



Universidad Internacional de La Rioja  
Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**Anatomía de una Estafa Piramidal:  
Caso AFINSA.**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Carlos de Joaquín Rivera.
Tipo de trabajo:	Académico.
Director/a:	Dra. Gema Martínez Galindo.
Fecha:	16/07/2020.

## Índice de contenidos

1.	Listado de Abreviaturas y Siglas .....	4
2.	Resumen.....	5
3.	Introducción .....	6
3.1.	Justificación del tema elegido .....	6
3.2.	Problema y finalidad del trabajo .....	7
3.3.	Objetivos .....	8
4.	Marco teórico y desarrollo.....	8
4.1.	Aspectos Preliminares: Concepto básico de estafa piramidal .....	8
4.1.1.	Concepto básico de estafa piramidal.....	8
4.1.1.1.	Antecedentes Históricos de las estafas piramidales y sus diferencias con el multinivel piramidal. ....	9
4.1.1.2.	Introducción a la estafa piramidal de AFINSA.....	10
4.2.	Los tipos penales de defraudación en las estafas piramidales .....	12
4.2.1.	El tipo penal de estafa <i>ex art. 248 CP</i> y el caso AFINSA.....	12
4.2.2.	El tipo penal de falsedad de cuentas anuales <i>ex art. 290 CP</i> y el caso AFINSA. ....	15
4.2.3.	El tipo penal de insolvencia punible <i>ex art. 260 de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i> y el caso AFINSA. ....	17
4.3.	Los principales hechos probados en las estafas piramidales y del caso AFINSA: Fases comunes de las estafas piramidales.....	21
4.3.1.	El dolo antecedente en la estafa piramidal. ....	21
4.3.2.	La idoneidad del engaño bastante en la estafa piramidal. ....	23
4.3.3.	La existencia del perjuicio directo y del acto dispositivo en la estafa piramidal.	
	25	
4.4.	Principales formas de autoría en la estafa piramidal: Formas típicas de participación y el caso AFINSA. ....	28

4.4.1. Autoría material en la estafa piramidal y el caso AFINSA.....	28
4.5. El delito de estafa agravada y el caso AFINSA. El delito masa y circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. ....	32
4.5.1. Apreciación cualificada del tipo en la estafa piramidal y el delito masa. C.....	33
4.5.2. Circunstancias atenuantes de típica apreciación en la estafa piramidal.....	35
4.6. Penas impuestas en el caso AFINSA: Posibilidad de concurso de delitos en la estafa piramidal y penas accesorias. ....	37
4.6.1. Responsabilidad civil del caso AFINSA: Criterios de consideración a efectos de indemnizaciones en la estafa piramidal.....	40
5. Conclusiones.....	41
6. Referencias bibliográficas .....	44

## 1. Listado de Abreviaturas y Siglas

AC: Administración Concursal

AEAT: Agencia Estatal de la Administración Tributaria

AN: Audiencia Nacional

Art.: Artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CCom: Código de Comercio

CE: Consejo Europeo

CEACT: Conferencia Europea de Administración de Correo y Telecomunicaciones

CIT: Contratos de Intermediación Temporal

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CP: Código Penal

EEUU: Estados Unidos

IS: Impuesto de Sociedades

IVA: Impuesto sobre el Valor añadido

JM: Juzgados de lo Mercantil

LC: Ley Concursal

LIIC: Ley de Instituciones de Inversión Colectiva

LO: Ley Orgánica

LSC: Ley de Sociedades de Capital

MF: Ministerio Fiscal

PIC: Plan de Ingresos Complementarios

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

ss.: y siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

## 2. Resumen

El estudio y el análisis de la estafa piramidal de AFINSA nos ofrecen una serie de características y principios capaces de explicar cuál es la dinámica criminal de una estafa piramidal. La doctrina más refrendada confirma el efecto devastador de una estafa piramidal y la necesidad de una respuesta penal preventiva. Los pronunciamientos de la AN y del TS sobre el fraude de AFINSA destacaron aquellos aspectos claves que ahora más atención merecen especialmente las propiedades inherentes a la estructura piramidal y al propósito criminal que la motiva. La complejidad del precedente de AFINSA puso de manifiesto la necesidad de introducir un nuevo tipo específico en nuestro CP que prevea la organización piramidal como hecho potencialmente lesivo para el conjunto de derechos fundamentales y valores de nuestra sociedad.

**Palabras clave:** Estafa piramidal; AFINSA; Engaño Bastante; Propiedades Esenciales; Perjuicio.

## Abstract

The AN and TS pronouncements on AFINSA fraud highlighted those key aspects that now deserve more attention, especially the properties inherent in the pyramid structure and the criminal purpose that motivates it. The complexity of AFINSA's precedent revealed the need to introduce a new specific type in our CP that prevents pyramid organization as a potentially damaging event for the set of fundamental rights and values of our society.

**Keywords:** Pyramid Scam; AFINSA; Enough Deception; Essential Properties; Damage.

### 3. Introducción

En la actualidad, las estafas piramidales se incardinan como fenómeno criminal cada vez más presente en nuestra sociedad. Nuestro Código Penal (CP, en adelante) no ofrece una tipificación específica de esta modalidad de estafa. La pluralidad de elementos que presentan las estafas piramidales las hacen merecedoras de un especial interés en cuanto a su análisis doctrinal y académico: la cuantía de bienes y recursos económicos que comprenden, la multitud de afectados, la organización criminal intelectual, la ejecución de la estafa así como la compatibilidad de tales elementos con su internacionalidad.

En la historia judicial de España podemos encontrar una gran variedad de estafas. El caso Bankia investigado por un delito de estafa de inversores *ex art. 282bis*, el caso Investahorro calificada como "empresa piramidal" cuyo autor principal fue condenado por un delito masa de estafa -*art. 248.1 CP y art. 249 CP en relación con el art. 74.2 CP-* o bien la estafa piramidal internacional de Evolutions Market Group más conocida por Finanzas Forex cuyos autores principales fueron condenados por los delitos de: falsedad en documento público *ex art. 392 CP* y estafa continuada –*arts. 248 y 249 CP en relación con el art. 74CP-* en concurso medial con un delito de blanqueo de capitales *ex art. 301.1 CP* y asociación ilícita *ex art. 515 CP*.

Sin embargo, las estafa piramidales de AFINSA y el Fórum Filatélico tuvieron una especial transcendencia no sólo por la cantidad de víctimas que resultaron perjudicadas sino por la singularidad de algunas características que aquí interesan, especialmente, la efectividad y duración de su diseño piramidal así como la complejidad del mismo.

#### 3.1. Justificación del tema elegido

El análisis penal del caso AFINSA permite una subsunción de los elementos propios de una estructura piramidal con los tipos penales de típica apreciación en nuestro CP, principalmente, los contenidos en su capítulo VI "De las defraudaciones". Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo se introdujeron importantes novedades de carácter legal como la responsabilidad penal de las personas jurídicas del *art. 31bis CP*.

Cabe destacar también la introducción por el art. 251bis por el artículo único de la LO 5/2010 de 30 de marzo que supuso la posibilidad de condenar a las personas jurídicas por los delitos comprendidos en la sección 1ª de las estafas y en el que se ubica el tipo especial de estafa agravada.

La introducción del precepto por la LO 5/2010 del CP permitió la oportunidad de imputar delitos previstos en la sección 1ª del Capítulo VI del CP a personas jurídicas que se sirvieran de la organización piramidal para delinquir. Debe advertirse que el conjunto de los hechos probados relativos a AFINSA sucedieron con carácter previo a la reforma del CP de 2010.

De forma objetiva se ha seleccionado el caso AFINSA como muestrario del presente análisis e investigación académica por presentar un importante *iter procesal*. La Audiencia Nacional (AN, en adelante) y su Juzgado Central de Instrucción junto con la Sala Segunda del Tribunal Supremo nos brindan la oportunidad de conocer una teorización jurisprudencial sobre la estafa piramidal que la hace merecedora de exposición. En otras palabras, los principales pronunciamientos jurisprudenciales del *iter procesal* mencionado son: SAN 22/2006 de 27 de julio y la STS749/2017 de 21 de noviembre.

### 3.2. Problema y finalidad del trabajo

La casuística que presenta una estafa piramidal suele ser de una gran complejidad. El auge de este fenómeno criminal no ha motivado al legislador a introducir un tipo penal específico que prevea la organización piramidal como delito autónomo. La jurisprudencia y doctrina han realizado una extensa labor de interpretación y análisis de este tipo de estafa que permite conocer cuáles son sus principales características y presupuestos.

En este contexto resulta interesante analizar cuál ha sido la respuesta punitiva de nuestro CP ante las estafas piramidales como fenómeno delictivo. La capacidad de abstracción de la jurisprudencia junto a las aportaciones de la doctrina ha permitido estudiar este tipo de estafa desde la óptica del concurso de delitos. Así, en este sentido se ha podido observar el concurso de delito de estafa *ex art.248 CP* con el delito de falsedad en cuentas anuales del art. 390CP o bien con el delito de insolvencia punible *ex art. 275CP* lo que ha permitido poner de relieve sus principales características y presupuestos.

La finalidad del presente trabajo es estudiar la capacidad de la respuesta punitiva del CP ante la dinámica y desarrollo de las estafas piramidales mediante el análisis de los principales pronunciamientos jurisprudenciales del caso AFINSA.

### 3.3. Objetivos

Los objetivos del presente trabajo de fin de estudios son los siguientes:

- Extracción de: características, principios y conclusiones del modelo piramidal del supuesto judicial analizado -caso AFINSA-.
- Justificar y analizar cómo los elementos anteriores devienen indispensables para el éxito del propósito criminal de una estafa piramidal básica.
- Deducir de los hechos probados del caso AFINSA que características y conceptos dogmáticos merecieron un especial interés jurisprudencial por su estrecha relación con el concepto de estafa piramidal.

## 4. Marco teórico y desarrollo

En la definición del concepto de estafa piramidal estarán presentes los elementos del tipo básico de estafa *ex art. 248 del CP*: el ánimo de lucro, el engaño bastante y sus cualidades de idoneidad así como el perjuicio propio o ajeno. A este respecto, GARCÍA (2000, p.252) afirma que "los anteriores elementos concurren en las distintas modalidades de estafa identificándose como un contenido de mínimos".

### 4.1. Aspectos Preliminares: Concepto básico de estafa piramidal

#### 4.1.1. Concepto básico de estafa piramidal.

El concepto funcional de estafa piramidal es distinto al concepto penal de estafa *ex art. 248 CP*. Sobre este ámbito se sugiere el concepto de estafa piramidal como aquél modelo matemático-estocástico cuya capacidad financiera está dirigida a la captación de capital ajeno. Una característica es la constante inferioridad de los recursos propios frente al capital ingresado por terceros. Esta inferioridad también se observa frente a la incapacidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante el rendimiento de los activos propios del modelo piramidal comportando, en consecuencia, una ratio de solvencia que indique un



estado de quiebra actual o inminente (MAYORGA-ZAMBRANO, QUITISACA-SAMANIEGO y MEDINA 2013).

Existe alguna construcción jurisprudencial sobre el concepto básico de estafa piramidal en que se alude a sus características funcionales y financieras. A modo comparativo, la STS 467/2018 de 15 de octubre ofrece la siguiente exposición “ (...) *una puesta en escena de un designio criminal único destinado a la defraudación indeterminada de personas (...) la acción defraudatoria sobre una persona para que a su vez (...) consecuencia de su propio engaño (...) otras víctimas realicen similares inversiones sin contacto alguno con el autor del esquema piramidal (...) deviniendo ello una mecánica común (...)* ”.

