



FACULTAD DE DERECHO

ESTAFA PIRAMIDAL Y FALSEDAD CONTABLE: ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL “CASO AFINSA”

Autor: Ana Pais Balfagón
5 E3 C

Área de Derecho Penal
Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid
Abril 2018

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT.....	3
ABREVIATURAS	5
1. EL CASO AFINSA: DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HECHOS	6
1.1. La empresa	6
1.1.1. La alta dirección	6
1.1.2. Transformación de la estructura empresarial.....	7
1.2. La inversión dirigida en sellos: los contratos.....	9
1.2.1. El contrato de intermediación temporal (Cit)	9
1.2.2. Los contratos Cif, Mip y Pic.....	10
1.3. El valor ficticio de la filatelia.....	11
1.4. La inviabilidad del negocio.....	12
1.5. Consecuencias de la actuación delictiva de AFINSA	13
2. DELITOS APLICABLES Y PRINCIPALES ACTORES.....	13
3. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL DELITO DE ESTAFA	14
3.1. El artículo 248 del Código Penal.....	14
3.2. El bien jurídico protegido.....	16
3.3. Elementos típicos de la estafa	17
3.3.1. Engaño bastante	17
3.3.2. Error en la víctima	23
3.3.3. Acto de disposición patrimonial	25
3.3.4. Perjuicio patrimonial para la víctima o tercero.....	25
3.3.5. El ánimo de lucro.....	27
3.3.6. Relación acción-resultado.....	29
3.4. La antijuridicidad.....	31
3.5. La culpabilidad	32
3.5.1. Imputabilidad.....	32
3.5.2. El dolo.....	33
3.5.3. No exigibilidad de una conducta distinta.....	36
3.6. El tipo cualificado: El art. 250.1 CP.	37
3.7. El delito continuado y el delito masa: El art. 74 CP.....	38
4. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE..	41
4.1. El artículo 290 del Código Penal.....	41
4.2. El bien jurídico protegido.....	42
4.3. Elementos típicos de la falsedad contable	43
4.3.1. Sujeto activo	43
4.3.2. Objeto material	44
4.3.3. La conducta típica.....	45
4.4. La culpabilidad	47
4.5. El delito continuado: El art. 74.1 CP.	48

5. CUESTIONES CONCURSALES	49
6. DETERMINACIÓN DE LA PENA	52
6.1. Marco abstracto.....	52
6.2. Marco concreto.....	53
6.2.1. Circunstancias modificativas.....	53
6.2.2. Grado de ejecución	54
6.2.3. Grado de participación.....	55
6.3. Pena impuesta	56
7. LA PERSONA JURÍDICA	57
8. BIBLIOGRAFÍA	59

RESUMEN

En el año 2006, la sociedad española Afinsa fue protagonista de uno de los fraudes corporativos más importantes sucedido en los últimos años en España. Especializada en la inversión en sellos, Afinsa perfeccionó un negocio piramidal dirigido a la captación masiva de ahorros que terminaría en una estafa de la que más de 190.000 inversores serían víctimas. Tras la intervención de la empresa y la detención de los responsables el 9 de mayo de 2006 se inició un largo y complejo proceso judicial que se prolongó durante diez años, hasta julio de 2016 cuando la Audiencia Nacional condenó a los ex directivos de Afinsa por estafa agravada, insolvencia punible y falsedad contable.

A continuación se expone un breve análisis de los hechos más relevantes del caso con el objetivo de determinar si las conductas de los miembros de la cúpula directiva de Afinsa son subsumibles en los tipos penales que se les imputan. Debido a la extensión del trabajo, el análisis jurídico-penal se centra exclusivamente en los delitos de estafa y de falsedad contable, si bien se incluye una breve consideración del delito de insolvencia punible a fin de resolver los problemas concursales y concluir la pena que corresponde a cada uno de los acusados principales.

Palabras clave: Afinsa, estafa, falsedad contable, insolvencia, negocio piramidal, inversión filatélica, sellos.

ABSTRACT

In 2006, the Spanish company Afinsa was involved in one of the most notorious corporate frauds that had happened in the last years in Spain. Specialized in stamp investments, Afinsa designed a pyramid-scheme business model focused on raising funds that would finally affect the life savings of over 190,000 investors. After the court action against the company, on May 9th, 2006, the criminal proceeding lasted for ten years, until June 2016, when the Spanish National Court convicted Afinsa's former directors of fraud, insolvency and accounting falsification.

The following project presents a brief analysis of the most relevant facts of the case in order to determine whether the behavior of the members of Afinsa's board of directors fit with the crimes that they are accused of having committed. Due to the limited extension of this document, the analysis focuses on the crimes of fraud and accounting falsification, although a brief consideration of the offense of insolvency is also included in order to cover the joinder of offenses and conclude the appropriate sentence for each of the convicted criminals.

Key words: Afinsa, fraud, falsification of accounts, insolvency, pyramid-scheme, stamp investments, philately.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CP: Código Penal

LO: Ley Orgánica

Núm.: Número

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

1. EL CASO AFINSA: DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS HECHOS

1.1. La empresa

Como consta en los hechos probados declarados por la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio 22/2016, la sociedad de inversión en bienes tangibles, Afinsa, fue constituida en 1980 bajo la denominación Ahorro Filatélico Internacional, S.A. Sus socios, D. Albertino de Figueiredo Nascimento y D. Juan Antonio Cano Cuevas, ostentaban las participaciones por partes iguales y juntos diseñaron la idea de un negocio cuyo núcleo principal fue siempre la inversión en sellos dirigida, aunque también operaba en los ámbitos del arte y el coleccionismo.

Durante años tramaron un sistema de negocio mediante el cual cada vez atraían a más clientes que, si bien no eran expertos en filatelia, se inclinaban hacia la idea de una inversión sólida y con una rentabilidad mínima asegurada. Gracias a esa red comercial que permitía la captación masiva de fondos, Afinsa se convirtió en una de las distribuidoras de sellos más grande del mundo. Comercializaba principalmente en España y Portugal, y el holding llegó a agregar hasta 27 sociedades. A pesar de la inviabilidad del negocio, Afinsa se mantuvo en funcionamiento durante 26 años, hasta 2006, cuando se produjo la intervención judicial.

1.1.1. La alta dirección

Los socios fundadores y principales propulsores de la estrategia del negocio, Figueiredo Nascimento y Cano Cuevas, ejercieron la administración solidaria de Afinsa desde 1988 constituyéndose en 1997 un Consejo de Administración cuya cúpula directiva quedó integrada de la siguiente manera:

- D. Albertino de Figueiredo Nascimento: Socio fundador, presidente y miembro de los órganos de administración hasta el año 2003, aunque tras dejar el alto cargo continuó como socio y se le nombró presidente de honor.

- D. Juan Antonio Cano Cuevas: Socio fundador, consejero delegado y vicepresidente hasta 2003, fecha en la que sucede a Figueiredo Nascimento. Se mantuvo al frente del negocio hasta el final.
- D. Carlos de Figueiredo Escribá: Vocal del Consejo de Administración desde 1997 y encargado de la dirección de departamento de valores, siendo por tanto supervisor y responsable de la adquisición, catalogación y valoración de la filatelia.
- D. Vicente Martín Peña: Vocal del Consejo de Administración desde junio de 2002 y responsable del área comercial. Fue el director general de Sistemas de Inversión, marketing y ventas, y se encargaba de controlar la red comercial.
- D. Emilio Ballester López: Vocal del Consejo de Administración desde junio de 2002 hasta diciembre de 2004. Anteriormente había sido auditor externo de Afinsa pero en 1998 adquirió el puesto de director financiero y se convirtió en responsable de la realización de las cuentas de la compañía.

Entre los cinco ostentaban el control del negocio y adoptaban las decisiones relativas a su funcionamiento, entre las que destacan la formalización de los contratos, la valorización y los precios de adquisición de los sellos, los criterios de contabilidad, etc. Si bien el número de involucrados en el caso era considerablemente superior, como el caso de D. Joaquín José Abajo Quintana, Secretario no consejero y jefe jurídico de la compañía, o D. Francisco Guijarro Lázaro, suministrador de lotes filatélicos hasta el año 2003, los cinco primeramente mencionados eran los encargados de la alta dirección y administración de Afinsa, y como tales, conscientes y responsables de la estafa piramidal, del falseamiento de cuentas y de la situación de insolvencia de la sociedad.

1.1.2. Transformación de la estructura empresarial

La sociedad inicialmente constituida, terminó convirtiéndose en un grupo empresarial del que Afinsa era la matriz. En 1997, Afinsa comenzó a adquirir acciones de Greg Manning

Auctions Inc. (Gmai), una importante casa de subastas americana, que llevó a que en 2002 se aprobase la reestructuración societaria a la que se denominó “Proyecto Lenape”. Tras esta operación, Afinsa se transformó en una corporación que desarrollaba dos grupos de actividades:

1. Sistemas de Inversión: a través de este grupo de negocio Afinsa operaba como intermediador en la inversión filatélica. Mediante distintos tipos de contratos, los clientes invertían sus ahorros a cambio de una garantía sobre la revalorización de los sellos y un pacto de recompra por parte de Afinsa a una rentabilidad mínima que en todo caso interesaría al cliente. De este modo, lograban la captación masiva de fondos y la vinculación con cada vez un mayor número de clientes. Conviene mencionar la creciente popularidad de la inversión en bienes tangibles y coleccionables, pues los sellos eran una importante alternativa de inversión en una situación de crisis e incertidumbre en el mercado bursátil. Sistemas de Inversión constituía el núcleo del negocio y la base de una estafa piramidal que tardaría años en ser destapada.
2. Auctentia: mediante una serie de acuerdos, Afinsa (a través de su filial Auctentia, S.L.U.) consiguió una participación indirecta del 70% en Gmai, posteriormente conocida como Escala Group Inc., sociedad que cotizaba en la bolsa de valores norteamericana. Asimismo Afinsa constituyó la entidad Central de Compras Coleccionables (CdC) que, tras la firma de los acuerdos aprobados, terminaría dependiendo de Escala Group, al igual que otras entidades inicialmente vinculadas con Auctentia. El propósito de la compleja reestructuración era simple, pues no sólo lograban reunir las operaciones en la *holding* Auctentia, sino que, además, Afinsa creaba valor mediante su participación indirecta en la entidad americana si el precio de las acciones en bolsa incrementaba. Con el desarrollo de la “operación Lenape” se firmaron unos acuerdos de exclusividad de suministro de filatelia tanto con Escala como con su filial CdC. De esta forma, la compra de sellos entró a formar parte del grupo logrando que gran parte de los beneficios permaneciera en Escala. Consecuentemente, el precio de las acciones que cotizaban en el Nasdaq subió

considerablemente, logrando así que el negocio de Afinsa fuese a ojos del mercado un negocio sólido y solvente.

1.2. La inversión dirigida en sellos: los contratos

Mientras que el arte y el coleccionismo sólo representaban un 0,2% de la ventas, la inversión filatélica dirigida constituía el núcleo del negocio de Afinsa. Para la formalización de esta actividad, se crearon cuatro tipos de contratos de estructura similar, en los que el cliente siempre podía hacer uso de una cláusula que incluía el compromiso de recompra de la filatelia.

Los documentos eran contratos de adhesión conformados por cláusulas predispuestas que los clientes aceptaban. Si bien el objetivo de los cuatro contratos, la captación masiva de fondos de pequeños ahorradores e inversores, era el mismo, cabe destacar ciertas diferencias entre unos y otros.

1.2.1. El contrato de intermediación temporal (Cit)

Este tipo de contratos fue el más comercializado, representando un 75% de la cifra total de capital invertido en la fecha de intervención. Su formalización se desarrollaba en tres contratos encadenados:

- En primer lugar se acordaba el mandato de compra de un lote de sellos por valor equivalente a el importe elegido por el inversor. Afinsa se encargaba de diseñar los lotes y los asignaba a cada cliente en función de la cantidad pagada.
- Una vez el “mandante” había pagado, y en la mayoría de los casos antes de recibir la filatelia físicamente (recibían un anexo que incluía una serie de datos para su identificación), se ofrecía un contrato gratuito de depósito que casi todos los clientes suscribían, de forma que cuando Afinsa fue intervenida tan solo cerca de un 1,5 % de la filatelia se encontraba fuera de la compañía.

- Por último, se firmaba un segundo mandato en el que se encargaba la venta de la filatelia en una fecha determinada (12 meses en gran parte de los casos) a una rentabilidad también fija. Mediante este mandato, Afinsa se comprometía a comprar para sí misma la filatelia si no encontraba compradores en el mercado.

Este sistema y principal base del negocio, presentaba importantes controversias como puede ser la calificación del pacto de recompra como mandato. Afinsa no buscaba terceras personas que comprasen los lotes asignados, sino que los compraba para sí misma, los modificaba y se los asignaba a otros clientes. Además, dado que se garantizaba una rentabilidad fija, ningún inversor se quedaba con los sellos. Todos los clientes ejercían su opción de venta, irrevocable para Afinsa quien tenía la obligación de recomprar. Una vez vencía el contrato gran parte de los clientes, satisfechos por el beneficio obtenido en base a una supuesta revalorización de los sellos, reinvertían su dinero en un nuevo lote de sellos. De esta forma, se mantenía la estructura piramidal sobre la que operaba la empresa.

