

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO PENAL**

**S. Rf.: Recurso de casación contra sentencia 22/2016**

**Sección Primera de la Audiencia Nacional**

**Rollo de Sala número 6/2013**

**Sumario 2/2013-10**

**Juzgado de procedencia: Juzgado Central de Instrucción número 1**

**A LA SALA DE LO PENAL  
DEL  
TRIBUNAL SUPREMO**

José Fernando Lozano Moreno, procurador de los Tribunales –colegiado 1.653– y de **don Juan Antonio Cano Cuevas, don Albertino De Figueiredo Nascimento, y don Vicente Martín Peña** según consta acreditado en las actuaciones, ante la Sala comparece y

**DICE**

1. Que al amparo de los artículos 847, 849.1º, 849.2º, 852, 854, 859, 873 y 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en lo sucesivo, LECr– y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, interponemos **RECURSO DE CASACIÓN** por los siguientes motivos:

**Primero.** Por vulneración del principio de legalidad, principio acusatorio y principio de seguridad jurídica, 24.1 y 2 CE y 9.3 CE, como consecuencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

**Segundo.** Al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, por infracción del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la validez dada a los informes periciales.

**Tercero.** Al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en cuanto al delito de estafa tipificado en los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP.

**Cuarto.** Por vulneración de los artículos 852 LECr y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en cuanto a los delitos de insolvencia punible -artículo 260 CP- y falsedad de cuentas -artículo 290 CP-

**Quinto.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP -en su redacción anterior a la reforma 5/2010, de 22 de junio-, artículos 74.1 y 74.2 CP, en cuanto al delito de estafa.

**Sexto.** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr, al haberse aplicado indebidamente los artículos 259 CP, en su redacción actual. En el mismo sentido, por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 260 CP en la redacción vigente al tiempo de los hechos.

**Séptimo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 290 y 74.1 CP.

**Octavo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 8 CP al infringir las normas que rigen la concurrencia de normas y de delitos, en relación con los artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del CP.

**Noveno.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 14 CP, en relación con los

artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del CP y del artículo 260 CP en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

**Décimo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 21.6 CP –redacción vigente al tiempo de los hechos– en relación con el artículo 66.1.1 y 2 CP.

**Undécimo.** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por error en la fijación de la pena en relación con los artículos 259, 21.6 y 66.1.1 CP.

2. El recurso se formula contra la sentencia dictada el 27/07/2016 por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en méritos al Rollo de Sala 6/2013, derivado del sumario 2/2013 del Juzgado Central de Instrucción número 1.

### **3. La resolución de instancia condena a Don Juan Antonio Cano:**

a) como autor de un delito CONTINUADO de ESTAFA agravada a las penas de 7 años y 6 meses de PRISIÓN y multa de 15 meses con cuota diaria de 200 euros;

b) como autor de un delito de INSOLVENCIA PUNIBLE a las penas de 2 años y 11 meses de PRISIÓN y multa de 15 meses con la misma cuota de 200 euros;

c) como autor de un delito CONTINUADO de FALSEAMIENTO de CUENTAS ANUALES a la pena de 2 años y 5 meses de PRISIÓN y multa de 10 meses con cuota diaria de 200 euros;

d) además de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo y para la administración de sociedades de capital por el tiempo de la condena privativa de libertad. Se aprecia la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Abonará tres veintiseisavas partes de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.

### **A don Albertino De Figueiredo Nascimento:**

a) como autor de un delito CONTINUADO de ESTAFA agravada a las penas de 7 años y 1 día de PRISIÓN y multa de 14 meses con cuota diaria de 200 euros;

b) como autor de un delito de INSOLVENCIA PUNIBLE a las penas de 2 años de PRISIÓN y multa de 6 meses con la misma cuota de 200 euros;

c) como autor de un delito CONTINUADO de FALSEAMIENTO de CUENTAS ANUALES a la pena de 2 años de PRISIÓN y multa de 9 meses con cuota diaria de 200 euros;

d) además de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para la administración de sociedades de capital por el tiempo de la condena privativa de libertas; apreciándose la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Abonará tres veintiseisavas partes de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.

**A don Vicente Martín Peña:**

a) como autor de un delito CONTINUADO de ESTAFA agravada a las penas de 7 años y 1 día de PRISIÓN y multa de 14 meses con cuota diaria de 200 euros;

b) como autor de un delito de INSOLVENCIA PUNIBLE a las penas de 2 años y 6 meses de PRISIÓN y multa de 9 meses, con la misma cuota de 200 euros;

c) como autor de un delito CONTINUADO de FALSEAMIENTO de CUENTAS ANUALES a la pena de 2 años de PRISIÓN y multa de 9 meses con cuota diaria de 200 euros;

d) además de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y para la administración de sociedades de capital por el tiempo de la condena privativa de libertas; apreciándose la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Abonará tres veintiseisavas partes de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares.

4. Los señores Cano, De Figueiredo Nascimento y Martín Peñas, junto con otros condenados, en concepto de responsabilidad directa indemnizarán, conjunta y solidariamente, a los 190.022 titulares de los 269.570 contratos filatélicos cuya identidad figura en el anexo de la resolución, créditos que fueron reconocidos por la Administración concursal de Afinsa Bienes Tangibles SA en el procedimiento 208/2006 del Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid, en la cantidad de 2.574 millones de euros.

5. Notificada la sentencia a la representación procesal de los recurrentes, por auto de 26/09/2016 la sala de instancia acordó tener por preparado el recurso de casación formulado por la presentación procesal de don Juan

Antonio Cano Cuevas, don Albertino de Figueiredo Nascimento, y don Vicente Martín Peña recurso de casación por al amparo del art. 849 y 855 de la LECr y 5.4 de la LOPJ.

6. Por diligencia de ordenación del 26/09/2016, notificada el 28/09/2016, se nos tuvo por personados en nombre de los recurrentes y se nos concedió un plazo de quince días para formalizar el recurso anunciado. Por diligencia de ordenación del 18/10/2016, notificada un día después, la Sala Segunda del Tribunal Supremo nos amplió en veinte días el plazo para la formalización del recurso.

Pues bien, en cumplimiento de los artículos 859 y 873 y siguientes LECr, dentro del plazo legalmente establecido, exponemos los fundamentos de nuestro recurso.

### MOTIVOS DE CASACIÓN

**Primer motivo. Vulneración del principio de legalidad, principio acusatorio y del principio de seguridad jurídica, 24.1 y 2 CE y 9.3 CE, como consecuencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.**

Este apartado se presenta como motivo preliminar y presupuesto de otros motivos de impugnación, al lesionar la sentencia de instancia los derechos fundamentales invocados.

AFINSA Bienes Tangibles, S.A., fue una empresa dedicada al negocio de filatelia. Desde el año 1981 hasta su intervención el 9 de mayo de 2006, AFINSA desarrolló su actividad negocial en la que, poco a poco, fue incrementando el número de clientes, llegando a tener un total de 190.022. AFINSA modernizó su estructura de negocio, hasta convertirse en una empresa que actuaba sobre bienes tangibles como alternativa a los productos financieros clásicos. El funcionamiento de la compañía era sencillo: los clientes compraban un

producto, filatelia, cuya tendencia histórica es revalorizarse con el transcurso de los años, pues la filatelia, como cualquier bien tangible –arte, oro, numismática, piedras preciosas, etc.– es un bien con unas características intrínsecas que permiten que con el tiempo tienda a aumentar su valor. La compañía ofrecía a sus clientes la posibilidad de guardar sus sellos, mediante depósitos, así como su recompra si estaban en óptimas condiciones.

La clientela conocía perfectamente el producto de su inversión y, normalmente, la motivación para contratar con AFINSA venía dada por el deseo de diversificar sus inversiones. No obstante, el crecimiento de AFINSA levantó recelos del sector financiero, lo que propició un cuestionamiento de su actividad que se concretó en determinar si era, o no, financiera. Ya fuera por presiones de la banca, o por lo novedoso de su actividad, la vigilancia por parte de los organismos de control a la actividad de AFINSA era continua. A ello se añade que desde el inicio de su actuación fue objeto de seguimiento y control por el temor de que realizara actividades financieras de manera encubierta. Es decir, que a través de su negocio estuviera ocultando una actividad similar a la que realizan las entidades de crédito mediante, por ejemplo, la concesión de préstamos.

Sin embargo, las dudas sobre el carácter financiero pronto fueron resueltas. El Consejo de Estado, la CNMV, el Banco de España, la Dirección General de Seguros, e incluso la Comisión Europea, que han conocido y controlado su función, en todos sus informes y resoluciones coincidían **en que en AFINSA no había actividad de captación de ahorro incluíble dentro de las actividades financieras.**

Así, la **Dirección General de Seguros** en su dictamen de fecha 9/4/02<sup>1</sup> dice *“...que la actividad desarrollada en el denominado sector de “bienes tangibles” de inversión y, en particular, de valores filatélicos nada tiene que ver con la actividad*

---

<sup>1</sup> C:\Users\JuanAntonio\Desktop\CAUSA\CALIFICACIÓN PENAL\JAC Y MAR-DEFENSA CALIFICACIÓN\Prueba Calificación copia\Documentos

*aseguradora o de fondos de pensiones y, por consiguiente, con las competencias y funciones atribuidas y desempeñadas por este Centro Directivo.”*

**La Comisión Nacional del Mercado de Valores**<sup>2</sup> en su informe de fecha 14/3/02, señala que: *“No estamos ante una captación pública de ahorro, ya que el dinero que se aporta es el precio que se paga, en el contrato de compra venta, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto (sellos, monedas, cuadros, antigüedades, inmuebles o cualquier otro de naturaleza tangible) y que se entrega al comprador, quien reconoce tenerlo en depósito.”*

**La Comisión Europea**, concretamente la Dirección General de Mercado Interior, Entidades Financieras, en su informe de 22/04/02, dice que: *“Las empresas dedicadas a la venta de valores filatélicos no son establecimientos de crédito ni empresas de inversión tal y como lo define el Derecho Comunitario”*.

También en el año 2002, la **Subsecretaría del Ministerio de Economía y Abogacía General del Estado** (folios 6.204 y ss.), solicitó informes al Banco de España, a la CNMV y a la Subdirección General de Legislación y Política Financiera, para investigar si AFINSA realizaba actividades propias de una entidad financiera. Tales informes acreditaron que todos estos organismos tuvieron cabal conocimiento de la actividad de AFINSA y que esta nunca fue calificada de financiera.

En definitiva, el Banco de España, la CNMV, la Comisión Europea, y demás organismos con funciones de control, no sólo estaban perfectamente al corriente de la actividad de AFINSA, y de toda su operativa contractual, sino que dejaron bien claro la naturaleza del negocio que desarrollaba: era una actividad que tenía como objeto la compra de sellos, su venta a terceros o recompra por parte de la empresa, si ese era el deseo del cliente, y todo ello en la confianza de obtener un beneficio en el transcurso del tiempo.

---

<sup>2</sup> TOMO I CALIFICACIONES ACUSADOS del Rollo de Sala 6/13. Escrito de conclusiones provisionales JAC-ADF-VMP de 09/10/2015 (Fs. 374-507) al que se adjuntaba un CD (Folio 373) identificado como Prueba Juan Antonio Cano y otros

Además, como cualquier otra empresa, AFINSA fue **inspeccionada por la Agencia Tributaria** en relación al Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido y Retenciones del IRPF (folios 818 a 825). En concreto, y por lo que atañe al Impuesto sobre Sociedades, se levantó acta de inspección en el ejercicio 1994 con fecha 23 de julio de 1997. En el acta expresamente se señala *“Que la situación de la contabilidad y los registros obligatorios a efectos fiscales del obligado tributario es la siguiente: **adaptada a las prescripciones del Código de Comercio** en condiciones que han permitido la verificación por esta Inspección”*. Es decir, para la AEAT la contabilidad de AFINSA se adaptaba al Código de Comercio y declaraba la verdadera naturaleza jurídica de los contratos con los clientes: el tratamiento tributario era el de compraventa y no el de préstamo, por lo tanto de valoración mercantil y no financiero.

Por si todas estas resoluciones e informes no fueran suficientes, AFINSA, **a su propia iniciativa** tomó todas las cautelas posibles para asegurar que su actividad comercial se ajustaba al ordenamiento. A tal extremo, solicitó dictamen al catedrático de Derecho mercantil (Informe de 13 de junio de 2005; anexo 2.108 del informe pericial) don Ángel Rojo. A mayor diligencia si cabe, se sometió a informe del despacho profesional **Cuatrecasas** (folios 6.224 y ss.) sobre la calificación de la actividad desarrollada por AFINSA. El socio que elaboró ese informe, Francisco Pérez Crespo, es Abogado del Estado y anteriormente fue Subdirector de Asuntos Consultivos del Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y al mismo tiempo encargado de los Asuntos Consultivos y Contenciosos del mismo Órgano Estatal.

Todas las resoluciones e informes concluyen afirmando el carácter mercantil de la actividad de los contratos, por lo tanto sujetos al ordenamiento civil y mercantil y no al financiero, lo que implica obligaciones distintas de las de las entidades financieras.

En el mismo sentido de reforzar la consideración sobre la naturaleza mercantil no financiera de AFINSA, y como aporte normativo, destacamos la

**Ley 35/2003, de 4 de Noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva**, cuya Disposición Adicional IV de esta Ley, titulada *“Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes”*, establece:

*“1.- Lo dispuesto en la presente disposición será de aplicación a la actividad, que se efectúe profesionalmente, llevada a cabo por cualquier persona física o jurídica que consista en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes u otro contrato que permita instrumentar una actividad análoga, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del cliente, entregando a éste, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no se halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada.*

*Los bienes a que se refiere el párrafo anterior serán los sellos, obras de arte, antigüedades, en todo caso, y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de dicha actividad”.*

Esta ley contempla la actividad de la empresa –la compraventa de sellos– y regula su situación, proporcionando cobertura legal a su actividad. La voluntad del legislador al calificar la actividad como mercantil quedó ratificada cuando, en el año 2007, se aprobó la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta Posterior de Restitución. Ya en el preámbulo de dicha Ley, y de manera más rotunda en su artículo 1, queda absolutamente claro la naturaleza de la actividad de AFINSA. Dice el artículo 1 de la Ley 43/2007 *“Esta Ley es de aplicación a las relaciones jurídicas con los consumidores y usuarios de las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes con oferta de restitución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de este importe (...) 2. Los bienes a que se refiere el apartado anterior son sellos, obras de arte, antigüedades, (...)”.*

No obstante, a pesar de la notoriedad de los documentos que se han citado, el Ministerio Fiscal se apartó de esa normativa y presentó ante la Audiencia Nacional una querrela en la que puede leerse *“la verdadera dimensión del negocio descrito, que por encima de su calculada formalidad debe calificarse de “financiero” (...)”*(folio 7 del procedimiento).

