ley, aunque es obvio que, no va a permitirse el registro de una marca contraria a la ley.

Para poder registrar la marca a nivel europeo, este es el caso de la marca comunitaria, el registro se regula por el art. 6 del Reglamento. La marca deberá ser objeto de representación gráfica, disponer de carácter distintivo, y que no se le opongan

a ella derechos anteriores. Si el registro fuese denegado por ser contrario al art. 7 f) del Reglamento, por ser la marca contraria al orden público o a las buenas costumbres, es posible interponer un recurso ante la OAMI, con arreglo a los artículos 58 a 64 de dicho Reglamento. Contra las resoluciones de las salas de recurso cabe interponerse recurso ante el TJCE.

Conviene tener en cuenta en el análisis que la RAE define “sumiso/sa” como obediente, subordinado o rendido, subyugado y ardiente como fervoroso, activo, eficaz, apasionado, fogoso o vehemente.

Además, a través del buscador o localizador de denominaciones de marcas contenido en la página web oficial de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), no consta el registro ninguna otra marca que contenga entre otras, la palabra “sumisa/o como signo distintivo”, lo cual ya puede darnos algún indicio claro al respecto, sobre las posibilidades reales de obtener dicho registro.

El arreglo de Niza de 15 de junio de 1957, regula la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas. Así, según esta clasificación, la clase 43 de Niza, el derecho de uso de esta marca, una vez registrada, va a estar vinculado a los servicios de restauración, hospedaje temporal y preparación de alimentos y bebidas para el consumo por personal o establecimiento.

En un caso similar o análogo al de “Pequeñas Sumisas Ardientes”, el TJCE en su Sentencia de 9 marzo 2012, entiende que el público español de la Unión Europea podría percibir el término “hijoputa”, “como un término intrínsecamente injurioso y ofensivo”. Entiende además que, el control de orden público o de las buenas costumbres debe hacerse teniendo siempre en cuenta la percepción de ese signo “cuando se usa como marca, por parte del público destinatario”. El TJCE entiende que el término “hijoputa” contenido en la marca sería percibido por el público español pertinente como contrario a las buenas costumbres en una parte de la Unión Europea. Teniendo en cuenta el carácter dinámico del concepto “orden público”, puede que lo que hoy es contrario a él, deje de serlo en el futuro.

Para la resolución del caso, es conveniente hacer uso de la guía de examen de prohibiciones de registro, de que dispone la propia OEPM en su página web. En ella explica que se confirmará la prohibición absoluta del registro de marcas contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Siendo resultado tanto del examen de oficio del fondo en virtud del art. 20, como del examen del art. 18.1 previo a la publicación en el boletín oficial, para evitar que sean publicadas solicitudes que atenten contra los principios básicos del ordenamiento jurídico, evitando que llegue a ser publicada por suponer apología del terrorismo o la xenofobia. De este modo, explica, “no serían registrables el emblema o las siglas de organizaciones ilegales “Herri batasuna”, las consistentes en signos xenófobos, racistas, sexistas o antidemocráticos o que de algún modo atenten contra los principios que están en la base del orden constitucional vigente”. Así como tampoco la marca “Sudaca” para bebidas alcohólicas o la marca “Cojones” para ropa, complementos y juguetes.

Esta guía de la OEPM explica que, son contrarios al orden público “los signos que atentan directa o indirectamente los principios sociales, políticos y jurídicos que informan nuestra sociedad o cultura. A la hora de decidir la posible contrariedad al orden público de un signo también se tiene en cuenta el ámbito de productos y servicios a los que se dirige y el círculo de consumidores afectados”. Y son contrarios a las buenas costumbres “los signos contrarios a la moral en el sentido de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas

concepto que depende de la vigencia social de ciertos valores y de la mayor o menor permisividad social.

Un caso de marca denegada por la OEPM casi idéntico a “Pequeñas Sumisas Ardientes” es “Secreto de Separadas Viciosas” que, en lugar de ser para la clase 43, es para productos de la clase 29, y fue denegada por atentar entre otros factores, contra la dignidad, derecho protegido por la CE en su art. 10 en términos de “la dignidad de la persona” por lo que deben considerarse las limitadas posibilidades de que esta marca sea finalmente registrable.

Otros ejemplos no tan vinculados al caso analizado, de decisiones denegadas por la OEPM son la marca “Tentaciones artesanas san joderse” en clase 30, la marca “Bin laden”, en caracteres árabes y romanos, para diferentes productos de varias clase 36, Marca “Screw you”, etc.

III.- Conclusiones

No podrá registrarse la marca “Pequeñas Sumisas Ardientes” porque atenta contra la dignidad de las personas, derecho recogido constitucionalmente en el art. 10 CE y por tanto se encaja dentro de las prohibiciones absolutas de la LM, al ir en contra de la ley y el orden público latente en España.

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.

I.- Hechos

La mayor parte del dinero proveniente del club “Plenilunio” no era declarado a la Hacienda Pública. Además otra parte sustancial de las ganancias se facturaban falsamente en concepto de comidas en el restaurante de propiedad de la misma empresa. En caso de haber declarado las cuantías, la sociedad habría debido pagar a efectos del Impuesto sobre Sociedades, en 5 años las varias cuotas tributarias que en total alcanzan una cuota global de 731.000€.

II.- Fundamentos de Derecho

El objetivo de este dictamen, es conocer si la empresa ha actuado deslealmente en el mercado de acuerdo con alguno de los dos supuestos de hecho del art. 15 LCD. Al infringir sus obligaciones tributarias/fiscales al dejar de ingresar ciertas cuotas, hacer una autoliquidación fraudulenta del IS en los ejercicios fiscales de 2009 a 2013, han podido dar lugar a alguna de las conductas que la LCD pretende evitar.

Primero.- Del ámbito objetivo

Según el art. 2 LCD o Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, el ámbito objetivo de aplicación de esta ley, será los actos de competencia desleal que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, siempre que estén enumerados en esta ley de competencia desleal.

Debe entenderse que por sus circunstancias, sean objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. De este modo, se entenderá “desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”, art. 4 LCD.

Segundo.- De la infracción y el prevalimiento de la ventaja competitiva significativa

Con fundamento en el art. 15.1 LCD, se advertirá comportamiento desleal por violación de esta norma, al prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes. El afectado podría intentar demandar estos hechos por el art. 33 LCD, al tener legitimidad activa, por ser PF o PJ que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por determinada conducta desleal.

Para ejercer las acciones que habilita el art. 32.1 LCD, debe primero demostrar que, la sociedad Na&Ma, S.L. ofrece efectivamente, precios más bajos valiéndose del dinero disponible al haber dejado de cumplir en parte su obligación legal tributaria. En tal caso se podría intentar acusar a la sociedad de incumplimiento de la LCD.

Las acciones de las que dispone el demandante, y para las que tendrá que probar esa efectiva ventaja competitiva, serán las contenidas en el art. 32.1.1 a 5 LCD. La acción “declarativa de deslealtad”, “de cesación de la conducta desleal o de prohibición o de su reiteración futura”, “de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal”, o la “de resarcimiento de los daños y perjuicios”.

