

El Derecho Penal Económico orientado a la práctica jurídica

*Materiales para su estudio
y preparación práctica*

**Miguel Bustos Rubio (dir.)
Alfredo Abadías Selma
Beatriz Romero Flores
Carlos Bardavío Antón**

Universidad Internacional de La Rioja
2025

A MODO DE INTRODUCCIÓN...

En el año 1870 Christopher Columbus, profesor de la Universidad de Harvard, empezó a enseñar Derecho haciendo que los estudiantes leyeran casos reales, fomentando el debate entre los alumnos. El método de casos tiene una larga historia en el sistema anglosajón, si bien su desarrollo en los países continentales como el nuestro no ha sido demasiado prolijo. Los casos siempre se han utilizado en forma de ejemplo en las Facultades de Derecho, pero no se ha logrado imbricar la teoría que estudia el alumno con la práctica real de nuestros juzgados.

En el seno del proyecto de innovación docente “*El Derecho penal económico orientado a la práctica jurídica*” (2019) de la Universidad Internacional de La Rioja, se desarrolla el material que a continuación se recoge: un compendio didáctico de carácter eminentemente práctico, ya resuelto y analizado, con el que trabajar en el aula en el marco de la asignatura “Derecho Penal Económico” del Grado en Derecho, que viene a servir de *complemento* al material teórico del que disponen los alumnos, que les permitirá conocer cómo se aplica este sector normativo en la realidad práctica de nuestros juzgados y tribunales ante supuestos reales.

Con ello el alumno desarrollará una de las competencias más importantes de la titulación: la de saber solventar problemas prácticos trasladando soluciones teórico-normativas a la realidad.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Carlos Bardavío Antón

1. MARCO TEÓRICO

La responsabilidad penal de la persona jurídica se ubica en el Libro I del Título II denominado *De las personas criminalmente responsables de los delitos* en los arts. 31 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies* al del CP, introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE-A-2015-3439). Los citados artículos se refieren a un modelo general de imputación de la autoría de la persona jurídica que responde a un *numerus clausus* de casos delictivos.

Modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica

Con la reforma 5/2010, hasta la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador adoptó el denominado modelo de responsabilidad *vicarial* o de *heterorreferencia*, por el cual se seguía un modelo de transferencia de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica, esto es, se hacía depender la responsabilidad de la persona jurídica de la efectiva responsabilidad de una persona física.

En concreto, el art. 31 *bis* CP en la reforma de 2010 rezaba así:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de

circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

Con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador introdujo un modelo de responsabilidad de persona jurídica denominado *autorresponsabilidad*, por el cual la persona jurídica responde con independencia de la responsabilidad de la persona física. Se reformó el art. 31 *bis* CP, y se introdujeron los arts. 31 *ter*, *quater* y *quinquies* CP. Asimismo, se reformaron e introdujeron gran cantidad de tipos penales al objeto de hacer responder a la persona jurídica en determinados delitos (*numerus clausus*)

Sujetos penalmente responsables:

El art. 31 *bis* CP hace una distinción, por un lado, la responsabilidad de la persona jurídica en la letra a) del apartado 1 del art. 31 *bis* CP por delitos cometidos por los **autorizados** de la persona jurídica **en nombre o por cuenta de la misma**, en **beneficio directo o indirecto**:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que

actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Por otro, la responsabilidad penal de la persona jurídica **por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad** por hechos cometidos por **personas que están sometidas a la autoridad** en la letra b) del apartado 1 del art. 31 *bis* 1 CP:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido **gravemente** por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

Fundamento de la **autorresponsabilidad** penal de la persona jurídica por **defecto de organización** se aprecia más claramente en el art. 31 *ter* CP.

«1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».

Exención de responsabilidad del art. 31 *bis* 2 CP en el supuesto a) del art. 31 *bis* 1 por haber adoptado un modelo denominado *compliance programs* CP:

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada

legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada».

Exención de responsabilidad del art. 31 bis 4 CP en el supuesto b) del art. 31 bis 1 CP por haber adoptado un modelo denominado *compliance programs*:

«4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

Atenuación específica de la responsabilidad del segundo párrafo del art. 31 bis 2 y 4 CP:

Atenuación del segundo párrafo del art. 31 bis 2 CP en relación al supuesto del art. 31 bis 2 CP:

«En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

Atenuación específica del segundo párrafo del art. 31 *bis* 4 CP en relación al supuesto del art. 31 *bis* 4 CP:

«En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo».

Atenuación general del art. 31 *quater* CP:

«1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Ausencia de responsabilidad del Estado, Administraciones y entes públicos del art. 31 *quinquies* CP:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

Delitos en los que puede la ser responsable penal la persona jurídica (*numerus clausus*):

Tráfico de órganos humanos (Art. 156 *bis* CP); **Trata de seres humanos** (art. 177 *bis* CP); **Delitos de prostitución y la corrupción de menores** (arts. 187, 188, 189 CP); **Delitos contra la intimidad y delitos informáticos** (arts. 197, 197 *bis* y 197 *ter* CP); **Frustración de ejecución** (arts. 257, 258, 258 *bis* CP); **Delitos de insolvencias punibles** (arts. 259, 259 *bis*, 260 y 261 CP); **Daños informáticos** (arts. 264, 264 *bis* y 264 *ter* CP); **Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores y de corrupción privada** (arts. 270, 271, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 *bis*, 283, 284, 285, 285 *bis*, 285 *quater*, 286, 286 *bis*, 286 *ter* y 286 *quater* CP); **Receptación y blanqueo de capitales** (art. 301 CP); **Financiación ilegal de partidos políticos** (art. 304 *bis* CP); **Delitos contra la Hacienda Pública y la**

Seguridad Social (arts. 305, 306, 307, 307 *ter*, 308 y 310 CP); **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros** (art. 318 *bis* CP); **Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal** (Art. 319 CP); **Delitos contra el medio ambiente** (arts. 325, 326, 326 *bis* y 330 CP); **Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes** (art. 343 CP); **Delitos de riesgo provocado por explosivos** (art. 348 CP); **Delitos contra la salud pública en la modalidad de práctica ilícita con medicamentos, productos sanitarios y adulteración de alimentos o de aguas potables** (arts. 359, 360, 361, 362, 362 *bis*, 362 *ter*, 362 *quinquies*, 363, 364 y 365 CP); **Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas** (art. 368 y 369 CP); **Falsificación de moneda** (art. 386 CP); **Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje** (art. 399 *bis* CP); **Cohecho** (arts. 424 y 427 CP); **Tráfico de influencias** (arts. 429 y 430 CP); **Delito de malversación** (arts. 432 a 434 CP); **Incitación al odio y a la violencia** (art. 510 CP); **Organizaciones y grupos criminales** (arts. 570 *bis* y *ter* CP); **Delitos de terrorismo** (arts. 571 a 580 CP); **Delitos de contrabando** (art. 2 LO 12/1995, de represión del contrabando).

Todos los delitos son **dolosos** excepto los siguientes que recogen fórmulas **imprudentes**: **Insolvencias punibles** del art. 259.3 CP respecto al art. 261 *bis* CP; **Blanqueo de capitales** del art. 302.2 CP; **Delito contra el medioambiente** del art. 328 CP respecto al art. 331 CP; **Delitos contra la salud pública** del art. 367 CP respecto al art. 366 CP; **Financiación del terrorismo** del art. 576.4 CP respecto al art. 576.5 CP; **Delitos de contrabando** del art. 2.5 LO 12/1995 respecto al art. 2.6 de la LO 12/1995.

Penas para la persona jurídica de art. 33.7 CP:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, y que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- «a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) 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.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del

interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

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».

Responsabilidad civil de la persona jurídica del art. 116.3 CP:

«La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos».

Penas accesorias a la persona jurídica y entidades sin personalidad jurídica sin responsabilidad penal del art. 129 CP, facultativa del juez o tribunal, pero depende de que la persona física, autora del delito, sea condenada:

«1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

2. CASO PRÁCTICO

El acusado Juan, mayor de edad, fue condenado por delito contra la salud pública en otro procedimiento de 2010, del que derivan las presentes actuaciones. Durante los años 2016 a 2018 el acusado organizó un entramado familiar y empresarial destinado a introducir en el mercado lícito el dinero procedente de sus actividades ilícitas de tráfico de cocaína y a la vez para ocultar y proteger el patrimonio adquirido incluso después de su ingreso en prisión por el procedimiento de 2010. Las empresas de Juan,

TODOTERRENO Y TODOAGUA, de las que es administrador único, aunque realizaban actividades lícitas, se sostenían con dinero procedente del tráfico de drogas, en concreto, ambas empresas se beneficiaron en un montante de 100.000 € procedente del tráfico de drogas y se utilizaron para la compra de maquinaria y abonos a proveedores.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Arts. 301 y 302 CP

Art. 28 CP

Art. 31 *bis* CP

Art. 33.7 CP

3.2.- Bibliografía

CAMACHO VIZCAÍNO, A., *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, VV.AA., *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coord. por Jesús-María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou, B de F, Uruguay, 2017, pp. 975 a 985.

GALÁN MUÑOZ, A. / NÚÑEZ CASTAÑO, M^a E., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 3^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LUZÓN CUESTA, J. M^a. *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

3.3.- Jurisprudencia

STS 221/2016, de 16 de marzo.

STS 154/2016, de 29 de febrero.

STS 31/2017, de 26 de enero de 2017.

STS 121/2017, de 23 de febrero de 2017.

STS 583/2017 de 19 de julio.

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

De los hechos expuesto se puede concluir que Juan creó una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, y si bien fue condenado por este delito en 2010, la conducta consistente en ocultar el capital recibido de la venta de estas y su inserción en

el mercado como lícitas, hace que incurra en un delito de pertenencia a organización criminal.

Delitos.

Un delito de blanqueo de capitales consumado del art. 301 CP a título de autor en la persona de Juan.

Un delito de blanqueo de capitales consumado del 302.2 CP a la mercantil TODOTERRENO con base en el art. 31 *bis* CP.

Un delito de blanqueo de capitales consumado del art. 302.2 CP ala mercantil TODOAGUA con base en el art. 31 *bis* CP.

Sobre la persona física.

Conducta típica de la persona física: Juan encubrió, a título de autor directo, la procedencia ilícita del tráfico ilegal de drogas por el que fue condenado en 2010 en activos aparentemente lícitos de sus dos empresas.

Tipo objetivo del art. 301 CP: La conducta típica puede realizarse tanto por acción como por omisión, por ejemplo, cuando se omite realizar controles sobre las cantidades obtenidas. Se trata de un delito de mera actividad y de consumación anticipada, ya que basta con realizar alguno de los verbos rectores, aunque no se logre la finalidad, siendo el objeto material los bienes de procedencia ilícita.

Juan consiguió que los bienes de origen ilícito ingresaran en el circuito económico lícito de dos mercantiles de las que era administrador, sin que se pudiera detectar su origen y naturaleza.

Tipo subjetivo del art. 301 CP: El tipo subjetivo requiere una finalidad especial (elemento subjetivo de lo injusto), en concreto, con la finalidad de ocultar o encubrir el origen o para ayudar a la persona que haya participado en infracción previa. Se trata entonces, de un delito de intención permanente.

Juan actúa a sabiendas de que el dinero procedente procedía del tráfico ilegal de drogas porque él mismo fue el autor de dicho delito y por el que fue previamente condenado.

Penalidad: Juan incurre en el segundo párrafo del art. 301 CP, debiéndose imponer la pena señalada en el tipo básico, esto es, de 6 meses a 6 años, en su mitad superior, entonces de 3 años, tres meses y un día a 5 años, 12 meses y 365 días. Procedería la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión e industria por tiempo de uno a tres años, debiéndose igualmente agravar en su mitad superior en virtud del párrafo segundo del art. 301.1 CP, resultando una pena de 1 año, seis meses y un día a 2 años, 12 meses y 30 días. Dicha agravación responde a un mayor desvalor del resultado al utilizarse la procedencia ilícita de los capitales obtenidos del tráfico ilegal de drogas.

Artículo 301.

«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, **sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él** o por cualquiera tercera persona, o **realice cualquier otro acto** para ocultar o **encubrir su origen ilícito**, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la

pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su **mitad superior** cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código».

Sobre las personas jurídicas.

Conducta típica de las dos personas jurídicas:

Ambas mercantiles incurrir en el art. 302.2 CP al ser responsables directas en el encubrimiento de capitales ilícitos.

Tipo objetivo:

Ambas mercantiles incurrir en el artículo 302.2 CP, pero dada la especialidad de la responsabilidad de la persona jurídica hay que remontarse al art. 31 *bis* CP, especialmente al apartado 1 por actuar Juan en nombre de las mercantiles y en beneficio directo de éstas.

Penalidad: En relación al art. 302.2 a) una multa de 2 a 5 años. Asimismo, se pueden establecer en virtud del art. 66 bis CP las penas de las letras b a g) del art. 33.7 CP.

Artículo 302.

«1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

Caso 1

La Secretaría de Estado Comercio concedió una subvención pública a la Mercantil PEPE INNOVACION S.L., por importe de 200.000 €. Dicho importe fue ingresado en la cuenta de la mercantil en fecha de 1 de julio de 2016. El acusado, Pepe, posee el 90 % de las participaciones de la empresa y era la persona encargada y responsable de los cobros y pagos, así como de las relaciones de la empresa con otras, algunas de su propiedad, así como de las relaciones con los bancos. Aprovechando su condición de propietario, consejero delegado y el acceso que tenía a las diferentes cuentas de las distintas empresas, el acusado dispuso en beneficio propio en sus cuentas personales la subvención, y de tal manera no cumplió con los proyectos objeto del plan de la mencionada subvención para la que fue concedida. La Mercantil fue declarada en concurso de acreedores por auto de 10 de noviembre de 2017.

Caso 2

El 26 de mayo de 2010 la entidad BANCO MERITEL SA suscribió con INMOZEVILLA SL, domiciliada en Valladolid, contrato de agente colaborador para que actuando en su nombre y por cuenta del citado Banco mediara en sus operaciones propias de banca a particulares y empresas. En dicho acto, en nombre de INMOZEVILLA SL firmó el contrato Juan Pérez, en calidad de administrador único. Éste, como administrador de INMOZEVILLA SL, contrató como administrativa a la María Sánchez en agosto del año 2016. La Sra. Sánchez habitualmente se encargaba del trato directo con los clientes, y sin el conocimiento del administrador que trabajaba en el despacho de al lado ni del Banco, con la intención de lucrarse ilícitamente, suscribió directamente 50 documentos de reintegro de determinadas cuentas bancarias de clientes del Banco pertenecientes a 50 clientes, con desconocimiento de los titulares de las cuentas y simulando la firma del titular, disponiendo ella del importe reintegrado, un total de 900.000 €.

El 15 de mayo de 2018, al detectar el Banco en una gestión comercial que unos reintegros supuestamente autorizados por un cliente de la entidad habían sido efectuados por la Sra. Sánchez, destapó la dinámica de la Sra. Sánchez, la cual se inició en noviembre de 2016. El 16 de mayo de 2018 el Banco envió burofax a la mercantil INMOZEVILLA resolviendo el contrato. La Sra. Sánchez causó baja voluntaria al conocer los hechos, no obstante, continuó acudiendo a la oficina de la sociedad INMOZEVILLA SL, la cual de hecho siguió realizando labores de agencia colaboradora para el Banco con el conocimiento y consentimiento de ambas

mercantiles, si bien la Sra. Sánchez prosiguió con la dinámica suscribiendo tres contratos de depósito de 20.000 € a un interés alto cuyo importe recibió en la oficina y del que no dio cuenta ni ingresó en la sucursal. Uno de estos depósitos lo realizó fuera de la sucursal, en casa de una amiga íntima, que le entregó el dinero en el domicilio y del que no consta su ingreso en la sucursal. Ni INMOZEVILLA SL ni BANCO MERITEL SA comunicaron a sus clientes de la sucursal las incidencias habidas en la gestión de agencia colaboradora de la entidad.

El 18 de junio de 2018 el Banco de Santander emitió informe de auditoría interna pero no se concretaron las cantidades defraudadas definitivas. El Banco interpuso denuncia por los hechos el 31 de julio de 2018 contra el administrador de INMOZEVILLA SL y contra la Sra. Sánchez. La oficina de INMOZEVILLA cerró definitivamente de cara al público el 31 de agosto de 2018. La sucursal siguió hasta dicha fecha con el letrado oficial del Banco.

Análisis de los casos propuestos

En los dos casos se invita a realizar un estudio de los mismos y valorar si puede existir algún tipo de delito imputable a la persona jurídica y, en su caso, analizar los elementos esenciales de la acción delictiva y sus consecuencias penales y civiles a que pudieran dar lugar.

LOS DELITOS SOCIETARIOS: EL DELITO DE IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS

Alfredo Abadías Selma

1. MARCO TEÓRICO

Acción punible: La acción que se castiga tiene varios elementos, a saber:

- **Imposición de acuerdos abusivos.** El órgano que toma las decisiones en la sociedad, ya sea una junta de accionistas o un consejo de administración, ha de adoptar una mayoría numérica que le permitirá imponer un acuerdo de carácter abusivo. Este acuerdo tomado por mayoría no tiene porque ser ilegal, pues puede pues puede tomarse de forma totalmente ajustada a derecho y sin embargo abusar de la normativa legal. En relación al abuso de derecho hemos de recordar aquí el artículo 7 del Código Civil español.

El abuso de derecho es una actuación dentro de los límites que permite la ley pero que sin embargo de forma torticera utiliza la misma.

En relación a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 150/2011, de 18 de febrero, «las mayorías legales por sí solas no legitiman el acuerdo» Fundamento de derecho 4.

El socio o socios mayoritarios o el órgano de decisión que consigue la mayoría numérica ha de ser leal con todos los miembros de la sociedad y no puede zafarse tras una apariencia de legalidad para aprovecharse de forma particular.

Abusiva lo es una decisión que favorece intereses extra muros de la sociedad tanto frente a los societario como frente a los intereses intrasocietarios de los socios en minoría. Cualquier decisión que examinada a la luz de los intereses sociales pueda ser considerada como beneficiosa para la sociedad excluye la tipicidad.

Por otra parte, no se puede impugnar sin más el acuerdo que «lesione el interés social» sino el que lo hace «en beneficio de uno o varios socios o de terceros» ex art. 204.1, 1º de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). Y sí se puede impugnar el acuerdo abusivo cuando el que, «sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios» ex art. 204.1, 2º LSC.

- **Ostentar y aprovecharse de una situación mayoritaria.** Ello se produce en una junta de accionistas, o bien en un consejo de administración de una persona jurídica que aprovecha la posibilidad de tener una mayoría numérica para realizar algún tipo de maniobra jurídica legal que si la valoramos «*per se*» no constituye ninguna infracción penal si no va acompañada del resto de los elementos que seguidamente comentamos.

- **Ánimo de lucro propio o ajeno.** Se trata de un delito doloso, pues entendemos que existe el elemento cognitivo y volitivo en la actuación totalmente consciente de que no se está beneficiando a la sociedad.
- **Perjuicio de los demás socios.** Ha de producirse una situación en la que la sociedad no tenga beneficio alguno y que se esté perjudicando al resto de los socios pudiéndose valorar económicamente el daño producido de la forma lo más objetivamente posible.
- **Ausencia de beneficios para la sociedad.** Se producirá una situación en la que la sociedad no tendrá beneficios y sin embargo el autor o autores sí los tendrá.

Bien jurídico protegido: entendemos que se trata de proteger el tráfico mercantil en condiciones de seguridad jurídica.

Sujeto activo: habrá de ser un socio o un administrador que toma un acuerdo que le beneficia a él o a un tercero.

Sujeto pasivo: se perjudica a los socios -o al socio- que resultarán perjudicados, y también lo será la sociedad, en tanto en cuanto entendemos que se toma un acuerdo *contra legem* en el seno de una persona jurídica que cuanto menos no tendrá beneficio y en el medio o largo plazo acabará también sufriendo un perjuicio.

Elemento subjetivo: es un delito de carácter doloso.

Concurso: En los casos en los que el perjuicio de los socios minoritarios lo sea porque lo es de la sociedad, entendemos que debe imponerse en el concurso de normas el tipo de la administración desleal ex art. 252 CP.

Consumación: El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real, y así pues, basta para su consumación la adopción del acuerdo abusivo.

Penalidad: pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

2. CASO PRÁCTICO

Dña. Carla Blanco de Miguel, era la principal accionista y presidenta del consejo de administración con el 51,5 por ciento de las acciones de la sociedad Carblan S.A, dedicada a promocionar empresas noveles con ideas prometedoras. Un treinta por ciento de acciones de Carblan S.A eran titularidad Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla, y el resto eran de pequeños accionistas.

El caso comienza cuando se convocó una junta universal de accionistas en la que se llegó, por acuerdo de la mayoría de las acciones, a los siguientes acuerdos:

-Autorizar la constitución de una hipoteca con aval de los bienes inmuebles de la sociedad, por un importe de 120.000 euros, cuyo importe sería ingresado en Caja Río para supuestamente invertir en una sociedad denominada Interés Seguro, S.A. que prometía a sus inversores un interés del 10% anual fijo.

-Se aprobó también el formalizar una póliza de crédito por importe de 200.000 euros con la entidad financiera La Capsa, S.A. que también tendría como garantía los bienes inmuebles de la sociedad Carblan S.A. La máxima accionista de la empresa explicó a los accionistas que esta póliza de crédito era para tener mayor seguridad y liquidez, pero que ello no significaba que tuviera que utilizarse. Los socios Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla, votaron en contra, mientras que la accionista mayoritaria y los

pequeños accionistas votaron a favor de los acuerdos, pues Dña. Carla Blanco de Miguel convenció al auditorio de socios con el argumento de que era el momento de crecer y afianzarse en el mercado con liquidez inmediata para hacer frente a posibles contingencias y/o inversiones interesantes y beneficiosas para la sociedad.

Los socios Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla consultaron en el Registro Mercantil de la ciudad de Pamplona las cuentas anuales y la propiedad del accionariado de Interés Seguro, S.A., y pudieron comprobar que se trataba de una empresa propiedad de la Sra. Blanco de Miguel y de su esposo, siendo la primera propietaria del 75% de las acciones. Además de este extremo, los socios disconformes con estas operaciones pudieron averiguar que el cónyuge de la Sra. Blanco de Miguel era el jefe de zona de La Capsa, S.A. y que en buena medida tenía poder suficiente para poder intervenir en otorgar la póliza de préstamo antes referenciada.

Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla se percataron además que después de realizarse estas operaciones, la Sra. Blanco de Miguel y su marido se compraron un coche Telva totalmente eléctrico valorado en 120.000 euros y una casa de veraneo en el Pirineo catalán.