Tras la intervención judicial, y el notable impacto mediático que la misma tuvo, aquellas instituciones públicas que habían calificado la actividad de AFINSA como mercantil, lejos de cambiar su criterio para ajustarse a la tesis del Ministerio Fiscal y AEAT, **mantuvieron que AFINSA era una entidad mercantil**. Además, los tribunales de justicia a los que se sometía la cuestión confirmaron tajantemente que AFINSA desarrollaba una actividad mercantil, cerrando de esta manera la puerta a cualquier consideración de entidad financiera. La naturaleza mercantil de la empresa es de suma importancia, dado que comporta un modelo de contabilidad distinto al de las entidades financieras y no contempla la necesidad de provisionar las aportaciones de los clientes.

En cuanto a los informes de entidades públicas posteriores a la intervención de la empresa, nos remitimos al del **Banco de España**, de fecha 29 de Junio de 2007<sup>3</sup>. En dicho informe, al analizar la actividad desarrollada por AFINSA, se dice:

*“Esta actividad no implica, sin embargo, la captación de fondos reembolsables del público. Se trata de actividades que han venido sometándose a las normas del Código Civil y del Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos, a las de la legislación de protección de los consumidores y usuarios, y desde la aprobación de la Ley 25/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, al régimen contenido en la disposición adicional 4ª de este último texto legal, del que resulta con claridad que no son actividades financieras...”*

---

<sup>3</sup> TOMO I CALIFICACIONES ACUSADOS del Rollo de Sala 6/13. Escrito de conclusiones provisionales JAC-ADF-VMP de 09/10/2015 (Fs. 374-507) al que se adjuntaba un CD (Folio 373) identificado como Prueba Juan Antonio Cano y otros

En la misma dirección, la **Comisión Nacional del Mercado de Valores**, con fecha 22 de Junio de 2007 (folios 10.705 y ss.) emite un informe destacando: *“La actividad de venta de sellos en ningún caso puede calificarse como de captación de ahorro público en el sentido empleado por el antiguo artículo 26 bis de la LMV, y por ende, no quedaría sujeta a la normativa del mercado de valores, por más que se incluya en el clausulado del contrato un pacto de recompra, pacto que ni desnaturaliza la figura contractual ni cambia la naturaleza de la propia actividad trocándola en actividad financiera.”*

El **Consejo de Estado**, en diversos dictámenes reconoce el carácter no financiero de las actividades ejercidas por AFINSA. De estos dictámenes, señalamos, a modo de síntesis, alguna de las conclusiones que se contienen en el dictamen 1492/2008, de 25 de septiembre<sup>4</sup>:

*“La conclusión que se extrae de todo lo anterior es que la actividad desarrollada era una mera actividad de promoción de inversiones en valores filatélicos y no una actividad financiera, ni, en particular, una actividad de captación de fondos reembolsables al público o cualquier otra reservada a las entidades de crédito.”*

*“En otras palabras, el Banco de España no realizó ninguna función de supervisión sobre la sociedad, ni ejerció sobre ella su potestad sancionadora, por la sencilla razón de que no tiene competencias de supervisión sobre las entidades de promoción de inversión filatélica, en la medida en que desarrollan una actividad puramente mercantil.”*

En definitiva, todos los Organismos competentes del sector financiero (Banco de España, CNMV y Dirección General de Seguros) se han pronunciado unánimemente acerca del carácter no financiero de la actividad en bienes tangibles. Asimismo, el criterio que se postula en los anteriores informes aparece refrendado por los tribunales de justicia, resultando que todos aquellos órganos jurisdiccionales que han entrado a valorar el negocio de AFINSA, avalan el carácter mercantil de su actividad. Entre otras, destacan:

---

<sup>4</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2008-1492>

a) Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2010, que obra a los folios 24.489 a 24.541, y que sostiene que la *“comercialización de sellos como bienes tangibles con un compromiso cierto de revalorización, se enmarca dentro de la legislación mercantil”*.

b) Las Audiencias Provinciales que han intervenido en asuntos referidos a AFINSA, y en cuyos procesos ha sido necesario determinar la naturaleza jurídica de los contratos que une a AFINSA con sus clientes, han resuelto que son mercantiles, llegando a decir que se trata de contratos meramente civiles. A modo de ejemplo, se puede citar la Sentencia 289/2012, de 17 de octubre, en la que la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que obra a los folios 57.328 y ss. La Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado firmemente sobre la naturaleza del negocio de AFINSA determinando, con toda rotundidad, que estamos ante un negocio completamente legal, realizado mediante contratos mercantiles lícitos y vigentes a la fecha de su intervención y cierre, que no pueden ser considerados como de índole financiera, y que no existe simulación entre las partes contratantes.

c) Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 9/12/2010 (rec. 1340/2010) y 13/12/2010 (recurso 1416/2010). Al resolver los recursos de casación interpuestos contra las sentencias anteriores dictadas por la Audiencia Nacional, ratifica íntegramente las mismas, siendo de destacar el fundamento jurídico quinto donde se reafirma que AFINSA no realizaba actividades consistentes en captación de fondos reembolsables del público, sino una actividad sometida al Código de Comercio y al Código Civil, y desde la aprobación de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, sometida a la Disposición Adicional cuarta de la misma.

Resulta evidente que AFINSA se atuvo, en todo momento durante los años de su operativa, a la ley en vigor, a lo dictado por los tribunales y organismos competentes y también, a la doctrina científica relevante. Consecuentemente, a la hora de formular su contabilidad lo hizo siempre al

amparo de la normativa existente y con el control de las entidades públicas competentes, sin que en más de veinticinco años de operativa y presencia en los mercados nacionales e internacionales fuese jamás sancionada, ni siquiera amonestada, por infracción alguna. Desde los tribunales nunca se cuestionó esa naturaleza mercantil.

Las consideraciones jurídicas expuestas proporcionaron a la actividad negocial de AFINSA un ámbito de actuación en el que desarrollaba su función. Una actuación sujeta al ordenamiento mercantil, no financiero, con las obligaciones propias de esa actividad. Pues bien, a pesar de la claridad de las resoluciones y dictámenes citados, el procedimiento se inició con una intervención judicial por la creencia de que la actividad de AFINSA era financiera y, concretamente, consistía en la recepción de préstamos por parte de los clientes. La base de la intervención fue la actuación de la AEAT –informe de la Inspectora doña María Teresa Yábar Sterling– plasmada en su denuncia del año 2005, y que hicieron propia tanto el Ministerio Fiscal, los administradores concursales de AFINSA, y en especial, los peritos de la AEAT designados en la fase de instrucción.

Lo que había venido siendo una actividad negocial desarrollada bajo un ámbito normativo claro y preciso, aparece desvirtuado por una denuncia que, sorpresivamente, califica ese negocio de actividad financiera. La multitud de resoluciones judiciales y de dictámenes de organismos públicos que habían negado el carácter financiero de AFINSA, se viene abajo por una denuncia de la AEAT que hace suya la acusación en este procedimiento penal. Así, el Ministerio Fiscal en su escrito de querrela –folios 3 a 13– fundamenta su acción en el carácter financiero de la actividad negocial de AFINSA. Sin embargo, ese mismo Ministerio Público, cuando se pone de manifiesto la normativa, los informes anteriormente señalados y la jurisprudencia interpretativa, que destacan la naturaleza mercantil del negocio, durante el juicio modifica esta consideración y en su lugar justifica la quiebra de la empresa porque no se habían dotado provisiones respecto a todas las ventas de sellos a los clientes. El

Ministerio Fiscal **cambia el fundamento de su acusación**: AFINSA ya no desarrollaba una actividad financiera sino una actividad de compraventa en la que debía provisionar el 100% de las ventas a los clientes.

La acusación modifica su exposición y sostiene una obligación hasta entonces no exigida y, sobre todo, no prevista en la Ley. En efecto, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en la última sesión del juicio e indicó *“Los contratos de inversión filatélica comercializados por AFINSA amparaban una actividad de naturaleza financiera que, al margen de su calificación, habían llevado a la compañía a una clara de situación de quiebra patrimonial”*.

Todos estos cambios, nos permiten afirmar que el hecho de la acusación ha ido modificándose en función del momento procesal en el que nos encontrábamos. En un primer instante, antes de la intervención, se mantenía que en AFINSA no había filatelia, o si había algo, era falsa. Esa idea se desvanece cuando se interviene la empresa y la investigación comprueba la existencia de más de 150 millones de sellos de los clientes. En consecuencia, cambian de criterio y se pasa a la teoría de que la empresa, en realidad, era financiera y debía contabilizar sus operaciones como préstamos. En conclusiones definitivas en el juicio oral, y como resultado de las numerosas resoluciones judiciales que descartan el carácter financiero de AFINSA, vuelven a cambiar de criterio y lo que en realidad se imputa es no haber provisionado todas y cada una de las operaciones de venta, criterio que es el asumido en la sentencia.

Pero es que este último criterio, el de la necesidad de provisionar, ha sido también negado por la jurisdicción. La Sala 3ª del Tribunal Supremo en su **Sentencia de 11 de marzo de 2011** (folios 57.370 a 57.387), niega el carácter deducible de las provisiones de AFINSA, pues, según dice la Sentencia se trata de una *“Opción ésta que depende exclusivamente del libre albedrío del citado cliente”* y que *“en definitiva, la dotación efectuada por AFINSA no responde a ninguna de los tres supuestos reglamentarios enunciados. Queda a elección del cliente acudir a la reventa de los lotes adquiridos o no hacerlo, no acreditando la entidad*

*recurrente la existencia de responsabilidades ciertas. Lo que existe, según reconoce literalmente aquélla, es una "probabilidad" de que la obligación se materialice pero es que la probabilidad del nacimiento de una responsabilidad no da derecho a la deducción de la provisión dotada (...) No existe en la normativa fiscal, como pone de relieve la sentencia de instancia, ninguna posibilidad de dotar provisiones por responsabilidades que todavía no tienen un planteamiento serio de existencia, que no existe un litigio, que no existe una reclamación, etc."*

Esta sentencia no puede ser más ilustrativa y deja completamente claro que nos hallamos ante operaciones netamente mercantiles, y que al ser la recompra una opción del cliente no existe tal obligatoriedad de provisionar la venta. Se trata de operaciones de compraventa con pacto de retrocesión, o por ventas a terceros o por recompra, opcional para el adquirente, por lo tanto no estamos ante unas provisiones, y sí ante unas previsiones, y siempre ante operaciones de tráfico mercantil.

Y no sólo es que el criterio de dotar provisiones que en este instante impera se oponga al criterio del Tribunal Supremo, sino que, además, los **Administradores Concursales** que se hicieron cargo de la gestión de AFINSA tras su intervención (y se destaca que uno de los administradores, la señora Fernández-Daza Álvarez, actuaba en representación de la Agencia Tributaria), **eliminaron la partida de provisiones de filatelia** en las primeras cuentas anuales que firman, las de 2006, pues **según consideraron "no tenían sentido"**. Al punto 11 de las cuentas anuales de 2006 se puede leer:

*"Esta **provisión** pretendía recoger las posibles pérdidas del valor de los sellos asociados a los contratos de inversión con los clientes que firmaba la compañía. **Dado que los compromisos con los clientes se recogen en el pasivo del Balance de Situación** en las cuentas 521 Deudas a corto plazo y 527 Intereses a corto plazo de deudas y que la filatelia se encuentra recogida en el activo del balance por su valor de mercado **no tiene sentido mantener esta partida** por la que se salda en el asiento de ajuste efectuado por la Administración Concursal".*

Pues bien, a pesar de la claridad de la sentencia del Tribunal Supremo y de que los Administradores Concursales, de manera expresa, eliminaran la partida de provisiones dado que la misma no tenía sentido, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones y ahora considera que, en efecto, hay transferencia de un bien pero que el presunto delito que habría cometido AFINSA se justifica porque no habría dotado provisiones por las ventas.

Diez años después de la intervención judicial de AFINSA, aparece una nueva tesis contable: ya no hay préstamo y sí una efectiva transmisión de la propiedad de un bien, pero en la contabilidad debe aparecer una provisión al igual que debe figurar un derecho a la filatelia. El problema es que esa novedosa teoría que saca a colación el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas a la que se adhiere y confirma la sentencia de instancia, choca frontalmente con el criterio que mantuvo la Agencia Tributaria en el acta de 1997, con el de los Administradores Concursales, y con el de la Sentencia de la Sala 3ª de 11/03/2011, resultando que no es una teoría novedosa sino muy al contrario, ya se analizó en el año 1997 y fue desechada por la AEAT, y luego por el Tribunal Supremo, máximo intérprete del orden contencioso administrativo.

El desbalance patrimonial argumentado se basó inicialmente en la consideración de los compromisos como préstamos al entender las operaciones como créditos remunerados. Más tarde, los que sostuvieron esta tesis tuvieron que cambiar su argumento ante el revés sufrido por sentencias que calificaron el negocio de compraventa. Ahora es una compraventa, pero resulta obligatorio provisionar por el total de los compromisos, lo que permite que aparezca el déficit patrimonial y la imputación de que la contabilidad estaba mal hecha. □

Sin embargo, no debe olvidarse que de haber actuado la empresa en su momento tal y como ahora se la exige, hubiera infringido el criterio de entonces de la AEAT, expresado por ésta en las actas de inspección levantadas en 1997, y hubiera actuado también, en contra de lo dictado por la Audiencia Nacional en

la sentencia dictada por el recurso en contra de lo dispuesto en esas actas por AFINSA (sentencia que luego fue ratificada por el Tribunal Supremo).

De lo anteriormente expuesto, se constata que AFINSA siempre se ha movido dentro de lo jurídicamente permitido, y ese marco de actuación ha sido analizado y confirmado por la jurisprudencia. Su actividad comercial aparece regulada por el ordenamiento, Ley 35/2003, y ha sido calificada por organismos de regulación financiera y de control como una actividad mercantil y no financiera, sin obligaciones de provisionar en los términos señalados. Ese era su ámbito de actuación, que había sido objeto de supervisión y de control configurando un entorno regulado, inspeccionado y controlado, sin queja alguna y saliendo airosa de cuantas inspecciones se hicieron.