Debe entenderse que existe comportamiento desleal, cuando “el infractor se prevalga en el mercado de una significativa ventaja competitiva obtenida con la infracción” y para sancionarlo “la ilicitud por deslealtad exige la demostración” en el proceso, de que la sociedad infractora ha obtenido por esta violación “una significativa ventaja competitiva y se prevalía de ella”, STS 38/2011 de 16 febrero.

Si la empresa supuestamente infractora de la LCD, lleva a cabo una prestación de servicios por un menor precio, gracias a aprovecharse de ciertos incumplimientos legales “a favor de una mejor relación entre gastos y precio a cobrar”, para que exista infracción del art. 15.1 LCD, es necesario demostrarlo, ya que de lo contrario, “la infracción, no se habrá producido, por no haberse probado debidamente”, STS 512/2005 de 24 junio. Esta sentencia específica además que:

Primero, en la pretensión del demandante se debe partir de los hechos probados, no de las meras declaraciones por las parezca que la sociedad haya incumplido sus obligaciones fiscales y/o administrativas en lo referente a las declaraciones del IS, sino partiendo de una demostrada infracción normativa.

Segundo, la infracción normativa probada no constituye por sí sola conducta desleal, se exige prueba efectiva de la ventaja competitiva significativa y por ello “prevalerse” de una mejor posición competitiva en el mercado. Debe pues tratarse de una ventaja real y no potencial, y es necesario también un nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.

Tercero, el infractor debe obtener provecho efectivo del ahorro de costes, esto es una ventaja frente a la competencia. Será significativa cuando se produzca la desviación acreditada de la clientela de los competidores a su favor por tal práctica desleal.

Por ejemplo el mismo servicio por menor precio, u ofertas especiales, “que les reportaran una mayor cuota de mercado, que permita afirmar dicha ventaja” y “con capacidad para desequilibrar la primigenia relación de competencia”, SAP de Murcia 155/2003 de 19 mayo.

Tercero.- De la vulneración de una norma reguladora de la actividad concurrencial

También podrá considerarse comportamiento desleal por el art. 15.2 LCD, la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. De este modo, en relación a la vulneración descrita en el art. 15.2 LCD, “tiene la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. La SAP de Madrid 73/2006 de 25 mayo, matiza que no intenta garantizar que se cumplan las leyes en su conjunto, sino que se respete la “par conditio concurrentim”, locución latina que significa igual condición de crédito o la paridad de tratamiento para los acreedores, propia del derecho concursal, pero del todo aplicable al mercado y a la competencia.

Por lo tanto, se intentará evitar que se altere “la estructura o funcionamiento competitivo del mercado”, los “actos contrarios al mercado” (GALLEGO SÁNCHEZ, 2010, 125). Siendo la diferencia fundamental en relación con el art. 15.1 LCD, que éste también “acogía conductas infractoras de normas” pero no tenía por objeto regular la “actividad concurrencial”.

Cuando el art. 15.2 LCD exige que las norma infringida tenga por objeto la regulación de la actividad comercial, debe entenderse a estos efectos, como “objeto directo y no indirecto o reflejo”, STS 593/2000 de 16 junio, por que de lo contrario no podría “sostenerse la naturaleza privada del acto desleal”, entendiéndose causada por un sujeto privado particular.

Entonces, para saber si una ley regula la competencia competitiva en un mercado, en un caso en que se incumplía la regulación de un Colegio Profesional. La SAP de Murcia 155/2003 de 19 mayo, entiende que para que hubiese sido posible calificar esa conducta como desleal, la normativa invocada debería haber tenido como objeto directo la regulación mercantil, lo cual no ocurría, ya que la regulación del Colegio Profesional, “busca, principalmente conciliar los intereses profesionales” de los colegiados “y no la regulación de la actividad concurrencial en el mercado que, sólo puede hacerse desde fuera de esa relación de coligación por una autoridad con potestad mercantil”.

III.- Conclusiones

No serán ejercitables las medidas previstas en la LCD ya que no infringe esta ley.

i) Aun en el caso de que, el demandante sea capaz de demostrar y probar que el primero de los requisitos necesarios para ser calificada la actuación como desleal, esto es, la infracción de las normas de la Ley General Tributaria o del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no podrá demostrar ventaja competitiva significativa alguna.

Se tratará por tanto de una ventaja potencial y no real, ya que tampoco existe tal nexo causal entre la infracción y la ventaja. El dinero defraudado era entregado a los accionistas y no se reinvertía en la sociedad. De este modo, no será posible que ejercite ninguna de las acciones derivadas de la competencia desleal, del art. 15.1 LCD.

ii) En relación con la posible infracción del art. 15.2 LCD, y teniendo en cuenta que según el art. 4 TRLIS, constituye el hecho imponible del IS la obtención de renta, cualquiera que fuese su fuente u origen, por el sujeto pasivo, se debe entender por lo

tanto que la ley de este tributo, así como la de cualquier otro, no regula una determinada actividad ni el mercado, sino tan solo la obtención de renta por la sociedad.

Esto contradice la hipótesis de que esta ley rija la actividad concurrencial en el mercado y por tanto no podrá tratarse de la infracción del art. 15.2 LCD, al no tener por objeto directo regular la actividad comercial.

8.– CUESTIONES PROCESALES

8.1) Competencia judicial

¿Qué órgano jurisdiccional sería el encargado de la investigación? ¿y del posterior proceso?

La regla general del art. 23.1 LOPJ, establece que, la jurisdicción española conocerá de las causas por delitos y faltas cometidas dentro del territorio español. Esto es, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto. Por la cual, se limita territorialmente la capacidad de actuación para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado al territorio español, junto con sus buques y aeronaves.

Reconoce además, la jurisdicción penal española universal, a través del fuero extraterritorial del art. 23.4.LOPJ. Con la reciente modificación de la LOPJ ya en vigor desde el 15 de marzo de 2014, es competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o de los extranjeros fuera del territorio nacional, así como los “k) delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad”, entre los que se encuentra el relativo a la determinación a la prostitución de menores de edad art. 188.2, y los delitos de del apartado m) “Trata de seres humanos”, siempre que, como dicen el art. 23.4.k).3º y m).3º LOPJ “el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”.

Por lo tanto, por el art. 23.4 k) y m), Romelia, que se encuentra en Rumanía, solo podría ser imputada y perseguida en caso de haber participado, en el delito de determinación a la prostitución de la menor de edad (Nicoara) y en la trata de seres humanos, al haberse aprovechado por medio del engaño del resto de chicas, sin incluir a Maria D., ya que frente a esta última como se explicó con anterioridad, se trataba de una conducta atípica antes del cambio normativo del 2010.

i) En caso de que se aprecie falta de conexidad entre los delitos

Suponiendo, que el Juez o Tribunal considere los delitos no conexos, lo cual es bastante improbable, pero no desdeñable, ya que, la regla general es “el enjuiciamiento separado, siempre que no impida la continencia de la causa” o al menos así lo considera la STS Acuerdo de 20 enero 2010, en pleno no jurisdiccional. Esto es, cuando sea posible entender cada causa como una unidad separada, con sus respectivas acciones principales relativas a distintos delitos, siempre que “respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro o de otros pueda caer sentencia en sentido diferente”.

Conocerán de la instrucción en el orden penal de las causas por delito, los Juzgados de Instrucción, encargado pues, de la preparación e investigación previa al juicio, según el art. 87 LOPJ a).