1.2.2. Los contratos Cif, Mip y Pic

Como se ha mencionado, la estructura formal y el fin de los cuatro tipos de contratos era prácticamente el mismo. Los contratos de inversión filatélica (Cif) eran especialmente similares a los Cit pues ambos eran de corta duración y rentabilidad fija. La principal diferencia radicaba en que los Cif eran contratos de compraventa con un pacto de recompra a un precio mínimo fijado, mientras que los Cit eran acuerdos de mediación, aunque con las matizaciones antes señaladas.

Los otros dos contratos, el módulo de inversión planificada (Mif) y el plan de ingresos complementario (Pic), eran a largo plazo, aunque con posibilidad de liquidar anticipadamente pero nunca antes de los 3 años. La rentabilidad de estos contratos, a diferencia de los de corta duración, no era fija sino que dependía del tiempo que los inversores permanecieran en el módulo o plan. Aun así, el sistema era el mismo ya que, vencidos los contratos, el inversor quedaba persuadido por el beneficio obtenido e invertía nuevamente en la compañía.

1.3. El valor ficticio de la filatelia

La sobrevalorización de la filatelia era un hecho incuestionable en el negocio que Afinsa había ideado. Mediante las correspondientes pruebas periciales, se estimó el valor del patrimonio filatélico (que rondaba los 150 millones de piezas) en 249 millones de euros. Esta cantidad suponía un déficit excesivo de filatelia, dado que no se correspondía con el respaldo de las inversiones de los clientes que alcanzaban los 2.200 millones de euros.

La actividad de inversión dirigida comenzaba con la compra de los sellos a los proveedores en función de un precio de catálogo. Una vez disponía de los sellos, los revaluaba inmediatamente para asignarlos a los contratos al precio más conveniente para sus propios intereses. Cuando los clientes ejercían su derecho de venta, Afinsa los recompraba a un precio aún superior para volver a incorporar el lote de sellos en su red comercial.

En cuanto a la adquisición de la filatelia pueden diferenciarse dos etapas fundamentales. La primera de ellas comprende desde 1998 hasta 2003, y durante esta etapa D. Francisco Guijarro Lázaro suministraba en exclusiva la filatelia empleada para los contratos de inversión. El departamento de valores de Afinsa descubrió que la calidad de los sellos suministrados por el Sr. Lázaro era ínfima (mayoritariamente imitaciones, manipulaciones o sellos mal catalogados), y poco después, decidió ir reemplazando progresivamente los sellos de los clientes que se encontraban depositados.

En la segunda etapa, tras la operación Lenape y hasta mayo de 2006, se firmaron nuevos acuerdos de exclusividad con el grupo Gmai-Escala (nuevos proveedores exclusivos de la filatelia de inversión). Gracias a esta operación, Afinsa podía adquirir en masa piezas de filatelia que justificara las crecientes inversiones, especialmente a través de los contratos Cit. Sin embargo, estos sellos también tenían un valor mínimo en comparación con el que Afinsa estimaba. A modo aclaratorio, si el precio de compra a los proveedores era un 8% de catálogo, cuando se asignaban los lotes a los clientes se hacía inmediatamente al 100%, obteniendo un margen de beneficio directo del 92%. Dentro de esta red comercial, a la que cabe referirse

como un mercado “interno y ficticio” que Afinsa había creado, la filatelia se revalorizaba constantemente. Sin embargo, esa revalorización, que es la que explicaba la rentabilidad asegurada a los inversores, nada tenía que ver con el valor real de los sellos.

Otra cuestión relevante en la valoración de las piezas filatélicas era el precio que los directivos usaban de referencia. Se servían de catálogos que servían tanto para identificar los sellos como para ofrecer un valor orientativo sobre el que pactar los precios de compraventa entre comerciantes. La mayoría de estos catálogos eran editados o estaba controlados indirectamente por la propia compañía. Mediante dichos catálogo, los administradores de la compañía podían decidir arbitrariamente la clasificación y valoración de los sellos, además de poder introducir en el mercado productos filatélicos que, fuera de este sistema de inversión, no tenían valor alguno.

1.4. La inviabilidad del negocio

El negocio desarrollado por Afinsa estaba construido sobre un modelo piramidal, y sólo la entrada de nuevos clientes que aportaban capital podía mantenerlo en funcionamiento. La infundada sobrevaloración y revalorización de los activos subyacentes a las inversiones llevó a la compañía a una situación de insolvencia cada vez más insostenible, pues cuanto más aumentaba la demanda en la inversión de sellos, mayor era el pasivo generado.

Como se menciona en el epígrafe anterior, con la venta de los sellos Afinsa obtenía un margen de beneficio inmediato del 92%. Sin embargo, esta ganancia no podía cubrir el importe que Afinsa debía pagar al cliente una vez vencido el contrato y ejercido el derecho de reventa. La supuesta revalorización de los sellos, implicaba que al final de cada contrato, los clientes tenían derecho a percibir el importe inicialmente invertido más una cantidad fija del 7% anual aproximadamente. Cada vez que Afinsa recompraba los sellos sufría pérdidas, que sólo podía encubrir con la reinversión de los fondos y la entrada de nuevos clientes.

La ruina era inevitable. En algún momento, el capital aportado por los clientes no sería suficiente para pagar las deudas contraídas en virtud de los pactos de recompra garantizados y el negocio colapsaría. Solo su red comercial, la forma de los contratos y su contabilidad falseada permitía que siguiese operando y que las pérdidas no se apreciaran públicamente.

En 2006, cuando la situación financiera de Afinsa fue destapada y los clientes reclamaron sus inversiones, la entidad efectivamente se hundió. Además de no disponer de fondos propios, los sellos que respaldaban las inversiones no tenían casi valor, en realidad no eran líquidos pues, como ya se mencionó, muchos eran falsos, estaban manipulados o eran de una calidad ínfima. Consecuentemente, casi 200.000 clientes sufrieron un importante perjuicio económico con la pérdida de todos sus ahorros.

1.5. Consecuencias de la actuación delictiva de Afinsa

Una importante cifra de las inversiones realizadas en la compañía aun no ha sido restituida, lo que ha provocado que asociaciones de víctimas de la estafa filatélica sigan reclamando recuperar sus ahorros y se manifiesten ante las principales autoridades nacionales.

A pesar de la declaración del concurso necesario de acreedores en julio de 2006, su calificación como culpable, así como la aprobación de un plan de liquidación en 2011, muchos de estos acreedores vieron sus créditos paralizados desde la intervención judicial en 2006 y a día de hoy siguen esperando a que los responsables entreguen el importe con el que deben resarcir el perjuicio económico, quienes alegan no tener suficiente dinero. Por ello, muchos exigen que sea el Estado el responsable de resarcir a los inversores basándose en su falta de control y de supervisión de la compañía que operó irregularmente durante décadas.

2. DELITOS APLICABLES Y PRINCIPALES ACTORES

Los hechos hasta ahora expuestos constituyen un extracto de lo que en realidad es un larga y compleja sucesión de actuaciones. Además de los individuos mencionados, hubo muchos otros implicados y responsables de delitos tales como la ocultación y blanqueo de capitales o la defraudación a la Hacienda Pública. Sin embargo, no son éstas las conductas delictivas objeto de investigación en el presente trabajo, sino que el análisis se concentra en el delito de estafa y el falseamiento de las cuentas anuales, con una breve consideración del delito de insolvencia punible.

Concretamente, la AN se pronunció sobre la cuestión en julio de 2016, que en noviembre de 2017 el TS ratificó mediante recurso de casación, condenando a los acusados, Cano Cuevas, Figueiredo Nascimento, Figueiredo Escribá, Martín Peña y Ballester López, como autores los primeros y como cooperador necesario el último, de los siguientes delitos:

- Delito de estafa agravada (arts. 248, 249 y 250.1.6º - actual 250.1.5º; y 74.2 CP),
- Delito de falsedad de cuentas anuales (art. 290 CP), y
- Delito de insolvencia punible (arts. 259.2 y 259 bis CP)

A continuación, se procederá a la realización de un análisis jurídico penal de los delitos de estafa y falsedad contable en orden a determinar si se dan los elementos constitutivos de los mismos, y finalmente examinar la existencia de concurso de delitos de estos dos junto con el de insolvencia.

3. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL DELITO DE ESTAFA

3.1. El artículo 248 del Código Penal

El delito de estafa se encuentra regulado en el Título XIII sobre “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, capítulo VI “De las defraudaciones” de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). Tipificado en el art. 248.1 establece

que “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Los delitos contemplados junto a la estafa en el Título XIII, como son el hurto, el robo o la extorsión se caracterizan por atentar contra la propiedad o el patrimonio de las personas. Sin embargo, la estafa se diferencia de todos ellos en la importancia que tiene la participación de la víctima en la consecución del resultado típico. Cabría hablar de una clasificación de los delitos patrimoniales en violentos y no violentos, pues existe una manifiesta diferencia entre los primeros, donde la víctima pierde la propiedad del bien sustraído en contra de su voluntad (con un grado mayor o menor de violencia), y la estafa, donde, en realidad, es la propia víctima quien, mediante el engaño, dispone voluntariamente de su patrimonio y lo entrega al estafador.¹

En relación con esta clasificación y con la consideración de la intervención de la víctima y su incidencia en la consecución del perjuicio económico, podría cuestionarse la presencia de cierta culpabilidad o negligencia de quien se ha dejado engañar. Concretamente, en el caso que concierne adquiere especial importancia el comportamiento de la víctima que actúa imprudentemente cuando ve la posibilidad de obtener altas rentabilidades. Son casos en los que la avaricia se antepone a la cautela haciendo que muchos inviertan en activos arriesgados de los que no se conoce información alguna.²

Es por ello por lo que, como se analizará posteriormente en el epígrafe “3.3. Elementos típicos de la estafa”, se exige la existencia de un engaño bastante para la apreciación del delito de estafa. De esta forma se consigue excluir el delito en aquellos casos de burdo engaño donde la credulidad de la víctima es tal que llega a convertirse en la principal originaria de la estafa.

¹ Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 59-62.

² Von Hentig, H., *Estudios de psicología criminal. III La Estafa*, Espasa-Calpe, Madrid, 1964, p. 82-83.

3.2. El bien jurídico protegido

Hallándose la estafa incluida en los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, existe una importante discusión sobre si, además del patrimonio privado, se tutela también como bien jurídico el orden socioeconómico o determinados aspectos del mismo.

En el delito clásico de estafa el bien inmediatamente protegido es el patrimonio privado en su dimensión individual, es decir, el perteneciente a uno o varios sujetos personalmente considerados, aunque, también puede sostenerse la protección mediata del orden económico por el riesgo de generalización que entraña.³ Sin embargo, en el Derecho penal moderno, y ante la creciente comisión de delitos en el ámbito societario que exceden del patrimonio individual, cabría plantearse la inclusión de la estafa en los delitos contra el orden socioeconómico.

El delito de estafa protege el derecho de disposición del patrimonio de cada individuo, pero no puede negarse la existencia de un perjuicio mayor cuando el propio sistema económico se ve dañado por el efecto multiplicador de las conductas defraudatorias individualmente valoradas.

Siguiendo esta idea podría decirse que no se sanciona solo el menoscabo patrimonial sufrido por cada individuo, sino que el bien jurídico protegido presenta una naturaleza híbrida pues en estos casos, en los que el delito se comete en el seno de una empresa y afecta a un extraordinario número de personas, también se tutela el correcto funcionamiento de la economía.⁴

No obstante, si bien es cierto que el orden económico puede verse afectado por un delito patrimonial como la estafa, el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio en su

³ Choclán Montalvo, J.A., *El Delito de Estafa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 47.

⁴ Muñoz Conde, F., “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 67-76.

vertiente individual. Así, el orden socioeconómico forma parte del bien que de forma mediata justifica la incriminación de estos delitos, pero no es necesario que dicho orden económico sea lesionado o puesto en peligro para que se declare la comisión del delito.⁵

3.3. Elementos típicos de la estafa

El tipo básico de estafa, comprendido en el art. 248.1 CP, configura como elementos necesarios para subsumir los hechos en el tipo penal, el engaño, el error, el acto de disposición patrimonial, el perjuicio económico y el ánimo de lucro. Además, entre dichos elementos se debe dar una relación causal que permita la imputación objetiva del resultado típico a la acción del sujeto pasivo.

Conforme a una concepción predominantemente objetiva del tipo, dentro del delito de estafa puede discutirse la presencia de elementos objetivos y subjetivos, diferenciando aquellos que se refieren a aspectos externos de los que, por el contrario, engloban aspectos referidos a la voluntad del sujeto activo u otras circunstancias propias de los procesos psíquicos internos (el ánimo de lucro).⁶

3.3.1. Engaño bastante

De acuerdo con gran parte de la doctrina, el engaño es el elemento fundamental en el delito de estafa, aunque también sea esencial la intención de enriquecerse a costa de terceros característica de otros delitos contra el patrimonio, como el hurto o la extorsión. Los delitos de estafa se caracterizan por la existencia de una mentira o un engaño que permite de forma no violenta viciar la voluntad de sujetos pasivos para que estos actúen sobre la base de una realidad ficticia.⁷ Puede afirmarse que el engaño es lo que desvalora la acción, o, en términos

⁵ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pp. 90-94.