Los socios Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla temían que se estuviera produciendo una auténtica descapitalización de la empresa con estas operaciones, fueron a visitar a un abogado para que les aconsejase y el mismo les explicó que por el momento si se estaban abonando los importes de intereses por parte de Interés Seguro, S.A. y si no se podía demostrar que la póliza de préstamo estuviera utilizándose de forma irregular yendo a parar a la Sra. Blanco de Miguel, la situación era complicada, pues podían impugnar los acuerdos mercantiles, pero sin tener mayoría en el accionariado la viabilidad era escasa. Por otra parte, el abogado en cuestión indicó la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal para interponer una querrela criminal contra la Sra. Blanco de Miguel y su cónyuge en base al artículo 291 del Código Penal, advirtiéndole que posiblemente se tendría que contratar a un detective privado para poder saber la procedencia de los importes abonados por el coche y por la casa de veraneo en el Pirineo catalán, previo abono de una provisión de fondos de 10.000 euros.

Los socios Ramón García Mayenco y Carlos Gómez Cazorla estaban muy indecisos y asimismo recelosos.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Artículo 7 Código Civil (Abuso de derecho)

- «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Artículo 252 Código penal (Administración desleal)

- «1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

Artículo 253 Código penal: (apropiación indebida)

- «1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.
2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

Artículo 291 Código penal: (Acuerdos abusivos)

- «Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido».

Artículo 204 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Acuerdos impugnables.

- «1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.
- La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.
2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución

hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento».

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

Art. 115. Acuerdos impugnables.

Sección segunda. Impugnación de acuerdos sociales

«1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.

3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada».

Art. 143. Impugnación de acuerdos.

- «1. Los Administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen un 5 por 100 del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.
2. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta general».

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Artículo 70. Impugnación de acuerdos

- «1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen el cinco por ciento del capital social en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción.
2. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas en la Ley de Sociedades Anónimas».

3.2.- Bibliografía

- Amo Sánchez, del, J.M.: *La responsabilidad penal de los administradores*, Factum Libri Ediciones, Madrid, 2018.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- Faraldo Cabana, P.: «Comentarios a los artículos 291 a 297», AA. W. (dir. Gómez Tomillo), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Fernández Teruelo, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.
- Gómez-Benítez, J.M.: «Acuerdos sociales abusivos: ¿Impugnación o querella?. Interpretación del artículo 291 del Código Penal», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-198, tomo 6, Editorial LA LEY, 2000.
- Martínez-Buján Pérez, C. «Los delitos societarios» en Vives Antón, T. y Manzanares Samaniego, J.L. (coords.), *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, vol. 2, Madrid 1996.
- Mata Barranco, De La, N. J.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J.A.; Nieto Martín, A.: *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- Pastor Muñoz, N.: «La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)», en *InDret Revista para el análisis del derecho*,

Barcelona, 2008. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/500.pdf> (fecha última consulta: 10 de febrero de 2020).

Pastor Muñoz, N.: «La protección penal del socio frente a la información societaria falsa y los acuerdos abusivos de la mayoría: una revisión del injusto de los delitos societarios de los arts. 290 y 291 CP», en *La Ley Penal*, Nº 129, 18715, Sección Legislación aplicada a la práctica, Noviembre-Diciembre 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2017.

Peris Riera, J. M.; Olmedo Cardenete, M.; Rosal Blasco, B. del, Benítez Ortúzar, I. F., Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.; Morillas Cueva, L., *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.

Sáez-Santurtún Prieto, M.: «Problemática de los artículos 291 y 292 del Código Penal», en *Diario La Ley*, Nº 7878, Sección Doctrina, 12 de Junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-242, Editorial LA LEY, 2012.

3.3.- Jurisprudencia

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 654/2002 de 17 Abril de 2002, Rec. 1051/2000.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 172/2010 de 4 Marzo de 2010, Rec. 1012/2009.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia núm. 796/2006 de 14 julio. RJ 2006\6088.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 150/2011 de 18 de febrero de 2011.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), Sentencia núm. 98/2016 de 25 enero. ARP 2016\553.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia núm. 599/2018 de 27 noviembre. ECLI: ECLI:ES:TS:2018:3987

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

En este caso de una socia que es mayoritaria en el accionariado, la auténtica finalidad de las diferentes operaciones financieras de la empresa es la autofinanciación personal. La socia mayoritaria en cuestión consigue que se apruebe un crédito y que se invierta una cantidad de dinero en una empresa que también es de su propiedad y a la vez de su marido. Los socios que están en disconformidad y que también están en minoría en el accionariado no pueden demostrar por el momento que no se hayan devuelto las cantidades prometidas por la empresa Interés Seguro, S.A., y tampoco se ha podido demostrar que el coche de lujo haya sido abonado con la póliza de préstamo solicitada por la empresa, si bien ha sido mucha la casualidad que la accionista mayoritaria y su esposo adquiriesen después de los acuerdos el coche y la casa.

El Ministerio Fiscal estimó los motivos alegados por los querellantes a tenor del artículo 291 del Código penal, pues alegó que aunque se hayan abonado las cantidades hasta la

fecha, hay que tener en cuenta que el delito de toma de acuerdos abusivos no es de apoderamiento como lo puede ser la apropiación indebida. El Ministerio público indicó que se cumplen los requisitos de la tipología penal, como son el prevalimiento de una posición de mayoría accionarial, un claro ánimo de lucro y una serie de acuerdos que se tomaron en perjuicio del accionariado, porque en realidad se estaba endeudando a la empresa y poniendo en peligro a la misma, y por lo tanto a los haberes de los socios que no ostentaban la mayoría de las acciones.

Los elementos que se tienen en cuenta para la apreciación del delito societario de toma de acuerdos abusivos son: imposición de acuerdos abusivos, prevalecerse de una situación mayoritaria, que se aprecia ánimo de lucro propio o ajeno, que haya un perjuicio de los demás socios, que se pueda realizar una valoración económicamente objetiva, y que exista una ausencia de beneficios para la sociedad.

La pena prevista es de prisión de seis meses a tres años o, alternativamente, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Para distinguir el abuso sancionado en vía mercantil o civil y el sancionado en vía penal hay que estar a los elementos típicos descritos en el artículo 291 C.P. Esto equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto con el fin de verificar los límites del derecho y son o no sobrepasados por el acuerdo.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

Caso 1

La sociedad mercantil Nauta Natación Club Escuela S.A, estaba participada por cuatro socios con un 25 % cada uno de las acciones de esta sociedad anónima. El señor José Antonio del Moral, ex campeón de natación e internacional varias veces con la selección española fue quien ideó la creación de este club deportivo en el que el objeto social era explotar unas instalaciones con una piscina y un gimnasio interiores para fundamentalmente realizar cursillos de natación y en según qué horas las instalaciones se convertirían en zona de recreo y rehabilitación para gente mayor.

A pocos meses de la inauguración de las instalaciones deportivas que ya se estaban terminando de preparar, el señor José Antonio del Moral, que ostentaba la propiedad del 25 % de las acciones y que era el director gerente, sufrió un infarto de miocardio de gravedad por el que tuvo que ser operado a corazón abierto. La intervención se desarrolló con normalidad, pero sin embargo, el postoperatorio se complicó, y el señor José Antonio del Moral falleció al cabo de unos días sin dejar ningún tipo de testamento. El ex campeón de natación dejó a una viuda y a cinco hijos, y el mayor solamente tenía 14 años.

Al cabo de unos cuantos días desde que falleció el señor José Antonio del Moral, los tres restantes socios se reunieron con la viuda del mismo para preguntarle cuáles eran las intenciones que tenía en relación al club deportivo que estaba a punto de inaugurarse, y la señora indicó que quería hacerse cargo del 25 % de las acciones de su marido y seguir siendo socia a todos los efectos y también ejercer el cargo de directora gerente. Los socios comentaron a la señora que esta sociedad en un principio solamente tendría pérdidas y que era mucho mejor que renunciase en un documento privado a las acciones en favor de los tres accionistas restantes, a lo que no accedió, pues sabía que su

marido había puesto muchas ilusiones y mucho dinero del patrimonio familiar en el proyecto.

Al cabo de un mes, los tres socios restantes convocaron una junta general de accionistas extraordinaria en la que se acordó una ampliación de capital de 100 millones de pesetas del año 1986. Para aquella ampliación de capital, que suponía el desembolso de 25 millones de pesetas por parte de cada socio no se avisó personalmente a la viuda del señor José Antonio del Moral, sino que se hizo la convocatoria a través de un periódico local. Una vez que se había celebrado y aprobado la ampliación de capital con el voto favorable del 75 % del accionariado, la esposa del director gerente que había fallecido, si no desembolsaba 25 millones de pesetas quedaba en una situación muy minoritaria y que le impedía tener algún tipo de margen de maniobra y decisión.

El acuerdo de ampliación de capital fue notificado a posteriori de la junta a la viuda del señor José Antonio del Moral invitándola a que suscribiese el mismo, pero ella no tenía liquidez en aquel momento ni tampoco sabía si le quedaría algún tipo de pensión de viudedad, porque su marido era muy reservado en todo lo referente a sus negocios y situación económica. Así las cosas, los socios que ostentaban el 75 % de las acciones, en tres meses vendieron el club deportivo a un comprador que pagó una cantidad que cubría sobradamente la inversión inicial, y de la cual la señora de José Antonio del Moral no percibió dinero alguno. La viuda del señor José Antonio del Moral fue a un abogado especialista en derecho mercantil y penal y le preguntó si tenía alguna posibilidad de reclamar legalmente al menos la inversión que había hecho su marido en vida.

Caso 2

La «Tortilla Española Sociedad limitada» fue una empresa de Granada participada por tres accionistas que tenían cada uno el 33,3 % de las participaciones, y que su objeto social era la elaboración de distintos tipos de tortilla española que se venderían en un local céntrico de la citada ciudad y que también se vendería a domicilio mediante una pequeña flota de motoristas. Los socios eran Pedro López Martos y Ana Carolina Martín González ambos eran novios, y por otra parte el tercer socio era Juan Cano Gomera, que era el cocinero de la empresa y el que ideó la creación del negocio.

La empresa cada vez iba mejor, y en una ciudad universitaria y tan cultural como Granada, cada vez las ventas iban incrementándose más, y sobre todo las ventas a domicilio con la flota de motoristas que cada vez se iba ampliando.

La relación de Pedro López Martos y Ana Carolina Martín González como pareja, cada vez se fue deteriorando más hasta el punto de que dejaron la relación sentimental y ambos se plantearon también dejar de trabajar juntos y vender la parte del negocio que la ofrecieron al cocinero Juan Cano Gomera. El cocinero al ver que sus dos socios querían abandonar la empresa y vender su parte les dijo que estaba de acuerdo, pero que le dejaran al menos un par de años para poder pagar el precio de las participaciones, pero la ex pareja quería liquidez y cobrar al momento para olvidarse de aquel asunto. Como iban pasando los días y el cocinero no accedía a comprar y abonar de inmediato las acciones de sus dos socios, estos decidieron convocar una junta extraordinaria para comunicar que se ponían a la venta sus participaciones y que se ofrecían en primer lugar a su socio que no las quería comprar y que por lo tanto ofrecían su parte a la empresa Congelados de Granada Sociedad Anónima. Ya que la ex pareja tenía mayoría en el accionariado procedió a vender sus participaciones a la empresa de congelados, que lo

primero que hizo fue llevar a cabo una ampliación de capital que dejó al cocinero en una situación muy minoritaria sin capacidad de decisión alguna. Juan Cano Gomera fue en busca de un especialista en derecho mercantil y penal para ver si podía hacer algo en defensa de sus intereses, pues además se había enterado de que querían echarle de su trabajo.

Análisis de los casos propuestos

En los dos casos se invita a realizar un estudio de los mismos y valorar si puede existir algún tipo de delito, y en el caso de que lo hubiere se propone analizar los elementos esenciales de la acción delictiva y sus consecuencias penales y civiles a que pudieran dar lugar.

INSOLVENCIAS PUNIBLES Y FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Miguel Bustos Rubio

1. MARCO TEÓRICO

Los derechos de crédito de los acreedores, a fin de que no se vean burlados a través de conductas fraudulentas de sus deudores, constitutivos de los denominados «delitos de insolvencia punible» han experimentado una profunda modificación por la LO 1/2015, que entró en vigor el 1-7-2015.

Y así, esta cuestión ha quedado estructurada del siguiente modo: el capítulo VII del Título XIII del Libro II del CP, se ocupa de la «frustración de la ejecución» (arts.257, 258, 258 bis y 258 ter, a.i.) y el capítulo VII bis de las «insolvencias punibles» (arts.259 a 261 a.i.).

Sin embargo, hay todavía cuestiones comunes a ambas modalidades delictivas que es preciso señalar. En lo relativo al *bien jurídico*, esencialmente se distinguen dos posiciones, que en la mayoría de la doctrina aglutinan el pensamiento de que estamos ante un delito pluriofensivo: por un lado se estaría tutelando el patrimonio del acreedor, su derecho de crédito o cobro de deuda frente a un deudor; por otro, y ya en clave de delincuencia socioeconómica, se estaría tutelando el correcto funcionamiento del sistema crediticio del país, elemento necesario (imprescindible) para el correcto desenvolvimiento del sistema socioeconómico del mismo.

En cuanto a la naturaleza de estos tipos penales, nos encontramos ante delitos de «estructura abierta» (STS 19-9-2003), cuya comisión es posible a través de cualesquiera medios encaminados a obtener la defraudación de los créditos de los acreedores; de naturaleza diversa, pues son mayoritariamente de tendencia o mera actividad, así los incluidos en los arts.257 (alzamiento de bienes), 258 (ocultamiento del patrimonio en ejecución), 259 (bancarrotas), 260 (preterición de acreedores) y 261 (concurso falsario), si bien los delitos a cometer, según el art. 258 bis (utilización indebida de bienes embargados) exige un «resultado previsto en la norma»; tratándose, igualmente, de delitos «especiales o de propia mano», en cuanto para su comisión se exige ser deudor, al margen de la participación que en ellos puedan tener otros terceros partícipes en su ejecución; y que podemos incluir en la categoría de «delitos de dominio» al derivar el daño que causan, de la organización del autor, a través de su propio patrimonio.

Ambas modalidades delictivas permiten que la persona jurídica sea responsable penalmente.

En el capítulo de *frustración de la ejecución* encontramos el delito de “alzamiento de bienes”. Regulado en el art.257 CP, y al no existir la «prisión por deudas», sanciona el CP únicamente la maniobra dolosa del deudor, que se coloca en una posición que haga imposible el cobro de lo adeudado al acreedor. Es una criminalización de la obligación que pesa sobre cualquier deudor, de responder con todo su patrimonio, del cumplimiento de sus obligaciones (art. 1.911 CC). Como delito de simple actividad, no requiere conseguir perjudicar económicamente al acreedor, sino solo frustrar los legítimos derechos de los acreedores. La maniobra defraudatoria ha de ser posterior al nacimiento de la deuda y puede suponer una insolvencia total o parcial. Lo fundamental no es tener o no patrimonio, sino ponerlo «a buen recaudo», impidiendo que el acreedor pueda cobrar. «Alzarse con los bienes» es tanto como «coger y llevárselos» a otro lugar, a fin de perjudicar al acreedor. Se trata por tanto, de una expresión abierta que incluye cualquier acto de ocultamiento o desaparición de los bienes. Es un delito de peligro. Por su parte, el art.257 1 2º CP, sanciona a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, iniciado o de previsible iniciación». Este apartado, verdadero complemento de la conducta clásica contenida en el apartado anterior, refuerza la protección del derecho de crédito de los acreedores, ya que se sanciona a quienes además de no pagar al vencimiento, una obligación líquida y exigible, tratan de hacer inviable la ejecución en vía judicial. Por último, con la reforma de 2015, el antiguo art.258 CP se integra en el art.257.2. Básicamente la conducta es la misma pero con una diferencia, antes se castigaba al autor del delito, ahora también a quien hubiera cometido un delito «o del que debiera responder», con lo que se amplía el tipo penal. Se trata de un tipo especial de alzamiento de bienes, que sanciona el alzamiento para no satisfacer las responsabilidades civiles *ex delicto*. Lo denominamos auto insolvencia para eludir responsabilidades civiles «ex delicto». La reforma de 2010 incluyó el subtipo agravado del número 3, consistente en cuando la obligación o las acreedoras engañadas sean de naturaleza pública. La pena, en este supuesto agravado puede llegar a seis años de prisión , con multa de 12 a 24 meses , lo que contrasta con la pena del tipo básico, que es de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses.

Encontramos también otras conductas de frustración de la ejecución adicionales a las modalidades de alzamiento acabadas de ver Dos son los delitos que se incluyen en este apartado: el ocultamiento del patrimonio en procesos de ejecución judicial o administrativa (art.258 CP) y la utilización indebida de bienes embargados (art.258 bis).

Por otro lado, los delitos de *insolvencias punibles* son tres: bancarrota (art. 259 CP); preterición de acreedores (art. 260 CP); y concurso falsario (art. 261 CP). La diferencia aquí con la frustración de la ejecución estriba principalmente en que en estos delitos la insolvencia es de carácter real, no simulada: el deudor tiene una deuda real y existente pero realiza actuaciones ilícitas que conducen a su insolvencia o la agravan.

2. CASO PRÁCTICO

“Roberto y Daniel son los socios únicos de una empresa de jardinería que opera en el centro de Madrid. En las cuentas de su empresa últimamente se están produciendo algunos desajustes.

Por un lado, Roberto debe 4.000 euros a diversos proveedores y 2.200 euros a cada uno de sus tres empleados que tiene contratados a tiempo completo. Todos ellos le solicitan el dinero, apercibiéndole de que van a denunciarle porque creen que lo tiene escondido con el objetivo de no pagarles las deudas. Roberto insiste en que realmente no tiene dinero y pone a disposición de todos estos acreedores las cuentas de su empresa, así como las faltas de cobro por su parte, aportando incluso un extracto de su propia cuenta bancaria para demostrarlo. Tampoco tiene propiedades a su nombre, tal y como han comprobado los acreedores. Pero lo cierto es que Roberto lleva falseando las cuentas del negocio, lo obtenido con las cajas día a día, para ir ingresándose gran parte de su nómina en dinero negro, el cual tiene guardado en su casa.

Por otro lado, Daniel tampoco puede pagar a sus diversos acreedores. Debe 4.000 euros a proveedores, 3.000 euros a cada uno de sus cuatro empleados y 19.500 euros a la Seguridad Social por la cotización de sus trabajadores actuales y de otros anteriores. Daniel insiste en que no tiene dinero para afrontar tales pagos, y es cierto, no lo tiene, aunque para evitar ir pagando poco a poco, las tres únicas cosas de relativo valor que tiene (un coche valorado en 1.500 euros, una motocicleta valorada en 1000 euros y unas joyas de su madre valoradas en 1.700 euros) las dona a varios conocidos para así no contar con ningún bien para afrontar sus deudas.

En ningún caso se ha abierto ni se ha solicitado la apertura de un procedimiento concursal, aunque los acreedores, sospechando de Roberto y de Daniel, han procedido a denunciar los hechos a la policía, la cual ha comprobado la veracidad de los datos que se han relatado en este caso práctico”.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Art. 257 CP.: 1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: **1.º** El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. **2.º** Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. **2.** Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder. **3.** Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o

deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses. **4.** Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250. **5.** Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.

Artículo 258 CP.: **1.** Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto. **2.** La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior. **3.** Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa.

Artículo 259 CP.: **1.** Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: **1.ª** Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura. **2.ª** Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial. **3.ª** Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica. **4.ª** Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios. **5.ª** Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. **6.ª** Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. **7.ª** Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor. **8.ª** Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil,

de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo. **9.^a** Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. **2.** La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia. **3.** Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. **4.** Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso. **5.** Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. **6.** En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal.

Artículo 259 bis CP.: Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: **1.^a** Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica. **2.^a** Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros. **3.^a** Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

Artículo 261 CP.: el que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

3.2.- Bibliografía

BUSTOS RUBIO, M.: “Los delitos de bancarrota: una modalidad de insolvencia punible”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, 2018, págs. 197-232.

MUÑOZ, J.: “Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2015, págs. 13-22.

ROIG TORRES, M.: “La frustración de la ejecución: el modelo alemán y la nueva regulación del código penal español” en *Revista General de Derecho Penal*, 25, 2016.

SOUTO GARCÍA, E.: *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2009.

3.3.- Jurisprudencia

- STS 959/1999, de 10 de junio.
- STS 1857/2019, de 7 de junio.
- STS 236/2019, de 29 de enero.

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

Aunque la capacidad de argumentación y razonamiento es propia del alumno, y ello es lo que valorará el profesor al corregir esta práctica, junto con la correcta utilización de material bibliográfico y jurisprudencial, a continuación se señalan los aspectos básicos a abordar en este trabajo:

Los delitos de frustración de la ejecución y las insolvencias punibles recogen diversas formas de menoscabo del derecho de crédito, que es el concreto bien jurídico tutelado en estas figuras delictivas. Para delimitar correctamente unos de otros, dada su proximidad incluso tras la reforma operada en el año 2015, hay que señalar que la diferencia esencial entre ellos estriba en la situación del deudor:

- En los delitos de frustración de la ejecución, el deudor se encuentra en una situación de solvencia, sin ser inminente su entrada en estado de insolvencia. Aquí el estado de insolvencia no es nunca real, sino aparente o ficticia.

- En las insolvencias punibles, el deudor se encuentra en situación de insolvencia inminente o actual, por lo que el legislador prevé una mayor restricción de su libertad económica. Aquí la insolvencia es real (sea inminente o actual), por lo que no es simulada. Se puede incurrir en ella o se puede agravar una vez ésta ya existe y es real, como se estudió a lo largo del temario de la asignatura.

En el primero de los casos que vamos a analizar, en concreto a Roberto, se podría entender que se encuentra en un estado de insolvencia, provocada por la doble contabilidad que está llevando, sacando dinero de la caja diaria y guardándolo en su casa como dinero negro. Esta actividad encajaría entre las conductas típicas del artículo 259.2.6ª CP, que sanciona con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas incumplimiento del deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad o comisión de irregularidades en la llevanza de la contabilidad relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. La conducta típica en el delito de insolvencia punible consiste en colocarse en situación de insolvencia, es decir, insolventarse.

No obstante, si se analizan con cierta profundidad y detalle las características de este caso, se termina por descartar la aplicación del artículo 259, al encontrarnos realmente ante una insolvencia aparente, ya que de cara al acreedor no tiene dinero para pagar y por tanto es insolvente, pero lo es a resultas de haberlo escondido en su casa. Esa sería la diferencia que nos decantaría finalmente por aplicar el artículo 257.1 “será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1- el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, que en su punto 3 nos dice que “lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la

naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada”.

La STS. 1347/3003 de 15 de octubre, resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: tal como entiende la doctrina, el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente. Este delito (SSTS. 138/2011 de 17.3, 362/2012 de 3.5 y 867/2013 de 28.11), constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude de responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

Para terminar hay que decir que el CP tipifica las insolvencias punibles y también una específicas insolvencias asimiladas al alzamiento de bienes y en concreto se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación (STS. 2504/2001 DE 26.12, y STS 51/2017, de 3 de febrero).