Asimismo, será competente para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en donde se hubiere cometido el delito, y aparece el resultado delictivo, lo que se conoce como “forum delicti commissi” art. 14 LECrim.

Los Juzgados de lo Penal (JP) se encargarán del enjuiciamiento en relación con los delitos menos graves, y a las Audiencias Provinciales (AP), les corresponderá el conocimiento de delitos graves, salvo que estemos ante un delito cuya competencia le corresponde a la Audiencia Nacional art. 65 LOPJ “numerus clausus”.

El proceso, encargado del conocimiento y fallo de las causas para delitos con penas privativas de libertad “en abstracto” de duración menor o igual a 5 años, corresponderá al Juzgado de lo Penal (JP). También para penas de multa cualquiera que sea su cuantía, o u otras de distinta naturaleza, salvo que corresponda a un Jurado.

En los demás casos, entre ellos aquellos con penas privativas de libertad superiores a 5 años, será competente la Audiencia Provincial (AP) de la circunscripción donde se haya cometido el delito, excepto en caso de violencia contra la mujer o AN.

Una vez que el juzgado de Instrucción de A Coruña, ha instruido cada causa, según lo anteriormente expuesto, la competencia para enjuiciar sería como sigue:

Corresponde al Juzgado de lo Penal de A Coruña:

- i) Det. a la prostitución mayores art. 188.1 CP
- ii) Delitos contra la Hacienda Pública art. 305 CP
- iii) Delito contra la salud art. 359 CP
- iv) Falsificación de documento mercantil 392 CP

Corresponde a la AP de A Coruña:

- I) Trata de seres humanos
(Delito grave con pena privativa de libertad superior a 5 años)
- II) Determinación coactiva a la prostitución de menores de edad 188.2 CP
(Pena privativa de libertad superior a 5 años)
- III) Detención Ilegal 163.1 y 3 CP (Pena privativa de libertad superior a 5 años)
- IV) Blanqueo de capitales 301 CP (Pena privativa de libertad superior a 5 años)
- V) Tráfico de Drogas Delitos contra la salud pública de sustancias del 368 CP por quienes pertenecen a una organización criminal.
(Pena privativa de libertad superior a 5 años)

ii) En caso de que se aprecie conexidad en los delitos

En el caso de que el Juez, los considere delitos conexos, pese a que el art. 300 LECrim estipula que “cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario”, sin embargo aclara posteriormente que “los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso”.

Dejando a un lado, que tras el 6 de diciembre del 2015, se producirá un cambio considerable en los arts. 300 y 17 por el que pasarán a agruparse en un nuevo art. 17 LECrim, tendremos en cuenta que, según el ahora vigente art. 17 LECrim, existen las siguientes causas de conexidad:

Por conexidad subjetiva de delitos, o “los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas o que puedan estarlo a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales.” o “los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello” arts. 17.1 y 17.2 LECrim.

Por conexidad objetiva, o “los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución” o “los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos”, arts 17.3 y 17.4 LECrim

Por analogía, los delitos aun no sentenciados que se imputen a una persona al comenzar el proceso por cualquiera de ellos, si a juicio del Tribunal tuvieren relación entre sí, podrá considerarlos conexos, art. 17.5 LECrim.

Es importante remarcar en este punto, que los Tribunales normalmente tienden a acumular diferentes procesos en un solo procedimiento, esto es ampliamente criticado por la doctrina, ya que puede suponer una modificación tanto de las normas de competencia objetiva aplicables así como las de competencia territorial.

Puede entenderse por tanto, que existe conexidad entre los siguientes delitos

A) (Trata de Seres Humanos + Detención Ilegal + Prostitución)

B) (Falsificación de Documentos Mercantiles + Delito contra HP + Blanqueo)

Puede ser que con alta probabilidad, todo ellos formen parte de un solo proceso, por su clara vinculación, SAP de Madrid 505/2011 de 12 julio.

C) (Tráfico de drogas + Blanqueo)

Aunque sea una cantidad mínima, puede ser objeto material de la comisión del blanqueo. Es el caso de Pietro por su actividad delictiva de los arts. 368 y 359 CP, si posteriormente blanquea ese dinero al introducirlo en el tráfico económico.

La jurisdicción ordinaria es la competente para juzgar a los reos de delitos conexos y hacer ejecutar lo juzgado, art. 16 LECrim. Así como, son competentes para conocer de las causas por delitos conexos los Jueces o Tribunales, art. 18 LECrim, con la siguiente prioridad:

Primero aquellos del territorio en que se haya cometido el delito con mayor pena, esto es AP frente a JP, a continuación si los delitos tuviesen señalada igual pena, será competente el que primero comenzase a conocer la causa y finalmente, si existen dudas por haber comenzado al mismo tiempo, será competente el que designe la AN o el TS en sus respectivos casos.

Sin embargo, cabe la posibilidad que sea de aplicación preferente el art. 18.2 LECrim, superando todo lo anteriormente expuesto, por el cual, la competencia objetiva para conocer de todos los delitos conexos será para la AP, cuando se trate de delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, siempre que haya existido concierto para cometer los delitos en la misma provincia, y si al menos uno de ellos se consumó “dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial”.

Conclusiones

Al aplicar estos preceptos, en especial el art. 18.2 LECrim al caso que nos atañe, la competencia territorial le corresponde a A Coruña, ya que todos los delitos se

cometieron en A Coruña, salvo aquellos en los que haya podido intervenir Romelia desde Rumanía. La Instrucción según el art. 87 LOPJ corresponderá al Juzgado de Instrucción de A Coruña y, una vez finalizadas sus diligencias para preparar el juicio, pasará en fase de enjuiciamiento como decíamos la Audiencia Provincial de la misma ciudad.

8.2) Detención de un procesado en Rumanía

¿Cómo podría solicitarse la detención en Rumanía de Romelia?

Si el imputado o procesado, en este caso Romelia, está ausente, el Juez lo puede hacer buscar por requisitoria art. 512 a 515 LECrim. Sin embargo, al encontrarse en el extranjero, no tendrá todo el efecto buscado, ya que esta herramienta solo es eficaz en territorio español. Sin embargo, tiene validez a efectos del art. 834 LECrim, ya que será declarado rebelde el procesado que en el tiempo fijado en la requisitoria no comparezca.

Incluso, para poder detener a alguien en el extranjero y que en consecuencia sea juzgado en España, procesalmente existe una institución, conocida como la extradición activa. Su solicitud correrá a cargo de los jueces españoles, que la pedirán bajo el principio de reciprocidad con otros países, por medio de un auto dirigido a un país concreto, esperando en consecuencia, la entrega de ese procesado para poder juzgarlo, en caso de respuesta colaborativa afirmativa.

Es importante el hecho de que se requiera la presencia del acusado para celebrar el juicio oral por el art. 786 LECrim, salvo que se cumplan una serie de requisitos muy complejos, entre ellos, que la pena solicitada no supere los dos años de privación de libertad, que el sujeto tenga fijado en España el domicilio en la primera comparecencia y se le advierta de que una citación en ese domicilio permitirá la celebración de juicio oral, todo ello además, siempre y cuando asista su abogado defensor, la ausencia del acusado sea injustificada, la acusación solicite la continuación del juicio y además existan elementos suficientes para el enjuiciamiento. No ocurre esto en el caso de Romelia, por lo tanto ha de estar presente para que el proceso penal pueda avanzar contra ella.