AFINSA desarrollaba su actividad en un marco de seguridad jurídica necesario para sus clientes y bajo la seguridad que inspecciones y controles proporcionaban y, sobre todo, en un ámbito de legalidad refrendado por los órganos de control y por la jurisdicción. Esa seguridad quiebra cuando se cuestiona la realidad del negocio desoyendo los informes de los órganos reguladores y de control. En resumen, una vez se demuestra la falacia del argumento inicial, surge la falacia de la actividad financiera, y cuando se acredita la naturaleza mercantil aparece otro nuevo argumento: es necesario el aprovisionamiento de todas las ventas realizadas; y, de nuevo, desde la jurisprudencia y desde los informes anteriormente señalados, se niega esa exigencia.

AFINSA ha actuado dentro de lo jurídicamente dispuesto y en un espacio de seguridad que se resiente cuando es condenada por actuar en el ámbito de lo permitido y cuando desde la acusación se ha venido, hasta en tres ocasiones, modificando el objeto de imputación: desde el cuestionamiento de la realidad de los contratos, hasta la inexistencia de provisiones obligatorias, pasando por cuestionar la naturaleza mercantil. Los acusados han desconocido el ámbito de la tipicidad objeto de la acusación y han accedido a un juicio oral

sin un planteamiento claro del reproche, pues, en todo momento han actuado dentro del ámbito de lo permitido, poniendo en riesgo la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y las exigencias del principio acusatorio por los cambios sistemáticos en la acusación, de manera que se ha resentido su seguridad y las exigencias del derecho de defensa.

**Segundo motivo. Por vulneración de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, por infracción del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la validez dada a los informes periciales.**

#### **Breve extracto del motivo**

Se presenta este motivo al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, y del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, por la irregularidad en el nombramiento de los peritos de la causa tanto de la **pericial encomendada a la Agencia Tributaria** sobre el funcionamiento de la empresa, como de la **pericial** incorporada al procedimiento penal proveniente del concurso de AFINSA de **valoración de la filatelia** de la compañía, cuya elaboración se ha realizado en clara vulneración del derecho a la regularidad de la prueba.

Se pretende, pues así lo autorizan los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, poner de manifiesto ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la irregularidad de los informes periciales en los que el tribunal de instancia se apoya para elaborar la condena. Es jurisprudencia reiterada (por todas, STS 321/2007, de 21 de abril) que *“el control casacional del derecho fundamental a la presunción de inocencia se contrae a la constatación por esta Sala de la regularidad de la prueba, su licitud, su carácter de prueba de cargo suficiente para enervar el derecho que invoca en la impugnación”*. Este aspecto, el de la regularidad de la fuente probatoria, es el objeto de este motivo.

### ***1. Informe pericial elaborado por los Inspectores de la Agencia Tributaria***

La característica o razón de ser de un perito es el auxilio que prestan a la Sala, o al Magistrado, encargado del enjuiciamiento o de la instrucción mediante la puesta en conocimiento de un saber experto, imparcial y ajeno. Mas el perito, según reiterada jurisprudencia, no entra en conocimientos jurídicos pues, conforme al principio *iura novit curia*, esa tarea es función exclusiva del juez, “perito de peritos” (por todas, STS 941/2009, de 29 de septiembre).

En este caso, los técnicos de la AEAT, doña Carmen Rojo del Amo y don Jesús Limón Tamés, fueron designados peritos judiciales mediante providencia de 05/07/2006 (folio 2.315) para elaborar una pericia cuyo objeto versaría, principalmente, en detallar: (i) La actividad económica de AFINSA, con expresión de sus proveedores, compras y ventas, forma de pago, flujos económicos y contabilización de las operaciones, (ii) Su situación patrimonial y (iii) Las consecuencias tributarias de dicha actividad.

Sin embargo, y pese a que el objeto de la pericia se encontraba delimitado, los peritos judiciales, tal y como esta parte puso de manifiesto en diversas ocasiones a lo largo de la instrucción y en las sesiones de juicio, **abandonaron su condición de peritos para convertirse en instructores**, o si se prefiere, en investigadores de la causa. Han sido los peritos judiciales de la AEAT, y a las actuaciones nos remitimos para su comprobación, quienes se han encargado de impulsar el procedimiento mediante la petición de: comisiones rogatorias a innumerables países; oficios a entidades financieras; y, en general, la práctica de cualquier diligencia que pudiera ser utilizada para determinar la culpabilidad de los encausados. A modo de ejemplo, citamos las siguientes diligencias:

#### **Tomo 10**

F-4.238 a f-4.247 Escrito de 31.10.06 presentado por Carmen Rojo del Amo y Jesús Limón Tamés, **se solicitan requerimientos y comisiones rogatorias** a Italia, Holanda, Alemania, Portugal, Suecia y Bélgica para la remisión de la documentación

contable, bancaria y registral y fiscal que se interesa de cada una de las sociedades que aparecen como proveedores de Afinsa y Central de Compras Coleccionables, S.L.

### **Tomo 11**

F-4.471 Escrito de Carmen Rojo del Amo y otro de fecha 11.1.07, en el que **solicita que se requiera a la entidad Citibank** al objeto de identificar los titulares de dicha cuenta y los movimientos de la misma.

### **Tomo 12**

F-4.857 Escrito de 1.2.07 de Carmen Rojo del Amo y otro, al objeto de analizar el **posible destino de los fondos pagados por Afinsa a sus proveedores** se solicita que se autorice a dichos peritos a investigar el posible destino de los fondos pagados por Afinsa a las sociedades Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L, y Guijarro Lázaro Filatelia, S.L., **requiriéndose a diversas entidades bancarias** para que aporten documentación del período 1999 a 2003.

F-4.859 Escrito de 1.2.07 de Carmen Rojo del Amo y otro, en el que **pide que se autorice a los peritos a investigar el posible destino de los fondos pagados por Afinsa a German Baschwitz Gómez** y se requiera a la sucursal bancaria del Banco Popular para que aporte documentación relativa al período que abarca los años 2003 a 2006.

### **Tomo 13**

F-5.124 a f-5.130 Escrito de 22.12.006 de Carmen Rojo del Amo y otro, en el que solicitan del Juzgado se efectúe los **requerimientos de información a las entidades financieras directamente o a través de los peritos a efectos de que se aporte detalle de los movimientos de las cuentas** que se indican así como los documentos justificativos de aquellas operaciones que por parte de los peritos se considere necesario. Las cuentas que se relacionan son titularidad de personas vinculadas con Afinsa o autorizadas. Se solicita se libren oficios a varios bancos

### **Tomo 17**

F-6.882 Escrito de 13.4.07 de Carmen Rojo del Amo y otro **solicitando se requiera al Banco Santander para que aporte Identificación de la cuenta** o cuentas donde se ingresó el cheque nº 0.799.947 de 1.6.06 por importe de 300.000€.

## **Tomo 22**

F-8.723 a f-8.726 Escrito de 24.1.07 de Carmen Rojo del Amo y otro se solicita se remita **comisión rogatoria a Suiza y Alemania**, para información de la entidad FILASYL, S.L., sobre transferencias de dinero a diversas entidades.

## **Tomo 25**

F-9.878 Escrito de Carmen Rojo del Amo y otro de 25.7.07, registro de entrada 26.7.07, **solicitando información a la entidad Cuatrecasas Abogados, S.R.L., para que aporten copia de las facturas emitidas** a Juan Antonio Cano Cuevas; Albertino Figueiredo Do Nascimento, durante los ejercicios 1998 a 2006 con identificación de los medios de pago empleados.

A lo largo del procedimiento encontramos múltiples ejemplos respecto a la función que han realizado los peritos judiciales. Especialmente llamativa es la providencia dictada el 28/09/2009 (folio 2.226), en la que a iniciativa de los peritos se solicita al Magistrado-Instructor que “reconsidere” su postura en cuanto a la denegación de una diligencia que habían solicitado previamente.

Se citan estos ejemplos sin ánimo de exhaustividad, pero el procedimiento, los 146 tomos que componen la causa, está plagado de ejemplos en los que los peritos de la AEAT solicitan la práctica de diligencias (comisiones rogatorias, oficios a entidades financieras, empresas, organismos públicos, etc.).

Los anteriores ejemplos ponen de manifiesto que los funcionarios de la AEAT han realizado una labor de investigación que debe quedar al margen de la función de un perito, siendo esas tareas indagatorias propias de la actividad del Instructor o de la policía judicial. Sólo en aquellas cuestiones en las que por la complejidad de la materia pudieran existir dudas, sería preciso acudir a un experto. Y, en este caso, habría sido deseable que la actuación de los peritos judiciales se hubiese limitado a aspectos técnico-contables, dejando la investigación en manos de quien está legalmente habilitado. En este procedimiento, los peritos dejaron de ser un experto llamado a auxiliar al juez en su función jurisdiccional, **para convertirse en investigadores**. Como es

natural, esa anómala **doble función de investigador-perito** queda reflejado en el informe presentado mediante una serie de valoraciones que son propias de un escrito de quien persigue el delito, pero nunca de un informe pericial que debe redactarse desde el criterio de la objetividad.

La consecuencia de este abuso de funciones es que el informe elaborado con fecha 19/01/2013 deja de ser una pericial objetiva e imparcial, para convertirse en un **instrumento de indagación de conductas delictivas**. En este caso, dado que quienes eran peritos se han dedicado a investigar e impulsar el procedimiento, es lógico que exista cierto recelo por parte de esta representación en cuanto a la objetividad de los peritos de la AEAT. Es palmario que quien destina 7 años (desde el 2006 que son designados hasta el 2013 que presentan su informe) a investigar unos hechos, siguiendo un hilo conductor en la elaboración de su informe, pierde la objetividad que se le exige al perito. Cualquier profesional que dedica tanto tiempo a un informe en el que poco a poco tiene que ir recabando información, apoya su convencimiento en una tesis sobre la cual se mueve su proceder. Ese proceder, ya contaminado, aunque sea de manera involuntaria, gira en torno a la idea fija en sobre la culpabilidad de las personas investigadas.

Esto mismo se argumentó a lo largo de la vista oral, y la respuesta dada en la sentencia, según se observa a los folios 42 y 43 de la misma: “Otra defensa hizo una descalificación genérica de los peritos judiciales que habían realizado el estudio sobre la compañía, su actividad, modelo de negocio y sistema contable, al **entender que se habían convertido en investigadores y su opinión quedaba contaminada por esa parcialidad incriminatoria**. Plantea la parte un problema de parcialidad de tipo motivacional que no se puede asumir, ya que **la investigación en materia económica y contable, en un mercado tan particular como el de la inversión en valores filatélicos, requiere de parte del juez una ayuda y colaboración experta sobre la propia información pertinente y los canales de acceso a la misma, que solo profesionales con conocimientos cualificados en economía y finanzas le pueden proporcionar**; además, estos peritos son técnicos del Estado, lo que representa una acreditación de origen añadida”.

No se cuestiona que el Instructor se apoye en expertos que presten su colaboración en materia de índole económica/financiera para facilitar la comprensión de aspectos que por su complejidad pudieran suscitar problemas, la cuestión que se plantea no es esa. Lo que se denuncia es que **se ceda la investigación a quienes previamente han sido designados peritos**, con vulneración de las exigencias de imparcialidad exigibles al perito -artículo 464 LECr-.

Una cosa es requerir apoyos para aspectos técnicos que quedan fuera del normal entender, y otra bien distinta es que se legue la instrucción al perito, quedando Ministerio Fiscal e Instructor como simples observadores del procedimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 1212/2003, de 9 de octubre) se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre cómo debe ser la pericial, y especialmente respecto al carácter imparcial del perito. En este sentido:

*“En orden a la naturaleza y sentido de la pericia, o informe pericial, hemos de manifestar que, amén de estimarse medio de prueba en su función de **averiguación en el juicio oral de la verdad material** delimitada en las pretensiones penales que se ejercitan, en aquellos casos que se interesa y practica a instancias del Instructor, constituye un acto de investigación o preprobatorio de auxilio judicial **para suplir la ausencia de conocimientos científicos, artísticos o culturales del juez**, teniendo como finalidad tal diligencia constatar una realidad no captable directamente por los sentidos, en contraste con la prueba testifical o inspección ocular. **Las garantías o fiabilidad de los resultados o conclusiones de la diligencia pericial se hallan asentadas en el carácter imparcial y objetivo de los peritos**”.*

En el supuesto que nos ocupa, quien se ha comprometido con la investigación, hasta el extremo de ser el responsable de dirigir el procedimiento, no puede considerarse perito a los efectos que marca la LECr y, por tanto, el informe emitido y que ahora se considera pericial no debe ser admitido al proceso, declarándose su nulidad sin que pueda ser valorado.

Consecuencia de la investigación desarrollada por los dos peritos de la AEAT, y a efectos de acreditar la ausencia de imparcialidad del informe, se

citan como ejemplo, una serie de manifestaciones contenidas en el **Informe Resumen de los inspectores de la AEAT** doña Carmen Rojo del Amo y don Jesús María Limón Tamés (obra incorporada al folio 56.497, en la *pieza separada informe pericial*), que ponen de manifiesto que, en realidad, el informe pericial se asemeja más a un escrito de acusación que a una pericial:

Páginas 11 y 12 del informe:

“los cambios operados en los contratos en esos años hicieron que el control de los precios de los sellos y su revalorización se convirtiese en una pieza fundamental de su actividad, y para conseguirlo **era necesario lograr el control** de los catálogos, de forma que parezcan independientes a los ojos de terceros y así puedan depositar su confianza en las operaciones realizadas con AFINSA.

**Se puede asegurar que una de las principales preocupaciones** de AFINSA fue el **control/manipulación** de los catálogos filatélicos y la constante revalorización de la filatelia que sirve de base a sus contratos de inversión.

Así, AFINSA controló la práctica totalidad de los catálogos que utilizaba para la adjudicación de la filatelia en los contratos PIC y MIP: catálogos Domfil Europa, AFINSA Portugal, Unificato y posteriormente Brookman Europa.

Por lo que respecta a los contratos CIT y CIF, la adquisición del catálogo Brookman en junio de 2003 permitió a AFINSA adquirir filatelia no catalogada, asignarle unos valores extraordinariamente altos y **mantener el discurso** de la existencia de un catálogo independiente soporte de los valores de adjudicación, si bien, hay que indicar que este catálogo tuvo más la consideración de lista interna encuadrada utilizable para Sistemas de Inversión que de catálogo de referencia para el mercado.”