Como ha sido mencionado anteriormente, en ninguna de las reformas del CP introducidas por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo y por la L.O. 5/2010, de 22 de junio se introdujo un tipo específico que prevea como conducta típica la misma organización piramidal como sí lo ha sido en caso del delito de organización criminal del art. 570.1 *bis* CP. En línea con lo anterior y, con respecto al concierto indefinido de personas con finalidad criminal, también obedece a una tipificación específica el delito de estafa de inversores *ex art. 282bis* CP en el que el legislador ya sustancio la causalidad necesaria entre el engaño bastante y el folleto de emisión dirigido a los inversores.

.

#### 4.1.1.1. Antecedentes Históricos de las estafas piramidales y sus diferencias con el multinivel piramidal.

El antecedente histórico del modelo básico de estafa piramidal lo personifica el pintoresco personaje de Carlo Ponzi –nacido en Lugo, Italia (1882)- y su trama societaria del Securities Exchange Company. Un esquema piramidal básico donde se sirvió de la oferta de cupones de mensajería postal para conseguir la captación y circulación del capital ajeno ofreciendo una importante rentabilidad. El fundamento que sostuvo la atractiva rentabilidad se justificó por la demanda de mensajería postal característica del periodo de posguerra de la primera guerra mundial en la Italia (ANDREA 2007). Sin más interés, el entramado quedó desvelado por la suspensión de pagos de proveedores que reveló un periodista del Boston Post, Clarence Barron.

Del episodio criminal de Ponzi lo único relevante para la ciencia jurídico-penal es la abstracción del modelo del que se sirvió. El esquema piramidal tipo Ponzi presenta unos

rasgos fundamentales de carácter descriptivo: en la cúspide hallaríamos al autor intelectual del propósito de captación y apropiación fraudulenta de capital ajeno del que se nutrirá la base piramidal, un modelo de negocio que se presenta implacable y de imposible frustración en lo que concierne a las expectativas del inversor y la intrínseca necesidad de captación de tesorería ajena para sostener el propósito criminal en el tiempo.

Las consideraciones precedentes no dejan de ser nociones básicas sobre el concepto de estafa piramidal si bien ya permiten una analogía y apreciación en fraudes piramidales que han sido de interés público y periodístico, en este sentido: William Miller y su famosa tasa de "520 per cent" promovida por su sociedad "Unión Franklin" (1899) en Estados Unidos, la estafa de lácticos sudafricana de Adrian Nieuwoudt de 1984 o bien, algunos casos de reciente notoriedad en la sociedad española como el entramado societario de Nueva Rumasa en el que puede apreciarse semejantes características a las anteriormente referidas.

De igual forma, una primera diferenciación con las nociones clásicas del concepto estafa piramidal tipo Ponzi se pone de relieve con el actual sistema multinivel piramidal. Así mismo, las principales diferencias entre ambos modelos son:

- El pago ficcionario a los asociados proviene de la venta directa de un producto o servicio realizada por los mismos y no del capital aportado de los nuevos inversores (GARCÍA 2001).
- El beneficio ficticio del inversor se obtiene una vez realizado el desembolso por las ventas de los nuevos participantes en el multinivel que por su cuenta haya incorporado provocando así una creencia falsaria en la víctima de licitud de sus actos propios cuando procede a captar capital ajeno (TATO, FERNÁNDEZ y HERRERA 2010).
- La posibilidad de nuevas y reiteradas incorporaciones elevan en el tiempo el resultado fatal de colapso financiero y suspensión de pagos a diferencia del modelo tipo Ponzi dónde la fatalidad futura está directamente condicionada a las primeras grandes aportaciones (MAYORGA-ZAMBRANO *et al.* 2013).

#### 4.1.1.2. Introducción a la estafa piramidal de AFINSA.

La naturaleza societaria de AFINSA fue de grupo empresarial multinacional constituido por Alberto de Figueredo en 1980. La relación que une el fraude piramidal de AFINSA con el Fórum Filatélico, sociedad anónima española constituida en 1979, es la actividad mercantil en el sector filatélico.

La actividad de AFINSA estaba dirigida a la inversión en productos filatélicos mientras que el Fórum Filatélico presentaba una actividad de compraventa de series y lotes de sellos de correo. La relación entre ambas sociedades se pone de manifiesto al comprender su dedicación exclusiva al mercado filatélico español aunque, con respecto a AFINSA, debe destacarse su compleja organización empresarial representada por un gran número de filiales y sociedades participadas que le permitieron dotarse de una estructura piramidal de calado internacional.

Desde la perspectiva histórica de AFINSA su trayectoria puede ser abordada por los antecedentes judiciales que protagonizó. Al respecto, destacaron especialmente los ejercicios económicos comprendidos entre el año 2000 y 2006 siendo de especial relevancia los tres primeros años por la finalización de varios procedimientos de inspección abiertos por la AEAT sobre distintos tipos impositivos concernientes a la operativa mercantil de AFINSA.

Resulta evidente, pues, resaltar cual fue el contenido de las resoluciones de los respectivos procedimientos de inspección los cuales se pronunciaron sobre extremos meramente periféricos al fraude piramidal de AFINSA. En otras palabras, fue objeto de discusión la naturaleza jurídica y fiscal de la actividad de AFINSA así como su incidencia en la base imponible del IS y del régimen de liquidación del IVA.

En el plano procesal, una segunda fase de AFINSA la protagonizaron las primeras diligencias de investigación destacando la operación Atrio en mayo del 2006. El 24 de abril de 2006 el Ministerio Fiscal interpuso querrela al Juzgado Central de Instrucción de la AN y, en la misma fecha y ante el mismo órgano jurisdiccional se añadió la querrela contra el Fórum Filatélico. De forma cronológica, una última fase adquirió un carácter eminentemente judicial destacando el auto de los Juzgados de lo Mercantil nº6 de Madrid de 14 de julio del 2006 que conllevó la iniciación del procedimiento concursal de AFINSA. Con posterioridad hubo una fase instructora que duró más de 10 de años que comportaron dilaciones.

De acuerdo con el efectivo acceso judicial, las principales resoluciones concernientes a AFINSA que guardan relación con el objeto de estudio del presente trabajo son:

- SAN 22/2016 de 27 de julio, por la que se condena, en primera instancia, a los acusados por delitos continuados de estafa agravada, insolvencia punible, delito

continuado de falseamiento de cuentas anuales, blanqueo de capitales y delito contra la Hacienda Pública.

- STS 749/2017 de 21 de noviembre, por la que se estima, parcialmente, el recurso de casación interpuesto contra la SAN 22/2016 de 27 de julio revisando las penas impuestas por apreciación de concurso ideal entre los delitos de estafa agravada e insolvencia punible y, un concurso medial entre éstos y el delito de falsedad en cuentas anuales.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 3 de noviembre de 2008 en la se estimó, parcialmente, la demanda incidental de AFINSA y se calificó la naturaleza jurídica de los contratos empleados como "operación financiera semejante al depósito irregular a plazo" así como la garantía accesoria de reintegrar el capital e intereses como una obligación autónoma y subsidiaria.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid de 14 de julio de 2006, por el que se declaró el concurso necesario de acreedores de AFINSA nº 208/2006. A este respecto también fue de especial interés el informe y análisis de la AC sobre las masas patrimoniales y el modelo contable de AFINSA.

#### 4.2. Los tipos penales de defraudación en las estafas piramidales

El concepto penal de defraudación es transversal, prueba de ello es su tipificación des del art. 248 al art.256 del CP donde podemos encontrar: delito de estafa, apropiación indebida y defraudación de fluidos eléctricos y análogos. La defraudación se define como una modalidad comisiva que abarca a todos aquellos delitos contra el patrimonio que se llevan a cabo mediante engaño o abuso de confianza (SOTO 2002).

##### 4.2.1. El tipo penal de estafa *ex art. 248 CP* y el caso AFINSA.

La definición básica del tipo penal de estafa la confiere el art. 248 del CP que en su redacción ofrece cuatro aspectos claves a efectos de comprender la dinámica de una estafa piramidal: el ánimo de lucro, el engaño bastante y sus propiedades de idoneidad para causar error en la víctima y, por último, el perjuicio patrimonial en la víctima o tercero consecuencia del error. El ánimo de lucro goza de una plena identificación con el propósito criminal pretendido por los autores de una estafa piramidal. Al pertenecer al ámbito subjetivo de la acción típica requerirá de plena probatoriedad.

La doctrina ha defendido que "la materialización del componente subjetivo de carácter lucrativo queda acreditado en la estafa piramidal en dos extremos: en el objeto que es empleado para causar el engaño y en el revestimiento de éste de propiedades perfectas para una captación masiva de capital ajeno" (LLAMAS 2010, p.4).

A la consideración doctrinal anterior sobre el ámbito subjetivo debe añadirse la jurisprudencia del TS protagonizada por la STS 300/2001 de 22 de febrero en relación con la STS 254/2011 de 29 de marzo y el ATS 1629/2004 de 9 de diciembre. En éstas se hace referencia a la autonomía entre el perjuicio típico realizado con respecto al propósito criminal de enriquecimiento injusto pues lo trascendente a efectos de la imputación objetiva de los hechos probados al tipo penal de estafa *ex art. 248 CP* es la obtención de la ventaja patrimonial mediante engaño.

Cual fueren aquellos hechos probados de la casuística de AFINSA que permitieron acreditar la existencia de un ánimo lucrativo, éstos debieron ser imputables a la propia estructura piramidal y a los que tuvieron potestad de incidir sobre la misma. La maquinación falaz sobre la configuración jurídica de los contratos en los que se concretó la inversión filatélica y su apariencia contable fueron fruto de una perspicaz intención de captar capital de forma fraudulenta.

Los anteriores conceptos pueden ser de apreciación a tenor de los siguientes hechos atribuidos a AFINSA y el Fórum Filatélico: la promoción del sello como objeto material en el que se fundó la piramidal y a su vez como valor seguro de revalorización constante- prueba de ello son las listas trimestrales publicadas sobre resultados de revalorización por la propia sociedad-, la liquidez conseguida al presentar el producto de inversión junto a un balance nítido resultado de una contabilidad fraudulenta.

De forma inductiva se observa como el ánimo de lucro en una estafa piramidal obedece a una fase previa. Así, el ánimo de lucro junto con el propósito criminal se dirige a la perfección de tres elementos cuya finalidad es conseguir capital ajeno de forma fraudulenta:

- En el objeto del fraude con el que se pretende cometer la estafa que en el caso de AFINSA fueron los productos filatélicos tipo sellos.
- En atención al fundamento jurídico tercero de la SAN de 13 de julio de 2008, las propiedades atribuidas al negocio jurídico a efectos de dotar de apariencia de licitud y seriedad también pudieron atribuirse a un propósito criminal previo.

- A este respecto, el antecedente de hecho primero de la STS 749/2017 de 21 de noviembre hace énfasis en la ideación de la apariencia de profesionalidad y solvencia del modelo de negocio que, posteriormente, acompañó al negocio jurídico fraudulento.

Desde la perspectiva del segundo elemento de la descripción típica del delito de estafa *ex art.248CP*, la idoneidad del engaño bastante queda plenamente confirmada por la complejidad orgánica del entramado societario de AFINSA así como con la apariencia de licitud en la que se sumergió el desarrollo de su objeto social. En sede del segundo elemento de la descripción típica del delito de estafa *ex art. 248 CP*, la idoneidad del engaño bastante quedó reconocido por el propio TS además de la complejidad piramidal y del grado de perfección del negocio fraudulento.