El derecho fundamental a la defensa contenido en el de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, es aquel por el que todo acusado con independencia de su nacionalidad tiene derecho a estar presente en el juicio oral, para designar abogado y realizar actos de alegación, prueba e impugnación. Por ello, el art. 841 LECrim ratifica que, “si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos.” y en el mismo sentido el art. 842 LECrim “si fueren dos o más los procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás”.

Analizando las causas de extradición del art. 826 LECrim, se pueden llegar a acotar las circunstancias del caso, en las cuales podría pedirse la extradición. Estas son las posibilidades existentes aplicables al caso:

Por un lado, si suponemos que Romelia tiene nacionalidad española, lo cual no ha sido especificado en el supuesto a estudio, no sería de aplicación el 826.1 LECrim, en tanto que causa de extradición, ya que versa “de los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero”. Esto se debe a que, el supuesto delito de trata de seres humanos, lo habría cometido desde Rumanía y por

tanto, ni habrá delinquirido “en España” ni tampoco se habrá refugiado en Rumanía, ya que ya se encontraba allí al consumarse el hecho del delito.

Por otro lado, si consideramos la situación hipotética en que Romelia posea la nacionalidad rumana, por el art. 826.3 LECrim “de los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo”, tampoco podrá entenderse que sea un extranjero que se ha refugiado en un país que no sea el suyo, por lo tanto quedaría excluida de la aplicación de la extradición activa en este caso.

Y una última posibilidad sería, la posibilidad de la extradición de extranjeros/ no españoles, con nacionalidad de un país distinto a Rumania y España, en donde se pudiese entender, se ha refugiado. Al no cumplirse ninguno de estos tres supuestos, el Tribunal no tendría dicha competencia para proponer la extradición en estos términos.

Finalmente, la solución a esta cuestión vendrá de la mano de la Euroorden u Orden europea de detención y entrega. Es una herramienta que aparece con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, y se refiere al reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, con vigencia desde el 11 de diciembre de 2014. Anteriormente era de aplicación, la ahora ya derogada Decisión Marco del Consejo (2002/584/JAI).

Conforme al art. 34 de esta ley, la euroorden, se trata de una resolución judicial dictada desde un Estado miembro de la UE, y emitida por el Tribunal concedor de la causa, con la finalidad de proceder a la detención y entrega por parte de otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales.

La orden europea de detención y entrega, debe documentarse en un formulario con una determinada información mínima sobre la identidad y nacionalidad de la persona reclamada, art. 36. Estos datos serán, nombre, dirección, teléfono, fax y correo electrónico de la autoridad judicial de emisión, la indicación de la existencia de una orden de detención, la naturaleza y tipificación legal del delito, una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada y la escala de penas que establece la legislación para ese delito.

Uno de los supuestos en los cuales, la autoridad judicial española es competente para dictar una orden europea de detención y entrega, según el art. 37 de la euroorden, será con la intención 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”.

Además de los requisitos anteriormente citados para la emisión de la euroorden, según el art. 39, deben cumplirse las cautelas previstas en los arts. 502 y 503 LECrim sobre el ingreso en prisión preventiva del reclamado. Entre ellas que la prisión provisional sea objetivamente necesaria, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad que puedan lograr mismo fin, considerando el Juez las circunstancias propias del sujeto. Debe consistir en hechos vinculados a un delito con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, bastando la existencia de antecedentes penales, que haya motivos bastantes para creerle responsable criminalmente del delito y que se persiga asegurar la presencia del imputado en el proceso.

Con todo lo anteriormente expuesto, para poder ejecutar una euroorden u orden de detención y entrega europea, sin necesidad de pasar control de la doble tipificación de los hechos, el delito debe pertenecer a una de las categorías de delitos enumeradas en el art. 20.1 y por tanto se acordará la entrega de la persona reclamada bastando con que

estuviera castigado ese delito en el Estado de emisión con una pena máxima mayor a tres años. Los delitos por los que un sujeto puede ser entregado, en relación al supuesto de estudio, son los siguientes: Trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pertenencia a organización delictiva.

Conclusiones

Se debe entender, que podría llegar a solicitarse la detención de Romelia, por medio de la citada euroorden. Una vez en territorio español, solo existe jurisdicción universal sobre los delitos cometidos fuera del territorio español, que en este caso serían la trata de seres humanos art. 177 CP, cuyo sujeto pasivo del delito son las siete chicas excepto Maria D., y la prostitución de menores de edad 188.2 CP cuyo sujeto pasivo es Nicoara, siempre que el procedimiento se dirija contra una PJ, en este caso Na&Ma, S.L. conforme al art. 23.4.k).3º y m).3º LOPJ. En ningún caso persiguiendo imputados procesados por la prostitución de mayores de edad.

8.3) Medidas cautelares contra la sociedad durante el juicio

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

Si, según el art. 544 quáter.1 LECrim, cuando se haya imputado a una PJ en un proceso penal, sólo podrán imponérsele las medidas cautelares expresamente previstas en el Código Penal. Estas aparecen recogidas en el art. 33.7 CP, el cual confirma que todas las penas aplicables a las PJs, son graves. A continuación, afirma 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”.

El art. 33.7 CP establece en su apartado c) “la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años”, en su apartado d) “la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años” y en su apartado g) “la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

Para aplicar medidas de justicia cautelar, es necesario que los hechos presenten caracteres de delito, de los que puede ser responsable la PJ, que exista “periculum in mora”, para asegurar la efectividad de la sentencia y ante todo debe garantizarse el principio de proporcionalidad, con medidas razonadas y justificadas, “de no ser así, estaríamos sin duda ante medidas que atentarían contra el derecho a la presunción de inocencia”, (ARANGÜENA FANEGO, 2014, p. 94)

La intervención judicial, es una medida cautelar que implica una clara intervención en la actividad de la sociedad. Podría afectar en el caso de la intervención, a la totalidad de la organización o tan solo centrarse en ciertas instalaciones o unidades de negocio. Esta intervención se podrá modificar o suspender en cualquier momento anterior al informe del MF y del interventor, el cual podrá acceder a todos los locales de la PJ y recibir “cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones” reguladas reglamentariamente.

Cabe pensar que se puede también imponer la fianza o el embargo para hacer frente a las responsabilidades civiles del art. 116.1 CP, por el que “toda persona

criminally responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”.

Según el art. 116.3 CP, la responsabilidad penal de una PJ, llevará aparejada la responsabilidad civil de restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios materiales y morales art. 110 CP, de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

Pese a no venir las fianzas y embargos reguladas en el CP debemos entender que son otras medidas de carácter cautelar real también de aplicación a la PJ. Serán de aplicación por la LECrim, art. 589 “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”

Para proceder a la entrada y registro, art. 554.4 LECrim, de la sociedad, se entenderá por domicilio de la PJ al espacio físico que constituya el centro de dirección de la misma, ya sea domicilio social o un establecimiento dependiente, u “otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

Conclusiones

Podrán imponerse algunas de las medidas cautelares del art. 33.7 CP, todas con duración inferior a cinco años, entre ellas la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial total o parcial, a través del principio de proporcionalidad, la defensa de la presunción de inocencia y sólo cuando sea estrictamente necesario para conseguir que una vez dictada sentencia, esta se ejecute conforme a derecho.