Página 14:

“De la literalidad de los documentos en que se formaliza un contrato CIT, **se deduce que el cliente no tiene interés alguno en los valores filatélicos**”

Página 15:

“El análisis exhaustivo realizado de los contratos CIT **deja patente unos**

**incumplimientos o inconsistencias tan graves**, que ponen de manifiesto, aún más claramente, su indudable naturaleza financiera”.

Página 19:

“AFINSA sabe que la mediación no se produce en ningún caso, sino que es más bien **un artilugio jurídico y contable buscado con el fin de no dejar traslucir el auténtico negocio** que AFINSA desarrolla y el impacto real que los contratos CIT provocan en el balance de la Compañía y por ello en su solvencia”

Página 20:

“AFINSA era **plenamente consciente de los graves problemas** que el contrato CIT vigente tenía y que incluso ponían en tela de juicio la viabilidad de su propio negocio.”

Página 31:

“AFINSA, que es la creadora de los contratos, **es perfectamente consciente de que todos ofrecen una falsa apariencia** y lo realmente perseguido es muy distinto a lo estipulado en el clausulado de los mismos. Y los inversores, gracias a la garantía y aparente solvencia ofrecida por AFINSA, se adhieren a los contratos consintiendo la literalidad de los mismos”.

Página 32:

“AFINSA **también ha sido consciente siempre** de que su actividad era una actividad de captación de recursos, de movimiento de capitales, y que la filatelia era una simple fachada”.

Página 100:

“Si a las anteriores consideraciones se añade la **falta de preocupación existente en los órganos de gobierno de AFINSA** y en el propio departamento de Valores en relación con el suministro de este tipo de filatelia –a diferencia de lo que ocurría con la filatelia PIC, con continuas manifestaciones acerca de la escasez de la misma–, **se puede llegar a concluir que o bien dichos órganos de AFINSA tenían desde el principio un conocimiento bastante aproximado de la naturaleza de la filatelia suministrada o bien, en el mejor de los casos, no les importaba lo más mínimo la**

**naturaleza de dicha filatelia”.**

Los ejemplos que se destacan en los anteriores párrafos, así como muchos otros que se recogen en el informe y en sus anexos, constituyen la mejor muestra de la absoluta ausencia de imparcialidad de los peritos designados por el Juzgado de instrucción.

Sin entrar a cuestionar que los peritos sean representantes de la Agencia Tributaria, pues ese particular ya ha sido sobradamente tratado por este Tribunal de casación, lo que realmente se ha denunciado a lo largo del procedimiento y, de nuevo, en esta alzada, es la doble posición de investigador/perito que se le ha otorgado a los dos funcionarios de la AEAT, y por ende, la valoración que el tribunal *a quo* ha realizado de su informe. Tanto la sala sentenciadora, como antes hicieron el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Instructor, ha utilizado el informe de 29/01/2013 de los señores Rojo y Limón en la motivación de la sentencia, e incluso en determinados momentos el informe se ha traspasado en su integridad a la resolución, es un calco del mismo.

Ante nuestra queja, dice la sentencia de instancia *“que la investigación en materia económica y contable, en un mercado tan particular como el de la inversión en valores filatélicos, requiere de parte del juez una ayuda y colaboración experta sobre la propia información pertinente y los canales de acceso a la misma, que solo profesionales con conocimientos cualificados en economía y finanzas le pueden proporcionar”*. Se reitera, como ya se hizo en el juicio, que no se duda de la necesidad de los peritos para cuestiones técnicas, sino del papel que los mismos han adoptado y de la imposibilidad de considerar a quien ha investigado, perito judicial.

La policía judicial participa hechos y la resultancia de su investigación, pero no es el perito que proporciona al juez sus precisos conocimientos. Esta irregularidad fue denunciada en el juicio oral y no atendida sobre la base del carácter oficial del perito, lo que no ha sido objeto de discusión, sino la concreta función que ha desarrollado en la causa, generadora de indefensión a la parte

desde el momento que la investigación del hecho –cuyos resultados han de ser probados- se ha convertido en medio probatorio.

## ***2. Informe filatélico***

La pericial filatélica, como recoge la sentencia, fue elaborada para el procedimiento concursal e incorporada con posterioridad al procedimiento penal. Ante las quejas manifestadas por las defensas por la incorporación de este informe al procedimiento penal, la sentencia de instancia dice al folio 43 que:

*“No hay razón alguna de carácter institucional para que el juicio penal desaproveche un medio de prueba altamente especializado, que requiere de importantes recursos; otra cosa es la necesidad de su producción en forma en esta sede y su valor probatorio”.*

Pues bien, si las defensas manifestamos nuestra queja contra este informe, fue principalmente, y en primer lugar, por el uso en un procedimiento penal de una pericial concursal que tiene muy acotada su finalidad dentro del concurso como una mera información a los acreedores del valor liquidativo de la masa activa. Finalidad que se aleja de la determinación del valor de mercado de unos bienes bajo el principio de empresa en funcionamiento y sin amenazas que pesen sobre la misma, único criterio aceptable para determinar el valor razonable de mercado. En segundo lugar, se cuestiona también el personal seleccionado para su elaboración.

La pericial filatélica del concurso se encargó a ANFIL –Asociación Nacional de Empresarios de Filatelia y Numismática de España–, y concretamente a los filatélicos don Pablo Cuadra Cid, don Antonio Berlinches, don Pedro Ayala, don José Jaime Martínez Millán y don Fernando Gimeno.

Antes de proseguir, hemos de significar que la composición de este equipo de filatélicos fue objeto de tacha por la representación de Juan Antonio Cano, Albertino De Figueiredo y Vicente Martín Peña en el procedimiento

concurzal. Y si bien esa tacha fue desestimada por el Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, lo cierto es que, incluso antes de conocer el contenido del informe, refleja la desconfianza que nuestros representados tenían en las personas que habían sido designadas para realizar la tasación del inventario de la compañía.

El primer perito sobre el que existen ciertas dudas en cuanto a su imparcialidad es **don Pablo Cuadra**, cuya independencia está seriamente cuestionada al haber sido trabajador de AFINSA y **ser despedido al poco tiempo** por falta de honestidad profesional. Se añade que, previamente a su despido de AFINSA, también había sido despedido de la Filatelia Hobby en Madrid. □ Con estos antecedentes creemos que las sospechas de parcialidad están sobradamente justificadas y, por consiguiente, su trabajo como perito completamente devaluado. Cuando el señor Ayala, en representación de los peritos filatélicos, fue preguntado sobre el despido del señor Cuadra dijo *“sí, yo lo sabía y lo expuesto –a la administración concursal– y me dijeron que era un caso laboral y no tenía ninguna afectación. Se que había trabajado para Afinsa y había tenido algún problema laboral pero desconozco los términos. Lo puse en conocimiento de los concursales y valoraron que no había ningún problema”*<sup>5</sup>.

El segundo perito, **don José Jaime Martínez Millán** presenta significativos condicionantes para su trabajo, pues su cuestionamiento de la actividad negocial y su posicionamiento a favor de la naturaleza financiera condiciona su pericia. En un artículo publicado en el diario económico Cinco Días el 15/05/06 –escasos días después de la intervención de la empresa–, el señor Martínez Millán se pronuncia en estos términos: “El sello como inversión, eso no ha funcionado nunca. Para invertir están los bancos”.

El tercer perito que muestra dudas en cuanto a su imparcialidad, es el **señor Berlinches González**. En este caso no se trata propiamente de dudas respecto a su imparcialidad, sino más bien sobre su criterio de valoración.

---

<sup>5</sup> Folio 927 del acta del juicio

Como refleja la sentencia de instancia, los peritos filatélicos mantuvieron un criterio de valoración de los sellos de AFINSA en torno al 5 ó 10% del precio de catálogo. Mediante el ejemplo que se expone a continuación, queda reflejado que el señor Berlinches González, lejos de seguir el criterio mantenido en el informe, utiliza otros.

En este sentido, tal y como acreditó la defensa de don Carlos de Figueiredo en su informe de conclusiones, una persona cercana al señor de Figueiredo tuvo la diligencia de acudir al establecimiento de este perito para informarse del precio de venta de filatelia en ese establecimiento. El comercio se encuentra en la calle Toledo de Madrid, y pertenece al señor Berlinches González, perito filatélico que descarta categóricamente el uso de los catálogos para las transacciones de filatelia. Según la factura aportada en el escrito de defensa de don Carlos de Figueiredo, se observa que la filatelia adquirida es una filatelia normal, del año 1973. Esos sellos, tal y como consta, están referenciados al catálogo EDIFIL del año 2014, que fue cuando se realizó la compra, y tenían un valor asignado en dicho catálogo de 18,65 euros, esto es, un valor que refleja el 80,42% del precio referenciado en dicho catálogo. Un precio, desde luego, que se asemeja más al que reflejaba AFINSA que el precio que, ese mismo perito, utilizaba a la hora de valorar y emitir su informe pericial. Además, si se acude a la evolución del precio de ese mismo sello, según ha comprobado esa defensa, el precio del catálogo EDIFIL en el año 2012 es de 16,55 euros, es decir en dos años ese sello se revalorizó el 12,68%. Por todo ello, sorprende que ese perito filatélico, que ha negado la referencia catálogo como medio de valoración de la filatelia, en sus propios negocios sí que lo utilice y establezca precios acordes a los manejados por AFINSA. Sin embargo, en la valoración que ha emitido junto al resto de los peritos, los precios dados a la filatelia a penas superan el 5 ó el 10% del valor de catálogo.

Por todo ello, una pericial en la que más de la mitad de sus autores presentan serias dudas sobre su imparcialidad, desde luego se antoja difícil que

pueda ser considerada seria en toda su extensión.

Además de estas consideraciones que cuestionarían desde un punto de vista subjetivo el informe filatélico, existen **dudas sobre la capacidad técnica** de los comerciantes designados para la pericia. Todo esto se puso de manifiesto en el juicio oral, y el tribunal lo resuelve limitándose a afirmar la condición de peritos de la causa sin responder al planteamiento realizado por las defensas. En este sentido, los peritos contratados tienen la condición de **comerciantes filatélicos circunscritos al mercado español**, aunque la filatelia comercializada por AFINSA no es de origen española, siendo emitida, en su mayoría, por países extranjeros. Por ello, es muy cuestionable que esos técnicos tuvieran conocimientos y medios para evaluar filatelia de los más de 120 países con los que trabajaba AFINSA. Los peritos filatélicos designados, son pequeños comerciantes que no acreditaron conocimientos relevantes de los sellos de “extranjero”, que son los que mayoritariamente componen el stock de AFINSA, siendo dudoso que pudieran opinar con garantías sobre una materia para la que no estaban preparados. Tal y como establece el artículo 335.1 LEC los peritos deberán acreditar que son “personas entendidas en la materia” y que poseen los “conocimientos correspondientes”. Ninguno de los comerciantes nombrados peritos tenía la acreditación oficial de experto, ni pertenencia a ninguna asociación del sector que les reconociera esa calificación. A modo de ejemplo, se cita la “International Association of Philatelic Experts”<sup>6</sup>, de la que sí que era miembro don Francesc Graus, cuya peritación consta en la causa.

A mayor abundamiento, el tiempo invertido en la valoración nos lleva a cuestionar la calidad de la pericia realizada. Apenas destinaron dos meses para la valoración de un stock de 150 millones de sellos, lo cual se antoja, cuanto menos, un proceso de estudio superficial carente de la profundidad necesaria para llegar a unas conclusiones acordes al rigor y seriedad que la situación de la compañía exigía. En este sentido, todos los expertos filatélicos que declararon

---

<sup>6</sup> <http://www.aiep-experts.net/experts/>

en el juicio, a excepción de los peritos, reconocieron la imposibilidad de realizar un trabajo de tal envergadura en un tiempo tan reducido. Adicionalmente, los propios peritos reconocieron en su comparecencia que trabajaron con fotocopias, que valoraron a cero diversas unidades filatélicas por criterios tales como que “no se ajustaban a la estética del comercio filatélico”, o incluso que son “feos”.

En resumen, para acometer la expertización y peritación de un inventario tan vasto, heterogéneo y complejo como la filatelia de AFINSA y la de sus clientes, hace falta una cualificación especial que, dicho con todos los respetos, no tenían los comerciantes llamados a hacerla.

A tenor de estas alegaciones, y expuestos los motivos que nos llevan a considerar la irregularidad de las pruebas periciales en las que se apoya la sentencia de instancia, conviene reiterar que el derecho a la presunción de inocencia implica, entre otros aspectos, comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo (STS 553/2016, de 22 de junio). Debe imponerse, por tanto, la nulidad de pleno e insubsanable de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales; de suerte que, aplicada la norma al caso presente, la prueba consistente en el informe pericial de los funcionarios de la AEAT, así como la prueba pericial filatélica, efectuado con violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 CE, carecerá absolutamente de validez, así como las pruebas derivadas de aquélla.

El cuestionamiento de la regularidad de estos dos informes es muy relevante, pues, el informe de la Agencia Tributaria es el soporte o hilo conductor de la sentencia -realidad económica de AFINSA, funcionamiento de la empresa, relaciones con proveedores, etc.-, y el informe filatélico da contenido a las tesis de la AEAT.

**Tercer motivo. Por vulneración de los artículos 852 LECr y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en cuanto al delito de estafa tipificado en los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP**

#### **Breve extracto del motivo**

Este motivo se presenta al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE al considerar que, respecto al delito de estafa, la sala de instancia apoya su tesis condenatoria en los informes periciales anteriormente descritos, así como en los documentos que componen esas periciales, sin entrar a valorar el resto de documentos y declaraciones que se practicaron en la vista oral. La sentencia sostiene su razonamiento en elementos (filatelia, solvencia de la empresa, relaciones con proveedores, etc.) que entremezcla para justificar la condena por tres delitos relacionados entre sí mediante las reglas del concurso real. Se adelanta que en un motivo posterior se analizará con detalle esa relación concursal, pero en aras a una mayor claridad en la exposición y a una mejor realización del derecho de defensa, primero, vamos a proceder al estudio individualizado de cada delito mediante la observación de sus elementos fácticos.

En el caso del delito de estafa, la sentencia, entre otros argumentos, se centra en la filatelia y en el valor que le otorgan los peritos filatélicos designados en el concurso, para a continuación desarrollar un criterio propio, y en la apariencia de solvencia de la empresa. Asimismo, como pasamos a analizar, considera probado el control por parte de la compañía de los catálogos filatélicos y la connivencia con el proveedor Francisco Guijarro y, por último, desacredita los vínculos de AFINSA con la empresa norteamericana GMAI-

Auctentia. A fin de una mayor claridad en la exposición, todos estos temas se abordarán en diferentes apartados.