Por lo que se refiere a Daniel, la diferencia estriba en que aquí su estado de insolvencia es real; el pasivo patrimonial que posee suma un total de 35.500€ y el activo suma un total de solamente 4.200€ por tanto, aunque no hubiese escondido sus activos, estos nos serían suficientes para pagar a sus empleados y acreedores. Por lo tanto a este caso le sería de aplicación el artículo 259.1 “será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 1ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura”, con posibilidad de argumentar respecto de otras posibles conductas típicas que recoge el precepto.

Hay que señalar que en caso de declararse finalmente el concurso se aplicaría la modalidad agravada del artículo 259 bis. “los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 3ª Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social”, pues el total de la deuda es de 35.000 euros y la deuda a la Seguridad Social es de un total de 19.500 euros.

Debemos recordar que son elementos del delito: la existencia de crédito, la destrucción u ocultación de patrimonio, real o ficticia, y el resultado de la insolvencia disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido. Pero también, un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (tal como han señalado, entre otras, las SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 enero, 16 de mayo de 2001, y 440/2002, de 13 marzo).

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

CASO 1. Juan Carlos debe al banco 75.000 euros por una deuda hipotecaria. Juan Carlos sabe que debe pagar la siguiente letra (de 590 euros) el mes próximo, y contando con un patrimonio de (a) 17.560 euros en cuenta corriente; (b) una casa de campo valorada en 187.000 euros, decide: (a) donar la cuantía de su cuenta corriente a su primo Iván, dejando solo 100 euros en cuenta, y (b) enajenar la vivienda de campo a un tercero, por valor de 100.000 euros.

CASO 2. Rosalía ha sido condenada por un delito de lesiones a la pena de 7 meses de prisión y al abono de 8.000 euros en concepto de indemnización por perjuicios ocasionados. Rosalía es insolvente, por lo que no puede hacer frente a tal pago. Su madre sí posee 10.000 euros en cuenta bancaria, pero después de la condena contrae una deuda por la compra de un coche a plazos, que le hace desembolsar una primera cantidad por valor de 6.000 euros y pagar el resto a plazos mensuales, con lo que alega no tener tampoco medios para afrontar el pago de la deuda de su hija.

CASO 3. Ramón es empresario, propietario de una perfumería en el centro de la ciudad. Se encuentra en situación de insolvencia inminente, pues contempla que, por el mal devenir del negocio tras la crisis, no va a poder pagar las deudas contraídas con proveedores y clientes. Ante tal situación, Ramón invierte el poco dinero que le resta (unos 60.000 euros) en alquilar otro local en un centro comercial de la localidad en el que abrir otra de sus perfumerías, pretendiendo con ello saldar su deudas.

CASO 4. Carlos, empresario de la construcción, se declara en concurso voluntario de acreedores. Pese a tener dinero para afrontar pagos a sus empleados, Carlos solicita ante el juez la declaración concursal, aportando cuenta de pérdidas y ganancias en las que omite señalar cuantías realmente existentes a nombre de la empresa.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Alfredo Abadías Selma

1. MARCO TEÓRICO

Los delitos contra la propiedad intelectual se ubican en la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, que incluye los arts. 270 a 272.

Normativa extrapenal

Hemos de tener en cuenta para interpretar estos delitos la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Tipo básico

Acción punible: El artículo 270 del Código Penal tipifica los delitos contra la propiedad intelectual, y sanciona diversas conductas, a saber: los actos de reproducción, plagio, distribución, comunicación pública, importación, exportación o almacenamiento, intencionales, de ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones protegidas, y de fabricación, importación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio, específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger cualquiera de las obras protegidas; siempre que todo ello se realicen con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero, y sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Sobre los conceptos de reproducción, distribución y comunicación pública aparecen acotados en los arts. 18, 19 y 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

- **Reproducir** es fijar la obra de modo que se permita su comunicación o la obtención de copias.
- **Distribuir** es poner a disposición del público el original o las copias de la obra.
- **Comunicar** es dar acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares.

Objeto material del delito: Lo es la obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, ejecución o interpretación originales, en cualquier soporte o comunicada a través de cualquier medio. Son también objeto material los dispositivos tecnológicos a que hacen referencia varias de las conductas tipificadas del art. 270 CP.

Bien jurídico protegido: en los delitos contra la propiedad intelectual se sanciona la parte patrimonial del contenido de este derecho. No se sanciona penalmente la afectación en relación a daños morales, sino que lo que está previsto y penado es la sanción en relación a la propiedad intelectual cuando hay «**un ánimo de obtener un beneficio económico**».

Sujeto activo: lo será el que materialice las conductas que vulneren el derecho de propiedad intelectual atacado, distinguiéndose la frecuente ausencia de responsabilidad del destinatario o usuario del producto final de la que tiene quien lo facilita, con toda la problemática que se genera hoy día para averiguar la responsabilidad en relación a servidores y asimismo a la responsabilidad por omisión.

Sujeto pasivo: lo es el titular del correspondiente derecho intelectual y sus derechos en conexión, así como sus cesionarios: creadores, intérpretes, productores, distribuidores, etc.

Actualmente, y desde que entró en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, estamos ante **delitos perseguibles de oficio**.

Concurso: puede haberlo con el correspondiente delito patrimonial de apropiación.

Elemento subjetivo: son delitos de carácter doloso, y ello se deduce del Art. 270.1 CP que reza: «... con ánimo de obtener un **beneficio económico** directo o indirecto...». Este ánimo de lucro aparece también en el punto 2 del mismo artículo y en el apartado cinco aparece de nuevo el ánimo de obtener un beneficio y el adverbio «**intencionadamente**».

No se exige que el sujeto activo llegue a obtener un beneficio ni que se llegue a provocar un perjuicio a un tercero. Se exige que el autor cometa el delito con ánimo de lucro, con intenciones y propósitos del elemento subjetivo del injusto.

Penalidad: Las penas que prevén los arts. 270 y 271 CP para las personas físicas que sean responsables de los delitos descritos en ellos van desde la multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, en el caso de los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, pueden llegar hasta la prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, de dos a cinco años, en el caso de los supuestos agravados.

Tipo atenuado

En el mismo artículo 270 CP encontramos el tipo atenuado en base a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener.

Art. 270.4 CP:

«En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las **características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido** o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días».

Tipos agravados

Artículo 271 CP:

«Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las **siguientes circunstancias**:

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial **trascendencia económica**.
- b) Que los **hechos revistan especial gravedad**, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una **organización o asociación, incluso de carácter transitorio**, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a **menores de 18 años** para cometer estos delitos».

Se contemplan en el Art. 271 CP cuatro casos en los que **la pena se agrava** en razón de:

- beneficio de especial **trascendencia económica**
- especial **gravedad de los hechos**
- pertenencia a **organización o asociación** con finalidad de cometer infracciones de derechos contra la propiedad
- utilización de menores de 18 años

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El artículo 288 pfo. 2 inciso 1º a) y b) establece para la persona jurídica responsable de los delitos contra la propiedad intelectual la imposición de una multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener, salvo en el supuesto atenuado del art. 270.4 para casos de distribución o comercialización ambulante u ocasional, en cuyo caso la multa será del doble al triple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener. Además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (pfo. 2º).

Responsabilidad civil

Vemos aquí una remisión al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley de Propiedad Intelectual**, regularizando,

aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Estamos pues ante una ley penal en blanco.

Artículo 272 CP

- «1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores **se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual** relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.
2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial».

2. CASO PRÁCTICO

Los investigados Carlos, Pascual, Marcos y al menos otras cinco personas con domicilio en Bielorrusia (al parecer técnicos informáticos cualificados) que no se pudieron identificar, se pusieron de acuerdo para poder publicar a través de Internet diversos contenidos de prensa, revistas diversas, libros, e incluso libros universitarios de valor considerable en el mercado. La difusión de estos contenidos siempre se hacía sin la conformidad expresa de los autores de los contenidos que se difundían.

La difusión de los contenidos se llevó a cabo, que se pueda demostrar, desde el 12 de enero de 2018 hasta el 17 de diciembre del mismo año, fecha en la que los investigados fueron detenidos, procediéndose asimismo a la intervención de toda la infraestructura informática de la cual se servían.

Los investigados fueron detenidos en Villalpando (Zamora), lugar desde donde operaban con asiduidad.

El modus operandi de Carlos, Pascual, Marcos y sus compañeros de Bielorrusia consistía en la creación de una página web llamada “Monster contains” que tenía su alojamiento *web hosting* (en inglés) en una empresa con la cual no se pudo contactar radicada según las investigaciones en Barbados y que se denominaba “Sky hosting”.

Los investigados no recibían contraprestación alguna directa de las personas que consultaban los contenidos que difundían a través de Internet, pero sí se lucraban a través de una serie de *banners* publicitarios que aparecían. Los anunciantes pagaban una cantidad por cada visita y banner emergente, y las cantidades se abonaban en una cuenta bancaria virtual de una entidad financiera de Barbados. Carlos, Pascual, Marcos eran accionistas a partes iguales de la empresa “Sky hosting” y se repartían los beneficios después de abonar los trabajos realizados por sus colegas informáticos bielorrusos.

La técnica que se utilizaba para visionar los contenidos es la llamada “Streaming”, que consiste un medio tecnológico avanzado de comunicación que permite visualizar contenidos multimedia en tiempo real, sin necesidad de que se tenga que realizar descarga alguna.

A pesar de que alguna de las publicaciones contactó con “Sky hosting” para que dejaran de distribuir sus contenidos, esta empresa jamás atendió a petición alguna.

La suma total de los ingresos producidos en las cuentas bancarias controladas por los acusados y que procedían de su ilícita actividad ascendieron a 256.377,71 euros.

Se causaron perjuicios económicos a las entidades representadas por las acusaciones particulares durante los meses de funcionamiento de la página “Monster contains”, los cuales se determinarán en los trámites de ejecución de sentencia.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Artículo 270 CP

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

3. En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

4. En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la

pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

5. Serán castigados con las penas previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, quienes:

a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.

d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

6. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo».

Artículo 271 CP

«Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.

b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas,

comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos».

Artículo 272 CP

«1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial».

Artículo 288 CP

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3.2.- Bibliografía

Camacho Vizcaíno, A. *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Galán Muñoz, A.; Núñez Castaño, M^a E., *Manual de derecho penal económico y de la empresa* 3^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Luzón Cuesta, J. M^a. *Compendio de derecho penal. parte especial*. Dykinson, Madrid, 2019.

Mata Barranco, N. J. de la.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J.A.; Nieto Martín, A. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

Ortega Matesanz, A. «Delitos contra la propiedad intelectual y responsabilidad civil», en *Diario La Ley*, N° 9536, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2019.

3.3.- Jurisprudencia

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 23 May. 1994, Rec. 4204/1990. LA LEY 13941/1994

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 529/2001 de 2 Abr. 2001, Rec. 457/1999. LA LEY 4547/2001

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1578/2002 de 2 Oct. 2002, Rec. 451/2001. LA LEY 7988/2002

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 139/2007 de 23 Feb. 2007, Rec. 1443/2006. LA LEY 6638/2007

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 920/2016 de 12 Dic. 2016, Rec. 604/2016. ES:TS:2016:5309

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

De los hechos probados podemos extraer que los investigados crearon una organización criminal con conexiones internacionales a los efectos de lucrarse mediante la difusión a través de Internet de contenidos de revistas, libros, e incluso libros universitarios de valor considerable en el mercado.

En este punto podemos detenernos en lo que hace referencia al concepto de «organización criminal», que en concordancia con el artículo 570 bis 1 *in fine* CP se indica que:

«A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la **agrupación formada por más de dos personas** con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos»

Los investigados se dedicaban a promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización criminal, pues las acciones que llevaban a cabo se refieren a las conductas propias de los dirigentes de este tipo de asociaciones. Se trata de los sujetos activos del delito que dan instrucciones (a sus colaboradores de Bielorrusia), facilitan medios de cualquier tipo, incluso financieros, preparan operaciones financieras, imparten órdenes o dirigen las actuaciones de otros, etc.

Para entender que existe una organización criminal es preciso la existencia de estos requisitos esenciales:

- **Agrupación subjetiva:** la organización criminal ha de estar formada por más de dos personas, y debe existir entre ellas una cierta jerarquía. Esta jerarquía se aprecia en nuestro caso, pues Carlos, Pascual, Marcos daban órdenes a sus partícipes de Bielorrusia y eran los “cerebros” de la organización
- **Permanencia:** A tenor de la Circular Fiscalía General del Estado FGE 2/2011, la organización criminal ha de tener una vocación de estabilidad para operar por tiempo indefinido, con un acuerdo que dure en el tiempo, o que pretenda durar.
- **Estructura:** los distintos componentes han de repartirse las funciones de forma coordinada para asegurarse el éxito de la acción delictiva, y de ahí el mayor desvalor penal que implica un mayor castigo.

Según la Circular citada no es preciso que exista un acto formal de fundación ni una complejidad organizativa.

- **Finalidad criminal:** la organización ha de tener como finalidad de forma clara el cometer el hecho delictivo fruto de la voluntad de los miembros componentes de la misma.

La organización criminal se prevé también en el artículo 282 bis 4 f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es por ello que en el caso que nos ocupa cabe imponer la condena a Carlos, Pascual y Marcos como autores criminalmente responsables de un delito agravado contra la propiedad intelectual previsto y penado en el artículo 271 c) del Código Penal que se castiga con pena de prisión de hasta dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido (administrador de servidores y páginas Web y gestor de contenidos), por un período de dos a cinco años. Además, procedería la pena de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En relación al artículo 272 CP (responsabilidad civil) procede la condena a indemnizar a los perjudicados en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 140 de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Procedería el comiso de los efectos informáticos que se intervinieron, así como de las ganancias acreditadas, y conforme a lo dispuesto en el artículo 123.7 del Código Penal, se les debe condenar al pago de costas, incluidas las causadas a las acusaciones particulares, y ello por una tercera parte para cada uno de los condenados.

Para el cumplimiento de la prisión se les abonará el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa, si no se le hubiera sido abonado ya en otra u otras causas.

En cuanto a un posible delito fiscal (pues no tributan en España, sino en Barbados, considerado paraíso fiscal) cometido por los acusados es de señalar que puede concurrir con otros delitos que proporcionan las ganancias por las que no se tributó (tráfico de drogas, propiedad intelectual, etc.) hecho que nos lleva a plantear ya aquí el tema del gravamen de las rentas ilícitas y la distinción entre el "concurso de delitos", en que se lesiona más de un bien jurídico protegido y por tanto se aplican las penas correspondientes a ambos ilícitos, y el "concurso de normas" en que el hecho lesiona un bien jurídico tutelado por normas concurrentes pero solo se aplica una pena que subsume a la otra. Para la aplicación del concurso de normas (en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél), es necesario que concurren tres requisitos:

1º) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior

2º) que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena

3º) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

Podemos apreciar aquí se dan en nuestro caso los tres supuestos y entra a colación el principio «lex specialis derogat generali», que comporta el llamado criterio de especialidad aplicándose para el caso de conflicto entre una norma general y otra especial debiendo con respecto a la primera, prevalecer esta última.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

Caso 1

El establecimiento comercial abierto al público conocido como «La casa de la reprografía» sito en la calle Marqués de la Ensenada número 14 de Madrid, está gestionado por la señora Dolores Marcos del Castillo hace más de 30 años, pues heredó dicho negocio de sus padres y a la vez de sus abuelos. Este establecimiento es muy conocido y apreciado por los estudiantes de la facultad de medicina, que está muy cerca, y que desde hace muchos años llevan a fotocopiar libros y apuntes de dicha carrera, pues los originales son en la mayoría de las ocasiones de precios muy elevados.

La señora Dolores tiene en su establecimiento cuatro fotocopadoras profesionales y una pequeña imprenta que está en la trastienda para realizar algunos trabajos de poca cantidad relativos al negocio de la impresión.

Un vecino de la señora Dolores que tenía disputa con la misma por cuestiones de vecindario, decidió interponer una denuncia ante la Policía Nacional indicando que en ese establecimiento se estaba cometiendo algún tipo de delito, pero que no sabía exactamente de qué se trataba. Agentes de paisano de la Policía entraron en el

establecimiento días después y preguntaron a la señora Dolores si tenía la autorización del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) y ella le contestó que no sabía lo que era y que hacía muchos años que estaba trabajando ganándose la vida bien y honradamente sin hacer daño a nadie, y que todo el barrio la quería. Los agentes de la Policía solicitaron a la señora Dolores si les dejaba voluntariamente entrar en el almacén de la trastienda, y ella que no tenía nada que esconder accedió a la petición. Los agentes encontraron diversos libros de medicina de un precio medio de unos 100 € cada uno, libros para encuadernar, libros de derecho, etc., y también encontraron varios pliegos de libros enteramente fotocopiados y encuadernados en canutillo prestos para entregar.

Caso 2

En un conocido local de la calle Tallers de Barcelona llamado discos Castilla se instaló un joven empresario llamado Robert que decidió comercializar discos de vinilo fabricados artesanalmente con material actual reproduciendo originales ya descatalogados y que están muy buscados por los coleccionistas en la actualidad. Por lo visto, los entendidos en música dicen que el vinilo es el mejor formato para escuchar música, e incluso superando a los actuales dispositivos digitales que según afirman son demasiado artificiales y perfectos.

El valiente empresario Robert no solamente reproducía el vinilo y la grabación, sino que también realizaba una copia muy parecida de las carátulas y envoltorios. El joven tuvo mucho éxito entre los amantes de la buena música, y los discos que ya son muy difíciles de encontrar, y su éxito radicaba en que no vendía los vinilos a un precio de coleccionista, sino a un precio muy asequible. Fue tal el éxito de Robert que incluso empezó a vender a través de su página web de Internet llegando a facturar mensualmente más de 10.000 € durante los dos primeros años de la existencia de la tienda discos Castilla.

Un día se le presentó a la tienda un inspector de la Sociedad General de Autores de España SGAE, y pidió a Robert que le enseñase los comprobantes de haber abonado los correspondientes impuestos de derechos de autor de los ejemplares que tenía en exposición, y el empresario le dijo que desconocía totalmente que tenía que abonar algún tipo de impuesto, y que no estaba falsificando absolutamente nada sino que todos sus clientes sabían perfectamente que todo lo que él vendía eran simples reproducciones para nostálgicos del vinilo.

Análisis de los casos propuestos

En los dos casos se invita a realizar un estudio de los mismos y valorar si puede existir algún tipo de delito, y en el caso de que lo hubiere se propone analizar los elementos esenciales de la acción delictiva y sus consecuencias penales y civiles a que pudieran dar lugar.

DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA

Carlos Bardavío Antón

1. MARCO TEÓRICO

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa se ubican en el Libro II, título XIII, la Sección 3ª (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores) del Capítulo XI del Código Penal, que incluye los arts. 278 a 280 CP, relativos al espionaje empresarial y la revelación de secretos empresariales que afectan a la competencia libre mercado y suponen, entonces, conductas que producen competencia desleal grave. Además, la Sección 5ª contiene disposiciones comunes que afectan a estos delitos.

Tipo básico, art. 278 CP:

«1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

Bien jurídico: La libre competencia en el mercado.

Sujeto activo: cualquiera que se apodere datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo.

Sujeto pasivo: es el titular del derecho sobre los datos, documentos, soportes o similares

Tipo objetivo: El art. 278.1 criminaliza el acceso ilícito a datos, documentos o soportes informáticos empresariales *u otros objetos que se refieran al mismo*. Esta última expresión deja abierta un *numerus apertus* al objeto de contemplar futuras posibilidades cibernéticas. Además, el tipo tiene similar estructura al tipo del art. 197.1 CP relativos a los delitos contra la intimidad y confidencialidad de las comunicaciones, pero el caso del art. 278 se refiere a una acción típica nuclear: apoderarse. El tipo se remite al art.

197.1 CP para ampliar los medios o instrumentos en él señalados (artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen).

Objeto material del delito: Son los secretos de empresa que afectan a la libre competencia en el mercado.

Tipo subjetivo: El tipo se refiere a un especial elemento subjetivo de los injusto que desborda el simple dolo, al requerir la finalidad de descubrir un secreto, por lo que acceder a ciertos datos, documentos, soportes o similares con distinta finalidad, por ejemplo, lúdico o para demostrar la habilidad para acceder a dichos elementos, puede ser atípica.

Tipo cualificado: El art. 278.2 CP agrava las penas en caso de *difusión, revelación o cesión* a terceros de los secretos descubiertos. En este sentido se corresponde con la cualificación del art. 197.4, párrafo cuarto CP. Pero en caso de que dichas acciones se realizaran por un sujeto que no realizó el apoderamiento con acceso ilícito, se aplicará el art. 279 o 280 CP, según los casos.

Previsión específica concursal: el art. 278.3 CP prevé una fórmula innecesaria porque se remite, en verdad, a la previsión general de los concursos de delitos y leyes que en su caso se puedan dar con los delitos de hurto o robo de soportes (apoderamiento) o delitos de daños materiales o lógicos (destrucción):

«Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

Penalidad: el tipo básico del art. 278.1 CP prevé una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. El tipo cualificado del art. 278.2 CP establece una pena de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Delito de divulgación de secretos de empresa, art. 279 CP

Tipo básico, art. 279.1 CP: Prevé a diferencia del tipo anterior un delito especial propio, en concreto el que tenga *legal o contractual obligación de reserva*, por lo que no se precisa un previo apoderamiento con acceso ilícito porque el sujeto está facultado jurídicamente. Sin embargo, respecto a la obligación contractual de reserva se discute si basta con una interpretación tácita del contrato o expresa como lo requiere parte de la jurisprudencia, y si dicho deber persiste finalizado el contrato. Asimismo, el tipo tiene prácticamente la misma referencia al tipo del art. 197.4 a) CP.

«La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

Tipo privilegiado, art. 279.2 CP: Se refiere al simple aprovechamiento propio del secreto, esto es, se rebaja la pena por un menor desvalor del resultado injusto, por ejemplo, cuando se utilizan para la competitividad de una nueva empresa.

«Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior».

Revelación de secretos empresariales descubiertos por otro, art. 280 CP: Prevé la sanción de las mismas conductas del art. 278 y 279 CP al que sin apoderamiento revele secretos de empresa con conocimiento de que son de procedencia ilícita.

Disposiciones comunes a los arts. 278 a 280 CP

Condición objetiva de procedibilidad, art. 287 CP: Establece en su primer apartado que para proceder judicialmente por estos delitos se precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo que sea menor de edad, incapaz o necesitada de especial protección o desvalida, en cuyo caso puede también denunciar el Ministerio Fiscal. Para el caso de afección a los intereses generales o con pluralidad de víctimas, el apartado segundo elimina el requisito de denuncia de las personas señaladas.