⁶ Obregón García, A. & Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 70.

⁷ *Ibidem*, pp. 99-100.

de Polaino Navarrete, es lo que determina la existencia de la infracción del rol esperado socialmente.⁸

Es, en términos generales, una maquinación fraudulenta con la que alterar la percepción de la realidad e inducir a terceros a valorarla erróneamente. Este engaño puede lograrse mediante la simulación de algo que no es cierto, o inversamente, mediante el encubrimiento de algo que sí lo es. A raíz de esta interpretación, el delito de estafa permite el engaño tanto por acción como por omisión, es decir, puede consistir en aportar datos fraudulentos y manipulados, pero también en ocultar datos o circunstancias que deben ser comunicadas.⁹

Son engaños implícitos en los que se oculta información que, de haberse conocido, habría dado lugar a un resultado diferente. Sin embargo, la omisión no puede identificarse con la acción engañosa y la mentira propiamente consideradas, pues como se expondrá, el engaño debe ser idóneo y bastante, así como ser el causante de la disposición patrimonial. De esta suerte, la teoría del comportamiento concluyente sostiene la atipicidad de la omisión cuando no existe una actitud positiva engañosa.¹⁰ Es decir, la omisión de datos o el silencio debe tener cierto contenido comunicativo y una valoración concluyente, o lo que es lo mismo, ser la causa que induzca a terceros a disponer de su patrimonio.¹¹

Sobre estas acciones concluyentes hace mención la STS 524/2016 en la que se declara la tipicidad de la conducta engañosa de quien actúa bajo una falsa apariencia de solvencia. Declara así que no se trata de una comisión por omisión, pues pueden equiparse a la acción aquellos comportamientos anteriores, que aunque no lo hagan de modo expreso, afirman hechos falsos determinantes o causantes del error.¹²

⁸ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 84-88.

⁹ Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárrga, M.D. & Vázquez González, C., *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 295-297.

¹⁰ Valle Muñiz, J.M., “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 39, núm. 3, 1986, pp. 863-876.

¹¹ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 166-169.

¹² STS de 16 de junio 524/2016, FJ 4 (RJ 2016, 2792).

Además de haberse admitido la teoría de las acciones concluyentes, es preciso plantear asimismo que otra parte de la doctrina postula el fundamento de la estafa por omisión en la infracción de un deber de actuar.¹³

Así el TS en su Sentencia 631/2008 también señala que:

no solamente engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico, sino también quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle, actuando como si no existieran, pues con tal forma de proceder provoca un error de evaluación de la situación que le induce a realizar un acto de disposición que en una valoración correcta, de conocer aquellos datos, no habría realizado.¹⁴

En relación al caso Afinsa, adquiere relevancia la tipicidad de engaños omisivos, en tanto que gran parte de la trama fraudulenta se basó en la ocultación de información. Solo los encargados de la gestión del negocio podían conocer la auténtica situación financiera de la compañía. Mediante el encubrimiento de su capacidad económica real, Afinsa adquirió con los años una imagen de solvencia y seriedad económica cada vez mayor, provocando un error en los inversores, quienes confiaban en el éxito de las inversiones filatélicas. Además, como sociedad española, estaba sujeta al Plan General de Contabilidad de 1990, así que incumplía asimismo su deber de expresar la imagen fiel de su patrimonio y de sus resultados.

Retomando el examen de la figura del engaño en la estafa, establece el CP que el mismo ha de ser bastante, entendiendo como tal, que debe ser suficiente y proporcional para conseguir el propósito perseguido. El término bastante, exige que el engaño sea suficiente o capaz no solo para traspasar lo ilícito civil y entrar en el ámbito penal, sino también para provocar el error y el consecuente traspaso patrimonial defraudatorio, es decir, debe ser idóneo para conseguir engañar a los sujetos pasivos.¹⁵

¹³ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 188.

¹⁴ STS de 15 de octubre 631/2008, FJ 5 (RJ 2008, 6434).

¹⁵ STS de 15 de febrero 182/2005, FJ 2 (RJ 2005, 5214).

La idoneidad del engaño debe valorarse atendiendo a dos puntos de vista. Objetivamente el engaño será idóneo siempre que sea suficiente para producir el efecto intencionado en un hombre medio, de forma que no serán conductas punibles aquellos engaños exagerados o absurdos que no conducirían a una persona media a disponer de su patrimonio privado. Igualmente, debe ser idóneo atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a las condiciones personales de la persona engañada, aunque siempre considerando en cierto grado el deber de autoprotección de la víctima.¹⁶

La tipicidad de la conducta exige, no sólo su seriedad aparente desde un punto de vista objetivo, sino que además se va a exigir la diligencia suficiente de la persona efectivamente estafada. Cabría adentrarse en el estudio de la victidogmática para la valoración de este deber de autoprotección, según la cual, aquellas víctimas que tienen el poder de evitar el resultado dañino o aquéllas que han contribuido a la causación del mal, no merecen la protección penal cuando finalmente se causa el daño.¹⁷

No obstante, esta corriente doctrinal no resulta siempre correcta pues no puede calificarse como justo el traspaso de toda la responsabilidad a la víctima cuando, en efecto, el autor del engaño ha realizado una conducta antijurídica. De esta forma, reitera la jurisprudencia que “existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza”¹⁸ y que desde esta perspectiva el “engaño es bastante cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima”.¹⁹

En relación con el escándalo Afinsa, podría haberse exigido una mayor autotutela del patrimonio individual por parte de los inversores. Podría considerarse una falta de autoprotección de aquellos que entregaban su dinero sin siquiera verificar los sellos sobre los que invertían, pues como se afirmó en los hechos probados, solo un 1,5% de la filatelia se

¹⁶Corcoy Bidasolo, M., et al., *Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 503-504.

¹⁷ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., p. 126.

¹⁸ STS de 15 de febrero 182/2005, FJ 3 (RJ 2005, 5214).

¹⁹ *Ibidem*.

encontraba fuera de la compañía. Además muchos de los inversores eran pequeños ahorradores que querían obtener la rentabilidad ofrecida de una manera rápida y sencilla, de manera que desconocían el mercado de la inversión dirigida en tangibles pero, dadas las altas rentabilidades ofrecidas y la buena reputación que Afinsa consiguió, invirtieron esos ahorros sin mayor información que las recomendaciones de familiares y amigos o la propia publicidad de la compañía.

Si bien es cierto que existen casos en los que los tribunales absuelven al responsable del engaño en base al incumplimiento del deber de autoprotección de la víctima, especialmente en el ámbito bancario y en las relaciones crediticias²⁰, y aunque los inversores en los valores filatélicos podrían haber dudado de la viabilidad del negocio, la actividad engañosa de los acusados fue de tal dimensión que el engaño debe calificarse como bastante.

Del extracto de hechos probados puede resumirse la conducta engañosa de los responsables de la estafa en las siguientes afirmaciones y comportamientos.

1. Afirmación de que los bienes tangibles en los que se invierte son sellos líquidos y muy valiosos. Hay un manifiesto engaño sobre las cualidades de los activos que respaldan el dinero de los inversores, pues, además de ser sellos falsos, de mala calidad o mal catalogados, el valor que se les asignaba una vez entraban dentro del mercado interno creado por Afinsa nada tenía que ver con su valor real de mercado, sino que se les adjudicaba un precio de manera sistemática (sobrevalorado entre un 85% y un 92% del precio de adquisición). El valor de los sellos era mínimo en comparación con el que figuraba en la contabilidad de Afinsa y además su liquidez era casi nula pues ni siquiera existía una demanda en el mercado que sustentara 150 millones de piezas.
2. Garantía de que los sellos estaban en constante revalorización, lo que sustentaba el pago de intereses a los clientes una vez vencían los contratos. El principal motivo por el que miles de personas depositaron sus ahorros en Afinsa es por la oportunidad de

²⁰ Silva Sánchez, J.M., el at., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 234.

inversión que suponía un tipo de interés fijo garantizado de entre un 6 y un 8 % anual. El proceso era sencillo para los clientes, quienes entregaban su dinero, los sellos quedaban depositados, y recibían la inversión inicial más la rentabilidad garantizada periódicamente mediante pagarés. Sin embargo, este tipo fijo de interés se determinaba por el Consejo de Administración fijándose en otros productos financieros similares, pero sin atender en absoluto al mercado filatélico. Es imposible afirmar la revalorización de unos productos cuando estos nunca veían su beneficio realizado. Cuando el contrato vencía, el sello nunca se vendía en el mercado, sino que Afinsa inmediatamente asumía dicha revalorización y lo acumulaba para su adjudicación a nuevos clientes a un precio aun mayor.

3. Omisión de información relevante. Ocultar la situación de insolvencia y la falta de sentido económico de un negocio de estructura piramidal también constituye parte del engaño. Además de sobrevalorar los activos de la compañía, no se contabilizaban en el pasivo las obligaciones de pago, así que la situación financiera que reflejaban sus balances era irreal. Además, los clientes desconocían que los beneficios garantizados dependían exclusivamente de la entrada en la organización de nuevos clientes significando ello que, una vez dejaran de captar nuevos fondos, el negocio colapsaría y no habría dinero suficiente para atender a todos los pactos de recompra incluidos en los contratos.
4. Simulación de rentabilidades del negocio mediante la inversión en empresas del grupo que cotizaban en bolsa. La operación Lenape a la que ya se hizo referencia en el análisis de los hechos, fue otra maquinación para mejorar la imagen del negocio. Tras adquirir el control de la compañía norteamericana y convertirla en su proveedora exclusiva, los beneficios de ésta incrementaron notablemente y el precio de sus acciones subió, provocando que Afinsa pareciese una empresa solvente y con grandes resultados.

Con todo ello, Afinsa publicitaba sus productos y afirmaba en sus folletos que la inversión en la compañía proporcionaba seguridad, beneficios y liquidez. Gracias a su publicidad y la

presencia en los medios, el engaño se extendió rápidamente hasta llegar a afectar a casi 200.000 personas. Pero el factor de difusión más importante fue el éxito que el negocio tenía a ojos de los clientes, quienes siempre decidían reinvertir su capital al obtener un beneficio fijo.

La estructura diseñada por los directivos de Afinsa era aparentemente perfecta, dando lugar a un engaño que cumple con todos los criterios exigidos por la doctrina para configurarse como típico. Como elemento esencial del delito de estafa, concurre en los hechos expuestos la existencia de un engaño suficiente, antecedente y concurrente con el acto de disposición de los estafados, el cual no se habría producido si los sujetos pasivos no hubiesen actuado bajo los efectos de aquél.²¹

Resulta evidente que la conducta de los directivos y administradores de Afinsa fue idónea para alcanzar los fines propuestos y suficiente para que nadie tuviese dudas sobre la seriedad del negocio, atendiendo tanto a medidas objetivas como circunstancias particulares del caso y de los afectados, en su gran mayoría pequeños ahorradores que confiaban en la seriedad de la compañía y del sistema económico español.

Además se cumple la relación de causalidad pues el engaño tenía la suficiente potencialidad para provocar un error en los inversores, quienes de haber conocido la realidad del negocio no hubiesen confiado sus ahorros en el mismo, y la suficiente eficacia para causar el resultante perjuicio económico.

3.3.2. Error en la víctima

El siguiente elemento del tipo objetivo de la estafa es el error. Como bien señala el art. 248.1 CP cuando estipula “para producir error en otro” se exige la existencia de un conocimiento equivocado o un juicio falso por parte del sujeto pasivo, y que este sea el que le lleve a disponer de su patrimonio.²²

²¹ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 101-102.

²² Luzón Cuesta, J.M., *Compendio...*, op. cit., p. 189.

Existen tesis sobre la no consideración del error como elemento autónomo de la tipicidad de la estafa, como por ejemplo sostiene Gómez Benítez al afirmar que “debe tratarse como punto de referencia para la delimitación de la tipicidad del engaño, es decir, la acción”. Siguiendo este razonamiento el elemento error se introduce en el tipo con el objetivo de determinar en qué casos es necesaria la protección de la víctima, que es solo cuando el engaño es idóneo para crear un riesgo cierto y capaz de producir un daño sobre el bien jurídico protegido.²³

Otras posturas defienden la necesidad de un estado psicológico de error para una correcta limitación de la tipicidad del engaño. Según este planteamiento se exige que el sujeto pasivo sufra un error como consecuencia del engaño, es decir, que efectivamente crea algo distinto a la realidad que le lleva a disponer de su patrimonio.²⁴

En relación al estudio del caso y, siguiendo ambas posturas, se afirma la presencia del error como elemento autónomo del tipo, es decir un estado psicológico de las víctimas, y como medio de valoración de la idoneidad del engaño.

El engaño era suficiente para provocar error en las personas, clientes que tan solo querían obtener rentabilidades de sus ahorros y confiaban en una entidad aparentemente segura. No nos encontramos ante una entidad de riesgo donde el cliente es conocedor de las posibles pérdidas a las que se enfrenta, sino ante una empresa dedicada a la filatelia que trata de captar fondos haciendo creer a las personas que siempre obtendrán una rentabilidad a cambio de depositar su dinero durante un periodo de tiempo determinado.