### **Desarrollo del motivo**

En palabras de la sentencia 493/2010, de 25 de abril, *“el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica **que exista una mínima actividad probatoria** realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008)”*.

En el mismo sentido (por todas STS 151/2011, de 10 de marzo) *“sólo puede hablarse de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en caso de existencia de vacío probatorio, que comprende no sólo el supuesto en el juicio, sino también los atinentes a la obtención de las pruebas con vulneración de derechos fundamentales, o a la falta de motivación alguna del fundamento de contenido o de cargo de las practicadas, o cuando esté ausente de toda lógica o racionalidad”*.

Ésta es la postura jurisprudencial. La doctrina reiterada del Tribunal Supremo y por todas, sirva de cita la sentencia 253/07, de 26 de marzo, afirma que *“(...) el control del Tribunal de casación se limita a **comprobar que la sala de instancia ha tenido prueba de cargo suficiente**, de contenido incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos con sus circunstancias y la participación o intervención del acusado en los mismos (...).”*

También el Alto Tribunal tiene declarado que en su tarea *“(...) **debe verificar** el juicio sobre la suficiencia, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es **de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento** de la presunción de inocencia”*.

Como nos recuerda la sentencia 424/2010, de 30 de junio, de la misma Sala, “(...) *es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia*”.

Esto es lo que solicitamos en el presente motivo de recurso, que el Tribunal de casación compruebe si el tribunal de instancia ha dispuesto de elementos ciertos de la participación de nuestros representados en los hechos. En definitiva, si ha contado con pruebas con virtualidad para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

A nuestro juicio, no hay prueba sobre los hechos declarados probados. A lo largo de este escrito se examinarán los documentos aportados durante la fase de instrucción, así como antes de la vista, y las declaraciones que hicieron los testigos en el acto del plenario celebrado, para concluir que el tribunal de instancia ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de nuestros defendidos. Y ello en un doble aspecto: de una parte, porque el tribunal **no dispuso de una mínima prueba de cargo** que le permitiese declarar enervado ese derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución. De otra parte, porque el tribunal **no ha valorado documentos y declaraciones** de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos, construyendo una ficción carente de elementos que nos permita hablar de realidad.

La prueba en causas penales no sólo se apoya en la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, artículo 841 LECr, sino que el artículo 717 de la misma Ley y el artículo 120 CE, exigen que la **valoración sea racional** y que el tribunal motive su convicción exponiendo el fundamento de la misma. Aun más, el carácter de prueba de cargo y las exigencias derivadas del *in dubio pro reo*, exigen que la prueba penal supere la existencia de una alternativa razonable. Por ello la prueba penal, no sólo debe ser acreditativa de un hecho, sino que también ha de excluir alternativas razonables contrarias a la acreditación de hechos relevantes en la tipicidad.

Por supuesto, mediante el presente recurso no se pretende pedir que la Sala de casación haga una nueva valoración de lo apreciado por el tribunal sentenciador. Tampoco se trata de un mero desacuerdo con la resolución de instancia, pues como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2007 “(...) la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el juzgador, (...) como precisaron la STC 36/86 y el auto 338/83 (...)”. Lo que se pretende es que se examine la racionalidad de la convicción expresada por el tribunal y se valore la existencia de una alternativa razonable que incida en la duda sobre la culpabilidad.

### *Valoración de la pericial filatélica*

Analizada en el anterior motivo la composición del equipo de peritos filatélicos, en este apartado pasamos a poner de manifiesto las dudas respecto **al método de valoración** de la filatelia de AFINSA seguido por los expertos designados por los administradores concursales.

Según el criterio sostenido en la pericial filatélica, el valor de minorista de la filatelia alcanzaría unos 249 millones de euros (exactamente, 248.769.621,36 euros), y es el que utiliza la administración concursal como referencia del activo de la compañía. Los peritos filatélicos, guiados por el experto contable señor Yepes, llegaron a esa conclusión utilizando la **técnica de muestreo**, que el tribunal *a quo* da por válida.

En sentido opuesto, esta defensa, así como las del resto de condenados, viene postulando desde el inicio del procedimiento que el único criterio válido para valorar la filatelia es la **referencia a catálogo**, y todo ello y como a continuación se expondrá, porque tratándose de un producto heterogéneo resulta imposible utilizar el muestreo como técnica de valoración. Prueba de ello es que, en el proceso penal, la técnica de muestreo prácticamente se reduce al ámbito de los delitos contra la salud pública, esto es, en procedimientos donde hay un producto homogéneo.

Tal vez por ello, el perito don Agustín Hernández, expuso en la vista oral con absoluta firmeza que la técnica de muestreo utilizada no se había seleccionado “siguiendo los criterios adecuados”, y añadió “si hacemos una estimación que va de 20 millones a 240 millones, sin un avalúo y sin relación entre ellos, me parece algo aventurado, por ser suave”. El perito estadístico señala con claridad que las muestras obtenidas para, a través de ellas, obtener un resultado que pueda ser aplicable al conjunto del inventario, **están mal realizadas porque no son representativas ni en número** (el total de ellas) **ni en composición de estratos**, de dicho inventario. Se trata de una crítica técnica y profesional, como matemático especializado en estadística, que no tiene nada que ver con lo mucho o poco que sepa de sellos. En definitiva, **el muestreo estadístico realizado para este caso, sencillamente no sirve por no ser representativo de la totalidad del inventario**. Recordemos que uno de los requisitos de la prueba pericial es que se ajuste a las reglas de la disciplina científica que emplea, y en este supuesto todos los peritos han cuestionado la técnica de muestreo cuando se trata, como aquí ocurre, de productos heterogéneos.

En el caso de un stock filatélico heterogéneo, sólo es posible dictaminar sobre: existencia de los sellos, autenticidad de la población, correcta asignación al catálogo de referencia y concordancia con lo manifestado en los documentos de venta y depósito de terceros, pero nunca sobre el valor de los sellos. Se trata de **más de 150 millones de piezas filatélicas** procedentes de países de los cinco continentes, incluida multitud de variedades y tipologías. La necesidad de realizar con rigor un trabajo como éste, exigiría la contratación de especialistas para cada una de las secciones filatélicas presentes. A modo de ejemplo, el entonces presidente de la Federación de Sociedades Filatélicas (FESOFI), máxima asociación de coleccionistas de España, don Fernando Aranaz del Río, en su condición de testigo-perito, afirmó en el juicio a preguntas sobre cómo valorar un sello o una colección que *“hay que ser muy experto y conocer todos los detalles de esa filatelia. Yo podría valorar en parte una colección de España pero no puedo hacerla de Alemania o de Holanda. Hay que ser experto en cada país. Expertos de*

*todo no hay*"<sup>7</sup>.

Consecuentemente, la técnica de muestreo utilizada por los peritos designados en la que se apoya la sentencia ha sido cuestionada por esta parte, con apoyo en prueba pericial y, sobre todo, en razones de lógica que informan sobre la invalidez de esa técnica tratándose de productos heterogéneos. Por ello, no es procedente la fijación de un valor como el que declara la sentencia sobre la base de una pericial cuyos parámetros no son contrastados ni validados por la comunidad científica.

En otro orden de argumentos, la **valoración** que hacen los peritos se basa en la **venta de los inventarios a partir de la intervención de la empresa**, cuando en ese momento era patente su descrédito y la amenaza a los mercados de sacar a la venta todo el inventario de manera abrupta, sin control alguno, con la correspondiente amenaza de una enorme saturación de los mismos por sobre abundancia de oferta. Esta situación no puede considerarse adecuada para determinar el valor de los bienes, sellos en este caso, al distar mucho de lo que puede ser calificada de normal funcionamiento de mercado. Una valoración realizada de esta manera, asentada en premisas anómalas y excepcionales, es de inicio equivocada.

En este sentido, conviene destacar que en el Plan General de Contabilidad -PGC- del año 2007, se establece como valor razonable la siguiente consideración *"no tendrán en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria"*. Por tanto, es claro que la valoración efectuada por los peritos designados por los Administradores Concursales no está hecha conforme a lo establecido en el PGC, de ahí que pase por alto que **el coste originario de estos sellos a proveedores fue del doble de su valoración, es decir 325 millones de euros contra los 250 en que valoraron**

---

<sup>7</sup> Folios 712 y 713 del acta del juicio

**la filatelia.** No deja de sorprender que los peritos filatélicos hayan dado una valoración inferior a lo que le costó a AFINSA adquirir esa filatelia.

Además, en ningún caso pueden considerar valor de mercado o valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria, planteamiento en el que se basa toda la valoración del informe pericial, que a su vez soporta la valoración de la Administración Concursal. Cuando se prepara ese informe las circunstancias del mercado de la filatelia eran las siguientes: final de 2006, principio de 2007, el mercado estaba “inundado” de sellos por la intervención tanto de AFINSA como de su competidor, Forum Filatélico, hecho que era público y notorio, y de fundamental trascendencia para los actores del mercado filatélico. De una parte, compradores/coleccionistas podían acceder a ingentes stocks a precios irrisorios, y de otra parte comerciantes al borde de la quiebra ante la situación de oferta incontrolada que existía en el mercado. Ese, y no otro, fue el contexto en el que se elaboró la pericial que sirve de sustento a la condena de nuestros representados.

También es relevante, a los efectos de fijar el precio, el desconocimiento sobre las cantidades existentes de sellos en posesión de AFINSA, pues las mismas eran una incógnita para el mercado filatélico y, por tanto, sólo conocía AFINSA. Ese dato, es decir, el número de piezas existentes en el mercado de un sello era algo que AFINSA podía controlar, lo que sumaba un gran valor a su filatelia. Esa posición de dominio sobre el mercado de la filatelia, sin duda, era un elemento del que AFINSA podía sacar beneficio, sin que por ello deba tacharse como un indicio del delito de estafa. En este sentido, cuando un comprador o coleccionista quería negociar con AFINSA desconocía qué cantidad de sellos estaba en posesión de AFINSA, teniendo por tanto una influencia muy importante en el precio final de transmisión.

A la invalidez de la técnica de muestreo utilizada, hay que añadir el criterio de precio que han seguido los técnicos filatélicos valorando el precio de

los 150 millones de sellos en unos 250 millones de euros, a 1,5 euros el sello. Esta valoración se enfrenta a la que hizo constar el señor Grávalos en su informe (folio 2.346), y que ascendía a 2.128.399.868 euros, correspondiendo con la valoración del precio de catálogo que había realizado AFINSA.

Los peritos contratados por los administradores concursales han sido, de entre los numerosos expertos que han prestado declaración en las sesiones de juicio, **los únicos que no se han remitido al catálogo** como valor de referencia de la filatelia. A modo de ejemplo, en el seno de la organización ANFIL, organización encargada de realizar la pericia, **existen criterios discrepantes** al sostenido por esos cuatro expertos. Como botón de muestra dos clarísimos ejemplos:

1º En el procedimiento seguido contra **FORUM Filatélico**, la valoración del stock también fue encargada a ANFIL y en contra del criterio de los peritos que fueron designados en AFINSA, se consagra la **referencia a los catálogos como la única forma de establecer un precio aproximado** de mercado para el stock filatélico a valorar.

En la sentencia del incidente concursal promovido por la empresa FORÚM FILATÉLICO (sentencia 05/2008, de 28 de enero), el juez del juzgado nº 7 de lo Mercantil de Madrid establece con toda claridad, que los catálogos son la mejor forma de valorar los sellos, sin que ello quiera decir que sea la única. En este sentido, dice textualmente *“este Juzgador coincide con la administración concursal y con el perito en que el mejor modo de valorar los sellos de un modo objetivo es acudir a los catálogos que sirven de instrumento para las transacciones que se realizan sobre los mismos”*.

Pero es más, y en línea con la valoración que se le ha dado al stock filatélico de FORUM Filatélico, en fecha reciente, concretamente el pasado 19 de octubre, hemos tenido conocimiento del escrito de acusación presentado por el Ministerio Fiscal contra la mercantil. Ministerio Fiscal, que como se sabe, actúa bajo el principio de unidad, y además en este caso, está representado por la

misma Fiscalía especializada. En ese escrito de acusación, se dice “De acuerdo con la última lista vigente de FÓRUM FILATÉLICO, la nº 108, toda esa filatelia tenía supuestamente un valor de 4.347.715.733 €. **Sin embargo, de acuerdo con los valores asignados en el catálogo “Yvert & Tellier”, referencia habitual en el mercado minorista,** esa filatelia, de hallarse en óptimas condiciones y suponiendo que pudiera alcanzar el 100 % del precio del catálogo, lo que en modo alguno resulta habitual, tenía un valor de 390.863.727 €, once veces inferior.”

2º Como segundo ejemplo, es imprescindible tener en cuenta la declaración de don **Mario Mirman**, actual **presidente de ANFIL** (desde el año 2012), en la que manifestó que los **catálogos sirven como referencia en el mercado**. A mayor abundamiento, y respecto a las compras que AFINSA hacía a sus proveedores, el señor Mirman manifestó que era posible que AFINSA comprara al 8 ó 10% porque cuanto más volumen se compra más barato es el precio<sup>8</sup>.

En resumen, el criterio considerado por los peritos filatélicos de ANFIL en el procedimiento concursal de AFINSA, ha sido cuestionado por otros expertos de la misma organización ANFIL, e incluso por el actual presidente del gremio, además de ser contrario a la costumbre y prácticas habituales en este sector desde su creación a mediados del siglo XIX.

Las defensas, frente a la valoración de los peritos en los que se apoya la sentencia sobre la base de una técnica de muestreo que da un valor de 1,5 euros por sello (sin distinguir calidad, rareza, o cantidad), han cuestionado la imparcialidad de los peritos así como el resultado de su pericia por la utilización del muestreo sobre bienes heterogéneos, y por referir un precio sin valorar la notable incidencia de la intervención, que lógicamente deprecia el valor de un sello en riesgo de salir al mercado en condiciones ajenas a la libre fijación de su precio, y sin valorar el efecto del desconocimiento del número de

---

<sup>8</sup> Folio 1141 del acta del juicio

sellos depositados. Las periciales propiciadas por la defensa proporcionaron un valor de los stocks filatélicos de AFINSA y de la filatelia propiedad de los clientes ajustado a los catálogos, que de acuerdo con el mercado filatélico era más razonable que el sostenido en la sentencia.