En relación con el aspecto nuclear del engaño bastante, éste es entendido por GARCÍA (2010, p.252) cómo su "suficiencia, idoneidad y realidad capaz de turbar la voluntad de la víctima". Así pues, AFINSA emprendió una ficción constantemente dirigida a dotar de un valor contable notablemente inferior al valor real adjudicado en los distintos contratos de inversión con los ahorradores que pueden subsumirse en las propiedades esenciales del engaño bastante anteriormente mencionadas.

A mayor abundamiento, la STS 208/2002 de 11 de febrero junto con la STS 13/2018 de 16 enero advirtieron sobre la independencia de los resultados de los procedimientos de inspección con respecto a la calificación jurídico-penal de la idoneidad del engaño bastante pues lo relevante a estos efectos fueron las consecuencias penales de la conducta realizada. En conclusión y, relacionado con las propiedades dogmáticas del engaño bastante, los aspectos más importantes del delito de estafa cometido por AFINSA y que pueden ser extrapolados a una estafa piramidal son:

- El grado de complejidad de la estructura piramidal y su simulación ante los procedimientos de inspección y control competentes no son relevantes en lo que a la calificación penal de la estafa se refiere.
- El elemento clave de la calificación jurídico-penal en la idoneidad del engaño bastante como requisito de apreciación del delito de estafa *ex art. 248CP* es el resultado antijurídico provocado con la conducta delictiva.

Sin dejar los elementos que comprenden la conducta típica del art. 248CP, el tercer elemento propio del delito de estafa es el perjuicio en la víctima o tercero. En síntesis, el engaño provocado en los suscriptores de los contratos filatélicos de AFINSA y el Fórum Filatélico pudo calificarse como un vicio esencial del consentimiento. Así, en la celebración sucesiva de los contratos, los ahorradores se vieron embebidos por la singularidad jurídica de las prestaciones. Ejemplo de ello fue que AFINSA se obligara al vencimiento de los contratos a garantizar la colocación de los sellos comprándolos inclusive como garante si no se encontraba un comprador final. Así pues se provocaba el acto de disposición patrimonial resultante de un consentimiento viciado y en consecuencia, el resultado antijurídico previsto en el art. 248CP que en este caso fue la pérdida del capital invertido.

En torno a la imputación objetiva del párrafo anterior algunos autores han defendido las propiedades del error en la estafa filatélica y su especial relación con el perjuicio en el ahorrador, así "la apariencia jurídica de los contratos filatélicos se alzan como instrumento de estrategia maliciosa en perjuicio de los inversores" (REDONDO 2006, p. 4). En todo caso y, en atención a la concreta modalidad de la estafa piramidal, se puede extraer una conclusión del caso analizado sobre la que alguna parte de la doctrina se ha mostrado coincidente aludiendo al concepto de "simulación unilateral de un presupuesto del contrato" (OLIVER y OLIVER 2010, p.2).

- La emisión del consentimiento de la víctima en el negocio jurídico es fruto de un error esencial motivado por el desconocimiento de la realidad subyacente en el mismo que no es otra que la apropiación fraudulenta de su capital.

#### 4.2.2. El tipo penal de falsedad de cuentas anuales ex art. 290 CP y el caso AFINSA.

El delito de falsedad de cuentas anuales ex art. 290CP presenta una conducta típica con dos aspectos troncales: el acto de falseamiento de las cuentas anuales "*de forma idónea*" y una causalidad del falseamiento con la causación de un "*perjuicio económico*". El tipo delictivo cuenta con una doble naturaleza jurídica, de un lado, el apartado primero prevé el falseamiento como conducta típica de mera actividad y, en el apartado segundo, se observa el falseamiento como delito de resultado al exigir la causación del perjuicio económico.

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es poliédrico pues lo comprende tanto la veracidad del tráfico mercantil, la información financiera y económica de la entidad así como el derecho de los socios, administradores y terceros a un conocimiento verdadero sobre su

contenido. El objeto material de este delito es el falseamiento de las cuentas anuales o de cualquier otro documento cuya finalidad fuere la reproducción fiel de la situación jurídica o económica de la entidad.

La manipulación de las reglas contables relativas a la elaboración de las cuentas anuales tuvo una especial transcendencia para la estafa piramidal de AFINSA. De forma objetiva, ésta consistió en omitir el registro contable de la obligación subsidiaria del pacto de recompra que constituyó una de las prestaciones de los contratos de inversión filatélica celebrado con los ahorradores. De igual importancia, la obligación de restitución del capital invertido por los inversores tampoco se introdujo en los balances de situación patrimonial ni cuentas anuales. De este modo se consiguió el fin pretendido, ofrecer una imagen de la entidad de impecable liquidez y solvencia.

En consideración con los extremos anteriores puede afirmarse que se consiguió una auténtica simulación contable más aún cuando la operativa de AFINSA estaba sometida a un régimen constante de auditoría de cuentas por parte de la CNMV. La naturaleza jurídica del objeto social de AFINSA comportaba la aplicación de la disposición adicional cuarta de la LIC 35/2003, de 4 de noviembre modificada en 2009 por la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

Las observaciones del párrafo anterior adquirieron importancia por la incidencia que tuvo la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC por la que se incorporó la Directiva (UE) 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Las principales implicaciones que tuvieron estas reformas fueron el especial régimen preceptivo de: publicidad, gestión de riesgo, control y transparencia que introdujeron y de obligado cumplimiento para AFINSA.

El pretendido marco comunitario de protección al ahorrador en las inversiones a través de Instituciones de Inversión Colectiva no fue óbice para que AFINSA, a través de la falsedad de cuentas anuales *ex art. 290CP*, consiguiera simular una auténtica apariencia de licitud en la exhibición de sus cuentas anuales. Las apreciaciones anteriores llevan a señalar la especial



intensidad de la ficción contable conseguida por AFINSA en las propiedades esenciales del engaño bastante del delito de estafa *ex art. 248CP*.

Sobre las bases de la ficción contable expuesta se añadió la singularidad de la naturaleza jurídica de los contratos de intermediación temporal "CIT" y, los contratos con planes de ingresos complementarios "PIC". En este sentido, la forma de cumplir con las prestaciones y obligaciones de esta tipología de contratos resultó conveniente a los efectos de dotarles de una artificialidad contable. Sin duda y, tal como puede observarse en el antecedente de hecho decimoquinto de la STS 749/2017 de 22 de noviembre, el conjunto de obligaciones y derechos que resultaban de las prestaciones concernientes a los contratos anteriormente mencionados fueron apropiadas para provocar una maquinación falaz e ingeniosa de los elementos contables informadores de la imagen de solvencia y liquidez de la compañía.

Atendiendo a estas consideraciones, los aspectos merecedores de una especial atención en lo atinente al delito de falsedad en cuentas anuales *ex art. 290CP* en sede de estafas piramidales son:

- Principalmente, el logro de una apariencia jurídica que simule un negocio jurídico serio y con garantías capaz de incidir en la: proporción, suficiencia y entidad necesaria del engaño dirigido a lograr el error en la víctima (JUEZ y MARTÍN 2007).
- Conseguir una apariencia de licitud frente a los procesos de control e inspección públicos.
- El ocultamiento de la tesorería piramidal y de una de estructura financiera fraudulenta claramente indicadora de un estado de quiebra (AMAT 2010).

4.2.3. El tipo penal de insolvencia punible *ex art. 260* de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y el caso AFINSA.

La ubicación sistemática del Capítulo VII Bis de las Insolvencias Punibles introducido por el número ciento treinta y nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ya advierte de la tipificación de esta conducta delictiva. Un extenso redactado junto a una tipificación de multitud de conductas muestra la naturaleza jurídica de "delito *pluriofensivo y de mera actividad*" (SOUTO 2008, p.7). Merece advertirse que, con carácter previo a la introducción por la L.O. 1/2015, de 3 de marzo, era de aplicación el tipo delictivo de insolvencia punible *ex art. 260 CP* de la L.O 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y que fue

apreciado en concurso con el delito de falseamiento de cuentas anuales *ex art. 290CP* visto en el epígrafe anterior.

Por otra parte, la definición legal que más se adapta a las características técnicas de un estado de insolvencia es la contenida en el art. 2.2 de la LC. En cuanto a precisión de una definición técnica de estado insolvente la doctrina se encarga de advertir que “el presupuesto necesario del estado insolvente es la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigidas de modo que provoca la frustración del crédito al que tiene derecho el acreedor” (TÀSIES 2019, p.6).

Volviendo al ámbito del CP, la insolvencia punible deviene pues la realización de alguna de las conductas típicas comprendidas desde el art. 259 CP y sus apartados hasta el art. 261bis CP sobre el legítimo crédito del acreedor. A este respecto, el art. 259.1.6º del CP prevé aquella conducta dirigida al incumplimiento del deber legal de contabilidad ya fuere mediante irregularidad en su llevanza o destrucción de sus soportes materiales con un fin claro de dificultar o impedir la comprensión patrimonial o financiera de la entidad. En un sentido parecido, el art. 259.1.8º CP alude al incumplimiento sobre elementos contables concretos tipo: cuentas anuales, balances, inventarios, libros contables- diario o mayor-, de la normativa reguladora de la contabilidad mercantil.

De la misma forma, el art. 259.1.9º del CP relaciona la conducta delictiva con el quebrantamiento de la diligencia en la gestión económica y, en consecuencia, a la disminución patrimonial u ocultamiento de la situación económica del deudor. La reforma del CP operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, añadió un importante inciso en el sustantivo del art. 259.1 CP, concretamente, el presupuesto de la insolvencia punible podía ser tanto actual como “inminente”. La naturaleza temporal de la insolvencia de AFINSA fue acorde al propósito fraudulento de su actividad, es decir, directamente buscada y pretendida para sostener en el tiempo el entramado piramidal y maximizar la captación fraudulenta de capital ajeno si bien, su confirmación, requirió del auto de declaración de concurso 208/2006 de 14 de julio de 2006 de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid.

En este orden debe hacerse una aclaración, en la SAN 22/2016 de 27 de julio se condenó a los procesados del caso AFINSA por delitos de estafa en concurso real con: delito de insolvencia punible, falseamiento de cuentas anuales, blanqueo de capitales y delito fiscal; expuesto ello y, en sede de casación parcial, el TS a través de la STS 749/2017 de 21 de

noviembre de 2017 revocó el fallo anterior por apreciarse el concurso ideal entre los delitos de estafa e insolvencia punible y, entre éstos y el delito de falsedad de cuentas anuales, un concurso medial que conlleva a revisar y reducir las penas impuestas en la Sección 1ª de la AN.

Del *íter* jurisprudencial anterior se observa en la actividad de AFINSA ciertos elementos en su actividad fraudulenta que pudieron ser subsumidos en la naturaleza jurídica de *mera actividad* del delito de insolvencia punible *ex art.* 260CP de la redacción dada al CP de 1995 – de ubicación actual en el art. 259.2 CP-. Se desgranó la actividad fraudulenta de AFINSA dirigida a causar el estado de insolvencia del vigente art. 259.2 del CP en distintas conductas típicas de los numerales: 6º, 8º y 9º del apartado primero del mismo artículo. Por un lado, AFINSA dirigió una conducta delictiva continuada e irregular en lo relativo a la llevanza de la contabilidad con la pretensión de dificultar e impedir su comprensión patrimonial y financiera.

A su vez, esta conducta delictiva fue conducida a distintos soportes y documentos contables de obligado cumplimiento por la LSC y CCom principalmente: cuentas anuales, balances de situación patrimonial y anotaciones de los libros contables. En conclusión, no sólo se originó una conducta delictiva que huyó de toda diligencia en la gestión económica para evitar un estado insolvente sino que devino necesaria para el propósito criminal y piramidal. Así, aunando en la actividad fraudulenta de AFINSA existió una constante irregularidad contable que pudo subsumirse en la naturaleza jurídica de *mera actividad* del delito de insolvencia punible.