El error en quienes invirtieron era asimismo un estado psicológico que les llevó a creer en la solvencia de la compañía y en la seguridad de las inversiones filatélicas. Consecuentemente, estas personas depositaban su dinero voluntariamente en una empresa que se enriquecía injustamente a su costa.

²³ Gómez Benítez, J.M., “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1985, vol. 38, núm. 2, 1985, p. 340.

²⁴ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 178-179.

3.3.3. *Acto de disposición patrimonial*

La ley exige que el engaño sea bastante para producir un acto de disposición patrimonial por parte del propio sujeto pasivo. Sin embargo, dicha disposición patrimonial no es un acto de voluntad libre, sino que existen vicios en la voluntad provocados por el engaño.

Lo relevante a estos efectos es la existencia del acto de disposición patrimonial y no tanto su contenido que puede consistir en la entrega de dinero o de bienes pero también en la asunción de deudas u obligaciones.²⁵

Mediante la introducción de este elemento en el tipo objetivo de la estafa, se subraya la relación de causalidad entre acción y resultado típico. No cabe la apreciación del delito de estafa en aquellos casos en los que a pesar de haber un engaño, y haber provocado un error en la víctima, ésta no disponen de su patrimonio. Si la acción resulta ser ineficaz, es innecesaria la protección penal frente a quienes, a pesar de haber sido engañados, no han sido inducidos hacia la disposición de su patrimonio y, por tanto, no pueden resultar económicamente perjudicados.²⁶

3.3.4. *Perjuicio patrimonial para la víctima o tercero*

El siguiente elemento es el resultado típico, el daño al bien jurídico protegido por la norma, que en este caso es el perjuicio económico. De acuerdo con el art. 248.1 CP, parece que el perjuicio debe producirse para que el delito se consuma, es decir, los perjudicados deben haber sufrido como consecuencia del engaño un menoscabo en su patrimonio privado, aunque también existen posturas doctrinales que admiten que la idoneidad para perjudicar es suficiente para apreciar el delito de estafa, sin que sea necesario una verdadera disminución en el patrimonio.²⁷

²⁵ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 186-187.

²⁶ *Ibidem*, pp. 185-186.

²⁷ Silva Sánchez, J.M., el at., *Lecciones...*, op. cit., p. 237.

Cuestión distinta es la confirmación de la tipicidad de la tentativa, pues también merecen cierto reproche las conductas que pretenden producir una estafa y que a pesar de realizarse todos los elementos del tipo, finalmente el perjuicio no se produce por causas ajenas al autor.²⁸

La consumación del delito y la realización del resultado típico, plantea la discusión sobre en qué momento se entiende que se ha producido el perjuicio económico. Es cierto que desde que los inversores entregan su dinero a la compañía, ya se produce el perjuicio. Sin embargo, y aun sabiendo que el negocio de Afinsa estaba destinado desde un primer momento al fracaso, en el momento de la intervención judicial su red comercial aun no había colapsado, y por tanto, hasta ese momento pagaban los intereses pactados a todos los clientes cuyos contratos vencían.

Podría cuestionarse si en relación con lo expuesto, no se produce ningún perjuicio económico hasta la fecha en la que se destapa la situación ya que no es hasta entonces cuando los inversores ven frustrados todos sus ahorros y sufren el consecuente menoscabo en su patrimonio.

Sin embargo, hay que recordar que el caso de Afinsa comprende una estafa piramidal basada en la captación masiva de dinero, en donde la garantía de un tipo de interés fijo y en alza es sólo un elemento más configurador del engaño. En los hechos probados se expuso que del total de los Cit, contrato protagonista de la compañía, un 81% se renovaban, y en base dichas cifras, la AN estipuló que:

el cumplimiento de las obligaciones era la clave de la fidelización de los clientes y del sostenimiento de la pirámide, un factor muy importante porque Afinsa no tenía que devolver el principal si se reinvertía en otro lote de valores filatélicos.²⁹

²⁸ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 192-195.

²⁹ SAN de 27 de julio de 2016 22/2016 FJ 2.2 (ARP 2016, 848).

Además, conviene resaltar que la obtención del beneficio por parte de los acusados solo afecta al agotamiento del delito, pero no es elemento necesario para la configuración del tipo básico.³⁰ En relación con esto, el TS mantiene que:

la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, [...] lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.³¹

No tiene relevancia a estos efectos la devolución de parte del dinero invertido, pues desde que Afinsa crea su negocio fraudulento y los clientes depositan sus ahorros en la compañía, se da el elemento de perjuicio patrimonial. Los inversores, una vez entregan el capital, pierden la disponibilidad sobre el mismo e independientemente de que posteriormente reciban el interés prometido, el dinero se ha desplazado y se encuentra en manos de los autores de la estafa. Además, aunque hasta el momento Afinsa venía cumpliendo sus obligaciones de recompra, la acción judicial hizo público un perjuicio ya existente, evitando que el número de perjudicados continuase aumentando.

Por último, destacar que el resultado dañino debe ser económicamente valorable, pues entre otras cosas, se atenderá a la cuantía de lo defraudado para la determinación de la pena, y para la calificación del delito como leve en aquellos casos en los que el importe sea inferior a cuatrocientos euros.³²

3.3.5. *El ánimo de lucro*

El ánimo de lucro, exigido explícitamente en la definición legal desde la reforma del Código Penal de 1983, es calificado por la doctrina como elemento subjetivo del injusto.³³ Lo que exige la inclusión de este elemento en el tipo es que el sujeto activo actúe con la intención de

³⁰ Boix Reig, J., *Derecho Penal Parte Especial Volumen II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 228-229.

³¹ STS de 16 de febrero 132/2007 FJ 12 (RJ 2007, 4711).

³² Luzón Cuesta, J.M., *Compendio...*, op. cit., p. 191.

³³ STS de 21 de enero 52/2002 FJ 4 (RJ 2002, 1320); STS de 30 de noviembre 1169/2006 FJ 2 (RJ 2006, 8220); STS de 4 de diciembre 1033/2007 FJ 6 (RJ 2008, 772); STS de 16 de abril 107/2008 FJ 12 (RJ 2008, 2007).

lucrarse ilícitamente, es decir, de obtener una ventaja patrimonial como consecuencia del engaño. De esta forma, se busca definir la conducta incriminada, determinando que los agentes que lleven a cabo la acción típica lo hagan con una intención o motivación concreta.

Se trata de un elemento subjetivo del tipo que radica en la esfera íntima de los sujetos. Esta intención de obtener un enriquecimiento se configura dentro del tipo (Art. 248.1 CP: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro...”), y es un elemento más delimitador del delito de estafa, lo cual permite diferenciarlo de otros delitos de simple perjuicio patrimonial como son los delitos de daños.³⁴

Así pues, para afirmar la tipicidad de la conducta de los acusados se debe demostrar la concurrencia del ánimo de lucro. La jurisprudencia viene definiéndolo como el propósito de obtener una ventaja patrimonial, una mejora o beneficios de carácter económico, etc., y establece que debe ser “correlativa al perjuicio patrimonial, aunque no necesariamente equivalente”.³⁵

En relación a esta declaración cabe hacer referencia a dos cuestiones relevantes sobre el ánimo de lucro. Por una parte, que la ventaja patrimonial antijurídica puede buscarse para enriquecerse a título personal pero también para enriquecer un tercero, y por lo tanto el ánimo de lucro concurre siempre que “el autor pretende alguna clase de beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero”.³⁶

En segundo lugar, que el enriquecimiento efectivo no es un elemento del tipo y será relevante en cuanto al agotamiento del delito pero no en cuanto a su existencia. De esta forma, y como viene reiterando la jurisprudencia “que el lucro personal perseguido por la recurrente no haya cristalizado al final en unas ganancias concretas no diluye la tipicidad del artículo 248 CP” y que “no puede confundirse la vocación de enriquecimiento con el enriquecimiento efectivo”.³⁷

³⁴ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 226-227.

³⁵ STS de 2 de septiembre 1036/2003, FJ 6 (RJ 2004, 459)

³⁶ STS de 12 de mayo 407/2016, FJ 6 (RJ 2016, 2107).

³⁷ STS de 3 de mayo 377/2016, FJ 6 (RJ 2016, 2317).

En relación al análisis de los hechos, no suscita demasiados problemas sostener la presencia del ánimo de lucro de los causantes del engaño. El dinero entregado por los inversores no se invertía y no estaba respaldado por los valores filatélicos sobrevalorados. El fin de todo el negocio era captar capital en cantidades masivas, el cual se destinaba a fines particulares de quienes gestionaban el negocio y para dotar a la empresa de una imagen falsa de solvencia.

Con ello puede decirse que la motivación de los acusados, es decir, el móvil que les llevó a adoptar ese modelo de negocio que les permitía engañar a tantos individuos como fuese posibles, era conseguir fondos. El engaño estaba ideado para obtener beneficios del dinero que los clientes invertían en los tangibles sin valor. Mediante dichas cantidades podían obtener una ventaja económica y enriquecerse ilícitamente.

Asimismo, en los hechos probados en la SAN 22/2016 se revelan las retribuciones percibidas por los socios, así como la utilización de una caja oculta para encubrir los sobresueldos, comisiones y ganancias patrimoniales que obtenían gracias al desarrollo del negocio.³⁸ Dichas retribuciones ocultas manifiestan una evidente intención por parte de los acusados de obtener beneficios no lícitos por cuenta del dinero invertido por los clientes.

3.3.6. *Relación acción-resultado*

Una vez comprobados los elementos del tipo básico del art. 248.1 CP, incluida la producción del perjuicio económico como resultado típico, es preciso además atribuir la producción del resultado a la acción de los sujetos activos para afirmar la tipicidad de la conducta típica.³⁹

Conforme se han analizado los diferentes elementos configuradores del tipo, se ha comprobado que efectivamente las acciones fraudulentas, así como los actos de ocultación de información de los acusados, son causa del perjuicio económico sufrido por los clientes

³⁸ SAN de 27 de julio de 2016 22/2016 (ARP 2016, 848).

³⁹ Obregón García, A. & Gómez Lanz, J., *Derecho Penal...*, op.cit., pp. 73-74.

de Afinsa atendiendo a las relaciones de causalidad entre engaño-error-acto de disposición-perjuicio patrimonial.

Sin embargo, no puede atenderse exclusivamente a una relación de causalidad que no aprecia los aspectos normativos y valorativos. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, adicionalmente debe valorarse la causalidad desde una dimensión jurídica, atendiendo a una relación de riesgo entre acción y resultado.⁴⁰

La teoría de la imputación penal se fundamenta, siguiendo el razonamiento de Polaino Navarrete,⁴¹ en el cumplimiento o quebranto del rol que socialmente se espera de cada uno. No es suficiente que la acción sea la causa del resultado, sino que además debe existir una infracción legal que justifique la imposición de un castigo.

Así, por ejemplo, podría fácilmente darse una situación en la que, aun habiendo actuado legítimamente, la conducta de los encargados de gestionar Afinsa hubiera provocado una pérdida económica en sus inversores. Por lo tanto, además de la infracción, deben cumplirse una serie de requisitos generales que permitan atribuir el resultado a la acción del sujeto.

Estos requisitos, o criterios de la teoría de la imputación objetiva, son: la causación de un riesgo no permitido jurídico y socialmente, y la realización de ese peligro en el resultado.⁴² Además dicho resultado debe ser típico, debe estar dentro del alcance del bien jurídico protegido por la norma penal.⁴³

En consecuencia, el primer requisito es la creación de un riesgo o un peligro típicamente relevante. En relación al caso Afinsa, el comportamiento de los directivos y administradores de Afinsa, efectivamente, crearon un riesgo no permitido, esto es, el peligro o probabilidad de lesión sobre el patrimonio individual protegido.

⁴⁰ Marín de Espinosa Ceballos, E., Ramos Tapia, M. I., & Esquinas Valverde, P., *Lecciones Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 101-102.

⁴¹ Polaino Navarrete, M., *Lecciones...*, *op.cit.*

⁴² Zárate Conde A. & González Campo, E., *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, p. 171.

⁴³ Marín de Espinosa Ceballos, E., Ramos Tapia, M. I., & Esquinas Valverde, P., *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 103.

El segundo criterio de imputación objetiva es la materialización de dicho riesgo en el resultado, en el perjuicio económico.⁴⁴ Se debe examinar si el perjuicio económico producido se debe a la creación del riesgo ilícito, lo cual puede admitirse si “el resultado producido se encuentra en la esfera normal de riesgo creado por la acción del sujeto”.⁴⁵

No requiere una mayor profundización en este aspecto el análisis del caso, siendo suficiente la declaración de que el perjuicio económico finalmente alcanzado es atribuible al riesgo típicamente relevante creado por los autores. Fueron éstos quienes, mediante el engaño, hicieron que Afinsa aparentase ser una compañía solvente y segura. Al crear la red comercial y la estructura piramidal del negocio, el riesgo creado tenía la suficiente capacidad como para provocar el perjuicio económico de miles de inversores.