Como contraste a la actuación de los peritos filatélicos del concurso de AFINSA, nos remitimos al **dictamen don Francesc Graus i Fontova**<sup>9</sup>, experto reconocido por todos los técnicos filatélicos (incluido los peritos) que han declarado en el juicio y al que una grave enfermedad le ha impedido comparecer<sup>10</sup>. En dicho dictamen se indica que la única forma de abordar una peritación filatélica con valor forense: *“una valoración promediada de los precios marcados en los catálogos más importantes”*. En este mismo sentido se pronunciaron en sede testifical en el juicio, el señor Aranaz del Río, don Germán Baschwitz<sup>11</sup>, don Jaime Casañas<sup>12</sup>, don José María Sallán Mur, Paolo de Rosa<sup>13</sup> (presidente de honor de IFSDA, Federación Internacional de Asociaciones de Comerciantes de Sellos), y don Mario Mirman. En este sentido, la sentencia, al folio 73, afirma *“Cualquier catálogo, según todos los testimonios expertos recogidos, tiene dos funciones (aquí debemos citar a técnicos de Afinsa como Sallán Mur, Casañas Testart y Trillo Barragán, a filatélicos propuestos por las partes, como Coca Pérez Aranaz del Río, Bastwich, Sempere Luque, Dupplin, de Rosa, Harnup, y a los peritos de Anfil y a los de las defensas, Sr. Graus i Fontova y González Figueras). Una, permite identificar el sello por un código numérico o alfanumérico, que da cuenta de la serie, la hoja y el bloque a que pertenece, la fecha de emisión, y, además, si es sello nuevo, tiene charnela o goma, si es usado o está matasellado. Dos, ofrece un valor para el sello o para la serie, un criterio de referencia para vendedores y compradores que suelen pactar el precio en función de un porcentaje sobre catálogo”*.

---

<sup>9</sup> Pericial aportada en el CD unido al escrito de defensa de la representación procesal de Juan Antonio Cano, Albertino de Figueiredo, y Vicente Martín Peña.

<sup>10</sup> A preguntas de esta representación el perito filatélico, señor Ayala, reconoció que Graus es “uno de los grandes expertos, sobre todo en España y colonias”.

<sup>11</sup> Folio 745 del acta del juicio

<sup>12</sup> Folio 762 del acta del juicio

<sup>13</sup> Folio 1055 del acta del juicio

Ante esa pluralidad de valoraciones, la Sala debería haber realizado una valoración racional de las conclusiones de los peritos partiendo de los presupuestos de cada una. En el caso de este procedimiento, todos los técnicos filatélicos, salvo los peritos designados por la administración concursal, han cuestionado el sistema seguido en la pericial filatélica, y las razones que expresan para ese cuestionamiento están llenas de lógica. El tribunal se ha apartado de esa lógica, sin una explicación razonable salvo su voluntad.

### *Cómo llegan a determinar los peritos filatélicos el precio que estiman de mercado*

Los filatélicos designados por los administradores concursales, basaron la mayoría de sus valoraciones en información extraída de la casa de subastas virtual y generalista E-bay. No hay más que contemplar el “Apéndice 6” del informe filatélico, denominado “Algunas referencias del mercado filatélico”, en el que, únicamente, constan entre las 95 páginas de ese apéndice como elementos a tener cuenta referencias a la página de subastas online E-bay. A preguntas de esta representación, el señor Ayala corroboró esta cuestión. Y, el señor Ayala no sólo corroboró este aspecto, sino que también reconoció que nunca había participado en E-bay<sup>14</sup>, es decir, que estaba utilizando una plataforma para valorar los sellos de la que desconocía por completo su funcionamiento.

Como se sabe E-bay es una subastadora abierta de oportunidades que se caracteriza por desplegar ofertas a la baja y no profesionales, donde cada vendedor cuelga en Internet aquello de lo que se quiere desprender sin conocer, en muchos casos, el valor real de los bienes que se ofertan. En ella no existe un filtro adecuado sobre la calidad real ni la autenticidad de los artículos ofertados. Ningún experto opina o filtra las ofertas, y en muchas ocasiones se presentan lotes a precios ridículos. Por otro lado, la venta se basa en el sistema de subastas, de manera que aparecen lotes a precios extraordinariamente bajos con

---

<sup>14</sup> Folio 945 del acta del juicio

la esperanza de que suban lo más posible, como si se tratase de un mercado de liquidación de bienes. Por lo tanto, E-bay no puede ser considerada, en términos generales, como una referencia real del mercado filatélico. Podrá valer como plataforma comercial, pero no para valorar un stock filatélico de las dimensiones del que tenía AFINSA.

Por otra parte, el hecho de que se apoye en la plataforma E-bay nos lleva a deducir que valora la empresa según las características del mercado a fecha de la elaboración del informe, esto es, posterior a la intervención de la compañía, cuando el mercado filatélico conocía sobradamente que el mismo estaba inundado de sellos por las intervenciones de FORUM Filatélico y de AFINSA. Se destaca que, sólo AFINSA iba a sacar al mercado sus 150 millones de unidades, y si esto era una información pública, desde luego mucho más notoria en el mercado de quien se dedica a la filatelia.

En fin, todos los expertos filatélicos –a excepción de los peritos del concurso– que prestaron declaración en las sesiones de juicio negaron validez a E-bay como elemento de tasación, ya fuera por la imposibilidad de ver el sello y los fraudes que eso podía conllevar, por el desconocimiento del mercado por parte de vendedores, etc. Incluso, los propios administradores concursales llegaron a manifestar en el juicio que “no conozco administración concursal que recurra a e-bay para vender absolutamente nada”<sup>15</sup>.

#### *Valoración de la filatelia en la sentencia de instancia*

La sentencia parte de considerar que el **precio de mercado** de la filatelia es el precio al que AFINSA adquiriría la **filatelia como mayorista**. Esa afirmación, que es de suma importancia, sólo puede hacerse desde el desconocimiento del funcionamiento de cualquier mercado.

---

<sup>15</sup> Folio 1043 del acta del juicio

En el supuesto de la sentencia que se recurre, no deja de ser llamativo que, por una parte, se reconozca la validez de los catálogos como medio de referencia, pero por otra parte niegue que se puedan utilizar para fijar el precio de los sellos justificando que “con referencia a” no puede significar “equivalencia con”. Como se acaba de decir, los juzgadores *a quibus* apoyan su teoría según la argumentación de que, al final, el precio de mercado de la filatelia es el que se refiere en el proceso de intercambio entre comprador y vendedor. En línea con esa idea, sostiene la sala mediante un criterio propio y en contra de toda lógica económica, que **el precio real y único** de la filatelia de AFINSA era el que **la empresa había pagado a sus proveedores**, siendo esa cantidad de **325 millones de euros**. Esa postura carece de todo sentido económico porque:

a) supone, de inicio, **negar los beneficios típicos derivados de las economías de escala**. Es decir, cuanto más compraba la compañía más barato costaba adquirir nueva filatelia. La dimensión que tenía AFINSA, con toda probabilidad el operador más importante del mercado filatélico, le permitía hacerse con grandes lotes de sellos, con la consiguiente rebaja en el precio de adquisición;

b) asimismo, la sentencia no tiene en cuenta que las enormes **cantidades de filatelia que compraba AFINSA le permitía obtener notables descuentos**. AFINSA tenía condiciones de compra de mayorista y, además, tenía posibilidad de ejercer presión sobre los precios de compra porque se trataba de compras en condiciones de suministro mayorista y la empresa quería, legítimamente, maximizar sus márgenes de compra;

c) el precio de **adquisición al proveedor siempre será inferior al precio de venta al cliente final**;

d) AFINSA conocía el mercado y, por ende, a quién debía comprar;

e) confirmar la novedosa tesis de la sala de instancia, implicaría el

reconocimiento de que el precio de un bien corresponde con el precio de origen, lo que es contrario a toda lógica económica. Esa postura niega cualquier valor añadido que la empresa le diera al producto, como puede ser por ejemplo la clasificación o identificación del sello. Se recuerda que AFINSA realizaba grandes inversiones en lotes, que en muchas ocasiones no estaban ni tan siquiera preparados para su comercialización, o “montados”. Toda esa labor de catalogación, identificación, montaje en filoestuches, de cientos de miles de unidades filatélicas conllevaba un esfuerzo para el que AFINSA tenía, de manera exclusiva, un departamento en el que trabajaban entre 15 y 20 personas, dependiendo del momento.

Es redundante afirmar que el precio de un bien es el que el comprador está dispuesto a pagar por el mismo. Ahora bien, el vendedor, que es realmente el encargado de fijar el precio, acorde a la lógica de su mercado, establece previamente ese precio que le pagará el comprador una vez éste último lo acepte. En definitiva, se trata de un precio acordado entre las partes y que las dos asumen y aceptan.

Pues bien, en el caso de la filatelia, se daba exactamente la misma situación. AFINSA, conforme a las normas que rigen el mercado de la filatelia, establecía los precios de los sellos que ofrecía a sus clientes en los contratos de inversión. AFINSA no inventó los catálogos filatélicos. Lo único que hizo fue ponerle precio a su filatelia utilizando el mismo criterio que se usa en el mercado del coleccionismo filatélico. Es evidente que en el mercado del coleccionismo, en el que existe un trato directo entre vendedor y coleccionista pueden entrar en juego reglas propias de la negociación. El vendedor intentará sacar un precio mayor que el de catálogo, y el comprador un precio inferior.

En el supuesto de la filatelia de inversión, al no existir esa posibilidad de negociación entre comprador y vendedor, AFINSA recurría directamente a la referencia principal que tenían a su disposición, esto es, a los catálogos internacionales. Los catálogos, lejos de ser elementos de manipulación del mercado, como considera la sentencia, tienen una finalidad orientativa y de

fidelidad al mercado de la filatelia. Los precios que marcan suelen ser lo más ajustado a la realidad, por el simple hecho de que si no fuera así, los usuarios del catálogo dejarían de utilizarlo.

El mercado de inversión en bienes tangibles, al no ser un sector regulado, debe obedecer a pautas creadas por los empresarios de ese sector. Esto es algo que pasa con el mercado de la filatelia y los catálogos, pero también, por ejemplo, con el mercado de diamantes y la Bolsa de diamantes de Amberes, o el mercado del oro y la Bolsa de Metales de Londres. En todos esos casos, a pesar de no existir un índice oficial que regule el mercado se asume el precio marcado por la entidad en cuestión. Como es evidente, esos precios son referencias a las que las partes, si así lo desean, bien pueden ajustarse o bien pueden negociar un precio distinto, aunque en cualquier caso, esa diferencia con respecto a la referencia, digamos oficial, no suele ser de consideraciones notables.

Por ello, afirmar como hace la sentencia, que “la regla general del mercado es que no se vende ni compra a precio de catálogo, sino con referencia a él” (página 73 de la sentencia), es correcta, pero desde luego muy lejos de los porcentajes que refiere la propia sentencia. Como se ha dicho, desde el momento en el que una referencia se utiliza para vender al 8% de lo que marca, pierde toda validez como referencia. Además, considerar que el precio real de mercado es el de primera adquisición de AFINSA a un proveedor mayorista atenta contra las reglas de la lógica empresarial.

La validez del catálogo resulta de su propia calidad, pues el catálogo que no se adecua al mercado real, desaparece o deja de ser tomado como referencia válida para transacciones. Eso es lo ocurrido en el mercado filatélico desde hace más de 150 años, como consta a todo el comercio filatélico internacional. Si el valor de la filatelia no fuese el que recogen los catálogos, estos no tendrían razón de ser y los coleccionistas, en lugar de comprarlos anualmente, lo harían una vez cada muchos años simplemente para poder estudiar las nuevas emisiones que han salido. No sería necesario emitir nuevas ediciones cada año, ya que el precio no sería una referencia válida para realizar transacciones: los

catálogos o sirven de referencia al mercado, o desaparecen.

En fin, el criterio que sigue la sentencia incluso **se aparta de la pericial filatélica**, y para ello afirma en el hecho probado que *“La filatelia había sido adquirida por 325 millones de euros, valor real, precio de mercado. Sin embargo, el valor estimado para su venta en el mercado del coleccionismo es muy inferior al que pagaron. Según criterios de minorista es de 249 millones de euros (248.769.621,36 euros, 66,6 millones de euros en precio de venta a mayorista y 23,2 millones de euros si se liquidaran de una vez las existencias). Afinsa pagaba precios altos a sus proveedores porque necesitaba la mercancía que demandaban los contratos de inversión en constante crecimiento, dato que sabían los comerciantes y que aprovechaban para obtener grandes márgenes de beneficio, en muchos casos por mercaderías que carecían de demanda”*.

La sentencia de instancia justifica su posición contraria a la pericial filatélica argumentando que AFINSA pagaba a los proveedores precios más elevados por el simple hecho de que los proveedores, conociendo la urgencia que suponía la creciente necesidad de filatelia, vendían más caro. Dar validez a esa afirmación implicaría que los proveedores se aprovechaban de AFINSA, lo cual, a su vez, significa que ésta última era la parte más débil de la relación comercial con los proveedores. Pero, además, decir que el precio real de mercado es de 325 millones de euros, al tiempo que se afirma que ese precio es ficticio porque se ha obtenido en unas condiciones de mercado imperfectas, contradice toda lógica pues la propia frase contiene elementos que se oponen. En realidad, lo que hacía AFINSA era pagar una comisión a los proveedores sobre el precio de compra basado en un porcentaje del catálogo, y siempre exigió el precio más bajo posible en consonancia a su condición de comerciante mayorista. Obran en la causa multitud de documentos y correos electrónicos que acreditan sobradamente esta afirmación<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> A modo de ejemplo se citan los siguientes documentos: Génova Planta 1, Caja 2, Bloque 9, páginas 28-66; Génova Planta 4, Caja 3, Bloque 12, páginas 12-13; Génova Planta 4, Caja 6, Bloque 4, página 76

En resumen, del procedimiento se identifican tres precios: 249 millones de la pericial filatélica; 325 millones que considera la sentencia de instancia; y 2.138 millones conforme a los precios de catálogo.

La sentencia se apoya en reiteradas ocasiones (entre otros, al folio 74, 82 y 88) en la declaración que prestó don José María Sempere Luque, afirmando que *“expuso –el señor Sempere– que el catálogo era una referencia pero no otorgaba valor, entre otras cosas porque el entendido sabe que están elaborados y editados por los mismos comerciantes que trafican con dicho material. También manifestó que todos los comerciantes vendían a Afinsa, por lo que esta llegó a tener una influencia impresionante en el gremio, ya que los comerciantes pudieron limpiar sus almacenes del material que no vendían”*.