8.4) Intervención de las comunicaciones de la sociedad

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

Dentro de las diligencias de investigación que descubren las posibles infracciones punibles y analizan más en profundidad las circunstancias del supuesto, un Juez puede decidir intervenir las comunicaciones de las personas. Sin embargo, ante esta injerencia, las comunicaciones privadas se encuentran protegidas por las garantías reforzadas propias de los derechos fundamentales que contiene la CE entre los arts 14 al 29. El art. 18 CE en particular, protege el derecho al secreto de las comunicaciones, en especial el de las postales, telegráficas y telefónicas, “salvo resolución judicial” como confirman las STS de 23 de febrero de 1994 y STS 14 de marzo de 1995.

Para la STS 34/2003 de 22 de enero, “se ha considerado insubsanable la ausencia de la propia autorización judicial, así como es necesario un efectivo control judicial de su práctica durante todo el tiempo autorizado” y para que sea constitucionalmente legítima esa autorización, el Juez tiene que verificar la presencia de “unos indicios constatables por un tercero y no meras afirmaciones apodícticas de sospecha”, STS 988/2003, de 4 de julio.

Este derecho fundamental, se extiende a Internet y las formas de comunicación que puedan llegar a existir en el futuro, tal como entienden autores como (MORENO CATENA, 2015, p.322).

Para saber si es posible llegar a vulnerar este derecho, primer debemos saber si la sociedad limitada, en tanto que PJ, es titular de derechos fundamentales tales como el secreto de las comunicaciones. De este modo, como en todo lo que afecta a los derechos fundamentales, ha tenido que ir la jurisprudencia del TC, definiendo poco a poco como se les aplican y garantizan a las PJ, STC 197/2009 de 28 septiembre y STC 49/1999 de 5 de abril.

Como primera aproximación a esta injerencia, quizás sea prudente analizar el contenido de la Circular 1/2013, del 11 de enero, sobre pautas de actuación relativa a la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. El Ministerio Fiscal en este punto, entiende que, los titulares del secreto de las comunicaciones pueden ser tanto las PF como las PJ, nacionales o extranjeras. Y en ese mismo sentido las STS 246/1995 de 20 de febrero, STC 114/1984 de 29 de noviembre, entienden que “el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones”.

El primer reconocimiento expreso de “la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado... siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”, fue el de la STC 64/1988, de 12 de abril.

La nacionalidad española fue reconocida a las PJs desde la STC 23/1989 de 2 de febrero, pese a haber venido considerándose aplicable, implícitamente, el art. 14 CE a las PJ de nacionalidad española, como titulares de este derecho, como queda de manifiesto, entre otras, en las STC 99/1983 de 16 de noviembre, STC 20/1985 de 14 de febrero y STC 39/1986 de 31 de marzo.

El derecho a la tutela judicial efectiva fue reconocido por las STC 241/1992 de 21 de diciembre y STC 19/1983 de 14 de marzo. Se le reconoce a las PJ el derecho de acceso libre a la jurisdicción, a la motivación de la resolución de fondo, a ejercitar los recursos legalmente previstos, a obtener la ejecución de la sentencia y la prohibición de indefensión.

Acercándonos a las circunstancias del caso, el derecho al honor del art. 18.1 CE, fue reconocido expresamente a las PJs por las Las STC 139/1995 de 26 septiembre y STC 183/1995 de 11 de diciembre. Estas declararon asimismo, que la capacidad de las PJs para ser titulares de determinados derechos fundamentales, reconocidos en abstracto, “necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental”.

Repetida jurisprudencia del TEDH, ha concluido que “las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de “vida privada”, STEDH Caso Haldford de 25 de marzo de 1998. La intervención podrá ir dirigida tanto a PFs como PJs “en el seno de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave atendiendo al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo”, STS de 31 de octubre de 1994, STS de 20 de febrero de 1995, STS de 22 de abril de 1998 y STC 166/1999 de 27 de septiembre. En el mismo sentido la STC 167/2002 de 18 septiembre que remarca la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Una medida que restringe el derecho al secreto de las comunicaciones, solo será constitucionalmente legítimo, “si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si, la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos”, STEDH 30 de julio de 1998 caso Valenzuela, la STC 126/2000 del 16 de mayo, y de nuevo la citada anteriormente STC 49/1999 de 5 de abril.

Las llamadas telefónicas con origen y destino los locales profesionales, como un despacho de abogados, pueden incluirse dentro del concepto de “vida privada” y de “correspondencia” privada según STEDH Caso Klass de 6 de septiembre de 1978, STEDH Caso Malone de 2 de agosto de 1984 y STEDH Caso Kuslin y Huvig de 24 de abril de 1990 y en particular la STEDH Caso Klopp de 25 de marzo de 1998.

La posible detención de correspondencia privada, postal y telegráfica por parte del Juez que aparece regulada en el art. 579 LECrim o L.O. 4/1988 de 25 de mayo, esto es, antes de que llegue el mensaje al destinatario y la apertura, descubriendo su contenido, que el procesado, en este caso sociedad con PJ, remitiese o recibiese, en caso en que existan indicios y fuese a descubrir al examinarla, hechos delictivos importantes.

La regulación actual sobre las intervenciones de las comunicaciones en la LECrim es incompleta, STEDH del 18 de febrero de 2003 Prado Bugallo vs España.

Es quizás una de las razones por las que sufrirá una modificación sustancial próximamente, que entrará en vigor el 6 de diciembre del 2015. La ley hasta ahora vigente, pese a limitar el plazo de mantenimiento de la medida de injerencia hasta un máximo de 3 meses, era prorrogable por iguales períodos, y no existe un límite de las prórrogas que se puedan acordar.

Así, también la STS 487/2007 de 29 de mayo confirma que el art. 579 LECrim no cumple con las exigencias mínimas y garantías requeridas por el TEDH relativas a esta injerencia. No están suficientemente delimitados ni la naturaleza ni la gravedad de los hechos que permiten intervenir, ni establece las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso. Ni habla sobre el secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes se comunican.

Finalmente, a modo de compendio, la STS 676/2012 de 26 julio sintetiza los siguientes requisitos necesarios para intervenir validamente las comunicaciones telefónicas, aplicable según lo anteriormente expuesto a las PJs:

- (1) Sólo la autoridad judicial puede establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones, suficientemente motivada, razonada y razonable de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales, debiendo haber indicios explícitos para la medida.
- (2) Exclusiva interceptación para probar la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables, STS de 12 septiembre 1994.
- (3) Sólo se adoptará la medida, cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales de la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

- (4) La proporcionalidad de la medida, sólo en caso de delitos graves en que circunstancias y la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma.
- (5) No podrá prorrogarse la intervención por trimestres de manera indefinida o excesiva porque sería desproporcionado e ilegal.
- (7) No cabe tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.
- (8) La medida únicamente recaerá sobre teléfonos de las personas implicadas por la existencia de indicios.
- (9) Deben existir previamente indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de que se va a llegar al conocimiento de los autores del ilícito.
- (10) La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, pudiendo ser la misma intervención, la que ponga en marcha el procedimiento criminal, nunca antes de la iniciación del proceso, STS 664/1994 de 25 marzo.