3.4. La antijuridicidad

Expuesta la subsunción del comportamiento de los acusados en el supuesto de hecho del tipo contemplado en el art. 248.1 CP, afirmando así su tipicidad, es necesario además examinar su contrariedad al derecho, o lo que es lo mismo, su antijuridicidad.⁴⁶

Cuando se declara la tipicidad, se está confirmando que la conducta es contraria al ordenamiento penal, pero en ocasiones, esa conducta típica puede resultar perfectamente lícita si se da alguna de las causas de justificación reguladas en el art. 20 CP. Estas son la legítima defensa y el estado de necesidad, constitutivas de una especie de autorización que eximen de responsabilidad penal al autor de una conducta, que en principio, sería ilícita.⁴⁷

También es habitual englobar dentro de las causas de justificación el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, supuestos también recogidos en

⁴⁴ *Ibídem.*

⁴⁵ Obregón García, A. & Gómez Lanz, J., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 78-79.

⁴⁶ Muñoz Conde, F. & García Arán, M., *Derecho...*, op. cit., p. 267.

⁴⁷ *Ibídem.*, pp. 331-334.

el art. 20 CP, aunque en tanto que ambos supuestos excluyen la relevancia penal de la conducta con carácter genérico, resulta más conveniente su inclusión en los supuestos de falta de tipicidad, y no de antijuridicidad.⁴⁸

En un análisis jurídico-penal, es de notoria importancia la observación de estas cuatro figuras. Sin embargo, en el caso estudiado no se da ninguno de los supuestos enunciados por lo que no resulta necesario detenerse en el estudio de su naturaleza o sus elementos. A efectos del presente análisis procede concluir que la acción o la conducta hasta ahora estudiada es típica y no justificada, es decir, es penalmente antijurídica.

3.5. La culpabilidad

Para poder imponer una sanción a los responsables, además de la tipicidad y la antijuridicidad, debe darse un tercer elemento cual es la culpabilidad. Si bien los dos primeros implican una valoración negativa sobre la conducta (el injusto), la culpabilidad se concentra en la concurrencia de elementos referidos al sujeto activo y su relación con dicha conducta.

3.5.1. Imputabilidad

El primer elemento del juicio de la culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, y atiende a las facultades psíquicas del sujeto activo para determinar si éste posee las facultades necesarias para conocer que la conducta que lleva a cabo es ilícita y para dirigir su actuación conforme a dicha comprensión.⁴⁹

Si los causantes de la infracción penal reúnen determinadas condiciones que anulen o disminuyan su capacidad de culpabilidad, no corresponde la imputación del injusto penal por lo que se exime de responsabilidad penal, o procediendo la imputación subjetiva, se aminora

⁴⁸ Obregón García, A. & Gómez Lanz, J., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 92.

⁴⁹ Garay, L. M., “Imputabilidad y elementos del delito”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 110, 2006, pp. 93-136.

la responsabilidad penal en función del grado de capacidad. Dichas condiciones, constitutivas de las causas de inimputabilidad, vienen recogidas en el art. 20 CP. Tampoco conviene el análisis de ninguna de estas causas en relación al caso que concierne, pues en los hechos expuestos no se hace mención alguna a la posible exclusión de culpabilidad de los responsables de forma que podemos afirmar que los mismos gozan de la capacidad suficiente para comprender la ilicitud de los hechos y para actuar conforme a esa comprensión.

3.5.2. *El dolo*

El siguiente elemento constitutivo de la culpabilidad es el dolo como contenido de la voluntad. Para imponer la sanción penal se exige que la voluntad del sujeto activo conlleve en cierta medida la perturbación del bien jurídico protegido. En la formación del dolo concurren dos elementos fundamentales: uno intelectual consistente en el conocimiento de la tipicidad de la conducta y de su significación antijurídica, y otro volitivo referido la voluntad de realizar la conducta típica.⁵⁰

Para poder afirmar la presencia de dolo en el delito de estafa es necesario, en primer lugar, que:

el sujeto sepa que ofrece o presenta a un tercero una realidad distorsionada; que con ello, en un grado de alta probabilidad, le impulsa a realizar un acto de disposición que no realizaría de conocer la distorsión, y que con ese acto de disposición, también con alta probabilidad, se causará un perjuicio a sí mismo o a un tercero.⁵¹

De acuerdo con la solución del TS, la intención de estafar o de producir el perjuicio económico no es requisito esencial en el ámbito del dolo. Si bien la estafa sólo admite la infracción dolosa para su consideración como ilícito penal, no siempre es exigible el dolo directo sino que será suficiente para su apreciación la comisión mediante dolo eventual.⁵² Existirá dolo eventual en aquellos casos en los que la producción del perjuicio patrimonial y

⁵⁰ Obregón García, A. & Gómez Lanz, J., *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 156-159.

⁵¹ STS de 14 de julio 634/2016 FJ 3 (RJ 2016, 5117).

⁵² STS de 15 de febrero 181/2005 FJ 3 (RJ 2005, 2542), STS de 3 de julio 691/2013 FJ 4 (RJ 2013, 7086), STS de 1 de diciembre 828/2014 FJ 3 (RJ 2014, 6347).

del consecuente enriquecimiento injusto tan solo se presentan como probables, y aun así, el sujeto activo procede a realizar el engaño consintiendo dicha probabilidad.⁵³

En lo que respecta al caso objeto de investigación, dentro del elemento cognoscitivo del dolo, cabe afirmar que los acusados eran conscientes del engaño. El negocio sólo producía pérdidas pero la situación patrimonial de la empresa estaba encubierta de forma que los clientes no pudiesen conocer la realidad. Asimismo, eran conscientes de que los sellos estaban sobrevalorados y que, en ningún caso, éstos podían respaldar las inversiones de los clientes. El pago de los intereses debidos por Afinsa cuando los inversores ejercían su derecho de reventa sólo podía hacerse con el dinero aportado por otros clientes, pues los sellos nunca se llevaban al mercado para que realizasen su valor, y de haberlo hecho, este hubiese sido insuficiente.

Es evidente, que todos los involucrados en la dirección y administración del negocio conocían su falta de sentido económico. Sabían que la imagen patrimonial que Afinsa mostraba no era real, pues ellos mismo idearon un modelo contable que ocultase su inviabilidad económica. Sabían que el negocio sólo generaba pérdidas y que los sellos estaban sobrevalorados, pues se compraban a un precio muchísimo más bajo que el finalmente atribuido en los contratos de inversión. Sabían asimismo que la constante revalorización de los sellos, que permitía fundamentar los intereses garantizados a los clientes, era una ficción que, de forma arbitraria y sin atender a parámetros convenientes, fijaban en sus reuniones del Consejo.

Todo ello demuestra que los sujetos conocían que su comportamiento entrañaba un engaño. Además es evidente que los mismos sabían que era ese engaño, esa distorsión de la realidad, lo que llevaba a terceros a disponer de su dinero. Y la estructura piramidal del negocio, destinada necesariamente al fracaso, implica asimismo que también sabían que, tarde o temprano, se produciría un perjuicio patrimonial para quienes invertían su dinero en Afinsa.

⁵³ Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa...*, op. cit., pp. 222-225.

Todos quienes tenían acceso a la información de la compañía conocían la existencia de un sistema piramidal, que se fundamentaba en el pago de las rentabilidades prometidas con el dinero que recibían de los propios estafados. Así, cuanto mayor era el capital recibido, mayores eran las necesidades de ingresos de la empresa para poder hacer frente al pago de intereses garantizado. De acuerdo con este sistema, parece evidente la existencia de la intención de lucro ilícito propia del delito de estafa.

Una vez verificado que los autores conocían los elementos típicos, cabe inferir que conocían también la ilicitud de su conducta, lo que plantea la cuestión de un posible error de prohibición, contemplado el art. 14 CP.

De hecho todos los acusados principales alegaron en su recurso de casación haber actuado bajo un error de prohibición. Fundamentaban dicha alegación en el hecho de que las instituciones y autoridades encargadas de la supervisión y control del negocio manifestaban su legalidad y licitud provocando que los acusados actuaran creyendo que lo hacían lícitamente.⁵⁴

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TS no puede admitirse el error de prohibición si se tienen motivos suficientes para saber que su conducta no está permitida, por ser sus acciones contrarias a normas básicas de común conocimiento.⁵⁵ De los hechos probados no puede deducirse que los acusados creían actuar conforme a Derecho cuando todas sus acciones iban destinadas a encubrir un negocio que solo generaba pérdidas, a captar dinero de inversores y a mentir sobre los tangibles en los que se invertían. Estos comportamientos indican que sí eran conscientes de la ilicitud de su conducta, de forma que debe excluirse el error de prohibición dado que los agentes tenían “normal conciencia de antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho” o por lo menos “conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad”, no siendo necesaria la seguridad absoluta del proceder incorrecto.⁵⁶

⁵⁴ STS de 21 de noviembre 749/2017 (RJ 2017, 5223).

⁵⁵ STS de 1 de abril 282/2013 FJ 1 (RJ 2013, 3183).

⁵⁶ STS de 26 de septiembre 921/2006 FJ 5 (RJ 2006, 6440).

Además, el hecho de que las instituciones responsables no denunciasen la ilicitud del negocio, no justifica el error de prohibición. Los acusados disponían de datos e información que no se proporcionaba en el ámbito externo de la gestión del negocio, y siendo conscientes de la ocultación de información, no cabe alegar que actuaran creyendo que lo hacían conforme a Derecho.

Vistos los elementos cognitivos del dolo y constatada su presencia en las conductas de los responsables, se exige además un elemento volitivo. Los sujetos, además de conocer el hecho típico y conocer que el mismo es ilícito, deben querer su realización, es decir, deben actuar conforme a dicho conocimiento para provocar el engaño.

Esta voluntad, puede tener distintas intensidades que permiten diferenciar tres clases de dolo. Existirá dolo directo de primer grado cuando de manera consciente y querida el sujeto persigue la realización del delito, será dolo directo de segundo grado cuando no busca la realización del tipo pero sabe que su actuación dará lugar al delito, y habrá dolo eventual cuando el resultado dañoso se presente como posible, y aunque no sea directamente querido, se acepta sin renunciar a la ejecución los actos pensados.⁵⁷

En relación al caso estudiado, el dolo a título eventual queda descartado, pues los responsables de la estafa, como creadores del negocio, de su desarrollo y explotación durante años, conocían perfectamente los hechos y las consecuencias de los mismos.

3.5.3. No exigibilidad de una conducta distinta

La conducta objeto de estudio es por tanto típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, conviene tener en cuenta un último aspecto dentro del estudio de la culpabilidad. A pesar de haber imputado el injusto a los acusados en cuestión, y habiendo determinado su actuación dolosa, existen casos en los que podría excluirse la culpabilidad de los sujetos por encontrarse en situaciones anormales que permitirían disculpar la realización del delito.⁵⁸ Estos

⁵⁷ Mir Puig, S., “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Cuadernos de derecho judicial – Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 9-36.

⁵⁸ Terradillos Basoco, J. M., “Culpabilidad-responsabilidad” en *Anuario de Derecho Penal*, 2003.

supuestos, regulados en el art. 20 CP son, el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

No obstante no se da en el caso ninguna circunstancia especial que permita eximir de responsabilidad penal a los acusados por lo que, en definitiva, se declara su culpabilidad.

3.6. El tipo cualificado: El art. 250.1 CP.

La inversión en sellos en el mercado español adquirió una importante popularidad dadas las altas rentabilidades que ofrecía y tras la intervención judicial, se destapó la gravedad de la situación, contabilizándose más de 190.000 personas afectadas y un daño patrimonial total superior a 2.500 millones de euros.⁵⁹

Concurre por tal motivo en el caso estudiado, la agravante específica prevista en el tipo cualificado del art. 250.1.6 del CP que en su redacción anterior a la reforma del 2010 establecía una agravación de la pena cuando el delito “revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”, circunstancias éstas que se recogen en la redacción actual del Código en su apartado 5.

Atendiendo al perjuicio económico que muchas de las víctimas sufrieron, podría afirmarse la existencia del tipo cualificado. Muchas de ellas sufrieron un daño patrimonial superior a la cifra de 36.000 euros, que desde la reunión plenaria de la Sala Segunda del TS de 26 de abril de 1991 era la cifra que determinaba la especial gravedad de la cantidad defraudada, y también superior a la cuantía que hoy el art. 250.1.5ª CP fija en 50.000 euros. Además, muchas de las víctimas eran pequeños ahorradores que buscaban obtener beneficios seguros y a corto plazo. Todas estas personas, se vieron comprometidas por la devastadora situación económica en la que quedaron tras el agotamiento del delito, situación que también permitiría afirmar la concurrencia de la circunstancia agravante.

⁵⁹ SAN de 27 de julio de 2016 22/2016 FJ 3.1 (ARP 2016, 848).

No obstante, y sin desatender la importancia del perjuicio económico que cada uno de los inversores sufrió a nivel individual, el fraude cometido en el caso Afinsa presenta las características del delito continuado, y de acuerdo con lo establecido por el Pleno de la Sala Segunda del TS de 30 de octubre de 2007, en los delitos continuados:

Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

Así, en tanto que nos encontramos ante un delito patrimonial, debemos atender al perjuicio total causado por la acción continuada, cantidad que supera los 2 millones de euros por lo que procede la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el actual 250.1.5ª CP.