«1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

Responsabilidad penal de la persona jurídica, art. 288, párrafo segundo CP: Se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica para los delitos señalados (arts. 278 a 280 CP) entre otros, con la pena de punto segundo, letras a) y b), como otras penas del art. 33.7, letras b) a g) CP, en virtud de las reglas del art. 66 bis CP según señala el art. 288.3º CP.

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

(...)

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Publicación de Sentencia art. 288, párrafo primero CP: Establece para tales casos la publicación de la Sentencia en periódicos oficiales, y en caso de que lo solicite el perjudicado, juez o tribunal se podrá reproducir su contenido total o parcial en cualquier medio de comunicación, eso sí, a costa del condenado.

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado».

2. CASO PRÁCTICO

Juan, mayor de edad y sin antecedentes penales, contratado por la empresa TELECOX SL configuraba durante 2015 a 2016 cuentas corporativas del administrador y gerente de ambas empresas. Aprovechando tal ocasión accedió a las claves de la misma entre los meses de julio de 2015 a junio de 2016, pero sin autorización de su titular, para después del acceso obtener listados completos de clientes. Se acredita que utilizó los datos obtenidos para cederlos a una tercera empresa en la que acababa de entrar como socio.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Artículo 278.

- «1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.
3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos».

Artículo 279.

«La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se

castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior».

Artículo 280.

«El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

Artículo 288, segundo párrafo CP.

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

(...)

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

Artículo 288, párrafo primero CP.

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado».

Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

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

3.2.- Bibliografía

AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «Expectativa de privacidad en el correo electrónico laboral y prevención del delito (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007)», *La Ley Penal*, núm. 63, 2009.

CAMACHO VIZCAÍNO, A., *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DOMINGO MONFORTE, J., «El secreto empresarial. Revelación. Tipicidad penal», *Diario La Ley*, núm. 9144, 2018.

GALÁN MUÑOZ, A. / NÚÑEZ CASTAÑO, M^a E., *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LUZÓN CUESTA, J. M^a., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

3.3.- *Jurisprudencia*

STS 285/2008, de 12 de mayo.

SAP de Madrid, Sección 17^a, de 16 de mayo de 2005.

SAP Córdoba, Sección 3^a, de 12 de marzo de 2007.

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

Artículo 279.

«La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior».

Conducta típica: El precepto tipifica la difusión, revelación o cesión de secretos por quien tiene legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Juan tiene autorización para configurar las cuentas corporativas de las mercantiles y ha utilizado la información obtenida en virtud de esa relación contractual para cuestiones en su propio beneficio.

Objeto material del delito: La cuestión nuclear estriba en concretar lo que se entiende normativamente por **secreto empresarial**. Por un lado, se podría decir que la regulación sobre la buena fe del Estatuto de Trabajadores no es suficiente para determinar el concepto normativo de secretos de empresa y por lo tanto su vulneración

También menciona el apelante la importancia que en las sentencias que cita se da al hecho de que no existiera una cláusula de no confidencialidad firmada, al contrario que la sentencia apelada, pues esta obligación genérica del Estatuto de los Trabajadores no es suficiente para entender cometido este delito. Por ejemplo, la SAP Córdoba, Sección 3^a, de 12 de marzo de 2007, comenta sobre los tipos penales del art. 278 a 280 CP que:

«Estos tipos penales no sólo protegen el llamado “secreto industrial” (...), sino que se refieren más ampliamente a secretos empresariales. Por tales secretos de empresa puede entenderse toda la información relativa a la misma que es utilizada y conservada con criterios de confidencialidad y exclusividad, en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de las empresas competidoras; refiriéndose a secretos relativos a los sectores técnico industrial, comercial, de relación y organizativos de la empresa. También puede

considerarse el secreto de empresa como el conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos...».

Efectivamente, la información reservada de una empresa tiene *valor competitivo*, esto es *valor económico*. Asimismo, sobre los listados de clientes, la STS de 16-12-2008 esgrime que:

«los datos individuales de cada cliente no son secretos sino para el propio interesado; pero sí han de considerarse tales las listas de todos ellos que tienen las empresas para el buen desarrollo de sus actividades comerciales, con las cuales pueden desarrollar de modo adecuado su trabajo, Estas listas de clientes son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores (...) Así serán notas características: - la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva), - la exclusividad (en cuanto propio de una empresa), - el valor económico (ventaja o rentabilidad económica), - licitud (la actividad ha de ser legal para su protección)».

La citada Sentencia aborda también la duración de la obligación de guardar secreto, fundamental en este nuestro caso para determinar la el efectivo quebrantamiento del deber de secreto profesional:

«El Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo que aprobó el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, dispone en su art. 5 que son deberes laborales del trabajador: d) No concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta Ley; precisando el art. 21.2 que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Por otra parte, la vulneración del secreto de empresa supone un comportamiento desleal previsto en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Así, su artículo 13 señala que: “1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente».

Así las cosas, los listados de clientes sí responde al concepto normativo de secreto de empresa cuando de ellos se deduzca autonomía propia en la diferencia competencial ante terceros y tengan por ello cierto valor económico, así como como confidencialidad y exclusividad y, en definitiva, desvirtuando la obligación de la buena fe y lealtad contractual.

El hecho es que la acción se realizada en beneficio propio, aunque fuera para cederlo a la empresa, de la que era socio, y amén de ello, claro beneficiado, lo que lleva a aplicar el tipo atenuado del art. 279 segundo párrafo CP.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

Caso 1

En abril de 2018, Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue despedido por la mercantil en la que prestaba servicios FJE SOLUCIONES SL. En el juicio laboral por el despido Carlos presentó informaciones de la empresa para fundamentar la nulidad del despido, sin que pudiera justificar cómo le llegaron. La información que contenía esos documentos revelaba que se le despedía por motivos de discriminación, en concreto, por su orientación sexual, y que se había realizado lo mismo con 10 personas más en el último año.

Caso 2

La Sra. Josefa López hizo fotocopias en la empresa para aportar en su procedimiento por despido contra la empresa JOTA SL, entre la que se encontraban documentos relativos a la intimidad del administrador de la mercantil JOTA SL. Entre esos documentos aportó documentos personales que manifiestamente revelaban datos de la esfera personal del administrador. La Sra. López finalmente aportó esos documentos a su abogado, y este los presentó en el procedimiento laboral.

Análisis de los casos propuestos

En los dos casos se invita a realizar un estudio de los mismos y valorar si puede existir algún tipo de delito, y en el caso de que lo hubiere se propone analizar los elementos esenciales de la acción delictiva y sus consecuencias penales y civiles a que pudieran dar lugar.

DELITO DE PUBLICIDAD FRAUDULENTA

Beatriz Romero Flores

1. MARCO TEÓRICO

El delito de publicidad fraudulenta se inserta en el Título XIII, en el capítulo XI llamado “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en la Sección 3ª denominada “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”.

Se trata de una norma cuya finalidad reside en la protección penal de la información veraz de las ofertas y la publicidad en el mercado. Aunque no haya faltado alguna jurisprudencia menor que haya afirmado que el bien jurídico tutelado es el patrimonio o la libertad de disposición económica, se entiende nos encontramos ante un delito con un bien jurídico colectivo y difuso.

La naturaleza del delito es la de delito de peligro abstracto, no siendo necesario un daño real a los consumidores, sino simplemente la aptitud para producir un peligro idóneo para causar perjuicios a los consumidores. Es un delito de peligro, por lo que no requiere la efectiva realización del resultado, ya que basta atentar a la dignidad y derechos de los consumidores a obtener una información publicitaria veraz.

Atendiendo al sujeto activo, nos encontramos ante un delito especial propio, que sólo puede apreciarse respecto a los fabricantes o comerciantes del producto o servicio ofertado. En los casos en los que el fabricante o comerciante es una persona jurídica, debía estarse a lo establecido en el artículo 288.1 del CP. Pero hay que tener en cuenta que en la actividad publicitaria también intervienen agencias de publicidad y medios de comunicación. En este caso, lo harían en calidad de cooperadores necesarios, cuando con su actividad difunden, deliberadamente, un engaño generado por un fabricante y/o comerciante.

El sujeto pasivo del delito tiene siempre carácter colectivo, los consumidores, y, por tanto, la conducta delictiva tiene que dirigirse siempre a una pluralidad de personas. Su carácter de delito masa provoca la exclusión de los casos en que se trate de una publicidad individualizada a un único consumidor o usuario.

CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica viene referida a la difusión, a través de uno o varios medios de comunicación, de publicidad en la que se incluye una o más afirmaciones, características o actos falsarios capaces de perjudicar a los consumidores.

El concepto de publicidad lo hallamos en la legislación de protección a consumidores y usuarios (Ley General de Publicidad, 2065/1988): “toda forma de comunicación realizada por persona física o jurídica pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos u obligaciones”.

El concepto de Publicidad engañosa hay que interpretarlo conforme al art.4 de la Ley General de Publicidad, siendo la que «induce o puede inducir a error a sus destinatarios... (y) es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios».

Por su parte, el art. 5 de la LGP indica las «características» a tener en cuenta para determinar si estamos ante un caso de publicidad engañosa: a) origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad; b) calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; c) modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; d) resultados que pueden esperarse de su utilización; e) resultados y características esenciales de los ensayos o controles de bienes o servicios, y f) nocividad y peligrosidad.

La conducta típica gira en torno a dos términos que es necesario analizar. En primer lugar, “alegaciones”, que equivale al mismo contenido del mensaje publicitario, esto es, las expresiones del anuncio, que generalmente serán escritas, orales o visuales. En segundo lugar “características inciertas” se refieren a que no se corresponden con la realidad. Se excluirían las exageraciones toleradas, al tratarse de usos sociales

En cuanto al perjuicio, actúa como una condición objetiva de punibilidad, indispensable, por tanto, para castigar la conducta. Debe ser “grave y manifiesto”. Evidentemente se tratará de perjuicios económicos, pero no se excluyen los que afecten a la salud del consumidor.

Con respecto a la conducta omisiva, puede integrar el delito porque está expresamente tipificada como «publicidad falsa», en el art. 4 LGP, aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

ELEMENTO SUBJETIVO

El delito de publicidad engañosa requiere la concurrencia de un dolo genérico, es decir, el conocimiento del autor de los elementos típicos antes descritos. Sería suficiente el dolo eventual.

CONSUMACIÓN

Al tratarse de un delito de peligro abstracto no es necesario daño real a los consumidores. Si se produce el daño habrá concurso con el delito en que haya consistido el resultado (homicidio, lesiones, etc.).

CONCURSOS

Son concebibles diversas situaciones concursales, en relación con conductas de naturaleza económica, en especial, con el delito de estafa.

2. CASO PRÁCTICO

LA, de 42 años de edad y sin antecedentes penales, constituyó el 20 de mayo de 1998 la sociedad mercantil Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Unity S.L. (UPUERE S.L.). La sociedad, de la que es administrador único el acusado, tiene como domicilio social el sito en la calle Arganda número 34 bajo de Madrid y es su objeto social, tal y como se recoge en el artículo segundo de sus estatutos, "impartir educación, cultura y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación de clínicas y fundaciones".

Para ello se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra), denominado posteriormente British College of Osteopathic Medicine (BCOM) un acuerdo por el que este último podría reconocer el diploma que se expidiera en UPUERE a los alumnos para poder optar, tras un curso de conversión, a una titulación universitaria oficial británica.

Ante la expectativa de una pronta concreción de dichos acuerdos y sobre todo por la existencia de una cláusula de exclusividad fechada el 3 de diciembre de 1997, LA creó la UPUERE y comenzó su actividad, ofertando sus servicios.

Con motivo de tal creación y para comenzar su funcionamiento llevó a cabo una campaña de publicidad, consistente fundamentalmente en folletos, en los que había constar expresamente que los estudios para el curso "Estudios superiores de osteopatía" estaban homologados por el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra), denominado posteriormente British College of Osteopathic Medicine (BCOM).

En la publicidad de dicho centro se indicaba expresamente que los alumnos que superaran los requisitos establecidos obtendrían un título superior universitario oficial en el Reino Unido.

Dichos folletos se presentaron en la exposición EXPO MASAJES, celebrada en el hotel Chamartin en los años 1998 y 1999, siendo en la misma donde se captó a la mayoría de los alumnos.

Con fecha de 1 de octubre de 2002 la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid requirió a UPUERE S.L. para que eliminase toda información que incluyese el término "Universidad", al no poder utilizar dicha denominación con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cambiando la denominación el 19 de diciembre de 2003 a CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES UPUERE. OPEN UNIVERSITY OF EUROPEAN UNITY S.L.

Motivados por tales expectativas y sobre todo por el hecho de que la carrera de osteopatía carece en España de título oficial alguno, C. , D. , y E. se matricularon comenzando sus estudios en el año 1999, mientras que F. e I. se matricularon y comenzaron sus estudios en el año 2000, abonando las correspondientes matrículas, tasas, etc., que en el caso de C. , D. , y E. ascendió a un total de 13.468 euros cada uno, mientras que en el de F. e I. ascendió a un total de 11.845,35 Euros cada uno. Cuando ya estaban próximos a finalizar los estudios, en el año 2003, se percataron de que la homologación antes mencionada no se producía de forma mecánica o automática tras superar el expediente académico, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Y en contra igualmente a lo que se indicó, el curso de conversión no tuvo lugar dentro del último curso, sino que se inició meses después de la finalización del mismo, con un coste global a cargo del alumno no concretado de forma exacta, pero en torno a los 5000 euros, y con una duración, cuando menos, de varios meses.

Ante la frustración de sus expectativas y una protesta del alumnado en el año 2003, decidieron abandonar sus estudios y presentar una querrela contra LA.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Art. 282: *Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.*

3.2.- Bibliografía

- LUZÓN, M.: "El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995". *Revista Cartas CEDEF*, 1, 3-7.1996.
- SIERRA, M.V.: "El delito de publicidad engañosa en la jurisprudencia", en Muñoz Conde, F. (coord.). *Problemas actuales del derecho penal y de la*

criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. pp. 881-904.

- TERRADILLOS, J. M. (2002). "El delito de publicidad engañosa", en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*: Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000. pp. 71-90.

3.3.- Jurisprudencia

- STS de 19 de marzo de 2004
- STS DE 17 de noviembre de 2009
- STS de 26 de enero de 2009

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

Los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa son muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas. En el caso que nos ocupa se oferta una titulación de una especialidad médica, jugando un papel determinante el alcance de los compromisos que se adquieren. Además, su concesión se subordinaba a un patrocinio o control externo y ajeno al proponente u ofertante. dentro del último año sino después de finalizado el mismo lo que supuso un desembolso adicional.

De la lectura de los hechos debemos llegar a la conclusión de que los cursos de formación en la especialidad de osteopatía se impartieron y que los alumnos, en general, y los que formularon querella adquirieron los conocimientos propios de sus contenidos y llegaron a la última fase o culminación del tiempo que se les había informado sobre su duración y pautas de homologación.

El punto en el que radica la discrepancia entre lo ofrecido y la realidad, radica en la forma de obtener una convalidación más o menos oficial de la titulación y su homologación en el centro británico. Según el hecho los alumnos sabían y admitieron que tenían que realizar un curso de homologación o conversión. Las expresiones y las ofertas del folleto eran claras en cuanto la necesidad del programa de conversión del BCNO, pero como se ha dicho parece que se ofrecía la realización de esta fase en Madrid sin necesidad de trasladarse a Londres, aunque esto último se omite en el hecho probado. La omisión de elementos componentes de la oferta puede realizarse con ánimo engañoso, pero su impacto ilícito habrá que determinarlo en cada caso concreto. No se trata de discutir sobre sí el término "validación" hubiera sido más correcto que "homologación" porque en definitiva lo verdaderamente perjudicial para los intereses de los denunciantes consumidores sería haberles creado la falsa expectativa de la posible convalidación en Madrid en lugar de en Londres.

Llegado a este punto, la sentencia despeja la cuestión, cuando aclara que, una vez surgida la natural polémica en el año 2003, los representantes ingleses de BCOM vinieron a España para reunirse con el alumnado, lo que indica que las referencias sobre la validación por parte de la entidad británica no eran totalmente imaginarias, sino que existía una relación real. Es cierto que los ingleses decidieron que existía " falta de seriedad apreciable" y que se negaron que la convalidación se realizase en Madrid para facilitar un mayor control de su parte.

Podemos concluir que la oferta no era intencionalmente engañosa, sino que el acusado inicialmente tuvo la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizase en Madrid, lo que aleja la ocultación, tergiversación u oferta engañosa. Afirman los juzgadores de la instancia que fueron los ingleses los que, a partir de esta conversación en el año 2003, y no antes, decidieron el traslado del lugar de estudios a Londres, luego la información proporcionada no era falaz ni indujo de forma decisiva a la aceptación por los alumnos de las condiciones ofrecidas, lo que elimina también la publicidad engañosa.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

1. "El día 13 de octubre de 1995 se constituye la Sociedad Limitada Santiago 2.000, siendo nombrado administrador único el acusado Marcos, mayor de edad y sin antecedentes penales, y que cesó en su cargo el 13 de febrero de 1998, siendo designado para sustituirlo Maximiliano. El acusado durante su gestión como administrador y representando a Santiago 2.000 S.L. vendió en dos escrituras públicas ante el notario de Oleiros dos viviendas unifamiliares sitas en la Urbanización Montesalgueiro en el municipio de Zaragoza. La primera el 05-11-1997 a Vicente, por precio no concretado, pero no inferior a 15.000.000 de pesetas, identificada con los números 14-15 y la segunda el 10-12-1997 a Jose Pablo y a Antonia, en un precio no concretado, pero no inferior a 15.750.000 pesetas, aunque en el precio en su totalidad fue abonado por D^a Antonia, fallecida en la actualidad, identificada aquélla con los números 34-35. Ambas ventas se realizaron en base a formar parte de la Urbanización Montesalgueiro anunciada en la publicidad estática (carteles) del lugar como zona de recreo, con zona de jardín, piscina y juego infantiles. Asimismo el administrador en sus gestiones aseguraba a los futuros compradores que tal urbanización llevaba aparejada el necesario sistema de alcantarillado, depuradora, viales, aceras, pavimentación y traída de luz eléctrica, si bien el administrador ya no tuvo intención de suministrar tales servicios de la urbanización, porque nunca se solicitó al Ayuntamiento de Zaragoza, produciéndose como consecuencia de los diversos perjuicios sobre los servicios básicos ofertados, e incluso la electricidad y la salida de aguas residuales tuvieron que ser solucionados por sus propios medios, originándose también diversas incidencias con relación a la traída de aguas, ya que resultó ser de un pozo, y la inexistencia de depuradora, y otros como la piscina, cancha de tenis, zona infantil y ajardinada no se ejecutaron

2. Los hechos que dieron origen a las presentes actuaciones lo fueron en base a una denuncia de la asociación CONSUJOYA, presentada ante la Unidad orgánica de policía judicial de la Guardia Civil de Córdoba el 14 de diciembre de 2018, en la que se

manifestaba que TOUS SL, contraviniendo la ley, estaba poniendo en el mercado piezas de metales preciosos de "ley" que no cumplen los requisitos establecidos por la legislación vigente, al estar rellenos de un material no metálico y sin embargo estar contrastados como metal precioso, en concreto, plata de primera ley. El laboratorio APPLUS LABORATORIES es quien certificaba los contrastes.

La cuestión planteada es si las joyas de plata elaboradas por TOUS SL por la técnica de "electroforming" (joyas en cuyo interior tienen un componente no metálico), siendo el exterior de plata de primera ley pueden o no considerarse como metal precioso (plata primera ley). Se descartan las de oro u otras, pues no son objeto de la investigación al no constar ninguna efectuada de esta forma.

La denunciante aportó un informe de Ecomep (laboratorio autorizado para el contraste de metales preciosos) concluyendo que dos colgantes que se le presentaron para analizar daban un resultado inferior a la ley mínima permitida de 925mm; mas tal afirmación lo era en base a la existencia del relleno (la cantidad), afirmándose luego que mediante la técnica de fluorescencia de rayos x "se constata que el exterior de la pieza es plata de al menos 925 milésimas".

Asimismo se aportó un informe de Instituto Universitario de Nanoquímica de la Universidad de Córdoba que analizaba cuatro piezas, tanto el exterior como el relleno, identificando el exterior como plata y el relleno como no metálico, para concluir con el cálculo del porcentaje de plata entre el recubrimiento y relleno.

Con tales informes se concluye que las piezas analizadas "por fuera" son de plata de primera ley (metal precioso, pues); sin que pueda decirse que conforme a la ley de la aleación no lo sean, pues no hay "mezcla": la aleación requiere una mezcla y la ley es la razón que existe entre el peso del metal precioso y el peso total de la aleación. La aleación en este caso, por tanto, solo lo es para la plata "exterior", sin considerarse el relleno pues no se mezcla con aquella. Y, desde luego, no se puede identificar "ley" con el porcentaje.

En la publicidad (web) de las joyas ofertadas por TOUS como en los certificados de autenticidad y garantía aportados por la denunciante se indica que las joyas son de plata de primera ley. De otro lado en tales certificados (que se entregan al comprador con la joya) se hace constar " Los artículos fabricados mediante el proceso de electroforming pueden contener un núcleo no metálico con la finalidad de conferir estabilidad".

3. Probado y así se declara expresamente que el acusado, Mario, constituyó en el mes de octubre del año 1993 la empresa CHACÓN FARMACÉUTICAS, SA., cuyo objeto social lo constituía la realización de trabajos de investigación farmacéutica y registro farmacéutico, y la comercialización, compra y venta de productos farmacéuticos, a pesar de no aparecer registrada como laboratorio farmacéutico.

Uno de los objetivos de dicha sociedad, cuyos administradores solidarios eran Mario y su padre, Nazario , fue la producción y comercialización del producto bio-bac, encontrándose las oficinas de distribución de dicho producto en la FINCA000 , sita en la carretera del Escorial hacia Guadarrama km 4, perteneciente al término municipal de San Lorenzo de El Escorial, domicilio también del acusado Sr. Mario , y el domicilio social de la citada empresa se hallaba en la calle Carlos Arniches núm. 8, de la misma localidad.

Para dicha finalidad, es decir la comercialización del Bio-bac, la empresa del Sr. Mario contaba con la colaboración de la empresa Laboratorios e industrias IVEN SA.,

concluyó con el Sr. Mario los contratos de producción y venta del Bio-bac para uso humano.

Dicha empresa estaba autorizada para la elaboración de productos veterinarios y, por lo tanto, carecía de la pertinente autorización por parte del Ministerio de Sanidad para actuar como laboratorio farmacéutico en la elaboración de productos de uso humano.

En dicho laboratorio se elaboraban los medicamentos ilegales distribuidos, posteriormente, por la empresa farmacéutica Chacón, siendo en esta empresa donde se etiquetaban, empaquetaban y almacenaban los productos previamente embotellados en Iven, utilizando para su producción botellas de plástico, tapones termo-sellables y una precintadora.

En el citado laboratorio veterinario fueron hallados en la entrada y registro la cantidad de 20.000 envases de Bio-bac.