De forma objetiva, el reproche penal del estado insolvente respondió a la finalidad de enmascarar el constante perjuicio patrimonial provocado por la actividad fraudulenta de AFINSA. Consecuentemente, tanto el estado de insolvencia como la irregularidad contable estuvieron ordenados a tergiversar el valor de la filatelia para lograr impedir el conocimiento del negocio piramidal a ahorradores y terceros. Con esa misma finalidad, la celebración de contratos de filatelia adquirió un carácter masivo y seriado por la necesidad de dotar de nuevos ingresos a una tesorería que devino incapaz en cuanto a la devolución del crédito al que tuvieron derecho los primeros ahorradores al vencimiento de sus contratos.

No obstante, del *iter* procesal representado por la SAN 22/2016 de 27 de julio hasta la STS 749/2017 de 21 de noviembre puede deducirse un requisito de procedibilidad en lo relativo al enjuiciamiento de las estafas piramidales por la caracterización de éstas en orden a un estado de insolvencia que, más temprano que tarde se hace presente en perjuicio de los inversores. Asimismo la STS 743/2009 de 20 de julio y la STS 749/2017 de 21 de noviembre advirtieron de la ausencia de vinculación y plena autonomía de la calificación concursal de culpabilidad en el estado insolvente de una compañía o entidad con respecto a la posible culpabilidad y antijuridicidad que pudiere ser objeto de apreciación en sede penal.

De interés también es la introducción por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo del CP, en la que se añadió el inciso de "inminente" en relación al presupuesto de insolvencia punible del art. 259.1 del CP. Así, el procesamiento de presuntas estafas o negocios fraudulentos piramidales no estaría condicionado a la "actualidad" del estado de insolvencia lo que significaba una demora del enjuiciamiento penal provocada por la emisión del auto de declaración de concurso de origen concursal. En síntesis, se imprime una mayor celeridad y se evita la posibilidad de incurrir en dilaciones procesales, también, se garantiza la independencia de la calificación mercantil pues la misma no tendrá incidencia de la posible calificación que pueda resultar en sede penal.

Del tratamiento conferido a los aspectos anteriores se pueden exponer una serie de conclusiones:

- A modo de ejemplo algunos autores también han defendido la identificación y coincidencia temporal entre el estado de insolvencia de una entidad y el perjuicio provocado en la víctima por la pérdida del capital invertido (LLEDÓ 2015).
- Desde el ámbito subjetivo también existe consenso en cuanto a la necesidad de provocar el estado de insolvencia para lograr el éxito del propósito criminal de una estafa piramidal (REDONDO 2006).

### 4.3. Los principales hechos probados en las estafas piramidales y del caso AFINSA: Fases comunes de las estafas piramidales.

La ausencia de una tipificación específica en el C.P que prevea la organización criminal de modo piramidal como conducta delictiva no ha sido óbice para que jurisprudencia y doctrina expongan cuales son aquellas fases previas e intelectuales que se presentan en una estafa piramidal y que han quedado probadas en el caso AFINSA. Si bien, el legislador mediante el apartado septuagésimo primero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio introdujo el delito de estafa de inversores en el art. 282bis del C.P en el que ya ofreció luces sobre el régimen representado por el dolo antecedente y organizativo con el perjuicio patrimonial.

#### 4.3.1. El dolo antecedente en la estafa piramidal.

Varios autores aluden al dolo antecedente como un estadio previo a la comisión del delito de estafa protagonizado por la ideación del propósito criminal y, con una estrecha relación, al ánimo de lucro y al engaño bastante (POLAINO 2016). Como complemento a ello, existe un importante consenso entre la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la imposibilidad dogmática y penal de analizar el dolo sobrevenido o *subsequens* (FONTAN 1998). Asimismo en el caso AFINSA, tanto la SAN 22/2016 de 27 de julio como el informe de la Administración Concursal (AC, en adelante) aluden al grado de complejidad y estructuración de la red comercial de AFINSA y al entramado de filiales participadas alcanzando la misma conclusión de carencia de racionalidad económica.

Precisamente, de la fundamentación jurídica de la STS 749/2017 de 21 de noviembre se prescribe el dolo defraudatorio en las fases de diseño de las redes y campañas comerciales pues, en ese mismo momento, los procesados conocían de la falta de sentido del negocio económico, en dos extremos: porque el diseño piramidal sólo producía pérdidas y porque el valor –real y artificial- de la filatelia no era suficiente para cumplir con los pactos de recompra, y, aún sabiéndolo accionaron sucesivas campañas promocionales.

La red comercial ideada por AFINSA logró crear una dimensión de verdadero espacio económico en el mercado filatélico español tal y como se expresa en el antecedente de hecho primero de la STS 749/2017, de 22 de noviembre. Al mismo tiempo, mediante las filiales participadas por AFINSA se adquirió la filatelia para lograr su revalorización artificial provocando una apariencia de negocio jurídico serio.

La dimensión del dolo intelectual tuvo una aprehensión en todas las fases del fraude piramidal cuyos autores y partícipes, de forma continuada, tuvieron un conocimiento claro de la ilicitud de las acciones emprendidas y la necesidad de alcanzar el resultado antijurídico del art. 248CP.

De acuerdo con lo anterior, el ámbito volitivo del dolo estuvo indisolublemente unido al plan criminal preconcebido y, en su materialización se obtuvo la concreción del riesgo ilícito que no fue otro que la pérdida del capital invertido por los ahorradores atraídos por las sucesivas campañas promocionales. A continuación se exponen alguna de ellas:

- Campaña "Cliente Amigo": del 4º trimestre del año 2.002. Un total de 2323 contratos suscritos por valor de 12.435.514€.
- Campaña "Mailing Cambia el Chip": de enero del año 2.004. Un total de 416 contratos suscritos por valor de 1.606.779€.
- Campaña "Antiguos Clientes": de junio del año 2.003. Un total de 440 contratos suscritos por valor de 2.998.267'50€.

Dentro del marco del dolo antecedente existieron una serie de hechos probados que también fueron efectivos en cuanto a la maximización del engaño bastante y de sus cualidades para causar el error fatal en las víctimas. Sin duda existió un punto de no retorno que podemos identificar con el estado de insolvencia de AFINSA que obtuvo el máximo propósito de sostenerse para el desarrollo en el medio y largo plazo del fraude –lo que justificó además el delito de insolvencia punible-.

Alcanzado este estado de insolvencia irreversible por la continua generación de pérdidas de la actividad de AFINSA devino especialmente necesario persistir y continuar con la captación masiva de capital ajeno que permitió confirmar dos aspectos: En primer lugar, el carácter de continuidad y agravación de la estafa *ex arts. 250.1.4º CP –especial gravedad- y 250.1.5º- valor de defraudación-* y, en segundo lugar, la manifestación del fenómeno piramidal.

Finalmente, las principales conclusiones acerca del dolo antecedente en una estafa piramidal extraídas del estudio del caso AFINSA, son:

- La dimensión intelectual del dolo antecedente puede ubicarse en una fase de ideación previa a la comisión del delito de estafa *ex art. 248CP*. Asimismo, algunos autores identifican el dolo defraudatorio como el dolo antecedente como el conocimiento del sujeto activo sobre la ausencia de racionalidad económica del

negocio jurídico antes de provocar el resultado antijurídico, la pérdida del capital invertido (SILVA 2018).

- Al mismo tiempo, la dimensión volitiva del dolo puede apreciarse cuando se da ejecución al propósito criminal preconcebido mediante el negocio jurídico conociéndose, de forma previa, su falta de racionalidad económica además de su inherente riesgo ilícito –pérdida del capital invertido-.

#### 4.3.2. La idoneidad del engaño bastante en la estafa piramidal.

A tenor de los anteriores epígrafes, en el presente trabajo se han ido mencionando las propiedades relacionadas con la idoneidad del engaño bastante del tipo básico de estafa *ex art. 248 CP*. Existen autores que ponen de relieve las cualidades esenciales de idoneidad y suficiencia del engaño bastante y precedente de una estafa con la realidad del negocio jurídico ofrecido a la víctima quién, al aceptarlo, reconoce implícitamente el desconocimiento de la realidad fraudulenta que subyace a su acto de disposición patrimonial (SOTO 2002). De manera similar a las teorizaciones doctrinales existe el concepto jurídico-penal de “*contratos criminalizado*” cuya máxima exponente es la STS 84/2011 de 21 de febrero. Al respecto, el concepto de contrato criminalizado alude a la naturaleza criminal de las prestaciones en aquellos contratos que son empleados para estafar a la víctima o un tercero.

Concretamente, en la relación de bilateralidad existe una acción de engaño representada por una serie de artificios o maniobras artificiosas de un contratante con el fin de hacer creer al otro que concurren cualidades de la prestación que en realidad son inexistentes o, para convencerle o garantizarle, del cumplimiento futuro de la prestación.

Ubicados en el plano casuístico de AFINSA y, en estricta relación con el Fórum Filatélico, se puede observar la participación de la naturaleza criminal de los contratos empleados por las piramidales en la categoría de contratos criminalizados. Antes de ello, los contratos empleados fueron principalmente de dos tipos: los contratos CIT y los PIC, aludidos anteriormente. En los primeros existió una obligación principal cuya prestación era la adquisición del elemento filatélico por AFINSA de forma directa o como intermediaria, en ambos casos a cuenta del inversor. A esta prestación se añadió la obligación subsidiaria que consistía en que si al vencimiento del contrato AFINSA no lograba encontrar un suscriptor

del producto, finalmente ella misma lo adquiría a modo de garante, restituyendo al inversor su crédito con intereses.

De modo parecido, los contratos tipo PIC estuvieron configurados también por una obligación principal y otra subsidiaria y se instrumentaban mediante un contrato de compraventa propio del régimen jurídico de la LIIC 35/2003, de 4 de noviembre. En cualquier caso, la singularidad jurídica de los contratos empleados por AFINSA adquirió relevancia a los efectos de las propiedades del engaño bastante concretamente, en el aspecto contable y en el aspecto contractual. Desde la óptica contable, las prestaciones relativas a ambos contratos con respecto al objeto filatélico – la adquisición directa del mismo de forma directa o intermediada- se registraban como ingreso por venta o ingreso por comisión, tal como se detalla en el capítulo sobre el modelo contable de AFINSA desarrollado en el informe de la AC.

La repercusión de este registro se traduce en la ausencia, tanto de la inscripción contable de la obligación de reembolso del capital más intereses como de la obligación subsidiaria o de garantía de recompra, ambas titularizadas por AFINSA y de especial relevancia en lo que concierne a la emisión del consentimiento por parte de los ahorradores en el momento de suscripción del contrato. Desde luego, también colaboró a turbar la voluntad de los ahorradores las cualidades atribuidas al objeto de estos contratos, los sellos tipo EUROCEPT.

La institucionalidad de los sellos tipo EUROCEPT viene dada por la naturaleza del emisor de los mismos, la Conferencia Europea de Administraciones de Correo y Telecomunicación. En virtud de esta institución, este tipo de sellos se emitían una vez al año, su valor estaba en función del valor de franqueo que se concedía a cada país de forma concreta y de la rareza singular del dibujo que en éstos se contenían.

De un modo más periférico pero en la misma línea de reafirmar la calidad del engaño, los contratos de filatelia adquirieron atractivas denominaciones comerciales acordes a las campañas promocionales, alguno de éstas fueron: Fórum 15 –en alusión a rentabilidades del 15% anual- o bien, Súper Maxi Fórum –en relación a rentabilidades del 8´49% semestrales-. De forma sumaria, las anteriores observaciones pueden resumirse en: omisión contable, objeto contractual institucionalizado y cualificado, denominaciones comerciales con una finalidad de contratación seriada y masiva.