Conclusiones

Por todo lo anterior, sí debe reconocerse el derecho del secreto de comunicaciones a la sociedad y de igual modo será posible una intervención, si se reúnen todos los requisitos expuestos y se hace con cierta proporcionalidad. El fin último será prevenir infracciones punibles graves, cometidas en el seno de una PJ, con motivo de la existencia de indicios de responsabilidad penal en el seno de esa PJ.

8.5) Fiscalización de los movimientos de una cuenta bancaria gibraltareña

¿Podrían investigarse los movimientos de la cuenta gibraltareña?

Podemos presuponer que Gibraltar es un territorio de baja tributación que dispone de una legislación muy permisiva en temas bancarios y financieros. Estaremos en lo cierto, como demuestra un caso de blanqueo en Marbella resuelto por la SAP de Málaga 179/2013 de 16 abril y recurrido posteriormente en casación por la STS 487/2014 de 9 junio. En este proceso hace referencia a una serie de operaciones bancarias entre España, Gibraltar y Suiza con la finalidad de conseguir el blanqueo de ciertos capitales y para su resolución se califica a Gibraltar como “un paraíso fiscal”.

La investigación de las cuentas personales supone una seria injerencia en el derecho a la “intimidad económica”, STS 228/2013 de 22 marzo. Del mismo modo, que de tratarse de datos informatizados pertenecientes a una base de datos, esta información estará protegida por el derecho fundamental a la protección de datos personales regulado por el 18.4 CE y la LOPD.

Sin embargo en España, la Ley General Tributaria en su art. 93 LGT lista las obligaciones de información que tienen, tanto las PFs, como las PJs privadas o públicas. Entre estas obligaciones se encuentran la de proporcionar a HP todo tipo de datos con trascendencia tributaria, ya sean informes o justificantes siempre que estén relacionados con sus obligaciones tributarias o vinculados por sus relaciones económicas con otras terceras personas. Estas obligaciones se soportarán con mayor intensidad para los

retenedores y las entidades depositarias de dinero en efectivo cuentas, valores u otros bienes de deudores de HP, que estarán obligados a informar y a cumplir con sus requerimientos individualizados, en el ejercicio de sus funciones.

Parece previsible, que no sea posible incumplir estas obligaciones de información, amparándose en el secreto bancario. El art. 93.3 LGT, enumera los movimientos sujetos a las funciones de inspección, entre los que se encuentran los de las cuentas corrientes, y demás operaciones tanto activas (préstamos), pasivas (depósitos), como neutras. Estas últimas hacen referencia entre otras a las transferencias bancarias, para las cuales, se podrá investigar sobre el origen y destino de los movimientos.

Existen obligaciones concretas para ciertos profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la HP, art. 93.5 LGT, no alcanzando a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa. Este es el caso del abogado Xaime que no estará obligado a facilitar información a la Administración Tributaria ya que se la pedirán en tanto que asesor de la empresa.

En la actualidad, en lo relativo al intercambio estatal de este tipo de información bancaria en el seno de un proceso, podría utilizarse el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, firmado en Bruselas el 29 de mayo de 2000 y en vigor desde el 23 de agosto de 2005.

Se trata de un convenio europeo celebrado por el Consejo Europeo de conformidad con el art. 34 del Tratado de la UE. Éste forma una unidad normativa, con su Protocolo de 16 de octubre de 2001, firmado en Luxemburgo.

Este protocolo se centra particularmente en la investigación de cuentas bancarias. Se aprobó este texto, tras haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones necesarias, y actualmente rige en la totalidad de los Estados miembros de la UE, a excepción de Grecia, Irlanda e Italia, así como en el caso particular de Reino Unido, que formando parte de este convenio, sin embargo no se adhirió a él Gibraltar. Esto se debe a la existencia de las reservas plasmadas en el art. 12 del Potocolo, que hacen referencia a que “la aplicación del presente Protocolo del 2001 a Gibraltar surtirá efecto” por el art. 26 del Convenio “en el momento de la ampliación a Gibraltar del Convenio Europeo de Asistencia Judicial”, lo cual aún no ha ocurrido.

Por otro lado, debe tenerse presente la existencia de otra herramienta complementaria en esta materia, el Convenio relativo al blanqueo, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, dentro del ámbito del Consejo de Europa. Este texto fue firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, y recoge una amplia regulación dirigida a la investigación bancaria. Sin embargo, la problemática es la misma, Gibraltar aún no es parte en este texto, que habla de “la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar”.

Por otro lado, y no por ello menos importante, aunque todavía no tendrá plena aplicación hasta el 2017, diversos Estados disponen de un Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras. Este documento ha sido firmado por 54 países y está en vigor desde su firma en Berlín el 29 de octubre de 2014. Sin embargo, el intercambio efectivo de información no será imperativo hasta 2017. En España fue publicado en el BOE el 13

de agosto del 2015 y comenzará a recibir información de forma periódica, automática y estandarizada, desde principios del año 2017, básicamente sobre datos de cuentas bancarias situadas en los territorios firmantes, entre ellos Gibraltar.

Las únicas circunstancias en las que las autoridades españolas podrían exigir a los bancos gibraltareños que operan y ofrecen sus servicios en territorio español y por tanto en el mercado europeo, son aquellas defendidas por la STS de 17 de diciembre de 2013. El TS, con el fin de resolver un caso concreto sobre un banco situado en Gibraltar, consideró oportuno elevar una cuestión prejudicial al máximo tribunal europeo, que fue resuelta por STJUE de 25 de abril de 2013. Se trata del relativamente conocido caso Jyske Bank Gibraltar Ltd contra la Administración del Estado español. En esta sentencia se resuelve la cuestión/es siguiente/s:

España u otro país, en tanto que Estado miembro de la UE, ¿puede exigir imperativamente a las entidades de crédito que operan en su territorio, aun no teniendo un establecimiento permanente (EP) en él, que suministren información directamente a sus autoridades encargadas de la prevención del blanqueo de capitales? ¿o al contrario tienen que dirigirse a la Unidad de Inteligencia Financiera del Estado miembro donde esté situada la entidad bancaria?

La respuesta fue rotunda, “la directiva no se opone, en principio, a la normativa española”. El TJUE, entiende que la restricción a la libre prestación de servicios que supone la legislación española sobre el blanqueo "puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo".

A partir de este espaldarazo a la ley española, el TS en su sentencia confirma la multa de 1,7 millones al banco Jyske Bank de Gibraltar por no haber aportado la identidad de sus clientes en España en el seno de una investigación criminal.

En España, normalmente esta información la requiere el Servicio Ejecutivo para la Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), que es la Unidad de Inteligencia Financiera de España, creada por la ley 19/1993 de 28 de diciembre, y actualmente regulada por la ya citada Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención de blanqueo.

Se trata de un organismo dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad. Se encarga de investigar los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior y el blanqueo interior a través de su estructura colegiada formado por representantes de diferentes departamentos ministeriales y agencias, el MF y las diferentes CC.AA.

Conclusiones

Siempre que la entidad bancaria gibraltareña en la que se encuentra la cuenta corriente bancaria, opere en territorio de la UE, aun no disponiendo de EP en ninguno de los países miembros, España, a través de la Adm. Tributaria o a través del Sepblac, le podrá solicitar información en el seno de una investigación criminal, y de negarse, podrá imponerle sanciones pecuniarias de considerable importancia.