3.7. El delito continuado y el delito masa: El art. 74 CP.

De acuerdo con la doctrina establecida por el TS, concurre el delito continuado regulado en el art. 74 del CP, cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se ejecutan una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos pasivos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de semejante naturaleza.⁶⁰ Si concurren tales requisitos se podrá apreciar la figura del delito continuado, que permite construir un solo proceso sobre una pluralidad de acciones que presentan cierta homogeneidad.

Así, siguiendo la solución jurisprudencial, en el caso que concierne deben considerarse las siguientes condiciones: (a) una “pluralidad de hechos delictivos no sometidos a enjuiciamiento por separado” – los actos de estafa producidos fueron numerosos llegando a afectar a miles de personas, de las cuales muchas sufrieron un perjuicio de especial gravedad por razón de cuantía; (b) la “conurrencia de un dolo unitario [...] que da unión a la pluralidad de acciones comisivas” – el ánimo doloso de los responsables engloba a todas las acciones

⁶⁰ STS de 22 de marzo 367/2006 FJ 2 (RJ 2006, 5449); STS de 24 de enero 149/2008 FJ 3; STS de 17 de diciembre 860/2008 FJ 5 (RJ 2009,131).

provocadoras de la estafa, respondiendo así al plan globalmente preconcebido; (c) la “realización de las diversas acciones en unas coordenadas especio-temporales próximas” – esta proximidad se cumple en tanto que todas las acciones eran parte de la actividad ordinaria de Afinsa mientras que ésta seguía operando, lo cual indica asimismo su falta de autonomía pues su propósito era, en términos generales, la captación masiva de ahorros ; (d) la “unidad del precepto penal violado y del bien jurídico atacado” – como bien se acaba de exponer, se produjeron miles de estafas que atacaron el patrimonio, bien jurídico protegido, de una importante pluralidad de personal; (e) la “unidad de sujeto activo” – los sujetos activos penalmente responsables son siempre los mismos, tanto los administradores como los socios y directivos de Afinsa; (f) y la “homogeneidad en el *modus operandi*” – para la captación de fondos siempre se servían de contratos de adhesión sobre los que los clientes invertían en la filatelia.⁶¹

En este caso, existe continuidad delictiva (art. 74 CP), que determina la imposición de la pena en su mitad superior. Además ya se comentó que concurre también el tipo agravado previsto en el art. 250.1 CP, por lo que conviene aclarar en este punto las soluciones jurisprudenciales que existen con respecto a la compatibilidad entre el delito continuado y la figura cualificada. Así, el TS ha declarado que sí son compatibles, y que cuando concurre una circunstancia agravante en los hechos, ésta debe considerarse en la agravación de todo el delito continuado, sin que ello vulnere el principio *non bis in idem*.⁶²

Numerosas víctimas de la estafa piramidal ocasionada por Afinsa sufrieron individualmente un perjuicio económico superior a las cifras que configura el tipo agravado del 250.1 CP. Sin embargo, no se atiende a dichas infracciones aisladamente consideradas sino al resto en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Y es que así lo exige el art. 74 CP en su apartado segundo que declara que “si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.

⁶¹ *Ibidem*

⁶² STS de 24 de enero de 149/2008 FJ 3; STS de 17 de diciembre 860/2008 FJ 5 (RJ 2009, 131); STS de 17 de febrero 128/2010 FJ 3 (RJ 2010, 3283); STS de 13 de diciembre 817/2017 FJ 10 (RJ 2017, 5596).

Se aplica, por lo tanto, el art. 74.2 CP que, atendiendo al perjuicio total causado por la acción continuada en el tiempo, conlleva la apreciación de la agravación de la pena por razón de cuantía. Es en estos casos, “cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial”, cuando no puede apreciarse la agravación del art. 74.1 porque de lo contrario se vulneraría la prohibición de la doble valoración de un mismo hecho (agravación ya valorada mediante el art. 250.1).⁶³

De esta forma, no podrá imponerse la pena en su mitad superior como bien dice el art. 74.1, sino que se atenderá únicamente al inciso primero del art. 74.2 y al art. 250.1 para la determinación del marco penal.

Ahora bien, cuestión distinta es la contemplación del supuesto del inciso segundo del art. 74.2 CP, conocido como delito masa. Este dispone que sobreviene la modalidad agravada del delito continuado, imponiendo la pena superior en uno o dos grados, “si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”.

Deben, por lo tanto, darse los siguientes requisitos para poder apreciar el delito masa o con sujeto pasivo masivo: (a) La notoria gravedad, entendida como una gravedad económica evidente y con mayor trascendencia que la especial gravedad considerada en el art. 250.1; (b) la generalidad de personas, término interpretado como cantidad superior a la mera pluralidad y referente a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado y sin necesidad de tener un vínculo común más allá del de ser víctimas de la actividad delictiva⁶⁴; y (c) un elemento subjetivo consistente en el dolo preconcebido, y que, como reitera el TS, exige un plan que desde el inicio dirige la acción contra una pluralidad indeterminada de víctimas de cuyo perjuicio individual busca, por acumulación, la obtención de un beneficio económico muy superior.⁶⁵

⁶³ *Ibídem*.

⁶⁴ STS de 16 de diciembre 1158/2010 FJ 1 (RJ 2011, 163); STS de 10 de junio 492/2014 FJ 10 (RJ 2014, 4924).

⁶⁵ STS 439/2009 de 14 de abril FJ 7 (RJ 2009, 4154); STS de 4 de julio 668/2013 FJ 12 (RJ 2013, 8084); STS de 10 de junio 492/2014 FJ 10 (RJ 2014, 4924); SAP de Madrid de 16 de enero 17/2015 FJ2 (ARP 2016, 377).

Puede afirmarse que en este caso se cumplen todos los requisitos pues se ha expuesto que el número de inversores tras la intervención judicial y que resultaron víctimas de la estafa se aproxima a los 200.000 individuos, cifra bastante para admitir la generalidad de perjudicados. Se cumple también la notoria gravedad de los hechos, así como el plan preconcebido que se desprende de la estructura piramidal y de la red comercial ideada por Afinsa.

4. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL DELITO DE FALSEDAD CONTABLE

4.1. El artículo 290 del Código Penal

El delito de falsedad en documentos sociales también se encuentra recogido en el Título XIII del CP “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en el capítulo XII “De los delitos societarios”. Este conjunto de delitos, que engloba las conductas realizadas por los encargados de importantes funciones o los que detentan puestos predominantes en el ámbito de las sociedades mercantiles, no fue introducido en nuestro CP hasta la reforma de 1995. Surge con la incorporación de los delitos societarios un nuevo ámbito de intervención penal que busca la protección del debido desarrollo interno de la vida societaria atendiendo al normal funcionamiento de las sociedades y a los principios de buena fe, castigando conductas como, por ejemplo, la administración desleal o la imposición de acuerdos abusivos.⁶⁶

En concreto el art. 290 CP comprende el delito de falsedad en los documentos sociales y establece que

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de

⁶⁶ Chamarro, I. M., *Delitos societarios: las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p.18.

seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

4.2. El bien jurídico protegido

El delito de falsedad de cuentas sociales, junto con los otros delitos societarios, se encuentra comprendido dentro del Título XIII del CP “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, de forma que surge de nuevo una discusión sobre su consideración como infracciones que tutelan el patrimonio a modo de bien jurídico individual, o que por el contrario tutelan bienes jurídicos de naturaleza colectiva como es el orden socioeconómico.

De acuerdo con lo ya expuesto en el análisis del bien jurídico protegido en el delito de la estafa, se mantiene una naturaleza predominantemente patrimonial. Cabe admitir que los delitos de índole societaria en muchos casos pueden tener especial trascendencia en el orden socioeconómico dada su fundamental función en la actividad económica de un país. Sin embargo, también se mantiene como bien jurídico inmediatamente protegido el patrimonio individual, ya sea de la propia empresa, de alguno de sus socios o de terceros afectados.⁶⁷

El precepto penal regulado en el art. 290 CP, es calificado comúnmente por parte de la doctrina jurisprudencial como “delito pluriofensivo de peligro abstracto para el patrimonio y de lesión para la funcionalidad del documento”.⁶⁸

Por un lado, se protegen los intereses patrimoniales de la propia sociedad o de los destinatarios de la información societaria, configurándose dos subtipos dentro del delito de falsedad del art. 290 CP: delito de peligro al exigirse la idoneidad para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos y delito de lesión para aquellos casos en los que el perjuicio económico efectivamente se produce.

⁶⁷ del Rosal Blasco, B., “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995” en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5, 1998, pp. 61-150.

⁶⁸ SAP de Madrid de 10 de diciembre 392/2015 FJ 3(ARP 2016, 191); SAP de Islas Baleares de 4 de mayo 71/2000 FJ 3(ARP 2000, 1504);

La idoneidad para causar el perjuicio económico es un aspecto que caracteriza a este delito. La acción falsaria también es elemento fundamental del injusto, pero en todo caso se deberá valorar la idoneidad de dicha acción para provocar una lesión en el patrimonio de los sujetos pasivos. De esta forma se protegen los intereses patrimoniales puestos en peligro o efectivamente lesionados, de acuerdo con los párrafos 1º y 2º respectivamente.

Además, se protege el derecho de los socios y terceros a que la información que las sociedades suministran sea completa y veraz, de forma que cumpla con el principio de imagen fiel de la situación económica y jurídica. Se protege, por tanto, la confianza que, en una economía de mercado, existe sobre la veracidad de los datos publicados y la seguridad del tráfico mercantil.⁶⁹ Existe asimismo una doctrina que defiende como bien jurídico protegido el de la sociedad o comunidad, pues mediante la comisión del tipo lo que se perturba es la fe en el tráfico y en la actividad empresarial.⁷⁰ En conclusión, el precepto penal tutela la funcionalidad de los documentos societarios reprochando aquellas manipulaciones y alteraciones que impidan conocer la verdadera situación económica de las empresas, pero debe tenerse en cuenta que también se tutela el patrimonio privado y, como fin último, el orden socioeconómico.

4.3. Elementos típicos de la falsedad contable

4.3.1. Sujeto activo

El art. 290 CP requiere entre los elementos del tipo que los sujetos activos de la conducta delictiva sean “Administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación”, configurándose así un delito especial propio que requiere que el autor ostente dicha condición de administrador.

⁶⁹ AAP de Madrid (Sección 29ª) de 21 de septiembre 733/2017 FJ 3 (JUR 2017, 258396).

⁷⁰ STS de 29 de julio 867/2002 (RJ 2002, 6357); SAP de Burgos (Sección 1ª) de 7 de febrero FJ 1(ARP 2003, 261).

En el caso que nos ocupa, serán los administradores de derecho quienes responderán de la conducta típica, entendiendo que son tales, los que pertenecen al órgano de administración, están inscritos como tales en el Registro Mercantil y reúnen los demás requisitos y formalidades exigidos por la normativa societaria. Así Cano Cuevas, Figueiredo Nascimento, Figueiredo Escribá, Martín Peña y Ballester López, en su calidad de administradores y por tanto encargados de formular y presentar las cuentas anuales y de suministrar información veraz y transparente, son los sujetos activos que ostentan la especial condición que requiere el tipo de falsedad contable.

Todos ellos fueron miembros del órgano colegiado para lo que debían adoptar las decisiones conjuntamente. En estos casos, conforme a la legislación mercantil, los administradores responden solidariamente salvo que se demuestre que desconocían la existencia de dicho acuerdo o, conociéndola, hicieron lo posible por evitar su adopción (Ley de Sociedades de CAPITAL). No obstante, en el Derecho Penal, rige el principio de culpabilidad por lo que se debe imputar el delito a los sujetos activos y determinar la responsabilidad individual de cada uno.

Con todo esto, es cierto que era Ballester López el responsable de la elaboración de cuentas, y que de acuerdo con los hechos probados, fue él quien diseñó el complejo modelo de contabilidad. Sin embargo, ello no justifica la exoneración de responsabilidad de los otros administradores quienes aprobaban cada ejercicio dichas cuentas en su condición de miembros del Consejo. Cada uno de los administradores emitía su voto y, aun conociendo que dichas cuentas estaban “falseadas” y, por tanto, no presentaban la imagen fiel de la sociedad, ninguno se opuso a su aprobación ni trató de impedir que se reflejase una situación ficticia.

4.3.2. Objeto material

El objeto material sobre el que debe recaer la acción también viene especificado en el tipo, que determina que debe materializarse sobre las “cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad”. No existe un catálogo cerrado

de documentos por lo que se dará el delito siempre que la acción falsaria recaiga sobre cualquier soporte material de la sociedad que deba reflejar la situación jurídica o económica de la misma.

De manera específica se mencionan las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria y que suponen una herramienta necesaria de información, pero, además, el objeto material se extiende a cualquier otro documento que sea idóneo para reflejar la situación jurídico económica de la entidad. Con esta extensión se permite que se incluyan otros documentos sociales, tales como, los libros de actas, informes de gestión o proyectos de transformación, entre otros.

La cuentas anuales que Afinsa elaboró, aprobó y presentó como fieles de su situación patrimonial reflejaban una auténtica ficción. Las cuentas estaban distorsionadas, ya que se había diseñado un modelo contable que permitía aparentar que la sociedad era solvente, que obtenía grandes resultados y que contaba con un balance equilibrado, cuando ya ha quedado más que demostrado que la realidad era totalmente opuesta.