Sorprende que la declaración del señor Sempere haya sido valorada dado que su animadversión hacia AFINSA quedó más que acreditada durante su intervención. Se recuerda, a efectos de que esta Sala de casación conozca todos los aspectos que rodean a este testigo, que Sempere fue trabajador de AFINSA<sup>17</sup> y que el propio Sempere se presentó de manera espontánea y voluntaria para ser designado perito filatélico en AFINSA (folio 4.228) y en FORUM Filatélico. El señor Sempere también puso de manifiesto en su declaración, que una vez abandonó AFINSA, según dijo porque sabía que el negocio era una estafa, se ofreció, no obstante, a AFINSA, la misma que había abandonado por tratarse de una estafa, para proveer filatelia a una tienda de la empresa en París<sup>18</sup>. Además, también manifestó que fue proveedor de filatelia de Francisco Guijarro, la misma filatelia que luego tuvo que ser retirada ante las dudas que presentaba. Curiosamente, el señor Sempere, tal y como afirmó la inspectora Yábar Sterling en su declaración, también colaboró con ella para analizar parte de la filatelia de AFINSA<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cuya colaboración fue rescindida por AFINSA por demostrada insatisfacción en el desempeño de sus funciones (quedó acreditado en correos electrónicos intervenidos: Castellana, Caja 3, Bloque 10, Pág.77-89 y Castellana, Caja 3, Bloque 10, Pág.93)

<sup>18</sup> Folio 800 del acta del juicio.

<sup>19</sup> Folio 852 del acta del juicio.

En definitiva, el señor Sempere Luque fue trabajador de AFINSA en circunstancias un tanto extrañas, perito temporal designado por el Juzgado, proveedor de filatelia de Francisco Guijarro, enemigo y detractor de la empresa y de su modelo de negocio y, por último, colaborador de la inspectora Yábar. Todos estos elementos, consideramos, debieran haber restado validez a su declaración, y más si cabe cuando el tribunal contó con material probatorio suficientemente extenso (más de 150 testigos, entre los que había trabajadores de la empresa, expertos filatélicos, etc.) como para apartar a este testigo por su evidente contaminación.

El resto de expertos filatélicos, ya fueran testigos de las defensas o de la acusación, manifestaron que la filatelia se fija con referencia a catálogo. Sin embargo, la sala de enjuiciamiento pasa por alto ese hecho y considera que esa referencia no implica con equivalencia a algo. Si bien es cierto, y no se discute, que el catálogo sirve para orientar al comprador y vendedor, siendo posible una venta a precio superior o inferior al mercado en el catálogo, el mismo es una **referencia aproximada** del precio de una unidad filatélica. Qué mejor prueba de ello, que uno de los peritos filatélicos vende en su comercio sellos al 80,42% de lo que marca el catálogo EDIFIL. A mayor abundamiento, se recuerda que los catálogos se mueven en un mercado libre de competencia entre las diferentes editoriales que los publican, queriendo esto decir que si alguna de ellos se pliega a la voluntad de un tercero (por ejemplo, AFINSA) los actores del mercado de la filatelia lo percibirían dejando de comprar ese catálogo, lo que implica a la larga la desaparición del mismo.

### *Catálogos*

Los catálogos filatélicos han tenido una gran importancia a lo largo del procedimiento, y eran utilizados por la compañía como medio para valorar la filatelia. Son, ante todo, una base de datos donde se recogen las características de los sellos emitidos por cada país a lo largo de su historia. En ellos se

identifica cada sello con todos los datos referidos a su emisión (fecha, tirada, etc.) y todas sus características técnicas (motivo, color tamaño, etc.).

Desde que existen los catálogos filatélicos (Francia, 1861), sus editores se han ocupado, bien por sí mismos, o contratando a terceros expertos, de incluir al lado de cada sello su precio orientativo en el mercado. Los editores se han esforzado en realizar esta fijación de valor con rigor para que sirviese de orientación al mercado y a todos aquellos que en él operan. Con el trascurso de los años, los catálogos se han constituido como la auténtica referencia de valor de los sellos para la mayoría de los operadores en este mercado y sus editores han tratado de tener en su empresa, los técnicos mejor preparados para realizar esta labor.

Hoy en día, los principales comerciantes filatélicos y los coleccionistas los utilizan como referencia obligada para conocer el valor de las series filatélicas que se negocian en el mercado.

#### *a) Control de los catálogos por parte de AFINSA*

La actuación de AFINSA en la edición de catálogos filatélicos siempre fue pública y notoria, y jamás se cuestionó en razón de responder a intereses exclusivamente propios o diferentes del mercado del coleccionismo. Nunca lo ocultó, no tenía por qué. Todos los catálogos editados por AFINSA o por empresas de su grupo, informaban claramente quien era su editor. A modo de ejemplo, se recuerda que la edición del Catálogo Filatélico de Portugal lleva la marca AFINSA bien visible, en su portada, dando nombre incluso a dicho catálogo. Este catálogo es la referencia obligada del mercado filatélico de Portugal en todo el mundo. Se viene editando desde hace más de 25 años de forma ininterrumpida y con el nombre comercial de Catálogo Filatélico de Portugal AFINSA. Este catálogo **ha seguido editándose, por los administradores concursales, después de la intervención y cierre de AFINSA con las mismas características** y señas de identidad que siempre tuvo.

En este catálogo, la revalorización media anual de la filatelia de Portugal de los contratos PIC hasta el año 2006 fue de un 6,31% y de un 10,91% desde el año 2006 hasta el 2011. □ Este catálogo es un buen ejemplo para desacreditar cualquier teoría que impute arbitrariamente al editor de un catálogo la manipulación artificial e interesada del valor de los sellos que en él se recogen por el simple hecho que este lleve su nombre. Casos similares entre muchos ejemplos disponibles, son el catálogo Yvert et Tellier o el inglés Stanley Gibbons.

Por otra parte, la sentencia dice que AFINSA tenía el control de una serie de catálogos internacionales, los cuales utilizaba para fijar el precio de la filatelia que vendía a sus clientes. A tal fin, dice la sentencia, se valía del catálogo Brookman, así como de otros de diversas nacionalidades.

#### *b) Sobre el control del catálogo Brookman*

Es fácilmente demostrable que AFINSA jamás ocultó su participación en un catálogo o en la edición de los mismos. Basta mirar cada uno de los catálogos y se observará, que en todos ellos figura de manera destacada el tipo de participación de la compañía en su edición. En el caso de Brookman, al no estar cerrado el acuerdo de colaboración, no se podía reflejar en ese catálogo algo que no era cierto.

Se ha insistido en que AFINSA mantenía una especie de acuerdo secreto con el catálogo Brookman con la única intención de tener un medio para fijar sus precios, y poder vender su filatelia sobrevalorada a los clientes sin que tuvieran conocimiento las autoridades. A fin de defender ese control de Brookman por parte de AFINSA, la sentencia se apoya en una serie de correos y documentos internos de la empresa y, de manera especial, en una cláusula de confidencialidad firmada entre AFINSA y la editora del catálogo.

Sin embargo, y nada se dice en la sentencia, está acreditado (y así figura

en el Informe de desarrollo n° 5<sup>20</sup>) que **quien impuso la cláusula de confidencialidad no fue AFINSA, sino doña Arlene Dunn Driscoll, editora de Brookman**, pues al existir un acuerdo previo con el catálogo Scott no quería que trascendiera el contrato con AFINSA para que no perjudicara al resto de relaciones comerciales de su catálogo. Así consta en la declaración jurada ante la Security Exchange Commision –SEC, equivalente a la CNMV en España– de Arlene Dunn, editora de Brookman, y de Carol Meltzer, secretaria general del consejo de GMAI<sup>21</sup>. Más en concreto, de la declaración prestada en esta causa por la testigo Carol Meltzer el 28 de septiembre de 2011 se deduce que la cláusula de confidencialidad en cuestión, fue introducida a instancias de la señora Dunn Driscoll que pretendía así evitar poner en peligro la licencia concedida por Scott Publishing Co. para usar la numeración y método de catalogación del catálogo Scott. Así se acredita también a través del documento n° 2 incorporado al acta de la declaración de la señora Meltzer (folios 49.214 y ss.). Este documento consiste en un fax enviado por los abogados de Barrett & Worthen a la señora Meltzer, con un borrador del que luego fue el acuerdo Brookman en el que se incluía la cláusula de confidencialidad por primera vez (como clausula n° 9) en control de cambios.

Asimismo, es muy relevante poner en relación que el catálogo Brookman era el segundo catálogo de Norteamérica, con más de 70 años de antigüedad a esa fecha y, que según los términos del contrato, AFINSA asumió un compromiso de pagar 65.000 dólares por año. Aunque no sea una cantidad ínfima, desde luego no se antoja un montante muy elevado para doblegar la opinión del editor del catálogo, y más si cabe si estamos hablando del segundo catálogo de Norteamérica. Catálogo, que tal y como declaró Arlene Dunn ante la SEC, en 2004 vendieron más de 15.000 copias.

Por último, se recuerda que todas las valoraciones filatélicas contenidas en el catálogo Brookman están avaladas por informes de expertos

---

<sup>20</sup> Informe incorporado a la pericial de la AEAT

<sup>21</sup> Tomo 135, folio 54.359 y ss.

independientes como William Hontos<sup>22</sup>, Richard Gordon<sup>23</sup>, Paul Schmid<sup>24</sup> y Norman Scrivener<sup>25</sup>. Las declaraciones prestadas por estos expertos han sido menospreciadas en la sentencia, a pesar de que esos expertos cuentan con un curriculum profesional, ciertamente, sobresaliente, además por ejemplo en el caso del señor Paul Schmid de trabajar como experto filatélico forense para el FBI.

Todos los peritos ratificaron sus valoraciones ante la SEC, tal y como consta en la comisión rogatoria practicada en presencia judicial en Nueva Jersey entre los días 25 y 29 de septiembre de 2011 (tomo 122 del procedimiento).

*c) Sobre el resto de catálogos*

La sentencia afirma que AFINSA prácticamente tenía el control de la filatelia a nivel mundial y, sobre todo, tenía la capacidad de influir en todos los actores que participan en ese mercado. Así por ejemplo, se habla del control de los catálogos internacionales más relevantes (Unificato, Michel, etc), o de presiones de AFINSA sobre los editores para que siguieran su política de precios.

No obstante, la resolución no se ajusta a la realidad de la prueba practicada y a la documentación intervenida en la compañía. Que existía un cierto interés de AFINSA en tener posibilidad de influir en los precios que indicaban los catálogos, es evidente. Pero, el interés no era mayor que el que pueda tener cualquier empresa en tener capacidad de influencia en el mercado donde desarrolle su actividad comercial. Se han descontextualizado sugerencias que la empresa hacía a editores interpretándose como verdaderos acuerdos, presiones, etc. Se ha criminalizado el hecho de que una empresa quiera tener peso e importancia en su mercado, reprochando y confundiendo una actividad de *lobby* con una actividad delictiva.

---

<sup>22</sup> Tomo 122, folios 46.228 a 46-380

<sup>23</sup> Tomo 122, folios 46.092 a 46.227

<sup>24</sup> Tomo 122, folios 45.994 a 46.091

<sup>25</sup> Tomo 122, folios 45.790 a 45.840

No se puede acusar a AFINSA de intentar alterar el valor real de los sellos en los mercados mundiales por su actividad editora de catálogos. Sería tanto como pretender engañar a todo el mercado filatélico mundial existente y a los millones de personas que lo integran y, además, sostener que se puede hacer a largo plazo y en una situación de completa transparencia informativa. Como se ha dicho con anterioridad, los catálogos que no se ajusten a la realidad del mercado, acaban desapareciendo. En este caso, no nos encontramos ante catálogos que pudieran considerarse menores, o de segunda línea, sino que por ejemplo, Michel y Unificato, son referentes filatélicos a nivel mundial.

En cuanto a este particular, la propia sentencia incurre en contradicciones sobre la supuesta manipulación de los catálogos. Así pues, al folio 91 de la sentencia se lee: *“Téngase en cuenta que “con referencia a” no puede significar “equivalencia con” y que cuando se habla de catálogo debe buscarse alguno independiente, que valore la filatelia sin depender de Afinsa, por lo que habrían de excluirse los catálogos que esos peritos consideraban rigurosos, sin ningún criterio de racionalidad, como el Brookman o los otros que seguían la “política de precios” de la compañía (Domfil, Afinsa Portugal, Unificato, Michel)”*. Pero, pocos folios antes, al 82 de la sentencia, se observa *“La variación que los peritos han hallado en catálogos de prestigio (Yvert-Tellier para Francia y Mónaco, Michel para Alemania y Sasone y Cei para Italia) en el periodo es de entre el 2,70% y el 0,23%. Precios en catálogo que expresan los intereses de los comerciantes, pero que **tampoco guardan relación con los valores que Afinsa comprometía con sus clientes (informe de desarrollo 2, p. 283)”***.

La sentencia afirma lo que le conviene para justificar su argumentación, lo que le lleva a entrar en evidentes contradicciones. En este caso, se apoya en el Informe pericial para afirmar el prestigio del catálogo Michel, y luego cambia el criterio para considerar que ese mismo catálogo se pliega a la voluntad de AFINSA.

### *Calidad de la filatelia de AFINSA*

La resolución de instancia considera probado que la filatelia de AFINSA era de mala calidad y, por ejemplo, al folio 20 dice “*Afinsa compraba filatelia de escasa calidad y bajo precio*”, lo que entra en clara contradicción con lo sostenido en la **pericial filatélica**, en cuyo apartado sexto dice “*En general, podemos afirmar que la ausencia de calidad no es generalizable, pero sigue siendo significativa*”. El hecho de que los peritos añadan la muletilla “*sigue siendo significativa*”, no resta validez al grueso de la afirmación, esto es, que la ausencia de calidad no es generalizable, lo que, en sentido estricto, implica que sobre el total de 150 millones de sellos, el nivel de la filatelia era correcto.