En todo caso, éstas apreciaciones pudieron subsumirse como elementos propios del engaño bastante y, a su vez, como integrantes de una relación de causalidad con el resultado antijurídico de perjuicio a los inversores.

En síntesis, la abstracción de las propiedades concernientes a la idoneidad del engaño bastante de la estafa piramidal de AFINSA y que pueden ser de observación autónoma, son las siguientes:

- La dimensión contractual y contable están directamente relacionadas con la entidad del engaño bastante exigido en el tipo penal de estafa *ex art. 248 CP* pues devienen suficientes para doblar de forma continuada la voluntad de las víctimas.
- La apariencia de seriedad del negocio jurídico es fundamental para maximizar la apropiación fraudulenta de capital ajeno y sostener en el tiempo el propósito criminal.

#### 4.3.3. La existencia del perjuicio directo y del acto dispositivo en la estafa piramidal.

Desde el derecho comparado existen autores que sostienen el acto dispositivo y el perjuicio en la víctima o tercero como un binomio de apreciación conjunta por la intrínseca relación de causalidad entre ambos (URS 2002)<sup>1</sup>. También, por la naturaleza de la estafa como delito de resultado, merece especial atención la esfera del resultado antijurídico previsto en la norma dónde la consumación y el perjuicio en la víctima o tercero gozan de identificación y coincidencia. Asimismo, la naturaleza de la estafa como delito de resultado la diferencia de la mera actividad de los delitos de insolvencia punible y falsedad en cuentas anuales –arts. 259 y 290 CP-.

De los hechos probados del fraude piramidal de AFINSA resultó obvio el perjuicio patrimonial. Prueba de ello fue el resultado de la liquidación practicada por la Administración Concursal cuantificando un saldo deudor en 1.823.521.966´74€. Cual fuere la dimensión cuantitativa de este saldo deudor no incide en el necesario juicio de imputación de unos hechos probados a un entramado piramidal (REDONDO 2006). Si el riesgo ilícito previsto en el tipo penal de estafa *ex art. 248CP* es la falta de racionalidad económica de la operativa de AFINSA el resultado antijurídico exigido en la conducta típica fue la pérdida del

---

<sup>1</sup> El acto dispositivo y su correlativo perjuicio patrimonial en la víctima de estafa se reconduce en el art. 263 del Strafgesetzbuch -Código Penal Alemán- al concepto de "ventaja patrimonial antijurídica".

capital invertido. De acuerdo con ello, la estructura financiera de AFINSA devino incompetente por la constante generación de pérdidas procediéndose, aún así, a la celebración masiva de contratos mediante los departamentos de comunicación con clientes y, gestión y control del negocio.

De lo anterior puede deducirse la causalidad propia del **fenómeno piramidal** pues, la continúa generación de pérdidas como estado insolvente devino necesaria desde la perspectiva financiera de la estructura piramidal de AFINSA. De forma pormenorizada, el resultado antijurídico coincide con el punto financiero de no retorno entendido éste como un estado de quiebra o insolvencia irreversible por la dinámica y proporción de las pérdidas (MAYORGA-ZAMBRANO *et al.* 2013). Alcanzado este estadio, la estructura financiera de AFINSA se volvió **piramidal** pues para lograr un mínimo cumplimiento de las obligaciones que titularizo fue esencial la entrada de nuevo capital.

El aspecto relevante fue la motivación que subyacía en el fraude de mantenerse en esta dinámica de pirámide financiera. De este modo, la imposibilidad de devolver del capital invertido se dilató en el tiempo en lo relativo a su conocimiento por el público y todo ello, maximizo la captación de capital ajeno debido al desconocimiento de los nuevos inversores de AFINSA de la incapacidad de devolverles su capital e intereses, al vencimiento de los futuros contratos. La dinámica de la estructura piramidal de AFINSA experimentó un crecimiento exponencial por la continuada agravación del estado insolvente que pudo conjugarse con la descripción típica de los subtipos agravados del art. 250.1.5ºCP y art. 250.1.6ºCP.

En este mismo contexto resulta interesante exponer una diferencia entre la estafa piramidal tipo Ponzi y el multinivel piramidal pues en el efecto de sostener en el tiempo el fraude participan las propias víctimas cuando, fruto de la calidad del engaño del negocio jurídico, proceden a invitar a participar a terceros en el modelo piramidal con la falsa creencia de maximizar sus ganancias logrando a la vez la impunidad y el anonimato de los autores. Esta diferencia revela un aspecto que no ha sido de discusión doctrinal en sede de las estafas piramidales.

El art. 251 del CP prevé el delito de estafa impropia siendo el apartado que aquí interesa el tercero que dispone como conducta típica el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado.

En la STS 414/2008 de 7 de julio se ejemplifica, en el fundamento jurídico segundo, la punibilidad de la conducta tendente a provocar error en tercero que le lleve a realizar un acto dispositivo. En este sentido merece preguntarse si cabría imputarse un delito de estafa impropia aquellos inversores que, conociendo del multinivel piramidal, procedan a celebrar un contrato tipo a efectos de perjudicar a tercero y, posteriormente, alegaran como excusa absolutoria ser ellos víctimas del propio engaño del sistema piramidal que justificó su actuación en aras de sus legítimas expectativas lucrativas. De lo anterior resulta obvio el reproche antijurídico de la conducta y, en consecuencia, de su sanción penal. Ahora bien, la punibilidad de la conducta debería fundamentarse en el grado de conocimiento que tuviere aquél inversor inmerso en el sistema piramidal sobre la existencia del mismo y, a su vez, de la falta de racionalidad económica del negocio.

Por lo que se refiere al modo en que las víctimas disponen del capital o bienes en una estafa o multinivel piramidal debe anticiparse que existen una gran variedad de formas. En el caso AFINSA de ordinario se realizaron transacciones bancarias y depósitos de dinero mediante abono y órdenes de pago. A su vez, también existen otras formas de disponer del capital o bienes propios del que se sirven los fraudes piramidales: traslaciones de dominio y cambios de titularidad de inmuebles o de bienes muebles de alto valor, designación de beneficiarias a determinadas personas físicas o jurídicas de pólizas de responsabilidad civil y, más propio del multinivel piramidal, la retribución de intereses mediante el pago con monedas virtuales carentes de regulación y sin valor ninguno.

De todo ello, resulta posible exponer las siguientes conclusiones concernientes al ámbito del perjuicio patrimonial como resultado antijurídico previsto en delito de estafa *ex art. 248CP* que se presentan en las distintas estafas piramidales:

- Deviene necesario la imputación del resultado antijurídico- entendido este como la pérdida del capital invertido- al riesgo previsto en el tipo delictivo del art. 248CP –la falta de racionalidad económica del negocio jurídico-.
- El resultado antijurídico es constante: Existe en una estafa piramidal una exclusiva relación de dependencia de la estructura financiera a las aportaciones de las nuevas víctimas con el cometido de sostener en el tiempo el punto de no retorno y el propósito criminal.

- En la actualidad las estafas y multiniveles piramidales ofrecen una gran variedad de formas para que las víctimas realicen sus actos de disposición y transacción de bienes y capitales.

#### 4.4. Principales formas de autoría en la estafa piramidal: Formas típicas de participación y el caso AFINSA.

Al tratar el ámbito de la autoría merece exponerse la definición penal que ofrece sobre este concepto el art. 28 CP. De una primera lectura del precepto podemos distinguir tres tipos de autoría: la autoría referida a quiénes realizan el delito por sí solos –autores-; de forma conjunta –coautores-y, por medio de otro del que se sirven de instrumento –autoría mediata-. Sin abandonar el mismo precepto, su apartado segundo ofrece el concepto de autoría a título de partícipe, con las siguientes categorías: el que induce a otro u otros a ejecutar el delito –inductor- y, el que coopera con un acto sin el cual no se habría efectuado –cooperador necesario-.

En línea con lo anterior, el art. 29 CP añade una categoría de participación delictiva a título de partícipe de carácter residual así, será cómplice aquél que, no estando comprendido en la descripción ofrecida por el art.28 CP, realizare un acto de cooperación anterior o simultáneo con el hecho delictivo. De forma breve, en sede societaria y asociativa ha de advertirse que los hechos delictivos realizados por los condenados del caso AFINSA y Fórum Filatélico son de fecha anterior a la reforma del CP operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en la que se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal corporativa por medio del art. 31 y ss. de la actual redacción del CP.

##### 4.4.1. Autoría material en la estafa piramidal y el caso AFINSA.

La doctrina y la jurisprudencia han realizado de antaño una profunda labor de teorización y desarrollo de la autoría como institución jurídico-penal. Prueba de ello son las numerosas teorías de elaboración doctrinal que han logrado una plena operatividad en la correcta imputación de los distintos hechos delictivos a sus autores y, entre éstos, las propias que son aplicadas a los fraudes piramidales. De este modo, resulta de suma importancia la teoría de dominio del hecho que permitió superar la imputación de los hechos delictivos a sus autores por la conjugación de los hechos probados con la conducta típica, propia de la teoría objetiva-formal (CUELLO 2015).

El TS presenta una jurisprudencia consolidada como la que representan: la STS 413/2015 de 30 de junio, STS 1338/2000 de 24 de julio o bien la STS 123/2001 de 5 de febrero. En éstas se esgrime y se recurre a la teoría del dominio del hecho como criterio de delimitación de los distintos títulos de participación delictiva en función de la posibilidad del sujeto activo de influir sobre la acción típica. En conclusión, atendiendo al grado de complejidad que puede alcanzar un entramado piramidal resulta más precisa la imputación subjetiva de la conducta delictiva si se pondera el grado de control del suceso que ha alcanzado el presunto autor.

Como se puede observar a raíz de la SAN 22/2016 de 27 de julio 13 de 2016 podemos delimitar tres títulos de participación y autoría delictiva que merecen especial atención, estos son: Autor, cooperador necesario y cómplice. Si nos circunscribimos a la teoría del dominio del hecho y, a los delitos que han sido objeto de tratamiento en los epígrafes anteriores, cabe la posibilidad de enumerar una serie de funciones y facultades en orden a los títulos participativos mencionados anteriormente.

Así, en sede del delito falsedad en cuentas anuales del art. 290CP, podemos mencionar: el conocimiento de las cantidades pagadas por los productos filatélicos, el conocimiento del valor real de éstos al adjudicarse a los clientes a través de los contratos, la facultad de omitir el registro de los compromisos de recompra en las cuentas anuales, la pertenencia al Consejo de Administración a efectos de acotar la mayor o menor participación en la confección de las cuentas anuales o la capacidad de incidir en la modificación de los datos que comprenden las cuentas anuales –balance, cuenta de pérdidas y ganancias así como la memoria, principalmente-.

A partir de las consideraciones anteriores y, del mismo modo pero en lo relativo al delito de insolvencia punible del apartado tercero del art.260 CP de 1995, los autores fueron aquellos que realizaron alguno de los siguientes hechos: la omisión del deber de dotar las provisiones preceptivas de la LSC y CCom en orden a los resultados económicos y contables de forma intencionada, la modificación de los elementos registrados en los documentos mercantiles y contables sobre los créditos de los inversores así como la realización de acciones directamente encaminadas a hacer más gravoso el estado insolvente en detrimento de los créditos de los inversores.