A partir del 2017 a través del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras, España dispondrá de toda la información que necesite en relación con las entidades bancarias gibraltareñas, en relación con sus clientes españoles que sean objeto de investigación en un proceso penal.

8.6) Representación en juicio de una persona jurídica

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

En el ámbito del proceso penal, la persona jurídica, como se expuso anteriormente, comenzó a tener reconocido su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE a través de un continuo desarrollo jurisprudencial constitucional, cuyo origen puede considerarse la STC 241/1992 de 21 de diciembre. Por consiguiente se puede considerar que tendrá aún más sentido en la actualidad cuando desde el CP o L.O. 5/2010, se reconoce la responsabilidad penal directa y principal, limitada eso sí, a unos concretos delitos “numerus clausus”.

En caso de producirse la imputación de la PJ, según el art. 14 bis LECrim, su presencia o ausencia en el proceso no influirá sobre la determinación de la competencia judicial, ya que se atenderá siempre a la pena legalmente prevista para las PFs procesadas o imputadas.

La PJ tiene derecho a un Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa asistida de letrado, a ser informada de la acusación formulada contra ella, a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a la utilización de todos los medios de prueba adecuados para su defensa, a la presunción de inocencia, al derecho a no declarar, al derecho a un intérprete, e incluso en el futuro es previsible, a la asistencia jurídica gratuita.

Para adelantarse y entender como es previsible que actúe el Ministerio Fiscal en los casos penales de nueva aparición, vinculados con PJs, debe seguirse la citada Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las PJs conforme a la reforma del CP por L.O. 5/2010.

Los cambios introducidos en la LECrim que entraron en vigor el 31 de octubre del 2011 provocaron la aparición de un nuevo articulado que regula el proceso de la PJ en juicio. Uno de estos cambios se encuentra en el art. 119 LECrim. Este precepto aclara que cuando se impute/procese a una PJ, se la citará en su domicilio social, para que designe abogado y procurador, en caso de no hacerlo, se le asignará uno/s de oficio.

El domicilio social debe entenderse en sentido amplio y permitir la posibilidad de dirigir las citaciones a cualquier otro domicilio que conste en registros públicos o donde se desarrolle la actividad, similar a lo dispuesto en la LECiv para el domicilio del demandado.

La persona jurídica, también deberá designar un representante, si no lo hace, el procedimiento continuará sólo con abogado y procurador, ya que su inasistencia no obstaculiza el proceso. El Juez informará al representante de la PJ imputada o en su defecto a su abogado, de los hechos que se le imputan, así como le proporcionará una copia por escrito de la denuncia o querrela, art. 119.a) LECrim, para que puedan acudir a la comparecencia, art. 775 LECrim, en la cual el Secretario judicial les informará de sus derechos.

Las personas jurídicas deberían poder ejercer del derecho a la justicia gratuita, en caso de que no dispongan de recursos suficientes para acudir a juicio, sin embargo este derecho no será efectivo hasta que no sea desarrollado por ley.

La designación del procurador evita la notificación en el domicilio, ya que todas las comunicaciones serán desde entonces con él, art. 119.d) LECrim y la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada que impliquen o autoricen la presencia del imputado se hará ante el representante, asistido por abogado art. 120.1

LECrim. Su no comparecencia, de nuevo, no impide su práctica ya que continuará con el abogado, art. 120.2 LECrim.

Para tomar declaración a la PJ, declarará su representante, asistido de su abogado, art. 409 bis LECrim, con el objetivo de averiguar los hechos y la participación de la PJ en ellos, así como del resto de personas supuestamente implicadas. Esta declaración estará amparada por los mismos derechos que los de la PJ, incluidos el de guardar silencio, a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable proyectados sobre el que hayan designado como representante, lo cual no evita que deba colaborar aportando cierta documentación. La incomparecencia de este representante, equivaldrá al derecho a guardar silencio, se tendrá por celebrado el acto y así estará ejerciendo su derecho a no declarar.

Asimismo, el juicio oral, no se suspenderá por la incomparecencia del representante, continuará simplemente con su abogado y procurador art. 786 bis.2 LECrim.

La PJ imputada deberá prestar la conformidad de su representante con poder especial, siendo independiente de la posición del resto de acusados y su contenido no será vinculante en el juicio contra esos otros acusados. La sociedad, solo será llamada por requisitoria si no se le pudo citar para comparecencia por no tener domicilio social conocido, siendo aplicable la normativa relativa a la declaración de rebeldía del art. 839 bis LECrim.

La requisitoria correspondiente, se publicará en BOE y BORME, y no provocará, como ocurría en las PFs la posibilidad convertirse en órdenes de busca y captura, simplemente una vez transcurrido el plazo sin comparecer, se le declarará rebelde, continuando los trámites procesales, hasta su conclusión. Siendo posible en este caso la condena por el art 786.1 LECrim.

Salvo estas puntualizaciones, y ciertas especificidades para todo lo demás se aplicará a grandes rasgos la normativa relativa a la representación de la PF en juicio. Hay que tener en cuenta, que se trata de una operativa procesal extremadamente reciente y de la que no existe excesiva práctica jurídica documentada.

DISPOSICIONES GENERALES

Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras, de 29 de octubre de 2014.

Código Penal L.O. 10/1995. y L.O. 5/2010.

Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la UE de 29 de mayo de 2000 y Protocolo de 16 de octubre de 2001

Convenio relativo al Blanqueo, Embargo y Decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, de Varsovia el 16 de mayo de 2005

Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

Directiva 2015/849 relativa al Blanqueo de Capitales Internacional

Directiva 2009/101 de 16 de septiembre, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros, a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros.

Directiva 2005/29 relativa a las Prácticas Comerciales Desleales de las Empresas en sus Relaciones con los Consumidores en el Mercado Interior

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

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, sobre Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la UE.

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

Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo

Ley de Enjuiciamiento Criminal LECrim.

Ley de Marcas 17/2001 de 7 de diciembre

Ley Orgánica del Poder Judicial LOPD

Plan General Contable 2007, PGC 2007

Reglamento de Régimen Sancionador Tributario, RD 2063/2004 de 15 de octubre

Reglamento Europeo de Marcas 207/2009 de 26 de febrero

RD 2829/1977 de 6 de octubre, sobre la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o RD. Legislativo 4/2004 de 5 de marzo

Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, RD.Leg. 1/2010, de 2 de julio

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE

JURISPRUDENCIA

TEDH

STEDH Prado Bugallo vs España 18 de febrero de 2003
STEDH Caso Valenzuela 30 julio 1998
STEDH Caso Klopp 25 marzo 1998
STEDH Caso Haldford 25 marzo 1998
STEDH Caso Kuslin&Huvig 24 abril 1990
STEDH Caso Malone 2 agosto 1984
STEDH Caso Klass 6 septiembre 1978

TJCE/TJUE

STJUE de 25 abril 2013
STJCE/TGUE de 9 marzo 2012
STJCE de 13 de noviembre de 1990