Posteriormente, Mario sometió el producto a unos ensayos clínicos con la finalidad de obtener, de nuevo, la autorización por la administración sanitaria del medicamento, pero no la obtuvo.

A pesar de ello, el acusado procedió, a través de su farmacéutica y con la colaboración de Laboratorios Iven, a producir y comercializar el producto como medicamento.

La comercialización del producto Biobac se realizaba, bien a través de médicos que creían se trataba de un medicamento, bien a través del boca a boca llamando a los teléfonos de la centralita instalada en la empresa Chacón Farmacéutica, o bien a través de la página web www.biobac.com.

En la información escrita ofrecida a los distintos consumidores del producto Bio-bac, se hacía constar que se trataba de un producto natural y se recomendaba usar el mismo como prevención.

En el prospecto que, igualmente se entregaba a los pacientes, el Bio-bac se presentaba como un producto natural y a la vez, y como propiedades del mismo, se señalaba que era inmunoestimulante, antimetastásico y condroprotector, refiriendo que su acción se basa en el incremento y activación de los linfocitos T que se produce de forma continuada y sostenida, incremento de los sinoviocitos acción citotóxica selectiva.

Asimismo, a los médicos que decidieron prescribir el producto se les entregaba una información, en la que se hacían constar las propiedades terapéuticas señaladas anteriormente, señalando que en clínica humana en estudios de fase I, Biobac produjo un incremento significativo de las células de la serie blanca en voluntarios sanos; en estudios más avanzados y en pacientes de Sida, con cifras Cd4 inferiores a 200 cels/ml, Biobac incrementa el número de linfocitos aumentando significativamente CD4 y CD8 (en estos pacientes, después de dos meses de tratamiento, mejora de forma significativa el estado general de los pacientes en su actividad diaria; en enfermos afectados de artrosis (gonartrosis y coxartrosis) disminuye el dolor medido en términos de la escala Evad y aumenta la movilidad y los índices funcionales de las articulaciones afectas. En relación a estos efectos la eficacia se muestra a los 15 días siguientes a la iniciación del tratamiento.

De igual forma, la telefonista, en numerosas ocasiones, indicaba a la persona que llamaba que habían tenido enfermos terminales y que llevaban muchos años viviendo, gracias al Bio-bac.

La comercialización del producto se realizó por el acusado, Sr Mario, en colaboración con el resto de acusados, a pesar de conocer la falta de acreditación de la eficacia terapéutica del Bio-bac.

4. El acusado Darío, mayor de edad, sin antecedentes penales en su calidad de DIRECCION001 y DIRECCION002 de Promociones Palasa S.L. adquirió mediante escrituras públicas de compraventa de fecha 13.03.2000 dos parcelas, que posteriormente fueron agrupadas en un único solar en escritura pública de fecha 29.03.2000, autorizada por el notario D. José Enrique Cortés Valdés, sobre el que se proyectó la construcción de las distintas fases del denominado edificio Verón, siendo la primera un edificio de 39 viviendas, garajes y trasteros; teniendo licencia obtenida para las fases I y II con fecha 29.03.2000 y para las fases III y IV con fecha 22.05.2001.

En el mes de abril del año 2000, el acusado concertó con la aseguradora ACC Seguros y Reaseguros de Caución y crédito la póliza general núm. AO-00202-50 con un capital máximo de 75.000.000 pts. con efecto desde el 24.04.2000 y vencimiento 31.12.2001, en la que expresamente en el apartado "Descripción del Riesgo" se hace referencia la obra sita en Calatayud, calle Santander-Mediterráneo UE. Santander 2, de 39 viviendas; así mismo con esa fecha para la promoción y venta de las mismas concierta con el Diario "La Comarca" de Calatayud la difusión publicitaria de la venta de la obra en construcción fase I del Edificio Verón, durante los meses de mayo y junio 2000, con el siguiente anuncio: "viviendas en construcción edificio Veron, Sector Santander-Mediterráneo (próximo a Colegio, pasarela, estación de tren y río Jalón), pisos de 1 y 3 dormitorios, garaje y trastero opcional, Duplex. Zona ajardinada venta directa de promotor con seguro decenal (cubre durante 10 años cualquier anomalía que surja de la obra)". Avaladas las cantidades a cuenta.

Igualmente, colocó en la obra un cartel en los mismos términos.

Durante los meses de marzo a junio de 2001, el acusado, en su calidad de DIRECCION001 y DIRECCION002 de Promociones Palasa S.L., suscribió una serie de contratos: 1) El 22.03.2001, con D. Pedro Enrique y su esposa Rita, por el que estos adquirirían el trastero núm. NUM004 de la entrecubierta, habiendo entregado a cuenta 100.000 pts; 2) El 29.06.2001, con D^a Flora por el que adquiriría el piso NUM001 casa 2 tipo A, garaje 9, trastero 38, habiendo entregado a cuenta la cantidad de 1.080.000 pts; 3) El 17.05.2001, con D. Jaime y su esposa D^a Ángeles, por el que adquirirían el piso NUM001, tipo B.4, garaje 23, trastero 11, habiendo entregado a cuenta 1.700.874 pts.; 4) El 03.05.2001, con D. Luis Angel y su esposa D^a Valentina, por el que adquirirían el garaje 24, trastero 10, habiendo entregado a cuenta la cantidad de 558.336 pts. Las cantidades ingresadas a cuenta se efectuaban en la entidad Cajalón.

Los citados contratos eran de promesa de venta futura de viviendas, garajes y trasteros de la II fase del denominado edificio Veron, constituido por 40 viviendas 81 garajes y 64 trasteros; siendo las cantidades entregadas en concepto de fianza, no obligándose en ninguno de ellos la cantidad promociones Palasa S.L. a garantizar o avalar las cantidades entregadas en concepto de fianza.

Promociones Palasa S.L., en la fase II del edificio Verón de 40 viviendas, garajes y trasteros, que es en el que los querellantes habían adquirido los pisos, trasteros, etc., de forma voluntaria, tras advertirles que en el edificio correspondiente a la fase I no quedaban, tan solo existían obras de pilotaje y de cimentación; habiendo invertido en tales conceptos y en la licencia de obras más de 16.000.000 pts., cantidad superior a la entregada por los querellantes a la Mercantil Palasa S.L. que hasta el momento no han sido devueltos a estos.

DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Beatriz Romero Flores

1. MARCO TEÓRICO

El delito de blanqueo se inserta en este Título XIII, en el capítulo XIV llamado “De la receptación y el blanqueo de capitales”. Los artículos 301 al 304 regulan el blanqueo de capitales.

Cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales ha suscitado las más diversas opiniones en el seno de la doctrina española: desde la Administración de Justicia, hasta el orden socioeconómico.

Abarcando ambos bienes jurídicos, parte de la doctrina considera que este delito supone inicialmente un atentado contra la Administración de Justicia, al dificultar que el delito previo sea descubierto, pero en su última fase, al dotar de apariencia de legalidad los bienes, es el orden socioeconómico el que se ve afectado. Son cuatro notas las que configuran este delito como pluriofensivo: su ubicación sistemática; la fijación de la pena de multa en relación con el valor de los bienes legitimados (blanqueados); la pena del delito previo no opera como límite máximo respecto a la pena privativa de libertad; y la sanción supera la del delito encubierto y otros delitos, como el delito fiscal.

Los defensores de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido parten de la teoría del aprovechamiento de la receptación, rechazando que la conducta del que obtiene un beneficio económico de los bienes procedentes de un delito prolongue la previa situación antijurídica (teoría del mantenimiento).

Finalmente, la mayoría de la doctrina se inclina por el orden socioeconómico. El ingreso de capitales generados sin los normales costes desestabiliza las condiciones mismas de competencia y mercado y, es más, los blanqueadores se sirven de los propios procedimientos que el sistema ofrece a todos los agentes económicos para llevar a cabo sus fines; en este sentido piensa el legislador al ubicarlo dentro del Título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico.

La pasividad del Estado devendría en la creación y desarrollo de una economía ficticia, controlada por grupos criminales.

TIPOS BÁSICOS

El tipo penal del artículo 301.1 exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de bienes que tenga su origen en un delito; b) un acto, cualquiera que sea y, concretamente los de adquisición, conversión o transmisión de dicho bien; c) que ese acto tenga una finalidad que se tipifica bajo dos modalidades: 1) ocultar o encubrir ese origen ilícito, o 2) que el partícipe en el origen ilícito eluda las consecuencias legales de su acto.

Obviamente el tipo subjetivo del injusto exige que el autor del blanqueo, además de con esos componentes subjetivos de la finalidad a la que dirige su comportamiento, actúe dolosamente. O, en otro caso, actúe por imprudencia grave.

En cuanto al objeto material en este delito la importancia de su análisis se debe a que su configuración gira en torno a los bienes de origen delictivo. Por ello va a ser el primer elemento objetivo del injusto típico que vamos a estudiar. En un principio explicaremos el sentido que deben dársele a los términos utilizados por el legislador, para a continuación señalar los problemas existentes en torno a esta cuestión. El art. 301.1 C.p. hace recaer la acción típica sobre “bienes”, abarcando tanto muebles como inmuebles, materiales e inmateriales, derechos o valores y créditos-

Antes de seguir, hay que plantearse qué debemos entender por delito, es decir, si nos atenemos a la definición de delito completo, como hecho típico, antijurídico, culpable y punible, en cuyo caso la vinculación con el delito previo (principio de accesoriedad) es máxima, o si, por el contrario, basta una accesoriedad limitada. El art. 300 C.p. (*Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.*). Esta disposición resuelve la duda al excluir los requisitos de culpabilidad y punibilidad para considerar que estamos ante un delito. Consecuencia de ello es que, si concurre una causa de justificación en el delito previo, no se podrá apreciar el delito de blanqueo, pero sí en el caso de que el hecho previo esté prescrito o cuando constituya un hecho posterior copenado.

¿Qué grado de ejecución se necesita? Volviendo a utilizar lo precisado por el art. 300 C.p., los actos preparatorios si son hechos típicos y antijurídicos idóneos para producir los bienes de los que se servirá el blanqueo, son suficientes para entender cumplido el requisito de delito previo. En cuanto a la tentativa, lo mismo cabe decir si de ese acto intentado se derivan bienes sobre los que haya un cierto grado de disponibilidad.

Entonces, si se ha cometido un delito en el sentido apuntado, sin necesidad de que exista autor judicialmente declarado (delito incompleto y abstracto) éste debe ser grave.

DELITO PREVIO COMETIDO EN EL EXTRANJERO

El art. 301.4 regula una doble extensión de las posibilidades de aplicación extraterritorial de la ley española:

- a) Cuando en España se realizan los actos penados en el art. 301, aunque el delito base se haya cometido total o parcialmente en el extranjero.
- b) Cuando tanto éste como los actos de blanqueo se hayan realizado total o parcialmente en el extranjero.

El apartado a) se refiere a la comisión en el extranjero del delito previo, pero no indica nada acerca de si éste ha de estar conminado con pena en el lugar de comisión. Por razones de política-criminal lo más adecuado es aplicar el principio de doble incriminación propio de la extradición, y por lo tanto ese hecho debe estar sancionado penalmente en el lugar de realización, debe ser, al menos, típico y antijurídico en ese país. Que el delito sea o no grave vendrá determinado por la legislación penal española, ya que la calificación de los delitos por los que se vaya a juzgar una persona tiene que realizarse de acuerdo con nuestra legislación, tal y como se desprende del art. 23 de la LOPJ.

De acuerdo con su descripción legal, el delito de blanqueo de capitales es un delito común, es decir, la realización de las conductas típicas que lo configuran pueden ser llevadas a cabo por toda persona, sin exigirse ninguna cualidad específica.

Las conductas típicas reguladas en el apartado 1 del artículo 301 del CP reflejan las tres fases clásicas de desarrollo comisivo del blanqueo de capitales:

-acumulación (adquirir y poseer). Adquirir bienes no significa más que incorporar al patrimonio de un sujeto un derecho sobre un bien o un derecho, incluido el derecho de posesión, en virtud de cualquier título (tanto oneroso como lucrativo).

-estratificación (utilizar y transmitir). La transmisión presupone la previa adquisición o tenencia por parte del transmitente conociendo su origen ilícito; transmisión material o fáctica (desplazamiento o traslado físico) y jurídica. Hay que tener en cuenta que en el supuesto de transferencia electrónica pueden confundirse los sujetos de la acción en una misma persona, no existiendo, en puridad, transmisión.

-reintegración (convertir). La conversión consiste en la transformación o mutación de los bienes modificando su naturaleza originaria.

El Tribunal Supremo ha optado por una interpretación restrictiva de la cláusula de cierre de las modalidades típicas del primer inciso del artículo 301 del CP, de modo que el acto para ocultar, encubrir o ayudar implique una operación con los bienes sobre los que se actúa.

La determinación de la conducta punible queda únicamente limitada por la presencia en el autor de una finalidad de encubrir, ocultar o de ayudar, constituyendo una cláusula excesivamente abierta atentatoria del principio de legalidad (arts. 25.1 CE, 1.2 y 2.1 C.p.), y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y más concretamente el principio de taxatividad, proporcionalidad y determinación. Para salvar estos obstáculos, que incluso podrían llegar a negar el derecho de defensa del sujeto, se impone una interpretación restrictiva de su alcance, entendiéndose que las acciones de adquisición, conversión y transmisión son algo más que simples ejemplos, ya que no sólo representan los modos de actuación más frecuentes del sujeto activo del blanqueo, sino que ese cualquier otro acto al que se alude debe semejarse a éstos.

Las conductas típicas reguladas en el apartado 2 del artículo 301 del CP representan lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha descrito como “receptación del blanqueo”. La diferencia esencial entre las modalidades delictivas del apartado primero y éste radica en que mientras en aquéllas la conducta recae sobre los bienes procedentes de un delito grave, en éstas los bienes ya han sido previamente blanqueados a través de algunas de las formas previstas en el art. 301.1 C.p. Se podría hablar de doble enmascaramiento.

Este segundo inciso del delito de blanqueo se viene aplicando a un grupo de supuestos muy determinado, el de los asesores externos (abogados, consultores, asesores fiscales, etc.) que diseñan estructuras y estrategias financieras y jurídicas destinadas a ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de actividades delictivas. En estos casos, la jurisprudencia ha venido descartando la aplicación de la teoría de los actos neutros, sobre la base de que la actuación del asesor dirigida a tal fin jamás puede encuadrarse dentro de las propias y ordinarias de la profesión.

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución, el Tribunal Supremo ha admitido la tentativa en todas las modalidades típicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 301 del CP.

Por lo que respecta al elemento subjetivo específico del delito de blanqueo, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha establecido que se requiere certidumbre por parte del sujeto activo sobre el origen delictivo de los bienes, sin que ello signifique un conocimiento de la actividad delictiva precedente en todos sus pormenores o en todos sus detalles.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido de forma pacífica la posibilidad de comisión del delito del blanqueo bajo la forma subjetiva del dolo eventual, configurado sobre la teoría de la probabilidad.

La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida.

TIPOS AGRAVADOS

La pena se agrava en su mitad superior cuando el origen delictivo de los bienes sea el tráfico de drogas o la corrupción pública o urbanística, o cuando el autor pertenezca a una organización dedicada al blanqueo. Si se trata de los jefes, encargados o administradores de la organización, su pena se elevará en un grado.

Por último, el legislador castiga con pena de multa y, potestativamente, con alguna pena interdictiva a la persona jurídica responsable del delito. Recuérdese que, en rigor, a la persona jurídica no se le pena por blanquear, sino por permitir el blanqueo de los suyos (administradores, directivos o empleados) en favor de la persona jurídica (art. 31 bis CP).

2. CASO PRÁCTICO

Victoriano, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1970, con DNI nº NUM001, en fechas no concretadas, pero fundamentalmente entre los años 2003 y 2006, constituyó, por sí mismo o por medio de terceros, una serie de sociedades mercantiles. Entre los años 2006 y 2010 utilizó este conjunto de sociedades para realizar entre ellas numerosos movimientos de dinero, de origen no determinado, que no obedecían a operación mercantil alguna, con el propósito de ocultar la procedencia de los fondos, ayudar a sus titulares a disfrutar del beneficio así obtenido e introducir ese dinero en el circuito comercial de las empresas como si procediese de una actividad lícita. Así mismo, en cantidad o proporción no determinada, hizo lo propio con beneficios obtenidos de delitos por él mismo cometidos. El acusado realizó esos movimientos de capitales a través de diferentes entidades bancarias, tanto de España, como de Suiza, Gibraltar y Andorra, operando al menos, en un periodo de tres años, con 29 cuentas en 16 entidades

bancarias: En ese período las sociedades que controlaba tuvieron unos ingresos totales por 13.836.322 € y realizaron transferencias por un total de 12.508.310 €. Los fondos provenían en una proporción no determinada, pero importante, de delitos cometidos por terceros y por el propio Victoriano. Entre los hechos de relevancia delictiva que generaron los fondos, propios y ajenos, se cuentan fraudes a la Hacienda Pública, principalmente mediante la simulación de cuotas de IVA soportado, contrabando de tabaco, estafas e insolvencias punibles.

Cuando en fecha 24 de marzo de 2010 fue detenido por miembros del Cuerpo Nacional de Policía Victoriano llevaba en su vehículo un total de 5.555 euros obtenidos del desarrollo de las actividades descritas. Así mismo, y procedentes del mismo origen, en el curso de la entrada y registro realizada ese mismo día en su vivienda, sita en la CALLE000 nº NUM008 , de Sant Cugat del Vallés, se le ocuparon 44.350 euros en efectivo.

Victoriano durante los años 2006 a 2009 cobró de las cuentas bancarias titularidad de las empresas que él dominaba y dirigía las siguientes cantidades en efectivo:

- En el año 2006, extrajo 2.684.900 € de las cuentas de las sociedades: Icondata System S.L. y Limasol Logística S.L.
- En el año 2007, 1.638.492,54 € de las cuentas de las sociedades: Icondata System S.L., Limasol Logística S.L, Manama Logistics S.L., United Digital Telecom S.L. y Timor Inmoland S.L
- En el año 2008, 732.955 € de las cuentas de las sociedades: Icondata System S.L., Limasol Logística S.L, Fortune Businessinvest S.L. y Manama Logistics S.L.
- Y en el año 2009, 1.739.905 € de las cuentas de las sociedades: Icondata System S.L., Limasol Logística S.L, Fortune Businessinvest S.L. y Manama Logistics S.L.

Así mismo, en los años 2008 y 2009 Victoriano era apoderado de cuentas titularidad de la empresa Acfox Financial Group LLC, la cual obtuvo en Andorra rendimientos de capitales depositados e invertidos en cuentas de ese país, en la entidad Banca Privada d'Andorra, por importe de 206.566,08 € en el ejercicio 2008 y de 283.951,37 € en el ejercicio 2009.

No ha quedado acreditado que en los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009 Victoriano obtuviera ganancias patrimoniales o rendimientos económicos de cualquier tipo que dieran lugar a cuotas tributarias superiores a 120.000 euros anuales.

Victoriano, con la intención de obtener un beneficio económico, convenció a Celestino , nacido el NUM002 de 1948, mayor de edad y sin antecedentes penales, para que a cambio de una compensación económica figurara como administrador de una serie de sociedades y siguiendo sus instrucciones actuara y firmara toda la documentación que él le indicara. Conforme a este acuerdo Celestino fue administrador de las siguientes sociedades:

Brochure Styles SL que fue constituida el 30 de junio de 2003 con un capital de 3010 €, tenía por objeto la adquisición, enajenación, administración y explotación por cualquier título de viviendas, edificios, locales;

Nyoro Technology SL que fue constituida por escritura pública de 19 de junio de 2006, con un capital social de 3.010 € y tenía por objeto la adquisición, enajenación, administración y explotación por cualquier título de viviendas, edificios, locales, construcción de inmuebles; compraventa, fabricación, distribución artículos relacionados con la decoración, textil, electrónica,

Agency 2P Spain SL que fue constituida por escritura pública de 13 de marzo de 2007 con un capital social de 3.100 € y tenía por objeto exportación, importación, distribución, comercialización de sistemas eléctricos, electrónicos y de telecomunicaciones, así como productos y prestación servicios relacionados con dichas actividades.

Global Trading SL que fue constituida por escritura pública de 17 de julio de 2008 por el acusado Celestino con 3920 participaciones y Brochure Styles SL (representada por Celestino) con 80 participaciones y con un capital de 4000 €. Tenía por objeto la importación, exportación y comercialización al por mayor y menor de todo tipo de bebidas en general.

Todas estas sociedades, desde su constitución y al menos hasta el año 2011 no tuvieron ninguna actividad.

En el ejercicio 2009, sabiendo que estas empresas no tenían ninguna actividad y con el propósito de obtener un beneficio económico a costa de la Agencia Tributaria, Victoriano preparó declaraciones mensuales de IVA del ejercicio 2009 relativas a las referidas sociedades en las que declaraba realizar unaas actividades y como resultado de esas actividades y a efecto de la declaración de IVA tener derecho a obtener unas devoluciones de dinero por la Agencia Tributaria. En concreto, Victoriano presentó declaraciones mensuales de IVA solicitando a la Agencia Tributaria devoluciones por una cuantía total de 474.601 € y que diferenciadas por empresas ascendió a:

Victoriano no obtuvo estas devoluciones al advertir el fraude la Agencia Tributaria e iniciar un expediente de comprobación e investigación que finalmente fue remitido al Juzgado de Instrucción.

Las declaraciones y solicitudes de devolución fueron presentadas a través de Celestino , a quien Victoriano había solicitado que figurara como administrador de las cuatro sociedades y de quien no consta conociera el contenido y significación de los documentos.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Art. 301

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Art. 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

b) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Art. 303.

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Art. 304

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigarán, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

3.2.- Bibliografía

- DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales, en *INDRET* 4/2016.
- GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “Blanqueo de capitales”, en *Manual de Derecho penal económico y de la empresa* de GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 207-220
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 22ª edc. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. pp. 493-518.
- ROMERO FLORES, B.: “El delito de blanqueo de capitales en el Código penal de 1995”, en *Anales de derecho* de la Universidad de Murcia, nº 20, 2002, pp. 297-333.
- VVAA. *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª edc. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019. Pp. 509-517

3.3.- Jurisprudencia

- STS de 8 de junio de 2018
- STS de 24 de septiembre de 2013

- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 6 de febrero de 2014
- STS de 30 de noviembre de 2017

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

En el supuesto de hecho planteado nos encontramos con un delito de blanqueo de capitales. Por sus propias características y mecánica comisiva el delito de blanqueo de capitales es de improbable prueba directa, la prueba de cargo se funda en las conclusiones que se entiende derivan de los hechos base que se pretenden acreditar conjuntamente valorados conforme a las normas y reglas de la lógica y la experiencia común. análisis de la prueba indiciaria proporcionada por la acusación se partirá de las pautas elaboradas por la jurisprudencia. la prueba de los elementos propios del delito de blanqueo de capitales tenga la naturaleza de prueba indiciaria. Veamos cuáles son esos indicios: incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) en segundo lugar, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, c) en tercer lugar, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

Por lo que concierne al blanqueo de fondos ajenos procedentes de delitos, el mismo acusado ha ofrecido como ejemplo de sus gestiones la ocultación de cantidades provenientes de empresas próximas a la quiebra, lo que podría integrar el tipo de la insolvencia punible. Igualmente, cabe destacar cómo en un SMS un tercero le pregunta: "Hola podemos blanquear 20 m de euros dime algo un saludo", a lo que el sr. Victoriano contesta "Si sin problemas" (folio 320 y concordantes).