En correspondencia con lo anterior también pudieron aportarse una conjunción de hechos susceptibles de ser imputados a los autores del delito de estafa agravada: capacidad y potestad de ideación del organigrama empresarial carente de racionalidad económica, capacidad de elaboración y diseño de los aspectos concernientes a las obligaciones y prestaciones de los contratos de inversión, facultad manipular artificiosamente los valores filatélicos y, a su vez de promocionarlos mediante el control de las campañas de publicidad.

Con respecto a la enumeración anterior de las distintas acciones se puede extraer un elemento común que se erigió como criterio de imputación subjetiva de los distintos delitos. El ámbito de pertenencia de los principales imputados del caso AFINSA al Consejo de Administración permitió realizar un acotamiento de responsabilidad delictiva por cualidades subjetivas: administradores, consejeros delegados, socios... etc. El TS tuvo en cuenta un criterio en sede de casación para atenuar algunas de las penas impuestas por la SAN 22/2016 de 27 de julio de 2016, exactamente, el grado de conocimiento sobre la existencia de los hechos probados y el grado de intervención sobre las acciones dirigidas a impedirlos o revertirlos.

En relación con el párrafo anterior se puede añadir la doctrina asentada por la STS 1297/2002 de 11 de julio en relación con la STS 1581/2000 de 18 de octubre que sigue siendo de aplicación en la actualidad tal y como muestra la STS 467/2018 de 15 de octubre. Al compararse las anteriores sentencias se pone de manifiesto los distintos conceptos que atienden al grado de participación delictiva distinguiendo: la autoría material, en la que se ejecuta directamente el hecho típico, con respecto a la cooperación necesaria, dónde la intervención se realiza mediante actos sin los cuales el hecho delictivo no se hubiera podido cometer como, a modo ilustrativo, la aportación de una actividad adyacente o colateral íntimamente relacionada con la del autor.

En lo referente al título participativo de cómplice, la STS 663/2019 de 6 de junio ejemplificó la ejecución del acto dirigido a la comisión de un delito pero en una órbita periférica y secundaria del *íter criminis* que pueden tacharse de mera asistencia. Siguiendo los criterios de JAKOBS (2001), el ámbito del dominio del hecho pudo trasladarse a los hechos probados del caso AFINSA por la relevancia que adquirieron los siguientes hechos y, también, por su relación a las funciones y potestades atribuidas a sus autores, así: el diseño del negocio, la modalidad y forma jurídica de los contratos filatélicos, la configuración de la red comercial

para alcanzar el propósito criminal, el falseamiento y transmisión de los datos que debían contener los documentos contables o la atribución del valor artificial a la filatelia.

De la observación anterior puede concluirse que estas conductas se subsumieron en un ámbito común de control del suceso: el grado e intensidad de tolerancia o interrupción de la acción típica acorde a las facultades y potestades que tenga el imputado dentro de la organización piramidal. De este modo, se acudió al principio de representación a efectos de permitir la atribución de la responsabilidad penal a los autores de los delitos cometidos por AFINSA.

Los autores del delito de estafa agravada fueron los socios y propietarios de AFINSA quienes, debido a esta condición, tuvieron la potestad de diseñar la estrategia fraudulenta así como de atribuir los tributos económicos y artificiales a los elementos filatélicos. Los autores, en las acciones anteriores, estuvieron motivados por un ánimo de lucro constante y plenamente dirigido a lograr una ficción contable que simulara el fraude.

Aún en el ámbito de la participación delictiva los condenados como cooperadores necesarios difirieron de los autores por su falta de capacidad de decisión e intervención en los documentos contables y mercantiles –las cuentas anuales, especialmente- con el objetivo de aparentar o simular una imagen solvente de AFINSA. Algunos de los hechos que pudieron imputarse al ámbito de la cooperación necesaria fueron: la ideación y creación de los contratos y sus prestaciones –como las que caracterizaron a los contratos tipo CIT- conociendo de la falta de racionalidad económica del negocio subyacente.

Siguiendo el criterio del grado de participación, los condenados como partícipes en el delito de estafa agravada colaboraron con actos necesarios pero no imprescindibles para conseguir el resultado antijurídico. En este sentido, hubo un conjunto de actos adyacentes que adquirieron importancia y, especialmente, aquéllos que estuvieron dirigidos a facilitar el ocultamiento del capital fraudulento, concretamente: la creación de personas jurídicas interpuestas y la reinversión en productos financieros que cotizaban en mercados extranjeros, entre otros.

De este modo pueden sintetizarse los elementos más importantes referentes a la autoría delictiva en un fraude piramidal en los siguientes puntos:

- La ponderación del grado de control sobre el suceso que tuviere el presunto autor de una estafa piramidal resulta idóneo a los efectos de imputación subjetiva.
- La pertenencia a un órgano o ámbito determinado de la estructura piramidal por parte del presunto autor de un fraude piramidal es indicador del grado de existencia sobre los hechos controvertidos así como la posibilidad de interrumpirlos o revertirlos.

#### 4.5. El delito de estafa agravada y el caso AFINSA. El delito masa y circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal.

En las estafas piramidales se presentan una pluralidad de elementos que suelen ser compatibles con la descripción típica de la estafa agravada. Existen autores que defienden el nexo copulativo entre los requisitos de típica apreciación en una estafa piramidal, así (SALINERO SAN MARTÍN y PAREDES PÉREZ 2019, p.4) sostienen “ (...) la dicción literal de dicha circunstancia de agravación recoge tres elementos unidos por la conjunción copulativa “y” que podría hacer pensar en la necesaria concurrencia del “valor de la defraudación” y la “entidad del perjuicio causado””.

Desde la óptica del análisis financiero y del ámbito subjetivo del propósito criminal el resultado antijurídico del art. 250.1.5ºCP deviene inevitable. Debe destacarse que en el desarrollo del fraude piramidal la afectación a un elevado número de personas adquiere una entidad suprema tanto por la pluralidad indeterminada de perjudicados como por la diversa naturaleza de los mismos, así: personas físicas, sociedades, comunidades de bienes o entidades patrimoniales.

La dimensión del fraude piramidal de AFINSA y de las distintas estafas piramidales ha justificado la aplicación del “delito masa” como figura que mejor delimita la responsabilidad criminal del autor o autores. De este modo cuando se presenta una multiplicidad de afectados por un negocio piramidal se procede a acotar la responsabilidad criminal del autor en función de un criterio objetivo, la cuantía total defraudada.

De lo anterior podría afirmarse que la comisión de la estafa cualificada del vigente art. 250.1.5ºCP es una característica ineludible de la propia naturaleza criminal de este tipo de estafas. Si bien puede afirmarse que existen otros ilícitos penales de probable comisión en un fraude piramidal –como el delito de insolvencia punible ex art. 259CP, por el que también



fueron condenados algunos de los principales autores de AFINSA- que presentan en su redacción subtipos agravados o cualificados. Ello podría reconducirse en sede de responsabilidad criminal a una mayor condena si no fuera por el límite e imposibilidad de sancionar doblemente una misma agravación tal y cómo se prescribió en la STS 355/2015 de 28 de mayo.

#### 4.5.1. Apreciación cualificada del tipo en la estafa piramidal y el delito masa. C

A tenor de las características propias de las estafas piramidales y de la redacción dada en el art. 250.1.5º CP la primera circunstancia modificativa de la responsabilidad penal es la comisión de la conducta típica del propio tipo cualificado. En este sentido la redacción del tipo cualificado de estafa ofrece una posibilidad disyuntiva bien ya fuere por superar la defraudación el valor de 50.000€ o bien, por afectar un elevado número de personas.

La casuística del enjuiciamiento de AFINSA nos ofrece los criterios empleados por la AN y el TS a los efectos de apreciar ambas posibilidades. De los hechos probados se desprende que hubo clientes que individualmente ya invirtieron cifras superiores a la prevista por el tipo cualificado de estafa. Los criterios tenidos en cuenta para determinar las cantidades invertidas fueron: modalidad del contrato de inversión filatélica, fecha de celebración y vencimiento y la cuantía total de la operación en la que también se cuantificó la obligación subsidiaria de recompra por AFINSA. De otro modo, la afectación a un elevado número de personas trajo a colación la institución del delito masa que permitió una mejor ponderación de la responsabilidad penal de los autores de la piramidal.

Existen autores que abogan por la idoneidad del delito masa en la delimitación de la pena a imponer especialmente por trasladar la incertidumbre de la cantidad de ofendidos a un criterio objetivo como el perjuicio total causado –ex art. 74.2 CP-. Así ambos extremos del tipo cualificado de estafa se objetivan y se reconducen, en sede de delitos contra el patrimonio, a la imposición de la pena superior en uno o dos grados sin abandonar como criterios la notoria gravedad y la generalidad de personas.

Al hilo de lo anterior la nueva redacción del número 1 del artículo 74 introducido por el apartado vigésimo quinto del artículo único de la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modificó la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre del CP supuso la superación del requisito de unicidad del sujeto pasivo a efectos de condenarse varias conductas delictivas en sede del delito continuado (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, p.52).

De conformidad con la figura del delito masa como modalidad específica de delito continuado que comporta una agravación en las penas merece decirse que se permite subsumir la multitud de actos fraudulentos del negocio piramidal al único propósito criminal. Los hechos probados de AFINSA demostraron que la campaña promocional y la ideación del negocio jurídico mediante contratos de inversión filatélica estaban plenamente aplicadas a generar, mediante engaño, un mismo perjuicio patrimonial a una pluralidad indeterminada y masiva de ahorradores.

La aplicación del delito masa y su operatividad, plenamente justificada por la propia naturaleza criminal del ánimo de lucro, en una estafa piramidal no provoca el desplazamiento del tipo cualificado pudiéndose sancionar una misma conducta antijurídica según la graduación de la responsabilidad penal a tenor del art. 74.2CP y del art. 250.1.5ºCP como así mismo se prescribió en la STS 385/2015 de 25 de junio. De lo anterior quiere decirse que tiene plena confirmación jurisprudencial el empleo de la figura del delito continuado del art. 74.2CP cuando una conducta típica es calificada como estafa agravada por comprender un conjunto de conductas que, de forma aislada, superan el criterio cuantitativo previsto en el art. 250.1.5ºCP -50.000€-.

El numeral sexto del art. 250.1 CP contiene en su descripción típica la comisión de la estafa con abuso de las relaciones personales entre el sujeto activo del delito y la víctima o que el primero aproveche su credibilidad empresarial o profesional para perpetrar el fraude. En este sentido adquieren una especial importancia aquellas estafas piramidales cometidas a través de "Criptodivisas" y su correlativo registro mediante "Blockchain" encauzadas mediante un sistema multinivel. La doctrina se muestra pacífica en reconocer la ausencia de un régimen jurídico en nuestro ordenamiento que prevea o reconozca a las monedas virtuales en la categoría jurídica de dinero electrónico o valores (SALINERO SAN MARTÍN *et al.* 2019, p.93).

Lo anterior pone de manifiesto la existencia de una fase de convencimiento interpersonal entre el autor de un sistema piramidal hacia sus víctimas al efecto de lograr la plena convicción de éstas últimas sobre la integridad de la moneda virtual como un sistema pago válido atribuyendo a la misma cualidades esenciales que redundan en la calidad del engaño bastante empleado.

De este modo, y a partir de las cualidades falsarias atribuidas al modelo de negocio que sustenta la efectividad de la moneda virtual, el sujeto activo se presenta como portador de una ventaja o expectativa lucrativa implacable para la víctima quien accede al multinivel por la aparente credibilidad empresarial o profesional que reviste el autor.

En relación con las ideas enunciadas pueden exponerse una serie de conclusiones atinentes a las circunstancias agravantes de típica apreciación en las estafas piramidales.