TC

STC 197/2009 de 28 septiembre
STC 228/2002 de 9 diciembre
STC 167/2002 de 18 septiembre
STC 126/2000 del 16 de mayo
STC 166/1999 de 27 de septiembre
STC 49/1999 de 5 de abril
STC 183/1995 de 11 de diciembre
STC 139/1995 de 26 septiembre
STS 246/1995 de 20 de febrero
STC 241/1992 de 21 de diciembre
STC 23/1989 de 2 de febrero
STC 64/1988, de 12 de abril
STC 39/1986 de 31 de marzo
STC 20/1985 de 14 de febrero
STC 114/1984 de 29 de noviembre
STC 99/1983 de 16 de noviembre
STC 19/1983 de 14 de marzo

TS

Auto TS 2258/2009 de 13 julio
STS 298/2015 de 13 mayo
STS 487/2014 de 9 junio
STS 429/2014 de 21 de mayo
STS 208/2014 de de 10 de Marzo
STS 208/2014 de 10 de Marzo
STS 53/2014 de 4 de febrero
STS de 17 diciembre 2013
STS 5811/2013 de 24 de octubre
STS 409/2013 de 21 mayo
STS 228/2013 de 22 marzo
STS 129/2013 de 20 de febrero
STS 676/2012 de 26 julio
STS 385/2012, de 10 mayo
STS 219/2012 de 22 marzo
STS 1071/2011 de 11 octubre
STS 38/2011 de 16 febrero
STS 631/2010 del 7 de Julio
STS Acuerdo del 20 enero 2010

STS 56/2009 de 3 febrero
STS 605/2007 de 26 junio
STS 487/2007 de 29 de mayo
STS de 6 de noviembre de 2006
STS 1047/2006 de 9 octubre
STS de 10 de julio de 2006
STS 1257/2005 de 31 octubre
STS 1002/2005 de 6 de julio
STS 512/2005 de 24 junio
STS de 2 de mayo 2005
STS 714/2005 de 15 de marzo
STS 1367/2004 de 29 noviembre
STS 1342/2004 de 18 noviembre
STS 1207/2004 de 11 de octubre
STS 414/2004 de 30 de marzo
STS 154/2004 de 13 de febrero
STS de 28 de noviembre de 2003
STS 988/2003, de 4 de julio
STS 34/2003 de 22 de enero
STS de 25 de abril de 2002
STS 2205/2002 de 30 enero
STS 1905/2001 de 5 diciembre
STS de 30 de octubre de 2001
STS 1588/2001 de 17 de septiembre
STS 18 de febrero del 2001
STS 593/2000 de 16 junio
STS de 21 de diciembre de 1999
STS de 26 de julio de 1999
STS 1165/1998 de 13 diciembre
STS de 22 de abril de 1998
STS 833/1996 de 11 noviembre
STS de 20 de febrero de 1995
STS de 31 de octubre de 1994
STS 664/1994 de 25 de marzo
STS 2401/1992 de 31 octubre

AP

AAP Islas Baleares 627/2014 7 noviembre
AAP de Sevilla 792/2010 de 24 noviembre
SAP de Ciudad Real 23/2015 de 22 octubre
SAP de Huelva 96/2015 de 21 mayo
SAP Valladolid 80/2015 de 27 marzo
SAP de Málaga 671/2013 de 20 noviembre
SAP de Málaga 179/2013 de 16 abril
SAP de Alicante 479/2012 de 22 noviembre
SAP de Madrid 505/2011 de 12 julio
SAP de Madrid 73/2006 de 25 mayo
SAP de Barcelona 185/2006 de 19 abril
SAP Madrid de 37/2005 de 20 mayo
SAP de Palencia 16/2003 de 18 diciembre
SAP de Murcia 155/2003 de 19 mayo
SAP de Burgos de 7 febrero 2003
SAP Madrid de 8 de julio 1999

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GALLO, 2011 *Estudios sobre las reformas del código penal: (operadas por la LO 5-2010, de 22 de junio, y 3-2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Navarra.
- ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, (2ª Ed), *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia. pp. 667-710.
- ARROYO ZAPATERO & NIETO MARTÍN, 2007, *La orden de detención y entrega europea*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Colección Marino Barbero Santos. Cuenca. pp. 161 y ss.
- AYALA GÓMEZ, 2000, *Consumación y prescripción del Delito fiscal. Terceras jornadas sobre el delito fiscal. Comentarios y conclusiones sobre el delito fiscal*. pp 116 y ss.
- AYALA GÓMEZ, 2009, *Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado 'delito fiscal' del artículo 305 del Código penal*. Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública. pp. 102 y ss.
- BENITEZ ORTÚZAR, 2011, *Sistema de Derecho penal español parte especial*, Ed. Dykinson, S.L., p. 227 y ss.
- BRANDARIZ GARCÍA, 2012, *Comentarios a la legislación penal especial*, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 511-529.
- CANCIO MELIÁ, M./ DÍAZ-MAROTO, 2011, *Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo, Estudios sobre las Reformas del Código penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona, pp. 643-670.
- CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2011, (3ª Ed), *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 164 y ss. & 528 y ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, 2010, *Derecho de la empresa y el mercado*, Tirant Lo Blanch, Valencia. p.125.
- GARCÍA CAVERO, 1999, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona. pp. 188 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, 2010 *Esquemas. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia,
- GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, (4ªEd.), *Derecho penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 510
- ISIDORO BLANCO CORDERO, 2015, (4ªEd), *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra.
- MENENDEZ & ROJO, 2010, (8ªEd), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, Navarra, pp. 229-238
- MORENO CATENA, 2015, (8ªEd.), *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, 2013, (19 Ed.), *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ DE MORALES, 2006 *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas. En Investigación y prueba en el proceso penal*. Ed. Colex, pp. 138-174
- QUINTERO OLIVARES, 2006, *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 698, pp 1-6.
- QUINTERO OLIVARES, 2010, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, pp. 253
- ROJO, BELTRÁN, CAMPUZANO & GALLEGO SÁNCHEZ, 2013, (5ª Ed.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, p. 332-337.
- SERRANO GÓMEZ/MAILLO/TÁRRAGA & VÁZQUEZ GONZALEZ, 2012, *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ & PIÑOL RODRÍGUEZ & JUDEL PRIETO, 2011 (6ª Ed.). *Manual de Derecho penal, Tomo II: Parte Especial*, Pamplona, Editorial Civitas, S.A., pp. 349-357 & 417-440.
- ARANGÜENA FANEGO, “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, *REDEM – Revista de Derecho Empresarial*, No.2 – Octubre 2014, Valladolid. pp. 83-115.

REFERENCIAS WEB

Consulta Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses:

<http://consumo-inc.gob.es/informes/docs/consultas2006.pdf> (pag 44 de 56) (Consultado 15/11/2015)(Consulta N° 16 con REF.: SCC/AP/I.070.06/F)

Real Academia de la lengua Española:

<http://dle.rae.es/?id=YhiI9cB>

Web y Localizador del Registro de Marcas de la OEPM:

http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/PDF/Prohibiciones_absolutas_sgnos.pdf

<http://sitadex.oepm.es/Localizador/buscarDenominacion.jsp>

Informes del Ministerio Fiscal:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%20-2013%20INTERVENCIONES%20TELEFONICAS.pdf?idFile=f152f988-5093-4a6c-85b2-a1263bfce443 (consultada el 20/11/2015)

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular%20de%20extranjeria.pdf?idFile=de8c4ce6-b981-4975-bc9d-210fe5b38264 (consultada el 12/11/2015)

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3 (consultada el 10/11/2015)