4.3.3. La conducta típica

La acción típica consiste en “falsear” el objeto material descrito, es decir, serán aquellas manipulaciones o artificios contables provocados por los administradores de la sociedad. No obstante, no basta cualquier irregularidad contable, pues la acción de falsear debe impedir que se conozca la auténtica situación económica o jurídica de la sociedad ya que es así como se frustra el derecho de los destinatarios a una información veraz y transparente.⁷¹

La acción típica puede realizarse mediante comportamientos de hacer o no hacer, pues entra dentro de la conducta “falsear” tanto la aportación de datos falsos y manipulados, como la ocultación u omisión de aquellos datos que son imprescindibles para reflejar una imagen

⁷¹ AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) de 21 de diciembre FJ 1(ARP 2005, 81).

veraz y completa de la empresa y que, por tanto, los administradores tienen la obligación de presentar.⁷²

Por otra parte, se exige que la acción de falsear tenga idoneidad lesiva para el patrimonio, ya sea el de la propia sociedad como persona jurídica, el de sus socios, o el de cualquier tercero que pueda verse afectado. Por lo tanto, no es suficiente con que se lleve a cabo la acción de falsear las cuentas anuales, sino que, además, dicho falseamiento debe tener aptitud para provocar un perjuicio económico, creando así un peligro para el patrimonio privado como bien jurídico protegido. Mediante esta exigencia, el delito de falsedad de documentos societarios se configura como un tipo de peligro (tipo de mera actividad), aunque el legislador da especial importancia a aquellos supuestos en los que “además de la maniobra falsaria y la búsqueda del perjuicio, éste se materializa en forma concreta y económicamente evaluable”.⁷³

Como ya se ha mencionado, los acusados y administradores de derecho de la sociedad no contabilizaban, ni siquiera como provisiones, las deudas que tenían en virtud de los pactos de recompra garantizados a los inversores. Habían creado un negocio en el que, a medida que crecía su nivel de actividad, su situación económica empeoraba pues más pérdidas se generaban. A pesar de ello, anotaban como beneficios todo el dinero que ingresaban en Afinsa, sin reflejar en documento alguno que esos beneficios deberían ser devueltos junto con el interés adicional pactado.

Si bien es cierto que en la memoria de las cuentas anuales de la compañía se mencionaban los compromisos de recompra, ésta era muy insuficiente. No sólo porque dicha mención no se incluyó hasta el año 2003, sino porque, además, las provisiones para pérdidas que se asumían eran mínimas ya que se realizaban por la diferencia entre el precio de venta al cliente y el precio de garantizado sin tener en cuenta el precio al que habían adquirido la filatelia a sus proveedores.

⁷² STS de 13 de julio 655/2010 FJ 3(RJ2010, 7340); STS de 14 de diciembre 822/2015 FJ 4(RJ 2015, 5820); STS de 17 de marzo 228/2016 FJ 4 (RJ 2016, 1096).

⁷³ STS de 18 de febrero 150/2011 FJ 3 (RJ 2011, 2374).

También se ha comentado la excesiva sobrevaloración de los sellos. Así en su balance, el stock filatélico que figuraba en el activo era una auténtica ficción pues en ningún caso se atendía a su verdadero valor de mercado, sino que se contabilizaban al precio al que se le adjudicaban a los clientes, el cual era muy superior.

Aun así, constatadas las importantes irregularidades contables, se aprobaban y se presentaban dichas cuentas, vulnerando el principio general de imagen fiel. Afinsa proporcionaba la imagen de un negocio exitoso en el que no existían pérdidas ni problemas de liquidez, imagen totalmente distorsionada de la realidad e imagen idónea para causar un perjuicio económico a todos los terceros que confíasen en el negocio y decidiesen invertir en el mismo.

4.4. La culpabilidad

Al igual que al analizar el delito de estafa, en el de falsedad resultan exigibles los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para deducir la responsabilidad de los sujetos activos. No obstante, en este punto puede abreviarse el estudio y declararse que, nuevamente, no concurren causas de justificación, ni circunstancias que limiten al capacidad de culpabilidad o situaciones anormales que permitan exculpar de responsabilidad.

Con lo que respecta al contenido de la voluntad, también exige el tipo del art. 290 CP que la acción sea dolosa pues no está tipificada su comisión mediante imprudencia. En sus dos vertientes, la intelectual y la volitiva, el dolo debe abarcar no solo la acción falsaria sino también la idoneidad para causar el perjuicio.

Para afirmar la culpabilidad de los sujetos activos debe comprobarse que eran conscientes de la tipicidad de la conducta así como de su significación antijurídica. Ya se ha dicho previamente que los acusados conocían la situación real de la empresa y su falta de sentido económico y que, aun así, las cuentas que se aprobaron hasta la intervención mostraban una imagen solvente y con grandes beneficios. No es posible negar que conocían la falsedad de unas cuentas anuales que mostraban una imagen completamente distorsionada de la realidad.

Igualmente conocían la idoneidad de dicho falseamiento para causar un perjuicio económico a los clientes, pues en algún momento no podrían devolver las inversiones dada la estructura piramidal y la falta de valor de la filatelia.

Además, los mismos conocían que dichas acciones estaban prohibidas, es decir, actuaron aun sabiendo que lo hacían quebrantando el Derecho. Dada la conducta que hasta ahora se ha descrito, no cabe considerar que actuaran bajo un error de prohibición, pues al igual que en el delito de la estafa, el hecho de que los acusados conociesen la situación real de la empresa, muy diferente a la que reflejaban en sus cuentas anuales, impide admitir que creyesen que actuaban lícitamente.

Finalmente, se da también el elemento volitivo de la culpabilidad, pues todos ellos actuaron conforme a ese conocimiento y, aun siendo conscientes de la aptitud lesiva para el patrimonio de los inversores, continuaron con las acciones falsarias durante años.

4.5. El delito continuado: El art. 74.1 CP.

También se hecho referencia anteriormente al delito continuado y a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su apreciación. Siguiendo lo ya expuesto en el epígrafe 3.7., deben concurrir también en el tipo ahora estudiado las siguientes condiciones: debe darse una pluralidad de acciones delictivas que ofendan al mismo bien jurídico o que infrinjan el mismo precepto penal, que coincidan en unas coordenadas espacio-temporales próximas, y que concorra unidad de sujeto activo, un dolo unitario y homogeneidad en el *modus operandi*.

El modelo contable diseñado, que, como ya se ha dicho, no reflejaba los compromisos de recompra con los clientes y sobrevaloraba los sellos de su stock de filatelia, se mantuvo desde 1998 hasta 2004, pues fueron éstas las últimas cuentas anuales que se presentaron antes de la intervención judicial. Las acciones y omisiones de los administradores de Afsinsa consistentes en “falsear” fueron ciertamente una pluralidad de acciones dotadas de unidad. Obedecían a la ejecución de un mismo plan preconcebido y seguían una misma técnica o *modus operandi*

basado en la ocultación de la estructura piramidal y en la continua sobrevaloración de los activos. También actuaban guiados por un dolo unitario, pues en cada uno de los ejercicios presentaban unas cuentas manipuladas que les permitiesen ocultar su situación económica. Así, se vulneraba continuamente el principio contable de imagen fiel y se vulneraba asimismo de manera continuada el mismo precepto penal, constituyendo las actuaciones de los administradores una continuidad delictiva propia del art. 74.1 CP.

5. CUESTIONES CONCURSALES

Analizada la concurrencia de los delitos de estafa y de falsedad contable, debe atenderse a las cuestiones concursales de ambos delitos. También se contemplará la configuración del delito de insolvencia punible que, si bien no ha sido objeto de análisis, conviene incluir en este apartado ya que suscita asimismo problemas concursales dada su estrecha relación con los delitos estudiados.

Los socios y administradores de Afinsa son responsables de un delito continuado de estafa agravada, un delito continuado de falseamiento de cuentas anuales y un delito de insolvencia punible. Con lo que respecta a este último delito, regulado actualmente en el art. 259.2. CP, existe diversa jurisprudencia que admite, según el caso, su comisión en concurso de leyes y en concurso de delitos con el delito de estafa.

El concurso de leyes o de normas se aplica cuando el hecho se encuentra subsumido en varios preceptos penales, pero sólo uno puede aplicarse ya que comprende por sí solo el desvalor de todos los hechos y de lo contrario se vulneraría el principio *non bis in idem*. El TS, en numerosas ocasiones, ha resuelto la concurrencia de ambos delitos al amparo del art. 8.3 CP, el cual recoge una relación de consunción entre las normas penales. Establece que en aquellos casos en los que se provoca una situación de insolvencia en la empresa con el objetivo de disponer definitivamente de lo obtenido mediante el engaño, se aplica exclusivamente el delito de estafa quedando consumido y, por tanto impune, el delito de insolvencia. Se trata

de supuestos de agotamiento del delito de estafa, en los que la insolvencia consiste en un acto posterior para la “despatrimonialización” y el patrimonio de terceros coincide como bien jurídico protegido en ambos preceptos por lo que se califica el concurso como de normas.⁷⁴

Por otro lado, el concurso de delitos existe cuando es necesaria la aplicación de dos o más preceptos para abarcar todo el desvalor de la infracción sin que con ello se viole el principio *non bis in idem*. Dentro de los concursos de delitos, existe numerosa doctrina que mantiene la concurrencia de los delitos de estafa y de insolvencia en concurso real. Así, por ejemplo, casos en los que exista “una relevante separación temporal entre el desplazamiento patrimonial derivado del engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de las insolvencias punibles” o cuando “la despatrimonialización de las entidades [...] afecte a otros individuos distintos de los que engañosamente hicieron las aportaciones de capital, trascendiendo así el mero agotamiento de la estafa” debe diferenciarse la comisión de ambos delitos y, por tanto, cabe la acumulación material de las penas en aplicación del concurso real de delitos previsto en el art. 73 CP.⁷⁵

La jurisprudencia más reciente se basa en el interés socioeconómico que el delito de insolvencia punible tutela, bien jurídico que va más allá que el derecho personal de crédito. En tanto que se protege no sólo el patrimonio privado, sino también la confianza depositada sobre el correcto desarrollo de las operaciones comerciales y financieras, no puede entenderse que existe un concurso de normas, pues el art. 8 CP exige para su aplicación que los preceptos penales que concurren protejan el mismo bien jurídico.⁷⁶

En el caso concerniente, esta última justificación se presenta como la más conveniente. No cabe la apreciación de un concurso de normas, pues como se ha expuesto el bien jurídico inmediatamente atacado en la comisión del delito de estafa es el patrimonio privado de los clientes del negocio filatélico. Aunque no se haya analizado el delito de insolvencia punible, puede concluirse que la insolvencia de la compañía fue consecuencia de la falta de sentido económico del negocio, y que no sólo afectó a los clientes víctimas del engaño, sino también

⁷⁴ STS de 1 de marzo 131/2017 FJ 10 (RJ 2017, 1096); STS de 20 de diciembre 1522/2005 FJ 2 (RJ 2006, 289).

⁷⁵ STS de 14 de junio 429/2017 FJ6 (RJ 2017, 4866); STS de 1 de marzo 130/2016 FJ2 (RJ 2017/962).

⁷⁶ STS de 23 de febrero 94/2018 FJ 5 (JUR 2018, 75201); STS de 14 de junio 429/2017 FJ6 (RJ 2017, 4866).

a muchos de los proveedores y trabajadores también relacionados con Afinsa pero ajenos a la estafa. Por ello, no puede entenderse que proceda la aplicación del art. 8.3 CP, pues el delito de estafa no tiene la amplitud valorativa suficiente para absorber el delito de insolvencia.

En consecuencia, es posible apreciar un concurso de delitos, en concreto un supuesto de concurso ideal pues como se acaba de mencionar, la situación de insolvencia fue resultado del negocio fraudulento de Afinsa que, por la red comercial creada y la estructura piramidal sobre la que se basaba, implicaba la imposibilidad de generar beneficios. Bajo estas condiciones, procede aplicar el art. 77 CP pues “un solo hecho constituye dos o más infracciones”.

Con respecto a la concurrencia de ambos delitos con el delito de falsedad contable se dan también problemas concursales. En relación a lo expuesto sobre la falsedad, puede resumirse que el tipo tutela la funcionalidad de los documentos societarios y el derecho de los socios y de terceras personas a conocer la verdadera situación económica de la sociedad. De nuevo aparece un bien jurídico protegido más intenso, y que, por tanto, no puede llevar a la apreciación de concurso de normas. El delito de falsedad parece tener autonomía propia pues se dan diferentes unidades de acción consistentes en la alteración de las cuentas, lo que impide apreciar el concurso ideal con la estafa y la insolvencia, pues, como ya se dijo, éste exige la unidad de acción.