- La dinámica criminal de una estafa piramidal se adhiere a la descripción típica del delito de estafa agravada *ex art. 250.1.5ºCP* pues existe un nexo copulativo con la propia naturaleza piramidal y las notas de: valor de la defraudación y afectación a una generalidad de personas.
- La aplicación del delito masa *ex art. 74.2CP* se adapta mejor a la ponderación de la responsabilidad penal de un fraude piramidal pues atiende al perjuicio total causado como valor susceptible de ser objetivado frente a la cantidad de víctimas afectadas.

#### 4.5.2. Circunstancias atenuantes de típica apreciación en la estafa piramidal.

Existen sectores doctrinales que defienden y clasifican como necesidad de política criminal la introducción en nuestro CP del tipo específico de estafa piramidal (SALINERO SAN MARTÍN *et al.* 2019, p.113). Una postura más conservadora aboga por la introducción de un régimen jurídico específico enfocado a la regulación de la estructura multinivel a modo preventivo reconduciéndose al tipo cualificado de estafa para el caso de que efectivamente se cometa el ilícito. Con respecto a ello, el ordenamiento jurídico español deviene atractivo para los autores de esta modalidad de estafa debido a la ausencia de un marco penal disuasorio que no promueva a los autores a asentar en España elementos estructurales de una estafa piramidal.

Esta cuestión podría desembocar en un hipotético principio de ubicuidad internacional en el que las distintas jurisdicciones de distintos países devengan competentes a efectos de perseguir el fraude por haberse asentado en sus respectivos territorios algún elemento de la estructura piramidal constitutivo de algún hecho delictivo. Lejos de esta construcción en abstracto y, atendiendo a la singularidad de la estafa piramidal, se presenta un elemento con transcendencia en la responsabilidad criminal de los presuntos autores, la atenuante por dilaciones indebidas *ex art. 21.6CP*.

Un claro ejemplo de ello es la STS 749/2017 de 21 de noviembre en la que se estimó parcialmente el recurso de casación contra la SAN 22/2016 de 27 de julio y se confirmó la aplicación de las dilaciones indebidas como atenuante simple a favor de los autores del fraude de AFINSA. La STC 177/2014 de 3 de noviembre ofreció con objetividad aquellos criterios que deben tenerse en consideración para ponderar la dilación indebida: el grado de complejidad de la causa, los límites de duración de causas judiciales similares –criterio de comparación–, el comportamiento procesal de los acusados y la actuación del órgano jurisdiccional.

Sin duda alguna la instrucción de la causa de AFINSA pudo calificarse de gran complejidad existiendo datos singulares que lo confirmaron: su constitución en *holding* en sociedades participadas de los EE.UU, una red comercial de 716 delegaciones o bien, un sumario de 59.608 folios. En este sentido, la AN y el TS se ciñeron a la aplicación del criterio de proporcionalidad en lo que respecta al tiempo dedicado al enjuiciamiento con respecto a la extraordinaria laboriosidad de los sumarios que afectaban a AFINSA concluyendo que la duración procesal de 10 años de la causa tuvo entidad bastante como para ser calificada de atenuante simple.

La STS 692/2012 de 25 de septiembre clarificó magistralmente el criterio de diferenciación entra la dilación indebida simple y la extraordinaria: la dilación extraordinaria es compatible con una atenuación simple siempre que no genere una desmesura intolerable con un plus de perjuicio al acusado –perjuicio psicológico entendido como repercusión anímica del acusado por el efecto de sostener indefinidamente en el tiempo la incertidumbre provocada conocer de una acusación que se dirige contra su persona–.

El fundamento jurídico séptimo de la SAN 22/2016 de 27 de julio reconduce la cuestión de la duración del proceso judicial a la dependencia del enjuiciamiento con la cooperación de terceros estados. Aparentemente puede suscitar un reconocimiento implícito de la inevitable consecuencia de aplicar unas dilaciones indebidas –aún de carácter simple– debido al factor de internacionalidad que atiende a los fraudes piramidales.

Finalmente se pueden enumerar dos conclusiones que interesan a los efectos de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

- Aun existiendo elementos propiamente piramidales queridos y pretendidos por los autores de una estafa piramidal que comporten un enjuiciamiento dilatado en el tiempo existe la posibilidad de una atenuación en la pena mediante la apreciación de las dilaciones indebidas del art. 21.6CP.
- El elemento de internacionalidad presente en una estructura piramidal está directamente relacionado con la duración del proceso de enjuiciamiento cuando se requiere la cooperación con terceros estados para lograr un impulso procesal efectivo.

#### 4.6. Penas impuestas en el caso AFINSA: Posibilidad de concurso de delitos en la estafa piramidal y penas accesorias.

Con carácter previo a la exposición de las penas impuestas a los autores y cómplices del fraude piramidal de AFINSA, merece destacar la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modificó la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP. La reforma operada en 2010 tuvo una incidencia notable en algunos de los elementos de los tipos delictivos por los que se condenaron a los autores de AFINSA. Así, en el tipo cualificado de estafa del art. 250.1.6 CP de 1995, el límite de apreciación del perjuicio económico se cuantificaba en 36.000 euros aumentándose a 50.000 euros con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 de 22 de junio. También merece apuntarse la modificación del numeral primero del art. 74 del CP de 1995 por el apartado vigésimo quinto del artículo único de la LO 15/2003 de 25 de noviembre del CP. La transcendencia en este sentido fue en sede de delito continuado de carácter patrimonial cuyo criterio para imponer la pena será en atención al perjuicio total causado y, respectivamente, en su mitad superior.

En lo relativo al ámbito punitivo de las estafas piramidales las modificaciones accionadas por la LO 15/2003 de 25 de noviembre del CP posibilitaron que a los fraudes piramidales de especial gravedad –por el valor de lo defraudado y por la afectación a una generalidad de personas- les fuere de aplicación las reglas del art. 74.2CP relativas al delito masa incrementando la pena en uno o dos grados.

La SAN 22/2016 de 27 de julio, a pesar de haber sido revocada por la estimación parcial del recurso de casación interpuesto por los recurrentes ante el TS, ofreció criterios objetivos en los que se atendió a la singularidad del fraude piramidal de AFINSA a los efectos de imponer las respectivas penas a sus autores. La AN dedicó especial interés a la cuantía defraudada como criterio principal de graduación de las penas ponderando auxiliariamente otros aspectos como las diferencias entre los contratos empleados para estafar a las víctimas.

La aplicación del actual art. 74.2 del CP –art. 70.1 del CP de 1995- impuso un marco abstracto susceptible de elevarse uno o dos grados en función de la notoria gravedad y el perjuicio generalizado a una multitud de víctimas. En el caso de AFINSA se elevó un grado en sede de la AN y, aunque la pena impuesta a los autores y cómplices del fraude de AFINSA posteriormente se redujo en sede de casación ante el TS, la motivación que justificó la elevación de la pena fue el modelo y duración del negocio piramidal.

En este orden merece atenderse a la asociación de la notoria gravedad y perjuicio generalizado con la duración del modelo del fraude piramidal de AFINSA que motivó a la AN a elevar la pena en grado. En atención al antiguo art. 65.3 CP de 1995 la AN aplicó el mismo marco punitivo tanto a los autores como a los cooperadores necesarios pues, en orden a la naturaleza del delito de estafa como delito no especial, no pudo accederse a la atenuación que podía haber beneficiado a los condenados como cooperadores necesarios. En cuanto al delito de insolvencia punible –ex art. 259.1bis CP de 1995- fue objeto de punición autónoma con respecto al delito de estafa lo que posteriormente comportó que el TS resolviera el recurso de casación minorando la pena por apreciarse el concurso ideal entre éstos delitos así como el concurso medial entre ambos y el delito de falsedad de las cuentas anuales.

El TS desestimó la pretensión de los recurrentes en cuanto la resolución del concurso de normas mediante la aplicación del art. 8 CP de 1995. La STS 771/2006 de 17 de julio delimitó la distinta naturaleza penal del delito de estafa e insolvencia al prescribir que protegen bienes jurídicos distintos si bien reconoció la insolvencia como una fase de agotamiento del delito de estafa. Asimismo, y, -en atención al concurso ideal entre los anteriores delitos cometidos por AFINSA-, el marco punitivo de la privación de libertad se ubicó entre los 7 años, 6 meses y 1 día y; 9 años de prisión que se identifica con la pena más grave prevista

para el delito de estafa en su mitad superior. Merece destacarse que la aplicación del concurso de delitos supuso una atenuación de la pena con respecto a la que se hubiere impuesto de haberse castigado de forma autónoma.

Por último, en cuanto al concurso medial entre los delitos de estafa e insolvencia punible con el delito de falsedad de cuentas anuales, el TS reconoció como esencial este último para sostener en el tiempo el fraude piramidal de AFINSA. La interpretación del TS en la apreciación del concurso medial fue en negativo pues se afirmó que la relación medio-fin con la estafa e insolvencia no se hubiere dado si las cuentas anuales hubieren reflejado la intensidad de la insolvencia de su modelo piramidal. A efectos punitivos comportó la aplicación de la pena prevista para la estafa agravada al ser el delito de mayor gravedad en su mitad superior -8 años, 3 meses y 1 día a 9 años de prisión, atendiendo al CP de 1995-.

Del examen de las cuestiones anteriores deben destacarse las siguientes conclusiones:

- El principal criterio objetivo considerado para la graduación de las penas en una estafa piramidal es el importe total defraudado.
- La elevación en grado por aplicación del art.74.2CP atiende a otros criterios importantes como la duración del negocio piramidal y la configuración del modelo con causa ilícita.
- Aún reconociéndose jurisprudencialmente que el delito de insolvencia punible *ex art.* 259.1 CP y el delito de estafa *ex art.* 250CP protegen bienes jurídicos distintos ambos se conciben en el mismo *iter criminis* como fases del mismo propósito criminal que a la vez redundan en una pena inferior de la que procedería de sancionarse ambos por separados.
- En lo que a la dinámica criminal de una estafa piramidal interesa se confirma el carácter medial y necesario del delito de falsedad de cuentas anuales *ex art.* 290CP para el éxito en el tiempo del propósito criminal.

#### 4.6.1. Responsabilidad civil del caso AFINSA: Criterios de consideración a efectos de indemnizaciones en la estafa piramidal.

La responsabilidad civil de las estafas piramidales merece ser abordada desde un criterio técnico. Así, su definición como concepto jurídico penal se articula en torno a unos presupuestos que son defendidos por la doctrina mayoritaria: acción u omisión, antijuridicidad, relación de causalidad, criterio de imputación, constitución posterior al daño –daño antijurídico, responsabilidad civil y obligación de indemnizar- (PLANES y DOLORES 2005).

El enjuiciamiento del fraude piramidal de AFINSA ofreció reseñas jurisprudenciales que han de complementarse con los presupuestos técnicos anteriores. En primer lugar, la STS 302/2017 de 27 de abril, declara la autonomía de la presunción de inocencia en cuanto ésta no puede predicarse en sede de responsabilidad civil derivada de delito. Consecuentemente la certeza jurídica sobre los hechos se obtuvo mediante el criterio de lo más probable y, en cuanto a la presunción de inocencia, aquellos extremos de difícil demostración no conllevaron la estricta resolución a favor del posible responsable civil.

Otro aspecto de consideración lo ofrece el art. 122 CP. La redacción que nos ofrece el precepto penal ha sido objeto de importantes aportaciones jurisprudenciales concretamente, en la STS 368/2007 de 28 de enero, se ha reconocido la posibilidad de reclamarse, atendiendo al régimen de subsidiaridad de la responsabilidad civil nacida de delito, al declarado absuelto la cantidad de la que se hubiere beneficiado a título lucrativo como partícipe sin que ello le genere indefensión.