El tipo penal sanciona específicamente el autoblanqueo, es decir el blanqueo de ganancias que tengan su origen en una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador. Sobre esto no puede haber duda alguna, pues en primer lugar la doctrina jurisprudencial ya lo venía entendiendo así, y en segundo lugar el Legislador lo recalcó y precisó, precisamente para solventar la polémica doctrinal existente, en la reforma de 2.010 del Código Penal incluyendo expresamente en el art 301 CP una doble modalidad de blanqueo, según la actividad delictiva haya sido cometida por la propia persona que realiza la actividad de blanqueo o por cualquier otra.

La STS nº 265/2015, de 29 de abril razona que "el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, por lo que el delito tiende a conseguir que el sujeto obtenga un título jurídico, aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa." Posteriormente la sentencia añade: "Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender: 1º) a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico

económico; y, 2º) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas."

En todo caso, a pesar de la gran cantidad de acciones a lo largo de un dilatado espacio temporal, nos hallamos ante un delito único del blanqueo, no ante un delito continuado, calificación esta última que realiza la acusación pública. La STS nº 165/2016, de dos de marzo, recapitulando pronunciamientos anteriores, declara que "la jurisprudencia de este Tribunal ha venido entendiendo, tal como se anticipó supra, que en el delito de blanqueo de capitales estamos ante lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante no constituyen un delito continuado sino una sola infracción penal.

Con respecto a la autoría, de los mencionados delitos es responsable Victoriano, en concepto de autor de los arts. 28 y 31 del Código Penal, al haber ejecutado materialmente conductas incardinables en los respectivos preceptos legales, por sí y como administrador de derecho o de hecho de las sociedades que controlaba.

La pena imponible por el delito de blanqueo comprende un marco de entre seis meses y seis años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Habiéndose apreciado una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, la pena se ha de imponer en su mitad inferior. Pero dentro de esta mitad se atenderá al elevado importe de los capitales cuyo blanqueo se ha acreditado, un mínimo de 12.508.310 € (sin computar, en virtud del principio acusatorio, las cantidades imputadas como delito fiscal, pero que podrían ser encuadradas como blanqueo). Así mismo, se tendrá en cuenta la multiplicidad de las operaciones realizadas y su duración en el tiempo, cerca de cuatro años. En función de estos factores (art. 66.1, 1ª y 6ª) se aplicará la pena de tres años de prisión y multa de dieciocho millones de euros, con doscientos días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, conforme al art. 50.3 del CP y a la importancia de la multa impuesta.

La pena privativa de libertad lleva aparejada como accesoria la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56,1, del Código Penal).

Conforme al art. 301,5, del CP, por remisión al 127.1 del CP, procede decretar el decomiso de los 49.905 euros intervenidos en el domicilio del acusado (única cantidad líquida solicitada por la acusación), al constituir ganancias derivadas de su actividad criminal.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

1. El acusado MM tomó posesión como alcalde de Z. el 2 de mayo de 2016. Ejerció su mandato hasta el 12 de agosto de 2007, fecha en la que cesó mediante moción de censura. Durante toda su etapa relacionada con el gobierno municipal de Z, amparándose y aprovechándose de tal condición de máximo responsable municipal, usó su cargo para servirse del mismo con un fin estrictamente privado.

La acusada LL, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el segundo semestre del año 2016 [...] inició una relación profesional con el Ayuntamiento de Z., interviniendo en buena parte de los eventos que organizó dicha Corporación. Además, ambos acusados, mantenían una relación sentimental.

El acusado MM para disponer del dinero que acumulaba se sirvió de las actividades empresariales, profesionales y de la estructura societaria que su nueva pareja, LL, ya poseía y que puso a su disposición para el logro de tales fines; no obstante conocer que el origen del dinero procedía de las actividades delictivas de MM.

Durante el año 2016, previo a su relación sentimental con MM., en las cuentas privativas de las que es titular la acusada LL no se produce ninguna operación de ingreso en efectivo de importancia. En el año 2017 se producen 29 operaciones de imposición en efectivo en las cuentas bancarias [...] de las que es titular LL, por un importe total de 293.497,36 €. De estos ingresos, salvo los realizados por cantidades pequeñas, no hay la menor justificación de que procedan de las actividades artísticas y empresariales de la acusada LL.

2. EE y SS, pareja de hecho y nacionales de Colombia, se venían dedicando durante los años 2016 a 2018 a recoger, custodiar, empaquetar y trasladar físicamente dinero en metálico a Colombia, dinero que había sido generado en el mercado clandestino de cocaína, por cuenta de personas que intervenían en esa actividad en distintas posiciones de la red de comercialización. De esa manera movieron más de 14 millones de euros, durante el periodo de unos dos años. Para eludir los controles preparaban el dinero: planchaban los billetes para que ocuparan el menor espacio, los ocultaban con papel de calco negro y los envolvían en plástico cerrado al vacío; posteriormente camuflaban los paquetes en dobles fondos de libros, mochilas o maletas.

El 7.6.2017 CC y BB, que habían sido reclutados por sus compatriotas EE y SS., viajaron juntos a Colombia por vía aérea portando en un álbum de fotos 367.500 euros él y 391.000 euros ella, en billetes de 500, que guardaban en su maleta y habían sido alojados en un álbum de fotografías. El dinero fue incautado en la aduana del aeropuerto de Madrid Barajas antes de que emprendieran el vuelo. CC y BB fueron procesados por delito de blanqueo de capitales, pero fueron absueltos por insuficiencia de prueba al haberse anulado las intervenciones telefónicas realizadas durante la investigación.

Con la finalidad de recuperar el dinero intervenido en Barajas, EE y SS acudieron al letrado en ejercicio FF, quien ideó la estrategia frente a la autoridad administrativa para obtener el reintegro pagando la correspondiente sanción: alegar que era propiedad de diversas personas, todas ellas migrante colombianos, que lo habían ganado ejerciendo la prostitución y que se lo habían entregado a CC y BB para que lo transportaran a su país. El abogado FF era consciente de que se trataba de dinero procedente del mercado ilegal de estupefacientes y que de esa manera se legalizaba; él mismo determinó la cuantía que cada cual afirmaría ser de su propiedad y la persona a la que se lo habían entregado.

3. RR, guiado por el propósito de encubrir su naturaleza fraudulenta, según lo antes acordado con otros dos acusados (AA y ZZ), se personó a finales del mes de marzo de 2018 en la empresa NW S.L., sita Granada, mostrándose RR interesado en adquirir ciertos productos de la empresa, por lo que le tramitaron un presupuesto por importe de 36.380,53 euros, estipulándose el pago por adelantado mediante transferencia bancaria a ingresar en la cuenta que la entidad vendedora tenía abierta en el Banco X.

De este modo, el día 2 de mayo la empresa recibió en su cuenta una transferencia de 36.563,72 euros procedentes de un banco suizo a razón del citado acuerdo, bajo la creencia de que la misma había sido cursada por RR. Sin embargo, la realidad era bien distinta, pues había sido ordenada por sujetos desconocidos sin consentimiento de su verdadero titular, que nada tenía que ver con RR.

Unos días después, pero con anterioridad al 14 de abril de 2.018, RR instó ampliación al presupuesto, algo a lo que no se opuso la vendedora confiada en la licitud de la operación, pues no en vano el acusado ya había abonado la cantidad pactada desconociendo la vendedora el carácter fraudulento de la transferencia, llevándose a cabo la ampliación en 6260 euros, realizándose en días posteriores una nueva transferencia a la misma cuenta de la vendedora, esta vez por importe de 6261 euros procedentes de una cuenta de la República Checa.

El día 25 de abril RR se personó de nuevo en las oficinas de la empresa vendedora solicitando la entrega de 4900 euros a cuenta de las dos transferencias. En días posteriores volvió de nuevo a la empresa instando la anulación de los pedidos, así como la devolución de todo el dinero transferido por vía bancaria, negándose a ello la empresa al estar ya alertada de lo ocurrido.

4.El acusado NN mayor de edad y sin antecedentes penales, con ocasión de estar buscando trabajo contactó en Internet con personas desconocidas que en fecha 19-12-16 le ofrecieron una oferta de trabajo, recibiendo un email con un formulario para rellenar con sus datos un contrato de trabajo en virtud del cual él dispondría de una cuenta corriente, donde recibiría transferencias de dinero, que él debía sacar y remitirlas por Money Gram o empresas similares a las personas que se los solicitaran, quedándose como contraprestación un 10% de dichas cantidades que él mismo detraería antes de proceder a remitirlas.

Aceptado el encargo, el acusado no pudo abrir cuenta corriente en entidades bancarias al ser ciudadano colombiano, por lo que su pareja sentimental y también acusada JJ, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encargó de ello sin problemas al ser de nacionalidad española. Así abrió la cuenta corriente nº000 del Banco X.

En dicha cuenta corriente se recibieron transferencias por un importe total de 9.930,15 €. Recibidas las reseñadas transferencias, los acusados se personaron en la misma, extrajeron el dinero, se quedaron con el 10% del importe total de las mismas y el resto lo remitieron a Rusia.

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRABANDO

*Alfredo Abadías Selma
Carlos Bardavío Antón*

1. MARCO TEÓRICO

La configuración de la Unión Europea como un espacio creado para la libre circulación de personas, mercancías y bienes, ha buscado crear un gran espacio de crecimiento económico, de progreso y de seguridad, si bien ha sido utilizado para abusar de la libertad de circulación infringiendo la normativa reguladora del tránsito aduanero, recogida en el Reglamento (CEE) número 2913/1992, del Consejo, de fecha 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, y en sus normas de aplicación, así como en el Convenio TIR.

En España, las infracciones penales consideradas como contrabando no se encuentran en el Código Penal, están extramuros, reguladas por una ley penal especial.

Actualmente el contrabando se encuentra regulado en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. Esta ley vino a sustituir a la de 1982, con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento español a las exigencias dimanantes del funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea.

A tenor de la LO 6/2011, de 30 de Junio, se produjo una modificación profunda de dicha Ley de represión del contrabando, y resultaron afectados de modo importante diez de los dieciséis artículos que la conforman. Por otra parte, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, modificó algunos aspectos.

Acción punible: según el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española de la Lengua, el vocablo «contrabando» indica: «Introducción en un país o exportación de mercancías sin pagar los derechos de aduana a que están sometidas legalmente.

Bien jurídico protegido: gran parte de la doctrina afirma que no existe un bien jurídico protegido común en los delitos de contrabando, si bien habrá que buscarlo en cada uno de los tipos delictivos en esta esfera.

Sujeto activo: lo puede ser cualquiera.

Sujeto pasivo: quien sufre el delito es la Hacienda pública, y por ende los ciudadanos, que verán como la recaudación infringida por unos, repercute en los demás con más impuestos, o bien, con menos servicios, como por ejemplo relativos a la Seguridad Social.

Concurso: hay que destacar la cuestión referente al concurso entre el delito de contrabando y los distintos delitos relacionados con la tenencia de objetos ilícitos.

Elemento subjetivo: es un delito doloso, pero cabe la imprudencia grave.

Penalidad: El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 12/1995 preceptúa las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos:

1. En los casos previstos en las letras a), b) y e) del apartado 1 artículo 2, las penas se impondrán en su mitad inferior:
2. En los restantes supuestos en su mitad superior.
3. En los casos de comisión imprudente se aplicará la pena inferior en un grado.
4. Se impondrá la pena superior en un grado cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo.
5. Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6, y tras aplicar los criterios anteriores, se impondrá la pena siguiente:
 - a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.
 - b) Adicionalmente, en los supuestos previstos en el artículo 2.2, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos.

Es preciso acudir al artículo 2.1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando para ver la tipificación de toda una serie de conductas delictivas que resumimos a continuación, y que son:

Contrabando de bienes con un valor igual o superior a determinada cuantía

Se comete delito de contrabando

A) Si se **supera el límite cuantitativo de los 150.000 euros**, quienes:

- a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.
Oculten o sustraigan de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.
- b) Los que realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.
- c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 62, 63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 y 147 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se

establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación, así como en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975. Hay que tener en cuenta que no obstante, el instrumento normativo Reglamento (UE) n.º 952/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión, que establece ciertos aspectos novedosos en relación al Reglamento (CE) n.º 450/2008.

d) Los que importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.

e) Los que obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Modernizado), y sus disposiciones de aplicación o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores. En este sentido, téngase en cuenta el contenido del Reglamento (UE) n.º 952/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo.

f) Los que conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.

g) Los que alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

B) Si el valor de la mercancía excede los 50.000 euros quienes:

a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.

Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.

c) Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes:

1º La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

2º El Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

3º La normativa reguladora del comercio exterior de precursores de drogas sin las autorizaciones a las que se refiere el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, o habiéndolas obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

d) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación.

C) Cuando se trate de **labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros**.

En esta materia, hay que tener en cuenta la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria que liberaliza el mercado de tabaco, pero que sin embargo, y de forma paradójica mantiene el monopolio del Estado en relación con la venta al por menor.

En todo caso, la propia Exposición de Motivos de esta Ley declara que la misma no supone modificación alguna de lo dispuesto por la Ley Orgánica 12/1995.

La ley contempla, también el castigo de todas estas conductas, y las que acto seguido mencionamos, cuando se cometan por **imprudencia grave**.

Contrabando de bienes cuya mera tenencia ya constituye delito independientemente de su valor

Hay delito de contrabando cuando su objeto sean: drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros.

Teniéndose en cuenta la importancia objetiva de los bienes objeto de contrabando, la Ley ha prescindido del requisito de la cuantía.

El precepto contiene una enumeración no exhaustiva de objetos, que son: drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores.

Pero este tipo también resulta aplicable en relación con otros bienes cuya tenencia por sí misma constituya delito:

- Las sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes ex artículo 568 del Código Penal.
- útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos contra la seguridad colectiva, ex artículo 400 del Código Penal.
- materiales radiactivos o sustancias nucleares, ex artículo 345.1 del Código Penal.
- moneda falsa ex artículo 386.2 del Código Penal.
- objetos amparados por los derechos de propiedad intelectual para su comercialización ex artículos 272 y 274 del Código Penal.
- cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones ex artículo 270.5 del Código Penal.

Contrabando a través de una organización criminal

Comete delito de contrabando la persona que realice alguno de los hechos del artículo 2.1 LO 12/1995 cuando se lleva a cabo a través de una organización, con independencia del valor de los bienes mercancías o géneros, a tenor de lo dispuesto en el apdo. 3 a), in fine, del mismo art. 2 de la Ley.

El contrabando en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El apdo. 6 del art. 2 LO 12/1995 contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta clase de delitos, cuando en la acción u omisión descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

Artículo 31 bis CP:

- «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:
 - a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona

jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma...».

Por otra parte, en el caso de que se encuentren implicadas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, se dispone expresamente la aplicación del art. 129 del Código Penal.

Otras disposiciones relacionadas con el Delito continuado

El artículo 2.4 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando dispone que:

«4. También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes».

Ello es de esta forma porque se quiere evitar el fraccionamiento en la acción para que no sea punible. Hay que tener en cuenta también el delito continuado previsto y penado en el artículo 74.1 del Código Penal.

Responsabilidad civil

A tenor del artículo 4 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, la responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado dimanante del delito de contrabando se extiende al importe de la deuda aduanera y tributaria que no esté ingresada, que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción, caducidad o cualquier otra causa legal prevista en la Ley General Tributaria o en la normativa aduanera de la Unión Europea, incluyendo los intereses de demora.

El comiso

A tenor del artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando, toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará implícita el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:

- a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.
- b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.
- c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste, y el Juez o el Tribunal competente estimen que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.
- d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.

Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el comiso de los bienes, efectos o instrumentos señalados, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del delito.

El Juez o Tribunal ha de ampliar el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. Se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

Para apreciar lo que es una organización o grupo criminal, hay que estar a la normativa penal de España, y debe ser interpretada de conformidad a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Nueva York de 2000, firmada por España en Palermo en el año 2000 y ratificada por Instrumento de 2002, conocida como Convención de Palermo (Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000), que constituye derecho vigente en nuestro país.

Por otra parte, hay que observar la Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

Hay que tener en cuenta que no se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe. También se dispone que los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso aún cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

Intervención de bienes no monopolizados

A tenor del artículo 6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando:

«1. El Juez o Tribunal acordarán la intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.

2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca.

3. La autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando».

Enajenación anticipada y adscripción de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos

A tenor del artículo 7 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando:

«1. Los bienes, efectos e instrumentos intervenidos podrán ser enajenados, si éste fuere su destino final procedente, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

a) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.

b) Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

2. La enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley.

3. El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal».

Mercancías de monopolio

A tenor del artículo 9 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando:

«1. Cuando las mercancías aprehendidas sean de las comprendidas en los monopolios públicos, la autoridad judicial a cuya disposición se hayan colocado procederá en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios.

La autoridad judicial podrá autorizar la realización de actos de disposición por parte de las compañías gestoras de los monopolios respecto a las mercancías o géneros que hayan sido aprehendidos a reserva de la pertinente indemnización, si hubiese lugar a ella, según el contenido de la sentencia firme».

Valoración de los bienes

A tenor del artículo 10 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando:

«La fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

1. Si se trata de géneros estancados, por el precio máximo de venta al público. De no estar señalado dicho precio, se adoptará la valoración establecida para la clase más similar. Si no fuera posible la asimilación, el juez fijará la valoración previa tasación pericial.
2. Para la valoración de los bienes, géneros y efectos comprendidos en las letras a) y b) del artículo 2.2 así como para la de los delitos de ilícito comercio, el juez recabará de las Administraciones competentes el asesoramiento y los informes que estime necesarios.
3. Cuando los bienes, géneros o efectos sean objeto de importación o exportación y no se encuentren comprendidos en los apartados 1 y 2 anteriores, su valor será el precio medio declarado a las autoridades aduaneras de los productos semejantes clasificados en la subpartida a nivel de ocho dígitos y, en su defecto, a nivel de seis o cuatro dígitos de la nomenclatura prevista en el Reglamento (CEE) n.º 2658/1987 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común, y en función de su tipo de operación.
4. En el resto de los casos, su precio oficial o, en su defecto, el precio medio de mercado español de bienes semejantes o el valor de venta, siempre que fuese superior al de compra o al coste de producción incrementados, en su caso, con el índice general de precios al consumo desde la fecha de compra o producción, y siempre que entre ese momento y la realización del delito hubiese transcurrido más de un año natural. El índice aplicable será el correspondiente a cada uno de los años naturales. Se aplicará el valor de compra o el coste de producción con el incremento indicado cuando razonablemente no pueda determinarse el valor de venta.
5. El valor se determinará en relación con la fecha de realización del ilícito o, de no conocerse ésta, en relación con el descubrimiento del ilícito o aprehensión de los bienes, géneros o efectos. A efectos de la determinación del precio medio, se tomará el mes natural anterior a la fecha fijada en el párrafo anterior».

Contrabando de bienes cuya mera tenencia ya constituye delito independientemente de su valor

Habrà delito de contrabando cuando su objeto sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros.).

Teniendo en cuenta la importancia objetiva de los bienes objeto de contrabando, la Ley prescinde del requisito de la cuantía.

El precepto contiene una enumeración no exhaustiva de objetos: drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores.

En este ámbito hay que destacar la cuestión relativa al concurso entre el delito de contrabando y los distintos delitos relacionados con la tenencia de objetos ilícitos.

El problema más relevante se plantea en los supuestos de introducción en el territorio español de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la jurisprudencia vino entendiendo tradicionalmente que existe un concurso real de delitos, basándose en que la introducción de la sustancia en el territorio nacional supone un plus de antijuridicidad frente a su mera tenencia, por lo que cabía aplicar la regla de determinación de la pena del artículo 77 del Código Penal que preceptúa:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior».

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en cambio, defiende que existe un concurso aparente de leyes penales, con fundamento en la igualdad de los bienes jurídicos protegidos por los tipos en presencia, debiendo aplicarse el principio de consunción previsto en el artículo 8.3 del Código Penal (el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél).

Contrabando perpetrado a través de una organización criminal

Comete delito de contrabando la persona que realice alguno de los hechos del artículo 2.1 LO 12/1995 cuando se lleva a cabo a través de una organización, con independencia del valor de los bienes mercancías o géneros, de acuerdo con lo dispuesto en el apdo. 3 a), *in fine*, del mismo art. 2 de la Ley.

Contrabando y responsabilidad penal de las personas jurídicas

El apartado. 6 del art. 2 LO 12/1995 contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta clase de delitos, cuando en la acción u omisión descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

«...6. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas».

Por otra parte, también en el caso de implicación de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, se dispone expresamente la aplicación del art. 129 del Código Penal:

«1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

2. CASO PRÁCTICO

Juan fue sorprendido conduciendo el vehículo Mercedes propiedad de Pedro, portando en su interior 20 cajetillas de tabaco de la marca LM sin los precintos reglamentarios.

La intervención policial se produjo tras un seguimiento que se había iniciado previamente cuando Pedro, mayor de edad, había entregado dicho vehículo de su propiedad a Juan con el fin de que el primero probase el citado vehículo pues quería venderlo.

Pedro desconocía que en el vehículo de su propiedad se encontraban las referidas 20 Cajetillas.

Posteriormente, Juan facilitó acceso a los agentes de la policía a un trastero donde guardaba 30.480 cajetillas de varias marcas de tabaco cuyo importe ascendía a 89.247,55 €.

A causa de esto se dejaron de abonar impuestos por valor de 73.936,20 euros.

El referido trastero es propiedad de Pepa quien lo alquiló a un matrimonio formado por Andrés y Juana, padres de Pedro.

Juan, con carácter previo a la celebración del acto de la vista, consignó para rebajar los daños la cantidad de 10.0000 €.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.
- Real Decreto-ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas. (BOE, 26-octubre-2018)
- Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por la que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando. (BOE, 07-septiembre-1998)
- Resolución de 10 de febrero de 1999, sobre competencia territorial en el procedimiento sancionador por infracciones administrativas de contrabando. (BOE, 20-febrero-1999)
- Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

Artículo 2 Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando

«1. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 62, 63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 y 147 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación, así como en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.

d) Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.

e) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.

f) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.

g) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

2. Cometan delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:

Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.

Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.

c) Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes:

1.º La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

2.º El Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos

en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

3.º La normativa reguladora del comercio exterior de precursores de drogas sin las autorizaciones a las que se refiere el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, o habiéndolas obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

d) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación.

3. Cometén, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros.

b) Cuando se trate de labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros.

4. También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes.

5. Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave.

6. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

7. Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal».

Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando.

3.2.- Bibliografía

- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (2010). *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- Boix Reig, J. (2017). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. Madrid: Portal Derecho S.A.
- Demetrio Crespo, E. (dir), et al. (2020). *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L. M^a. (2015). El comiso en los delitos de contrabando. La situación en España, en *Tribuna Fiscal*, N.º 276, Enero-Febrero, Editorial CISSEL.
- Mata Barranco, De La, N. J.; Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Lascuraín Sánchez, J.A.; Nieto Martín, A.: *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson.
- Milans del Bosch, S. (2015). Lo que no es el servicio de vigilancia aduanera: Ni fuerza ni cuerpo del Seguridad del Estado. Ni policía judicial, en *La Ley Penal*, N° 116, Sección Derecho Procesal Penal, Editorial Wolters Kluwer.
- Peris Riera, J. M.; Olmedo Cardenete, M.; Rosal Blasco, B. del, Benítez Ortúzar, I. F., Sáinz-Cantero Caparrós, J. E.; Morillas Cueva, L., (2019). *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J.M. (dir.) y Robles Planas, R. (coord.). (2020). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*. Barcelona: Atelier.

3.3.- Jurisprudencia

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6^a, Sentencia de 17 Nov. 2006, Rec. 53/2005
- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6^a, Sentencia de 7 Feb. 2013, Rec. 605/2011
- Sentencia núm. 444/2017 de 6 julio. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) JUR 2017\225781
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 752/2018 de 26 Feb. 2019, Rec. 2788/2017
- Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2^a, Sentencia 11/2019 de 11 Jun. 2019, Rec. 11/2018
- Sentencia núm. 377/2019 de 20 junio. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10^a) JUR 2019\223612
- Juzgado de lo Penal N.º. 27 de Madrid, Sentencia 1/2020 de 14 Ene. 2020, Rec. 482/2017

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

Delito de contrabando.

De los hechos expuesto se puede llegar a la conclusión de que Juan y Pedro, en coautoría (art. 28 CP) cometen un delito de contrabando previsto en los arts. 1, 2.3 en relación con el art. 2.2.b), 3.1 párrafo 2º, segundo inciso, de la LO 12/95 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando.

Objeto material del delito. Art. 1 LO 12/95 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando:

Se trata de unas «mercancías no comunitarias».

Tipo objetivo. Art. 2.3 b) LO 12/95 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando:

«Cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

b) Cuando se trate de labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros».

Art. 2.2.b) LO 12/95 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando:

«2. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes».

Culpabilidad. Circunstancias modificativas. En el caso de Juan se debe aplicar al menos las atenuantes analógicas de confesión y reparación del daño del art. 21.7ª CP en relación con la del art. 21.4ª y 5ª CP.

«21.7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

«21.4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

«21.5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

Penalidad: Art. 3.1 párrafo II, segundo inciso, de la LO 12/95, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando:

«1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.

En los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del artículo 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior. **En los demás casos previstos en el artículo 2 las penas se impondrán en su mitad superior».**

En el caso de Pedro la pena ha de ir de 3 años a 5 años.

En el caso de Juan sería procedente fijar la pena partiendo de la pena asignada al delito cometido en su mitad superior, imponer la pena inferior en grado, de 1 año y 6 meses a 3 años en virtud de la previsión establecida en el art. 66.1.2 CP.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

Caso 1

Denuncias de estancieros de Madrid pusieron en alerta a la Policía sobre el descenso masivo de sus ventas. Como consecuencia de la investigación se constató que se estaba vendiendo tabaco dicho a un precio menor a través de una página web denominada Estabacobarato.com, administrado únicamente por Juan Pérez. Se incautaron en el local que tenía para su distribución, 3.200 cajetillas de tabaco que alcanzaban un valor en el mercado de 14.300 €, pero del descenso de ventas de los denunciantes se calcula que el valor de las ventas anteriores alcanzaba unos 40.000 €.

Caso 2

Juan Pérez, junto a sus hermanos Manuel y Julián, estaban sacando cajas de un vehículo, momento en el que la Policía les detuvo encontrando 250 figuritas pertenecientes al patrimonio histórico. En el interior del bar propiedad de éstos, otras 200 figuritas. A Juan Pérez se le encontró en sus bolsillos varios pedidos en el mercado negro de meses atrás sobre la misma tipología de figuritas, y otros pedidos realizados en el mismo día de la detención. Durante el registro del domicilio de los tres hermanos se encontraron 150.000 € en billetes de 10 y 5 € que no pudieron justificar su procedencia lícita.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL Y FRAUDE DE SUBVENCIONES

Miguel Bustos Rubio

1. MARCO TEÓRICO

Los delitos contra la Seguridad Social se regulan en los artículos 307 a 307 ter CP., mientras que los de fraude de subvenciones se recogen en el artículo 308 del mismo cuerpo legal.

En relación a los primeros, el bien jurídico tutelado transita, dependiendo de la doctrina, bien por la idea de (a) el patrimonio de la Seguridad Social, bien por la idea de (b) el correcto funcionamiento del sistema de Seguridad Social, sea en la vertiente de ingresos (fraude de cotizaciones art. 307) sea en la de gastos (fraude de prestaciones, art. 307 ter CP.).

Hay, pues, dos grandes tipos penales contra la Seguridad Social:

Por un lado, el *fraude de cotizaciones* del art 307 CP. Este delito guarda un cierto parentesco con el art. 305 (delito fiscal), pero contiene varias diferencias, además de que es distinta la titularidad del bien jurídico protegido y lo mismo sucede con el objeto material, ya que al no ser un delito contra la Hacienda sino contra la Seguridad Social, no se refiere a tributos sino a cuotas. El art.307.1 CP, en su primer párrafo, dice: “El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de esta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo”.

Frente al tributo, objeto material del art.305, aquí el objeto material es la cuota a la SS. Pero el tipo del art. 307, junto a «las cuotas de la SS», añade «y conceptos de recaudación conjunta», en los que cabe incluir: las prestaciones de desempleo, el abono de los salarios por despido en caso de insolvencia o quiebra de la empresa y las acciones públicas encaminadas a la formación de los trabajadores, cantidades que se recaudan conjuntamente con la cuota empresarial, en sentido estricto.

En similitud con lo que ocurriría con el delito fiscal ya estudiado (y a ello nos remitimos para su contraste), también en este delito encontramos una cláusula de levantamiento o

anulación de pena (excusa absolutoria) por regularización voluntaria en el art. 307,3 CP., siempre dentro de unos límites temporales o circunstancias de bloqueo. Y, al igual que ocurrió en aquél delito en la reforma del año 2012, encontramos en el art. 307,5 CP. una atenuante de colaboración que obedece a los mismos fundamentos: “Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito”.

La infracción que examinamos —o sea, no ingresar la cuota a la SS— es elevada a la categoría penal cuando alcanza una determinada gravedad: se exige una defraudación superior a 50.000 euros. Hasta la reforma de 2012, se exigían 120.000 euros, al igual que en el delito fiscal. En este caso, el cómputo es en cuatro años naturales.

El delito contra la Seguridad Social, en su modalidad de impago de las cuotas derivadas de la relación laboral, admite tres posibles subtipos agravados:

- Art. 307. Bis 1 a). Cuando la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros. Se trata de una agravación, atendiendo a la importancia del importe defraudado, que se asimila al que integra el delito fiscal.
- Art.307. Bis 1 b). Cuando la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal. Esta agravación se debe a la concurrencia de una estructura organizativa, lo que supone una mayor peligrosidad y profesionalidad del fraude.
- Art.307. Bis 1 c). Cuando se utilicen personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación.

Por otro lado, encontramos el delito de *fraude de prestaciones* (art. 307 ter CP.), que sanciona a quien obtega “para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilitar a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública”. Como ejemplo de prestaciones se pueden citar la de desempleo, maternidad o incapacidad. Aquí, a diferencia del 307 CP., no existe límite cuantitativo para que sea delito. Encontramos sin embargo un subtipo atenuado (cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad) y un subtipo agravado (cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o la conducta punible se hubiera realizado en el seno de una organización o grupo criminal o mediante la utilización de personas, instrumentos, negocios o paraísos fiscales de nula tributación que oculte o dificulte la averiguación

del hecho). Existe también anulación de pena por reintegro (con actualización de las cuantías porcentualmente) y una atenuante por colaboración, con similitud a las ya estudiadas para el delito del art. 307 CP.

El art. 308 CP. sanciona, por su parte, el *fraude de subvenciones*. La subvención es el instrumento fundamental para alcanzar el orden social, incluso en el Tratado de Maastrich de 1992, se refiere a estas cuestiones en su artículo 3 (donde se recogen los fines de la Unión Europea), y se explica que: se trata de conseguir el desarrollo armónico y equilibrado, un crecimiento sostenido no inflacionista que respete el medio ambiente, que trate de conseguir un alto nivel de empleo y protección social, elevar el nivel y calidad de vida y la cohesión económica y social, y buscar una solidaridad entre los Estados miembros. El bien jurídico que está tras estas conductas punitivas, es la protección de las políticas económicas prioritarias. Las políticas sectoriales, son aquellas inspiradas en el reequilibrio de la sociedad y en propulsar el crecimiento económico y social equilibrado. Se tutelan, pues, las políticas económicas sectoriales que el Gobierno considera debe impulsar en cada momento.

Se puede hablar de 2 tipos penales: el falseamiento de solicitud de subvención y el disfrute fraudulento de subvenciones.

- Falseamiento de solicitud de subvención: Art. 308.1: el que obtenga una subvención o ayuda de las Administraciones Públicas (incluida la UE) falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido.
- Disfrute fraudulento subvención: Art. 308.2: el que desarrolle una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas (incluida la UE) alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.
-

La cuantía debe superar los 100.000 euros. Existe también regularización por reintegro de las cantidades, porcentualmente actualizadas.

2. CASO PRÁCTICO

“Probado y así se declara que el acusado Vicente , con D.N.I. nº NUM003 , de 48 años de edad, nacido el NUM002 de 1968, se dio de alta en el Régimen General de Seguridad Social como empresario, siendo el nombre de su empresa Mesa Alonso Juan Gregorio, con Código de Cuenta de Cotización en SS nº NUM006 , destinada a realizar pequeños trabajos de albañilería según el epígrafe el IAE adscrito, y con domicilio en la calle Sagasta nº 75, 5º, puerta 53, en el cual no existía actividad social alguna y no había nadie. Sin embargo, nunca estuvo en el ánimo de éste desempeñar actividad económica alguna, sino obtener un beneficio patrimonial ilícito dado que cobraba ciertas cantidades de dinero a los supuestos trabajadores que contrataba a cambio de proporcionar a los mismos un ficticio contrato de trabajo, las nóminas derivados de estos, causar alta en Seguridad Social como trabajadores de Mesa Alonso Juan Gregorio y certificado de empresa para que, según los casos, pudieran obtener permisos de trabajo y residencia en España, o autorización para reagrupación familiar, así como prestaciones con cargo al sistema público de Seguridad Social, a sabiendas del perjuicio económico que con ello

causaba al citado sistema. En efecto, la citada empresa causa alta en SS el 3/6/08 y durante el período en que desarrolló su ilícita actividad, a la que se puso fin con la intervención policial llevada a cabo el 25 de abril de 2012, tuvo contratados a 233 trabajadores, de los cuales sólo 19 fueron de nacionalidad española.

Si bien al principio el número de trabajadores no fue superior a diez, cuando el número de trabajadores ficticios comenzó a aumentar, y al ser necesario contar con una persona autorizada en RED (sistema de intercambio de documentación e información con Seguridad Social mediante la Remisión Electrónica de Documentos) lo que ocurre cuando una empresa tiene más de diez trabajadores, el acusado Vicente se asoció con el también acusado Sixto , con D.N.I. nº NUM001 , de 45 años de edad, nacido el NUM000 de 1971, quien tenía despacho profesional como letrado en la CALLE000 nº NUM007 NUM008 de esta capital, y fue la persona autorizada en RED de Mesa Alonso Juan Gregorio desde el 31/8/09. El 7 de marzo de 2012 solicitó autorización secundaria en RED en favor de su secretaria y también acusada Marí Juana , con NIE NUM005 , de 45 años de edad, nacida el NUM004 de 1971. Estos dos últimos acusados llevaban a cabo personalmente toda la tramitación ante Seguridad Social de los ficticios trabajadores, facilitando información ficticia a esta Administración Pública mediante el sistema RED, y documentos igualmente ficticios a los supuestos trabajadores, a cambio de una participación en las cantidades que éstos entregaban a Vicente.

La dinámica seguida por los acusados era la que sigue: el acusado Vicente tras contactar telefónicamente con los supuestos trabajadores, cobraba a éstos una cantidad inicial 400 ó 500 euros por facilitarles un contrato de trabajo y producir su alta en SS, y después 200 euros mensuales mientras durara el alta. El pago inicial podía subir hasta los 1.000 euros si el objetivo del trabajador era obtener la renovación de los permisos de trabajo y residencia y aún más si era para reagrupación familiar, porque entonces el salario a consignar en nómina y sujeto a cotización debía ser mayor a fin de acreditar ante la Subdelegación del Gobierno que el solicitante contaba con recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la persona reagrupada. Los contratos los confeccionaba el acusado Sixto , quien también realizaba los trámites del alta ante SS y proporcionaba al simulado trabajador el documento de "reconocimiento de alta". Cuando el trabajador precisaba algún documento más, como nóminas o certificado de empresa cuando se producía la baja, el acusado Vicente se ponía en contacto telefónico con Sixto para indicarle que los confeccionara y entregara al interesado, o remitía al trabajador al despacho de este con una nota manuscrita, a modo de autorización, para que retirara el documento/s que precisara. En estos casos, los interesados debían abonar a cualquiera de los acusados Sixto o su secretaria Marí Juana la cantidad de 30 euros por la gestión. El resto de las cantidades las entregaban a Vicente que después la repartía con los otros acusados. Como el dinero que cobraban a los falsos trabajadores se lo repartían entre los acusados, nunca se hizo pago de las cuotas de SS por los trabajadores a los que se dio de alta, ascendiendo el importe de lo debido al sistema público por falta de cotización a 1.446.740,15 euros. Sin embargo, como ya se ha dicho la relación laboral era simulada, ninguno de los trabajadores que contó con contrato de trabajo con Mesa Alonso Juan Gregorio prestó servicio alguno para la misma, siendo además los supuestos trabajadores conocedores, propiciadores y consentidores dado que el objetivo de la contratación y el alta en SS era el indicado, la obtención de prestaciones de Seguridad Social o posibilitar la regularización administrativa de los mismos en España.

De manera que la obligación de cotizar, que nace en cuanto se inicia la prestación de servicios, no llegó a producirse.

De esta manera los supuestos trabajadores que obtuvieron prestaciones de Seguridad Social con cargo al Sistema Público de Empleo Estatal y para cuya concesión se tuvo en cuenta el período de carencia con Mesa Alonso Juan Gregorio fueron los siguientes: 1º.- Eliseo por los períodos de 13/7/11 a 11/9/11 y 2/2/12 a 2/4/12 por importe total de 3.626,70 euros. 2º.- Erasmo por el período 25/2/12 a 30/3/12 por importe de 511,20 euros. 3º.- Eusebio por el período de 21/10/11 a 12/2/12 por importe de 1.590,40 euros. 4º.- Ezequiel por el período de 9/3/12 a 30/3/12 por importe de 312,40 euros. 5º.- Felipe por el período de 10/1/12 a 30/3/12 por importe de 1.150,20 euros. 6º.- Florentino por el período de 6/11/09 a 2/3/10 por importe de 1.653,68 euros. 7º.- Visitación por el período de 21/2/12 a 30/3/12 por importe de 568 euros. 8º.- Heraclio por el período de 6/10/11 a 30/3/12 por importe de 2.485 euros. 9º.- Hipolito por el período de 3/2/12 a 30/3/12 por importe de 823,60 euros. 10º.- Indalecio por los períodos de 25/9/10 a 10/11/10, 13/4/12 a 12/8/12 y 4/11/12 a 30/12/12 por importe total de 4.598,30 euros. 11º.- Isidoro por los períodos de 16/8/09 a 11/5/11 y 29/10/11 a 30/3/12 por importe total de 11.028,65 euros. 12º.- Iván por el período de 14/2/12 a 30/3/12 por importe de 1.046,64 euros. 13º.- Jerónimo por el período 8/3/12 a 30/3/12 por importe de 519,36 euros. 14º.- Juan por el período de 6/7/11 a 5/10/11 por importe de 1.278 euros. 15º.- León por el período de 1/3/12 a 30/3/12 por importe de 426 euros”.

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Artículo 307 CP.: 1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo. La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. **2.** A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales. **3.** Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal

o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa. La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

4. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.

6. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

Artículo 307 bis CP.: **1.** El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias: **a)** Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros. **b)** Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal. **c)** Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito. **2.** A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 307. **3.** En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a

gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

Artículo 307 ter CP.: **1.** Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. **2.** Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años. **3.** Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación. **4.** La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1 y 2 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal. El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. **5.** En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad civil, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento

administrativo de apremio. 6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal.

3.2.- Bibliografía

- BUSTOS RUBIO, M.: “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 35, 2015, págs. 24 – 44.
- BUSTOS RUBIO, M.: “Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en GÓMEZ PAVÓN, P. / BUSTOS RUBIO, M. / PAVÓN HERRADÓN, D., *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Bosch / Wolter Kluwer, Madrid, 2019.
- BUSTOS RUBIO, M.: “Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo”, en *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 380, 2014, págs. 177 – 183.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “El fraude de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social”, en VV. AA.: *Estudios penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter), en VV. AA.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

3.3.- Jurisprudencia

- SAP de las Palmas de Gran Canaria 3/2019, de 1 de marzo.
- STS 969/2019, de 22 de marzo.
- STAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

En primer lugar hay que señalar que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento público previsto y penado en los artículos 392 , 390.1.2 y 74 del Código Penal, pues ha quedado plenamente acreditado que los acusados fingieron una actividad empresarial para dar de alta en la seguridad social mediante el sistema RED a trabajadores ficticios que no realizaban ninguna actividad laboral, con la intención de que éstos se beneficiaran de prestaciones de la seguridad social o pudieran regular su situación en España, o bien poder conseguir la reagrupación familiar, dado que casi todos los trabajadores ficticios eran extranjeros. Éstos pagaban a

los acusados a sabiendas de que no tenían derecho ni a las prestaciones, ni cumplían los requisitos para su regularizar su situación administrativa en España o para que se produjera la reagrupación familiar.

En los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, sea cual sea la modalidad, es muy común encontrar que entran en concurso con delitos de falsedad documental, pues éstos delitos son la vía más común, cuando no única, de cometer estos tipos penales. El concurso lo será de tipo medial (ideal impropio).

Por otro lado, y aunque los hechos parecen revestir carácter de delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social (art. 307, ter CP.), en realidad observando las fechas de comisión resulta que este precepto no estaba en vigor en el momento que sucedieron los hechos. El artículo 307 ter fue introducido en el Código Penal por LO 7/2012 de 28 de diciembre. Luego es claro que salvo que se considerara que se ha acusado por este precepto por considerarlo más favorable para los acusados que el delito en el que encajarían los hechos probados con arreglo al Código Penal en vigor en el momento de suceder los hechos, lo que no es el caso, no se puede condenar por este delito porque en Derecho penal rige el principio de irretroactividad de las normas desfavorables al reo. La Sentencia n.º 146/2018 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2018 hace un estudio detallado de lo que a nuestro juicio, sería la posible calificación jurídica de estos hechos con anterioridad a la reforma que introduce el artículo 307 ter del Código Penal, como delito continuado de estafa agravada, dada la cantidad defraudada superior a los 50.000 euros y que no supera los 120.000 euros por año natural.

No obstante, si los hechos hubieran sido cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de este precepto, parece claro que encajan bastante bien en el art. 307 ter CP. El art. 307 ter es fruto de un interés del legislador por dotar de mayor autonomía a ciertas modalidades delictivas que con anterioridad se reconducían a otros tipos penales como solución práctica ante la falta de regulación expresa, sobre todo en lo correspondiente a una prestación determinada: la relativa al desempleo (como acontece en este supuesto).

En la resolución que traemos a colación los acusados actuaron sirviéndose de personas interpuestas procediendo, con la connivencia de éstos, a darles de alta como trabajadores de una empresa ficticia y sin actividad real. Tramitaron en la Seguridad Social numerosas altas de trabajadores previa elaboración de los correspondientes contratos de trabajo (obviamente, ficticios) que se presentaban ante el Servicio Público de Empleo Estatal, simulándose así *in totum* una relación laboral inexistente, y conociendo que jamás sería prestado trabajo alguno. Los acusados mantuvieron a los supuestos trabajadores en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo, sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. A continuación, y de igual modo simulando el cese en la relación laboral, presentaron ante la Administración la documentación necesaria para la consecución de su objetivo (el alcance de la prestación por desempleo indebida), abonándoseles por la Seguridad Social las prestaciones y subsidios de desempleo solicitados.

Los comportamientos tipificados en el art. 307 ter CP. consisten, por decirlo de un modo sintético, en engañar a la Seguridad Social (por medio de unos concretos actos, como tendremos ocasión de comprobar *infra*) produciendo error en ésta, obteniendo por ello prestaciones indebidas o la prolongación ilícita de las mismas, o bien en facilitar a terceros la obtención de dichas prestaciones indebidas. Nos encontramos ante un tipo penal en que las acciones pueden ser de carácter muy variado. En efecto, el comportamiento típico en este delito puede consistir bien en la obtención, para sí mismo o para otros, del disfrute de la prestación, bien en la prolongación improcedente de aquélla, o bien en facilitar a terceros la adquisición de una prestación que por Ley no corresponde, siendo necesario en todas las conductas que el sujeto actúe por medio del *engaño* (característica común, que más adelante será analizada).

En este caso, la obtención era *para otros*, pero lesionando el interés patrimonial de la TGSS. El entramado delictivo encaja en cualquiera de los comportamientos típicos enunciados. En concreto, con la modalidad en la que el sujeto *obtiene para sí o bien para un tercero la prestación indebida mediante las conductas de simulación, tergiversación, u ocultación*. En esta primera modalidad el sujeto activo tiene que alcanzar y conseguir hacerse con la prestación pretendida y solicitada a la Seguridad Social, o bien lograr que dicha prestación sea concedida a un tercero. El precepto exige en esta modalidad el *disfrute* de dichas prestaciones, con lo que no hay duda de que el sujeto deberá haber comenzado a beneficiarse de la prestación obtenida. Ello implica que el delito no se consuma con el mero reconocimiento de la prestación por parte de la Seguridad Social, sino cuando el sujeto recibe la cuantía correspondiente a la prestación de que se trate y la integra en su propio patrimonio (y por ello la disfruta), lo que resulta coherente también al tener en cuenta que el precepto exige el resultado del *perjuicio* a la Administración pública, perjuicio que ya hemos señalado que será de tipo patrimonial, por lo que hasta que no se produzca esa lesión en el patrimonio de la Seguridad Social no se podrá afirmar la perfección del tipo penal.

El fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social muestra evidentes semejanzas con el delito de estafa: ambos tipifican unos hechos en los que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa o mendaz. Esta última conducta se pone de manifiesto en el art. 307 ter CP. cuando el precepto exige la simulación o la tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de aquellos que el sujeto tenía el deber de informar, conductas que pueden resumirse precisamente en una característica única: el *engaño* a la Seguridad Social, con objeto de obtener una determinada prestación, como acontece en el supuesto práctico.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

CASO 1. Los acusados, Juan y Pedro, sirviéndose de dos personas interpuestas (un chatarrero y un toxicómano) proceden, con el desconocimiento de éstos, a darles de alta como empresarios individuales a través de ciertas razones sociales, empresas ambas sin actividad real, ilocalizables, sin domicilio social y fiscal real, sin centro de trabajo y sin los medios materiales necesarios para prestar los supuestos trabajos en el sector de la construcción. Acto seguido, tramitaron en la Seguridad Social numerosas altas de

trabajadores previa elaboración de los correspondientes contratos de trabajo (ficticios) que se presentaban ante el Servicio Público de Empleo Estatal, simulándose una relación laboral inexistente. Los acusados mantienen a los supuestos trabajadores en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo, sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. A continuación, y de igual modo simulando el cese en la relación laboral, presenta ante la Administración la documentación necesaria para la consecución de su objetivo (el alcance de la prestación por desempleo indebida), abonándoseles por la Seguridad Social las prestaciones y subsidios de desempleo solicitados, generándose además periodos de carencia para la percepción futura de prestaciones por desempleo y de seguridad social (incapacidad temporal o permanente, maternidad, jubilación, viudedad, etc.).

CASO 2. Patricia recibe por error en su cuenta bancaria un total de 17.568 euros de parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y se los apropia.

CASO 3. Juan Miguel no ha ingresado a la Seguridad Social las cuotas de sus trabajadores, retenidas en nómina, en una cantidad que asciende a 87.5000 euros en cuatro años. Cuando el inspector de trabajo y Seguridad Social se apercibe del fraude, no duda en notificar a Juan Miguel la visita a su empresa para realizar comprobaciones. Sin embargo, antes de recibir esa visita, y una vez ya fue notificado, Juan Miguel acude a la TGSS a regularizar su situación, reconociendo y pagando la deuda.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: EL TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

Beatriz Romero Flores

1. MARCO TEÓRICO

El delito de tráfico ilegal de mano de obra se inserta en el Título XV, denominado “Delitos contra los derechos de los trabajadores”.

Se trata de un delito de riesgo abstracto respecto de los derechos de los trabajadores. para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo.

A pesar de que se trate de una modalidad delictiva en la que ni se exigen ni se protegen los derechos de los trabajadores individualmente considerados, ello no impide el interés del Estado en controlar esta actividad con el fin de prevenir los posibles abusos y, en esa medida.

En cuanto al bien jurídico protegido, existe consenso en que a través de este delito se protegen una diversidad de bienes jurídicos; así, por un lado, el interés del Estado en el control del mercado de trabajo, aunque, de modo secundario, se protegen los derechos de los trabajadores como colectivo y, además, la tutela de los derechos de los trabajadores víctimas del tráfico ilícito.

El delito es de pura actividad, aunque permite la tentativa en casos como el de la organización dedicada a dicho tráfico.

El sujeto activo no es necesariamente un empresario, ya que la conducta típica se reduce al desarrollo de aquella actividad. Según el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores, «los Servicios Públicos de Empleo podrán autorizar, en las condiciones que se determinan en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo la existencia de agencias de colocación públicas o privadas».

El sujeto pasivo de la acción puede ser tanto nacional o extranjero, que se encuentra en nuestro país de forma regular, desempeñando un trabajo en España y que es objeto de cesiones irregulares entre empresarios u otros sujetos

CONDUCTA TÍPICA

El tipo previsto en el art. 312 describe fundamentalmente situaciones de explotación de los trabajadores por cuenta ajena, que integran ilícitos laborales criminalizados.

El Tribunal Supremo ha determinado que ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir, prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Será indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Por último, es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad.

La técnica legislativa utilizada a la hora de redactar este precepto es bastante deficiente, ya que al utilizar la expresión «tráfico ilegal» podrían plantearse problemas concursales con el tipo del art. 318 bis CP, debiendo excluirse esta posibilidad ya que el art.312.1 se refiere a trabajadores extranjeros en situación de regularidad administrativa.

ELEMENTO SUBJETIVO

La conducta típica apunta hacia el dolo directo, aunque no se requiere el ánimo de lucro. De esa exigencia dependerá, en su caso, la apreciación de la agravante 3ª del artículo 22 (ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o dinero).

La jurisprudencia entiende que el ánimo de lucro es un elemento fundamental de este delito. Así, según la SAP Madrid, de 8 enero 2008: «Es el ánimo de lucro en la intermediación el que comporta el "plus" de antijuridicidad». De hecho, en esta ventaja patrimonial o enriquecimiento se situará la diferencia entre el uso de la infracción administrativa y la sanción penal.

2. CASO PRÁCTICO

MR., de nacionalidad rusa, mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó a España en el mes de marzo del año 2.000 con un visado de turista y con la finalidad de permanecer en territorio español comenzando a trabajar en el servicio doméstico hasta que conoció a M., de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales para el que trabajó en la una tienda de frutos secos iniciando una relación sentimental.

Durante los años 2.002 y 2.003 procedieron a alquilar a nombre de uno u otra diversos inmuebles en Madrid y en la localidad de Villaviciosa de Odón para convivir y albergar a los familiares próximos de M.R., así como a extranjeros que demandaban alquiler de habitaciones.

De esta manera celebraron los siguientes contratos de arrendamiento: El día 1 de marzo de 2.002 para la vivienda situada en la calle DIRECCION000 nº NUM000 , piso NUM001 . El día 1 de septiembre de 2.002 en relación a la vivienda situada en la calle

DIRECCION001 nº NUM002 , piso NUM018 igualmente. Y el día 15 de julio de 2.003 para la vivienda de la calle DIRECCION002 nº NUM003 , piso NUM004 , todas ellas de Madrid. El día 1 de marzo de 2.003 para las viviendas situadas en la calle DIRECCION003 nº NUM005 , DIRECCION004 y en la misma calle el nº NUM006 , NUM021 de la localidad de Villaviciosa de Odón.

En el piso de la calle DIRECCION003 nº NUM005 se instalaron MR. y M. En el nº NUM006 de la misma calle el hijo de F., de nacionalidad rusa, mayor de edad y sin antecedentes penales que había llegado a España en el mes de marzo de 2.002 y en el de la calle DIRECCION002 NUM003 , piso NUM004 el hermano de F., de nacionalidad rusa, mayor de edad y sin antecedentes penales que había llegado a España en el mes de julio de 2.002.

Como consecuencia de los anuncios que MR. y M. pusieron en lugares frecuentados por extranjeros de nacionalidad rusa y ucraniana en ésta Capital, en concreto en las inmediaciones de las estaciones de autobuses de Aluche, Méndez Álvaro o de Atocha, los testigos protegidos identificados como NUM007 , NUM008 , NUM016 , NUM009 y NUM012 contactaron con aquellos al objeto de que les fuese alquilada una habitación, trasladándoles F o M. a los pisos de Villaviciosa de Odon para que viesan el inmueble concertando su ocupación por el pago de unos 120 euros mensuales por persona.

El testigo protegido identificados como NUM011 accedió al piso de DIRECCION003 nº NUM005 de Villaviciosa de Odón cuando su esposa ya vivía en el mismo. Y la testigo protegido NUM013 fue acompañada por aquellos inmediatamente después de llegar de Rusia de donde viajó con E., hermano de F.

Durante la estancia de los testigos protegidos en los pisos de la calle DIRECCION003 de Villaviciosa de Odón, MR. y M. realizaron las gestiones oportunas para empadronarles cobrándoles por las mismas 30 euros. Les acompañaban también a agencias de trabajo temporal cuando demandaban trabajo, dado que la gran mayoría desconocían el idioma español, debiendo los extranjeros abonarles el desplazamiento y cuando obtenían trabajo a través de las gestiones directas y personalmente realizadas por aquellos pactaban con los mismos la entrega de la mitad del primer sueldo. Por parte de F. se ofrecía a los extranjeros la posibilidad de establecer un contacto para obtener permisos de residencia, si bien ninguno de los testigos protegidos a los que se ofreció el contacto accedieron por la falta de medios económicos para sufragar los 1.800 euros en los que se valoraba la gestión.

Como consecuencia del deterioro en la convivencia los testigos protegidos NUM007, NUM008 , NUM009 , NUM011 y NUM012 decidieron abandonar la vivienda de la calle DIRECCION003 nº NUM005 de Villaviciosa de Odón lo que incrementó las diferencias entre aquellos y F. y M. que discutieron con los extranjeros a los que imputaban la desaparición de enseres del interior de las viviendas, dirigiéndoles expresiones intimidatorias y de menosprecio.

De las declaraciones de los testigos Policías Nacionales que llevaron a cabo la investigación cobran especial relieve, de los que depusieron en la vista oral, la del Policía Nacional nº de carné profesional NUM019, que resumidamente manifestó:

"Que se inició el seguimiento de los pisos por la declaración de uno de los testigos protegidos y al conocer la situación en la que estaban los extranjeros, el dinero que pagaba a los arrendadores y a las agencias por incluirlos en la bolsa de trabajo. Así como que les llamó la atención el número excesivo de camas que había en cada uno de los pisos cuando realizaron la entrada y registro en las que detuvieron a todas las personas que estaban en el interior los cuales no estaban regularizados si bien nadie les dijo que estuviesen en contra de su voluntad."

Y el Policía Nacional nº de carné profesional NUM020, instructor de operaciones, declaró: "Que se inició la investigación sobre determinados hechos delictivos como consecuencia de que llegase una información por parte de una persona que manifestó tener miedo. Que se comprobó la verosimilitud de la información y que había más gente en las mismas circunstancias, así como la dimensión de la organización, que alcanzaba a las dos personas que obtenían el lucro que eran MR. y M. los cuales se servían fundamentalmente del hijo de la primera para intimidar. A lo que se unían las encargadas de las empresas de trabajo temporal a donde aquéllos llevaban a los extranjeros quienes tenían que abonar una cantidad de dinero por incluirse en sus bolsas de trabajo y una parte del primer sueldo por la intermediación. Manifestó también que no se había hecho la investigación de las cuentas de los acusados."

Finalmente declararon las personas que se encontraban al frente de las Agencias haciéndolo CC. que admitieron: "Que regentaban la empresa de trabajo temporal "Inmosa" y que conocían a M. y MR. Que en concreto ésta última llevó a personas para buscar trabajo. Que en la Agencia había un listado y se cobraba por hacer la ficha a las personas que acudían a buscar el trabajo, en concreto 12 euros. Que en los listados incluían tanto a personas con residencia como a las que no contaban con ella. Que hacían la selección de personal y quien contrataba eran las personas que buscaban a las empleadas, sin que la Agencia pudiese intermediar en la situación de ilegalidad. Que pedían los pasaportes o documentación con que contasen las trabajadoras para lograr su identificación. Que se podía apuntar todo el mundo dentro de un perfil determinado, si bien nadie les pedía personas en situación de ilegalidad".

3. MATERIAL DE TRABAJO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO PRÁCTICO

3.1.- Preceptos legales

Art. 312. 1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

Art. 318. Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la

autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

3.2.- Bibliografía

- MORALES, O.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores, en *Revista Universitat Oberta de Catalunya*, 2012, pp. 1-60.
- POMARÉS, E.: “La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Quintero Olivares (dir.). *Comentarios a la reforma de 2015*. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- TRAPERO, M.: “La transformación del derecho penal laboral: De protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias”, en *CPC*, 114, 2014, pp. 5-44.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abusos de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VICENTE, R. (2008). *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

3.3.- Jurisprudencia

- STS de 17 de mayo de 2017
- SAP de Badajoz, de 16 de diciembre de 2005
- STS de 17 de mayo de 2006
- STS de 5 de febrero de 1998
- SAP Madrid, de 8 enero 2008

4. EXÉGESIS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

El art. 312.1 contiene una descripción demasiado amplia e inconcreta. de una gran amplitud e inconcreción. El verbo que aparece en el precepto es traficar. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como la acción de comerciar o negociar. La configuración amplísima del tipo permite incluir en el ámbito de lo punible comportamientos completamente distintos en significado y gravedad.

A tal efecto, señala la SAP de Badajoz de 16 de diciembre de 2005 que el tipo subjetivo del delito de tráfico ilegal de mano de obra, requerirá un dolo directo, debiendo entenderse el dolo como el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito y la voluntad de su realización.

La sentencia dictada y que ha sido impugnada pone el acento en las condiciones en las que se produjo el acceso al trabajo de los testigos protegidos, sin contratos, sin alta en la Seguridad Social, sin derecho a vacaciones, con horarios excesivos, por un pequeño sueldo, debiendo entregar a MR. y M. la mitad del primero que obtuviesen, lo que permitía concluir que éstos con conocimiento de la situación de ilegalidad de aquéllos en el territorio español, intermediaban con agencias de colocación o con otro tipo de empresas para que contrataran a inmigrantes ilegales.

Contratar fuera de los cauces legales determinaría la ilegalidad de la conducta, pero esta puede ser meramente administrativa o exigir su persecución penal. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, señala que la invocación al derecho penal en esta materia de tráfico ilegal de mano de obra extranjera, está perfectamente justificada en función de la gravedad de la cuestión que se trata de abordar y de la puesta en peligro de bienes jurídicos que deben ser especialmente tutelados como la vida, la seguridad e integridad física, la integridad moral y el trato igualitario y no discriminatorio, sancionando a los que se aprovechen lucrativamente de la situación ilegal de las personas afectadas. Ahora bien, no cabe una generalización indiscriminada y automática de las medidas legales punitivas debiendo seleccionar rigurosamente los supuestos penales y separarlos de aquellas situaciones que merecen un reproche administrativo sancionador, que algunas veces puede llegar a ser incluso más gravoso.

Por lo tanto, la ausencia de cumplimiento de la normativa respecto del empleo sin más, no es constitutivo de infracción penal. No puede referirse el precepto a la falta de cobertura de la seguridad social o a la falta de contrato en la formalización de la relación laboral.

Si el tráfico ilegal de mano de obra para que constituya infracción administrativa requiere el incumplimiento de la normativa respecto a la colocación, la sanción penal requiere algo más y ello está en la ilícita ventaja patrimonial.

En el presente caso, del resultado de la prueba practicada ha quedado acreditado que por parte de los acusados no se produjo ninguna captación de los extranjeros en situación irregular para proporcionarles puestos de trabajo. Que su actuación se centraba en poner anuncios ofreciendo el alquiler de habitaciones. Y que una vez que los extranjeros accedían a los pisos los acusados les ofrecían, previo pago y dado que la mayoría no conocía el idioma español, determinados servicios como acompañarles a las agencias de trabajo temporal, realización de gestiones para el empadronamiento u obtención de permisos, y a los que no obtenían el trabajo por esa vía, dadas las dificultades que se producían porque no conocían el idioma, otras referencias de trabajos a través de gestiones directas que ellos mismos realizaban.

No eran los acusados los que procedían a la contratación laboral de los extranjeros, sino que eran finalmente los empleadores quienes pactaban una relación laboral que cristalizaba cuando era convenida e interesaba a ambas partes.

Poco se sabe de las condiciones concretas de trabajo de los testigos protegidos que depusieron en la vista oral, porque evidentemente no se ha traído a los empleadores a la causa, como por ejemplo los responsables de la peluquería en la que trabajó el testigo

protegido nº NUM008 , y en cuanto a las empleadoras del servicio doméstico lo cierto es que manifestaron casi en la totalidad que no consolidaron las relaciones laborales con las extranjeras que les mandaban de la agencia de trabajo temporal.

Pero lo más determinante a la cuestión que se valora es que los acusados no ejercían ningún tipo de control sobre los salarios que recibían los trabajadores extranjeros de tal manera que eran estos los que percibían directamente los sueldos pactados.

Al igual que ninguno de los testigos protegidos fue forzado a aceptar los trabajos y tampoco a permanecer en los pisos, habiendo admitido que no les fue retenido el pasaporte, aceptaron que recibían directamente de sus empleadores los salarios y que pagaban las gestiones que les realizaban los acusados y entre ellas la mitad del primer sueldo cuando la obtención de trabajo se debía a la gestión directa de los acusados.

No consta que los acusados percibiesen cantidades de dinero de los empleadores de los extranjeros, ni de las Agencias de trabajo temporal a las que los llevaban cuando aquéllos eran por su mediación colocados.

Es cierto que los acusados conocían la situación de residencia ilegal de los extranjeros que albergaban y que en esa condición les ofrecían determinados servicios que permitían la iniciación de su proceso de implantación en España. La circunstancia de que cobrasen por los servicios que ofrecían no constituye más que la compensación a la prestación de los que realizaban, sin que ello sin más constituya un abuso a una situación de necesidad, en primer lugar porque había contraprestaciones recíprocas, y en segundo lugar porque siempre existía la posibilidad de que fueran rechazadas en cuanto que prácticamente todos los testigos protegidos admitieron que estaban en los pisos por su propia voluntad, constando incluso, que varios de ellos los dejaron cuando encontraron una mejor oportunidad.

En definitiva, las quejas de los testigos se inscriben todas en el ámbito de las dificultades de convivencia con MR. y su hijo, lo que provocó las diferencias en el trato personal. La circunstancia de que ello se reprodujese con varias personas a las que alquilaron habitaciones que son las que mostraron sus quejas ante la policía, no comporta la existencia de un tráfico de mano de obra, ni de una organización delictiva que en todo caso había estado compuesta por personas vinculadas por lazos familiares y afectivos sin ningún entramado jerarquizado, ni finalidades lucrativas compartidas.

El resultado de la prueba practicada no permite incardinar la conducta de los acusados en el tipo previsto en el artículo. 312.1.

5. TURNO DE TRABAJO DEL ALUMNO

1. El acusado, RL., mayor de edad y condenado por un delito de robo, concertó en Ceuta, con una persona no identificada, el transporte en un bote, desde Ceuta a la costa peninsular española, de trece ciudadanos marroquíes, residentes en Marruecos, y pese a saber que éstos carecían de permiso de residencia o de trabajo en España, pero pensaban

trabajar en nuestro país. A cambio del porte, el acusado percibiría una cantidad de dinero no determinada. Así, el 25 de febrero de 1997 el acusado y los 13 marroquíes embarcaron, en la costa de Ceuta, en un bote, cuyo propietario no consta, que, pilotado por aquél, se dirigió hasta la costa peninsular española. Hallándose a una milla al sur de Punta Europa, término municipal de Algeciras, y en aguas territoriales españolas, sobre las 17:30 h de ese día el bote fue interceptado por una patrullera de la Guardia Civil, siendo detenidos sus ocupantes.

2. G. y L. mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo, se instalaron en territorio español con anterioridad al año 2001, fijando su domicilio en la localidad de Isla Cristina (Huelva), procediendo durante el año 2002 y hasta su detención en marzo del año 2003 a facilitar a decenas de personas nacionales de Rumanía el viaje a España, y una vez aquí, procedían siempre de mutuo acuerdo y actuando en contacto con otras personas no identificadas, tanto en España como en Rumanía, a facilitárseles documentación falsa, habitualmente un permiso de residencia y de trabajo falsos obtenidos mediante la elaboración de duplicados o la fotocopia de documentos auténticos pertenecientes a otros ciudadanos rumanos que se encontraban legalmente en España. Una vez documentados, les facilitaban un puesto de trabajo en tareas agrícolas, así como una vivienda en la misma localidad de Isla Cristina, procediendo a cobrar por todas esas operaciones; tanto por la expedición de los documentos falsos, como por el trabajo que realizaban e incluso por transportados a las fincas donde, debían trabajar. Los acusados se garantizaban el cobro de tales cantidades indicando a los trabajadores empleados en dichas tareas agrícolas a facilitar a las empresas con número de cuenta bancaria donde les debía ser efectuada el ingreso de sus nóminas sus propias cuentas, procediendo seguidamente ellos a retirar el efectivo haciendo pago a los trabajadores de sus nóminas, menos el descuento ilegal que los acusados les efectuaban en cobro de sus gestiones.

4.E., mayor de edad y sin antecedentes penales, en concierto con otras personas, entre ellas un ciudadano marroquí que no es juzgado en esta causa y al que los testigos aluden con el nombre de B., realizó tareas de intermediación laboral para satisfacer las demandas de trabajadores que le plantearon empresarios radicados en Galicia. Con ese fin, a través de otras personas, establecía relación y captaba a ciudadanos marroquíes en el Reino de Marruecos ofreciéndoles contratos de trabajo en España, fundamentalmente en Galicia, a cambio del abono por estos trabajadores de sumas de dinero que oscilaban entre los 2.000 y los 9.000 euros. La oferta de trabajo permitía a esos ciudadanos marroquíes obtener la documentación precisa para su entrada y supuesta estancia legal en España.

Una vez pagadas por los ciudadanos marroquíes las cantidades exigidas se les entregaban los contratos de trabajo, con los que acudían al consulado español correspondiente para obtener el permiso de residencia y trabajo necesario para la entrada legal en territorio español y para el comienzo, en el plazo de tres meses, de la actividad laboral o profesional para la que hubieran sido previamente autorizados.

La mayoría de los ciudadanos marroquíes colocados por el acusado E. y las personas con las que estaba concertado tenían su residencia en Agadir o Casablanca y sus zonas de influencia. Los pagos por los contratos de trabajo se realizaban, por los padres u otros parientes próximos de los trabajadores reclutados, a la persona que conocían como

suegro de E., cuando eran de la zona de Agadir, y a la persona que conocían como primo del aludido como B. cuando eran de la zona de Casablanca.

E. tenía un contrato de trabajo por tiempo indefinido con el sindicato Comisiones Obreras, donde prestaba servicios como oficial administrativo en el Centro de Información de Trabajadores Extranjeros (CITE). Aprovechando esa condición realizaba muchos de los contactos y gestiones relacionadas con la captación de trabajadores marroquíes y su contratación por empresas españolas desde las dependencias del sindicato, en cuya sede recibía a los empresarios que suscribían las ofertas de trabajo, a quienes ayudaba a confeccionar la documentación necesaria para tramitarlas y facilitaba el nombre del trabajador al que se le iba a realizar la oferta.