No obstante, al analizar los elementos del tipo de la estafa ya se mencionó que el “error” que llevó a miles de personas a invertir en el negocio filatélico se fundaba sobre la imagen ficticia de solvencia y la supuesta seguridad de los bienes en los que se invertía, los cuales estaban excesivamente sobrevalorados. Por ello, la falsedad de las cuentas anuales no es un delito independiente, sino que constituía el medio necesario para que la actividad fraudulenta siguiera funcionando. En este caso procede nuevamente la aplicación del art. 77 CP, que estipula que concurre concurso medial cuando uno de los delitos es “medio necesario para cometer el otro”. Aunque exista una pluralidad de acciones con diversos resultados típicos,

hay unidad de pensamiento y voluntad así como una relación medio a fin entre los delitos que conlleva a la apreciación del concurso medial.⁷⁷

6. DETERMINACIÓN DE LA PENA

La determinación de la pena permite concretar qué tipo y en qué medida debe imponerse la condena a cada uno de los acusados por los delitos que se les atribuyen, partiendo del marco abstracto de cada tipo penal y atendiendo después al grado de ejecución, participación y circunstancias modificativas que concurran.

6.1. Marco abstracto

De conformidad con lo establecido, los acusados han incurrido en la comisión de tres infracciones penales: delito continuado de estafa agravada, delito de insolvencia punible y delito continuado de falsedad de documentos societarios.

La pena correspondiente para el tipo agravado de estafa es de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses (art. 250.1 CP). Además, en aplicación del art. 74.2 CP que regula el delito masa, se determina que se impondrá la pena superior en uno o dos grados. La gravedad de la estafa es evidente no sólo por el número de perjudicados, sino también por el volumen del dinero estafado y por la situación económica en la que quedaron muchas familias. En atención a la gravedad, pero atendiendo también a la necesidad de una pena coherente, se estima la concreción del marco penal elevado en un grado, es decir, entre seis años y un día a nueve años de prisión y multa de doce meses y un día a dieciocho meses.

Además se ha establecido la concurrencia de un concurso ideal entre la estafa y la insolvencia punible y un concurso medial entre éstos y la falsedad de documentos societarios. De acuerdo

⁷⁷ STS de 21 de abril 346/2016 FJ 1 (RJ 2016, 1503).

con el art. 77 CP “se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave”, que en este caso es la estafa.⁷⁸ Así en aplicación del art. 77.2 y 77.3 CP corresponde fijar el siguiente marco penal: ocho años, tres meses y un día a nueve años de prisión y dieciséis meses y dieciséis días a dieciocho meses de multa, que correspondería a la mitad superior de la mitad superior de la pena en abstracto antes determinada.

6.2. Marco concreto

6.2.1. Circunstancias modificativas

El CP, en sus artículos 21, 22 y 23, recoge un catálogo de circunstancias que ayuda a determinar la pena que en cada caso concreto corresponde atendiendo a diversos elementos o factores que pueden darse en relación con el injusto penal. Existen por tanto circunstancias que agravan la pena pero también circunstancias que la disminuyen.

En este caso concreto, solo cabe considerar la atenuación prevista en el art. 21.6 CP que contempla “la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del proceso”. Se exige para su aplicación que se den tres requisitos: (a) que la duración del procedimiento sea extraordinaria, (b) que sea indebida y que no guarde proporción con la complejidad de la causa, y (c) que no sea atribuible al propio inculpado.⁷⁹

Transcurrieron exactamente diez años desde que Afinsa fue intervenida judicialmente en mayo de 2006 hasta 2016 cuando la AN dictó sentencia condenatoria. Una duración de diez años en la resolución de un pleito ciertamente es un tiempo excesivo que vulnera el derecho fundamental de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas.

⁷⁸ El CP en su redacción actual prevé en su art. 259 una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses para el delito de insolvencia; y en su art. 290 una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que en su mitad superior en aplicación del art. 74.1 sería de 2 años y 1 día a 3 años de prisión y multa de 9 meses y 1 día a 12 meses.

⁷⁹ STS 938/2013 de 10 de diciembre FJ 5 (RJ 2014, 331).

Ahora bien, para la aplicación de esta atenuante se debe atender a cuestiones como la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de procesos similares o la conducta procesal del acusado y la del órgano jurisdiccional. Por ello, no puede ignorarse la extraordinaria complejidad de un fraude que afectó a cerca de 200.000 clientes e involucraba a decenas de procesados, testigos y acusaciones particulares. Además el holding contaba con más de 20 sociedades, de las cuales muchas estaban constituidas en el extranjero para lo que se tuvo que acudir al auxilio judicial internacional.

Puede por tanto apreciarse la concurrencia de una atenuante simple, ya que si bien la duración del proceso fue excesivamente larga, esta se encuentra justificada, en cierto grado, por la extraordinaria complejidad del caso. De acuerdo con lo establecido en el art. 66.1 CP procede la aplicación de la pena en su mitad inferior, concretando el marco penal en:

- Prisión de ocho años, tres meses y día a ocho años, siete meses y quince días
- Multa de dieciséis meses y dieciséis días a diecisiete meses y ocho días.

6.2.2. Grado de ejecución

En todos los casos, los delitos han de castigarse como consumados al haberse ejecutado todos los elementos de los respectivos tipos delictivos.

En lo que concierne al delito de estafa, éste se consuma desde que los defraudadores disponen del dinero de los inversores, es decir, una vez se ha producido el desplazamiento patrimonial y el consecuente perjuicio económico en el patrimonio de los mismos. Por otra parte, el delito de falsedad contable, como delito de peligro, se consuma cuando los administradores formulan y aprueban las cuentas logrando que estas sean accesibles a terceras personas, pues desde ese momento ya puede valorarse que existe idoneidad para causar un perjuicio, sin que sea necesario que efectivamente se cause.

6.2.3. Grado de participación

El CP también contempla distintos niveles de participación en la realización de infracciones penales y les atribuye distinta penalidad atendiendo a si los sujetos responden a título de autor o de cómplice.

El art. 28 CP establece que “son autores quienes realiza el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven de instrumento”, y que también se consideran autores los inductores y los cooperadores necesarios.

Dentro de la cúpula directiva de Afinsa, los socios fundadores, Cano Cuevas y Figueiredo Nascimento, fueron quienes diseñaron el modelo de negocio pero la administración de la compañía la compartían con los otros tres acusados principales. Además, cada uno de ellos dirigía un área esencial en la actividad empresarial, de forma que mientras unos tenían una participación mayor en el ámbito de la filatelia, otros la tenían en el ámbito comercial o en el financiero. La cuestión es que todos participaron de una forma fundamental en el mantenimiento del negocio, y que, con independencia del papel adoptado por cada uno de ellos o de sus aportaciones parciales en el día a día de la empresa, las actividades delictivas fueron realizadas por todos ellos conjuntamente.

Todos ellos conocían los aspectos esenciales de Afinsa. Como miembros del Consejo de Administración, intervenían en la toma de decisiones importantes, tales como, la red comercial, la forma de los contratos, el sistema de contabilidad, la valoración de los sellos, etc. El negocio estaba diseñado para captar fondos a gran escala y, conscientes de la inviabilidad y de la falta de sentido económico del negocio, actuaban conjuntamente para mantenerlo en funcionamiento. Se mantiene, por tanto, la figura de coautoría prevista en el art. 28 CP que exige que cada coautor colabore con alguna aportación objetiva y causal dirigida a la consecución del fin conjunto pero sin que sea necesario que cada uno ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo.⁸⁰

⁸⁰ STS de 14 de febrero 78/2018 FJ 1 (RJ 2018/723)

Los cinco administradores participaron de forma coordinada en la comisión de los delitos aquí observados (la estafa, la falsedad contable y la insolvencia). No obstante, puede destacarse la posición de Ballester López quien solo perteneció al órgano de administración desde el año 2002 hasta el 2004, y por tanto, no puede inculparse como autor material de los delitos especiales de insolvencia y falsedad. En todo caso, si podrá considerarse cooperador necesario pues en su condición de director financiero ideó un sistema contable, el que permitía aparentar beneficios y solvencia en la compañía, sin el cual los hechos delictivos no se podrían haber realizado.

6.3. Pena impuesta

Atendiendo a las cuestiones concursales y a las circunstancias modificativas la pena a imponer a cada uno de los sujetos queda comprendida entre 8 años, 3 meses y 1 día y 8 años, 7 meses y 15 días de prisión y multa de 16 meses y 16 días y 17 meses y 8 días. Para concretar la extensión de la pena de los responsables cabe además acudir a las especiales aportaciones de cada uno.

- A D. Juan Antonio Cano Cuevas, por su condición de socio fundador, consejero delegado y presidente ejecutivo al frente hasta la fecha de intervención, así como su esencial aportación a la configuración del modelo de negocio de Afinsa le corresponde la mayor de las penas que se concreta 8 años y 7 meses de prisión y multa de 17 meses.
- A D. Carlos de Figueiredo Escribá, por su condición de miembro del Consejo desde 1997 hasta la fecha de intervención y su fundamental cooperación en el negocio fraudulento, corresponde una pena de prisión de 8 años y 6 meses y multa de 17 meses.
- A D. Vicente Martín Peña, miembro del Consejo desde 2002, por su especial contribución como director de la red comercial durante la etapa de mayor crecimiento

de clientes e inversiones recibidas, se estima adecuada la pena de prisión de 8 años y 5 meses y multa de 17 meses.

- A D. Albertino de Figueiredo Nascimento, también socio fundador junto a Cano Cuevas, si bien en junio de 2003 dimitió y dejó la administración, por lo que le corresponde la pena de prisión de 8 años y 4 meses y 15 días y multa de 17 meses.
- A D. Emilio Ballester López, a quien se le imputan los delitos a título de cooperador necesario, procede, respetando el mismo marco penal, la imposición de la pena de 8 años y 4 meses de prisión y multa de 17 meses.

En cuanto a las cuotas diarias de multa y de acuerdo con las reglas del art. 50 CP que exige atender a la capacidad económica del reo, pero respetando el límite máximo de 400 euros, se fija dicho importe en la cifra de 200 euros. Por tanto, el importe total de la pena de multa será de: 17 meses x 360 días x 200 euros = 1.224.000 euros.

Por el tiempo de condena privativa de libertad, a los cinco condenados, se les imponen accesoriamente las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como para la administración de sociedades de capital.

7. LA PERSONA JURÍDICA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del CP mediante la LO 5/2010 de 22 de junio. Con la nueva regulación se elimina el principio *societas delinquere non potest* y con ello se refuerza la prevención del delito. Con independencia de la responsabilidad de las personas físicas que integran la persona jurídica, el ordenamiento penal puede dirigirse directamente contra la sociedad por

los delitos que en su seno cometen quienes actúan en nombre y provecho de la sociedad, sin que sea necesaria su concreta identificación.⁸¹

En la fecha de ejecución de los hechos, y aunque es evidente que las infracciones aquí estudiadas se cometieron en el seno de Afinsa, la responsabilidad penal corporativa aun no se había incorporado en el CP. Hasta entonces debía acudirse a la norma del art. 31 CP⁸² para evitar que las actuaciones delictivas cometidas bajo el manto de una persona jurídica quedasen impunes.⁸³

Así por ejemplo, la figura del deudor contemplada en el delito de insolvencia punible del art. 259.2 CP la detenta Afinsa como persona jurídica, pero, en aplicación del art. 31 complementariamente al art. 28, se condena a las personas físicas que intervinieron en su comisión, en este caso, los cinco administradores que actuaban por cuenta de la compañía.

Con los cambios introducidos por la reforma del CP de 2010, los mismos administradores siguen siendo responsables de los delitos que se les imputan, pero adicionalmente Afinsa sería penalmente responsable de los mismos delitos en virtud del reciente art 31 bis.⁸⁴

⁸¹ Agudo Fernández, A., Jaén Vallejo, M. & Perrino Pérez, A.L., Derecho penal de las personas jurídicas, Dykinson, Madrid, 2016, p. 23.

⁸² Art. 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

⁸³ STS de 27 de octubre 1100/2011 FJ 11; STS de 12 de noviembre 714/2014 FJ 4

⁸⁴ El art. 31 bis CP establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables “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”.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO FERNÁNDEZ, A., JAÉN VALLEJO, M. & PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal de las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2016

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

BOIX REIG, J., *Derecho Penal Parte Especial Volumen II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Iustel, Madrid, 2012.

CHAMARRO, I. M., *Delitos societarios: las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El Delito de Estafa*, Bosch, Barcelona, 2009.

CORCOY BIDASOLO, M., et al., *Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995” en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5, 1998, pp. 61-150.

GARAY, L. M., “Imputabilidad y elementos del delito”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 110, 2006, pp. 93-136.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Función y contenido del error en el tipo de estafa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1985, vol. 38, núm. 2, 1985, pp. 333-346.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., RAMOS TAPIA, M. I., & ESQUINAS VALVERDE, P., *Lecciones Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1988.

MIR PUIG, S., “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en *Cuadernos de derecho judicial – Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 9-36.

MUÑOZ CONDE, F., “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 67-76.

OBREGÓN GARCÍA, A. & GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, Tecnos, Madrid, 2012.

POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General Tomo II*, Tecnos, Madrid, 2013.

SERRANO GÓMEZ, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárrga, M.D. & Vázquez González, C., *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., el at., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Culpabilidad-responsabilidad” en *Anuario de Derecho Penal*, 2003.

VALLE MUÑIZ, J.M., “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 39, núm. 3, 1986, pp. 863-876.

VON HENTIG, H., *Estudios de psicología criminal III*, La Estafa, Espasa-Calpe, Madrid, 1964.

ZÁRATE CONDE A. & GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho Penal Parte General*, La Ley, Madrid, 2015.