Los aspectos objetivos destacados por el TS sobre el fraude piramidal de AFINSA se recondujeron principalmente al importe total defraudado a sus clientes. Si bien, un análisis más pormenorizado remite la responsabilidad civil a aquellos concretos daños y perjuicios que fueron causados por AFINSA. La cuantificación de los mismos se registró de forma autónoma y bajo ese mismo concepto en la masa concursal. El TS estimó la validez del importe reflejado en el respectivo informe de la AC pues sobre su cálculo se cumplieron dos requisitos imprescindibles en aras de fijar la responsabilidad civil *ex delicto*: correspondencia entre el negocio con causa ilícita y el enriquecimiento injusto obtenido a través de éste.



La dimensión del fraude piramidal conseguido por AFINSA se puede confirmar al visualizarse los datos contenidos en la sección del informe de la AC relativo a la situación patrimonial resultante del respectivo concurso. El déficit patrimonial se cuantificó por importe de 1.823.521.966´74€.

A modo conclusivo pueden ser objeto de síntesis las siguientes consideraciones más importantes:

- La posibilidad de exigirse responsabilidad civil *ex delicto* no se agota en el título de autor del delito pues lo relevante es el beneficio a título lucrativo del que ostente algún título de participación en una estafa piramidal.
- El núcleo de la responsabilidad civil está representado por la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados por la estafa piramidal si bien deberá guardar relación con la causa ilícita de la estafa piramidal y el enriquecimiento injusto conseguido.

## 5. Conclusiones

El análisis casuístico de la estafa piramidal de AFINSA nos ha brindado la posibilidad de conocer cuáles son las principales características de una estafa piramidal y también cuál es la respuesta punitiva del CP ante el auge de este fenómeno criminal. La calidad de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en su labor interpretadora del CP así como el continuo deslinde de las propiedades dogmáticas de la estafa piramidal debe ser motivo de celebración.

Visto todo lo anterior se aportan las principales conclusiones:

**Primera.-** La naturaleza del propósito criminal y la dinámica de AFINSA ponen de manifiesto una serie de características compartidas por todas las distintas estafas piramidales que constituyen una amenaza grave para los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, así como la economía de libre mercado y, el objetivo es evitar que puedan realizarse actividades de este tipo y prevenirlas antes de que puedan tener un desarrollo societario de tal dimensión como el de AFINSA.

**Segunda.-** La caracterización de una estafa piramidal pone de manifiesto la realización de unos hechos que mayoritariamente pueden subsumirse en los ilícitos penales no sólo de

estafa agravada *ex art. 250.1.5º* sino de insolvencia punible *ex art. 259CP* y de falsedad de cuentas anuales *ex art. 290CP*.

**Tercera.-** La globalización y el régimen de libre acceso al mercado inciden directamente en la posibilidad de constituir una estafa piramidal con una organización segregada en distintos países. Esta posibilidad representa una mayor dificultad para el sistema procesal español en el enjuiciamiento e instrucción penal de este tipo de estafas. Una fase de instrucción de gran duración justificada por la necesidad de investigar sobre la complejidad de un entramado piramidal podría comportar unas dilaciones que, finalmente, beneficiaran precisamente al responsable de la organización y estafa piramidal al verse reducida su condena.

**Cuarta.-** En orden a las conclusiones anteriores se podría mejorar la respuesta punitiva de nuestro ordenamiento jurídico penal si se introdujera un tipo específico de estafa piramidal dentro de la prelación de los distintos subtipos agravados del art. 250 CP. La efectividad de la respuesta penal también se vería reforzada si se articularán unas medidas cautelares específicas en la LECrim para este tipo de estafas.

**Quinta.-** La legislación mercantil deviene imprescindible para prevenir el desarrollo societario de las estafas piramidales. Aquellas personas jurídicas y entidades cuyo objeto social fuere la captación de depósitos de terceros para su posterior inversión deberían contar con un régimen jurídico unificado. De esta forma se podría exigir un ratio de solvencia y tesorería mínimo que permitiera erradicar cualquier atisbo de falta de racionalidad económica en el negocio jurídico y detectar la posible criminalidad que hubiere en su causa.

En conclusión, las ideas anteriormente expuestas deben alzarse como un nuevo horizonte para nuestra política criminal que motive al legislador a constituir un régimen jurídico coherente y unificado de aplicación directa y efectiva ante este tipo de estafas. La Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva junto al Reglamento del Registro Mercantil representan el marco jurídico idóneo para materializar el reclamo de la ciudadanía que ha padecido los efectos de las estafas piramidales y salvaguardar la economía que más tutela requiere por nuestro derecho y por los profesionales que a éste nos debemos: las pensiones y los ahorros de los ciudadanos.

## 6. Referencias bibliográficas

### Bibliografía

AMAT SALAS, O. *La bolsa. Funcionamiento y técnicas para invertir*. 1ªed. Bilbao: Deusto, 2010.

ANDREA, G. <<El Servicio Postal en Italia en el período de Entreguerras: aspectos políticos, institucionales y económicos>>. *Transportes, Servicios y Telecomunicaciones* [en línea]. 2003, vol.3, núm.7, pp.30-57 [consulta: marzo de 2020]. ISSN 1578-5777. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3164277>

CUELLO CONTRERAS, J. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. Director: Dr. José Luis Serrano González de Murillo. Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Extremadura, 2015.

DÍAZ –GÁLVEZ DE LA CÁMARA, J.; AGÜERA MARIN, B. y FERNÁNDEZ-DAZA ÁLVAREZ, A. *Informe de la Administración Concursal "AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A"*. Concurso Necesario nº208/2006, 2007. Disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2007/04/informe-administracion-concursal-afinsa.pdf>. [Consultada en marzo de 2020].

GARCÍA SÁNCHEZ, Mª.D. *Marketing Multinivel*. Directores: Dr. Mario Martínez Tercero y Dra. Francisca Parra Guerrero. Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Comercialización e Investigación de Mercados, Madrid, 2001.

GARCÍA VALDES, C. *Diccionario de ciencias penales*. 2ªed. Madrid: Edisofer, 2000.

FERNÁNDEZ-SALINERO SAN MARTÍN, M.; PAREDES PÉREZ, J. *Las estafas piramidales y su trascendencia jurídico penal*. 1ªed. Madrid: Dykinson, 2019.

GÜNTHER J. *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la Parte General del Derecho Penal*. 2ªed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2001.

JUEZ MARTEL, P.; MARTÍN MOLINA. P. *Manual de Contabilidad para Juristas*. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2007.

LLAMAS POMBO, E. <<Contra la tentación filatélica, sensatez judicial>>. *La Ley*. 2010, vol.1, núm.80, 3-4.

LLEDÓ BENITO, I. La Estafa de Inversores. Director: Dr. Lorenzo Morillas Cueva. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Granada, 2015.

MAYORGA-ZAMBRANO, J.; QUITUISACA-SAMANIEGO, L.; MEDINA,P. <<Simulación estocástica de esquemas piramidales tipo Ponzi>>. *Analítika, Revista de análisis estadístico* [en línea].2013, vol.6 (2), núm.3, p.52. [consulta en marzo de 2020]. ISSN 1390-6208. Disponible en: [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Revistas/Analitika/volumenes\\_pdf/ANAlitica6.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Revistas/Analitika/volumenes_pdf/ANAlitica6.pdf).

MESTRE DELGADO, E.; FIGUEROA NAVARRO, C. y GARCÍA VALDES, C. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*.3ªed. Madrid: Edisofer, 2017.

OLIVER LÓPEZ, C.; OLIVER MAESTRE, S. <<La estafa propia en su modalidad de contrato criminalizado y las estafas documentales>>. *Diario La Ley*. 2011, vol.1, núm.7605, p.1.

POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*.2ªed. Madrid: Editorial Tecnos, 2016.

REDONDO HERMIDIA, A. <<La estafa piramidal en inversiones filatélicas>>. *La Ley*. 2006, vol.1, núm.30, p.4.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; CANCIO MELIÁ, M. *Delitos de Organización*.3ªed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Malum Passionis: Mitigar el dolor del Derecho Penal*.2ªed. Barcelona: Editorial Atelier, 2018.

SOTO NIETO, F. <<Delito continuado de estafa. Especial gravedad ante el valor de lo defraudado>>. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* [en línea].2002, vol.2, núm.7, pp.1940-1942[consulta: abril de 2020].ISSN 0211-2744.Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=621358>.

SOUTO GARCÍA, E. Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995.Director: Carlos Martínez- Buján Pérez. Universidad da Coruña, Facultad de Derecho, Coruña, 2008.

TÀSIES BELETA, R. *El incumplimiento contractual en sede concursal*.1ªed. Barcelona: Wolters Kluwer, 2019.

TATO PLAZA, A.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.; HERRERA PETRUS, C. <<La reforma de la Ley de Competencia Desleal>>2ªed.Madrid: La Ley, 2010.

URS KINDHÄUSER, B. <<Zum Vermögensschaden beim Betrug>>. *Festschrift für Klaus Lüderssen*.2002, vol.3, núm.17, 3-7.

## Legislación citada

Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Diario Oficial de la Unión Europea, 12 de julio de 2007. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007L0036>

Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva den valores mobiliarios. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de julio de 2009. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/65/oj>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 2011, núm.281. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1885/BOE-A-1885-6627-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de noviembre de 2003, núm. 283. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/11/25/15>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de julio de 2015, núm. 77. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, núm. 165, p.17. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13813-consolidado.pdf>

Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. *Boletín Oficial del Estado*, 5 de noviembre de 2003, núm. 265. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20331>

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de junio de 2010, núm.161. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

## **Jurisprudencia referenciada**

### **2000**

Sentencia del Tribunal Supremo 1338/2000, de 24 de julio, Rec.1061/1999.

Sentencia del Tribunal Supremo 1581/2000, de 18 de octubre, Rec.1466/1999.

### **2001**

Sentencia del Tribunal Supremo 123/2001, de 5 de febrero, Rec.1519/1999-P/1999.

Sentencia del Tribunal Supremo 300/2001, de 22 de febrero, Rec.1255/1999.

### **2002**

Sentencia del Tribunal Supremo 208/2002, de 11 de febrero, Rec.431/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo 1297/2002, de 11 de julio, Rec.4209/2000.

### **2004**

Auto del Tribunal Supremo 1629/2004, de 9 de diciembre, Rec.1032/2004.

### **2006**

Sentencia del Tribunal Supremo 771/2006, de 17 de julio, Rec.1876/2005.

### **2008**

Sentencia del Tribunal Supremo 414/2008, de 7 de julio, Rec.1969/2007.

### **2009**

Sentencia del Tribunal Supremo 743/2009, de 20 de julio, Rec.205/2009.

### **2011**

Sentencia del Tribunal Supremo 84/2011, de 21 de febrero, Rec.1215/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 254/2011, de 29 de marzo, Rec.607/2010.

### **2012**

Sentencia del Tribunal Supremo 692/2012, de 25 de septiembre, Rec.1886/2011

**2014**

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2014 de 3 de noviembre, Rec. 2434/2012.

**2015**

Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº.6 de Madrid, de 19 de junio de 2015. Rec.208/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 413/2015, de 30 de junio, Rec.10829/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 664/2015 de 22 de octubre, Rec. 355/2015.

**2017**

Sentencia del Tribunal Supremo 302/2017 de 27 de abril, Rec. 1207/2016.

**2018**

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de julio de 2018, Rec.8/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2018, Rec. 2952/2017.

**2019**

Sentencia del Tribunal Supremo, 663/2019 de 6 de junio, Rec.3191/2018.