A la vista de las consideraciones de los peritos filatélicos, sorprende que el tribunal sentenciador haya considerado, sin ninguna prueba de ello más allá de cuestiones muy puntuales, que la filatelia era de mala calidad. La única explicación que justifique el argumento expuesto en el relato fáctico, es que el tribunal haya limitado su análisis a la filatelia de Francisco Guijarro hasta el año 2003, obviando todas las medidas –entre las que destaca la sustitución de la filatelia de Guijarro– que la empresa adoptó desde el 2003 hasta su intervención en mayo de 2006. Esos cambios en, prácticamente, toda la filatelia, además de acreditar la ausencia de cualquier ánimo defraudatorio de AFINSA, y a los efectos que ahora importan, determinan que la filatelia de la empresa era correcta. Como se expondrá en el siguiente apartado, a fecha de la intervención, la filatelia del proveedor Guijarro tan sólo suponía el 3,7% de la valoración que AFINSA daba a su stock filatélico, esto es el 3,7% de más de dos mil cien millones de euros. AFINSA fue capaz en menos de 3 años de retirar prácticamente todos los sellos de ese proveedor de los contratos de sus clientes. En línea con estas afirmaciones, don José María Sallán, perito-testigo que declaró en una de las sesiones de juicio, manifestó que<sup>26</sup> “*Afinsa compraba gran cantidad de sellos de países solventes y buenos. Todos los stocks de Afinsa yo no los he podido ver. En general el stock era normal y bueno, correcto. Lo que se ha vendido de*

---

<sup>26</sup> Folio 771 del acta del juicio

*Afinsa por ahí se ha vendido a unos precios de desastre pero como consecuencia de la caída del mercado y la intervención”*

### ***Rentabilidad de la filatelia como inversión***

La revalorización de la filatelia no siempre era superior a la rentabilidad pactada de AFINSA con sus clientes, siendo cierto que en ocasiones la revalorización era inferior y, por tanto, AFINSA perdía dinero. Ante esa situación, se preveía esa posible contingencia y se dotaban provisiones. Porque, en definitiva, ese era el negocio de AFINSA. Compraba barato, porque su estructura así se lo permitía, y vendía a precio de catálogo, obteniendo un importante beneficio. En la segunda etapa, si el cliente finalmente ejercía la recompra, AFINSA apostaba por la revalorización. Es decir, si la revalorización era superior a la rentabilidad del contrato, AFINSA ganaba dinero dado que adquiriría un nuevo bien a un precio pactado que, en realidad, valía más; y si la revalorización era inferior AFINSA perdía dinero, y en previsión de esa posible pérdida ya había dotado provisiones.

A pesar del criterio contrario de la sala de enjuiciamiento, es sabido que los bienes tangibles de colección son, de manera constante, objeto de valor refugio y de inversión. Principalmente por dos motivos: su escasez y la imposibilidad de nueva fabricación. La clave es la escasez, y es la misma la que hace relevante su adquisición como inversión que se revaloriza a lo largo del tiempo.

Sobre la revalorización de la filatelia, es palmario que cualquier bien tangible, como norma general, adquiere valor con el transcurso del tiempo. Es algo tan sencillo que se explica por la imposibilidad de que ese bien pueda volver a reproducirse, siendo esa singularidad clave para aumentar su valor. Porque, como se sabe, una vez la imprenta postal finaliza una tirada las planchas utilizadas se destruyen. Si se analizan los precios de los sellos en cualquier catálogo, a lo largo de su vida, invariablemente, todos los sellos del mundo han sufrido aumentos de precio que van desde el equivalente a la media

de la inflación mundial, hasta aumentos de precio muy sustanciosos, dependiendo de la calidad de cada sello y de la ley de la oferta y la demanda. Salvo en las muy escasas crisis filatélicas acaecidas en los últimos 175 años – la actual, por el cierre judicial de AFINSA– el precio de los sellos de colección siempre ha estado subiendo, en general, muy por encima de la inflación media mundial. Los sellos forman parte del mercado de los bienes. Lo mismo que ocurre con las obras de arte, objetos de colección, las monedas, las joyas, los diamantes y gemas o los inmuebles. El mercado de bienes tangibles de colección e inversión comprende aquellos objetos que, por su peculiar singularidad, carácter único y escaso, su mérito artístico, su consonancia con las tendencias, por su gusto social y por su antigüedad –lo que denomina rentabilidad de disfrute–, van paulatinamente aumentando su demanda y su valor a lo largo del tiempo. De todos los bienes tangibles de colección el que más coleccionistas tiene a nivel mundial, es, sin duda alguna, la filatelia. Esto confiere una gran estabilidad a este mercado, al tiempo que le diferencia de otros bienes tangibles de colección.

#### *Relaciones con el proveedor Francisco Guijarro*

Mención especial merece la referencia del hecho probado a la adquisición de filatelia de Francisco Guijarro. Afirma la sentencia, que el proveedor de filatelia entre 1998 y 2003, Francisco Guijarro, mantenía relación de amistad con el señor De Figueiredo llegando a vender material a AFINSA entre esos años por valor de 94.696.995,24 euros. La empresa dejó de mantener relación comercial con el señor Guijarro una vez detectó la mala calidad del producto que le compraban.

La sentencia acepta la tesis acusatoria y condena al señor Guijarro como cómplice del delito de estafa al estimar la connivencia con AFINSA en cuanto a la filatelia de mala calidad, falsa o manipulada suministrada.

Mediante la formalización del presente motivo, se acreditará la inexistencia de la precitada connivencia con el señor Guijarro por parte de los

directivos de la empresa, ni tan siquiera relación de amistad, y como elemento a destacar y que la sentencia omite por completo, se relatarán **las mejoras que la empresa llevó a cabo una vez tuvo conocimiento del comportamiento del proveedor.**

En primer lugar, antes de pasar a la exposición del resto de argumentos, es preciso recordar un hecho de suma relevancia cual es que AFINSA compró **filatelia a Guijarro pagando un precio de unos 96 millones de euros.** Una filatelia que luego, por los propios controles que hizo AFINSA, se demostró que era falsa, manipulada o estaba mal catalogada. Si existiera complicidad con el proveedor Guijarro, ¿qué empresa, cuya intención es defraudar, se gasta ese dinero en un producto que sabe es falso? Fue un engaño para AFINSA, y ésta se empeñó en repararlo y aminorar sus efectos.

No tiene sentido alguno –dicho esto a efectos meramente dialécticos– que los directivos de AFINSA pretendieran engañar a sus clientes y para tal fin derrocharan casi cien millones de euros en un producto falso. Es un coste innecesario para desarrollar la actividad delictiva que se supone habrían ejecutado nuestros representados. Si, como afirma la sentencia en el hecho probado, los clientes no estaban interesados en la filatelia y se limitaban a pagar lo pactado sin mostrar interés en el producto, carece de lógica malgastar todo ese dinero en un bien en el que nadie se iba a fijar.

Asimismo, tal y como se dice al folio 28 de la sentencia, Francisco Guijarro sólo destinó el 16% de los 96 millones de euros que recibió de AFINSA (15.811.932,84 euros) a compras en filatelia. Esto es, el señor Guijarro obtuvo entre 1998 y 2003 unos **80 millones de euros**, siendo con mucha diferencia quien más beneficio habría obtenido de AFINSA. Por otra parte, según dice la sentencia, el conjunto de directivos se lucraron de la actividad desarrollada en AFINSA mediante el cobro de sus remuneraciones por el trabajo realizado, las cuales están muy alejadas de los 80 millones de euros que obtuvo el señor Guijarro. Por todo ello, nos parece un auténtico sinsentido afirmar al mismo

tiempo que AFINSA actuaba en connivencia con Francisco Guijarro, cuando este último se habría beneficiado más, y en mucho menos tiempo, que todos los directivos juntos. En todo caso, fue la propia AFINSA la perjudicada por el material defectuoso del señor Guijarro.

Si el incidente con la filatelia de Guijarro tuvo lugar, fue precisamente por la falta de medios de la empresa. Y, tal vez, ese sea el único error imputable a la empresa. Ese error, fue corregido rápidamente y sin que los clientes soportaran perjuicio ninguno. En este sentido, en la página 113 de la sentencia, se dice: *“Los testimonios de Morán Bonaño y de Trillo Priego, responsable y empleado de Sistema de valores, quienes trabajaban directamente bajo su responsabilidad, desvelan que los recursos destinados a recibir, controlar y clasificar la filatelia eran ridículos. Morán ni siquiera tenía formación, Trillo había sido pequeño comerciante de sellos. La falta de medios provocaba que no se controlara el producto”*.

Al hecho probado se destaca que AFINSA tuvo conocimiento de que la filatelia era de mala calidad, o falsa, en mayo de 2002, después de que el técnico señor Trillo detectara “ciertas falsificaciones y manipulaciones, lo que comunicó por escrito”, lo cual no se niega pero, se puntualiza que el señor Trillo, tal y como manifestó, únicamente analizó unos pocos sellos de los 600.000 que Francisco Guijarro había suministrado a la empresa<sup>27</sup>.

Las acciones emprendidas por AFINSA contra Guijarro, lo fueron a instancia de la propia empresa sin que mediara presión alguna de terceras partes. De lo que se tenía noticia únicamente en el 2002 era de las devoluciones previstas por errores o defectos en su suministro, que siempre fueron atendidas hasta el año 2002 por el proveedor. Fue en un proceso de revisión de la filatelia para los contratos de inversión suministrada por el proveedor Guijarro realizado en el año 2003, y en el que colaboraron técnicos de la empresa norteamericana GMAI, cuando se detectaron mayores anomalías en los sellos facilitados por dicho proveedor. Ante esta situación, la dirección general de la

---

<sup>27</sup> Folio 785 del acta del juicio

empresa pidió de inmediato un informe al responsable del departamento de compras acerca de la situación de los suministros procedentes de este proveedor. Fue entonces cuando se constató que había sellos rechazados ya en 2002 pendientes de cambio por parte del mismo y que el proveedor se estaba retrasando en dicho canje de sellos o devolución del dinero.

Requerido nuevamente el señor Guijarro al respecto de esta situación y su obligación de cambiar esos sellos, y ante su negativa de hacerse responsable de dichas anomalías, **se canceló de inmediato la relación comercial con dicho proveedor** al tiempo que se retiraron todos los sellos procedentes del mismo de los stocks y se recompraron los que hubieran sido vendidos a los clientes, para una vez agrupados todos ellos, proceder a un minucioso examen y expertización que determinará su adecuado valor. Sólo con esa expertización externa se podría, en su momento, iniciar las acciones de reclamación civil o penal a que hubiere lugar. Hasta que se terminaran esos trabajos, sólo se podía reclamar el cambio aceptado por el proveedor de las series examinadas hasta junio de 2003. Hay que tener en cuenta que el momento era especialmente crítico porque la empresa estaba a punto de recibir la autorización para el “closing” de GMAI de parte de la SEC y además se acababa de iniciar una inspección de la AEAT. A pesar de ello, se decidió investigar y evitar cualquier perjuicio al cliente.

Mientras duró este proceso, AFINSA acopió series filatélicas suficientes para que todo cliente, con adjudicaciones filatélicas de ese proveedor, tuviera de inmediato en el stock de AFINSA series de sustitución. Al vencimiento de sus contratos se procedió a retirar esas series del proceso de comercialización, haciendo efectivo el cambio. Se puede decir, por lo tanto, que desde que AFINSA decidió abrir esta investigación, las series procedentes de este proveedor estuvieron bajo control e identificadas y en un almacén separado, ajeno por completo a cualquier proceso de comercialización. Fue AFINSA la que decidió proceder de esta manera y también fue AFINSA la que encargó los peritajes de calidad sobre ese stock filatélico. Cualquier experto sabe que el

peritaje de una serie filatélica requiere tiempo y la intervención de especialistas externos a la empresa que la comercializó, si se pretende que su informe sirva para ulteriores reclamaciones. Hasta que ese dictamen se realizara, para cada una de las series en litigio, no se podía emprender acción judicial alguna de reclamación. Es preciso tener en cuenta que hablamos de cerca de 550.000 referencias procedentes del proveedor Guijarro que se necesitan analizar de forma unitaria e individualizada.

Fue AFINSA la que informó a la inspección y a sus auditores del proceso en curso y de las acciones que se estaban llevando a efecto. Inmediatamente detectó los primeros síntomas del problema, AFINSA informó a su equipo de dirección y se establecieron planes para determinar el alcance de los daños y aplicar las medidas necesarias para su resolución sin perjuicio para el cliente.

No se escatimaron ni medios ni esfuerzos y cuando, ante las evidencias que se disponían, fue necesario ajustar el valor de alguna de estas series, AFINSA no dudó en hacerlo y que **constara en sus cuentas anuales con toda la información** que para el caso era necesaria, haciendo de esta forma pública su actuación. No hubo, por lo tanto, ni el más mínimo intento de ocultar lo que podía estar ocurriendo. Jamás hubo connivencia o complicidad con el proveedor Guijarro para el suministro de sus sellos. En este sentido, basta con señalar la contundente decisión de AFINSA nada más conocer los posibles problemas con algunos de sus sellos y una vez comprobada la negativa del proveedor a cambiarlos por otros, de cancelar totalmente la relación con el mismo.

Pero es más, la propia **AFINSA**, en julio de 2003 al tener pleno conocimiento de la actuación de Guijarro, remitió una carta a ASECI - Asociación de Empresarios de Coleccionismo e Inversión- **solicitando su expulsión** de la Asociación (anexo 07.216).

En definitiva, cuando se conoció la existencia de irregularidades en la filatelia, se contactó con el proveedor y se le ordenó el cambio del producto.

Una vez se tuvo certeza del problema, se rompió la relación con Guijarro, y se buscaron otros proveedores. Sin embargo, se achaca por parte de los juzgadores *a quibus* no presentar denuncia contra Francisco Guijarro. Además, la sentencia sostiene que habría sido necesario avisar a todos los clientes perjudicados, o retirar toda la filatelia en cuanto sospecharon del problema existente.

Partiendo de la base de que el ejercicio de la acción penal es libre, conviene poner de manifiesto que resulta de una frivolidad absoluta pretender valorar una estrategia empresarial 13 años después con una serie de criterios que se consideran más racionales. Con el máximo respeto, pero esa estrategia que defiende la sentencia no puede aplicarse en una empresa con unos 200.000 clientes y con millones de euros invertidos en producto.

A preguntas de esta representación sobre el efecto que tendría entre los clientes y la repercusión mediática que implicaría la puesta en conocimiento de que la filatelia era de dudosa calidad, los peritos judiciales dijeron que, bueno, que puede ser que al tratarse de tales cantidades, alarmar a todos los clientes, sí **podía generar un perjuicio irremediable para la compañía** por el pánico que hubiera ocasionado. Como es lógico, si AFINSA hubiera iniciado un procedimiento penal contra el señor Guijarro, los medios de comunicación se hubieran hecho eco de la noticia al instante, implicando eso un daño difícilmente superable para la empresa.

AFINSA optó por la solución más inteligente: informarse bien del alcance de la contingencia; pedir la devolución del material al proveedor; y sólo cuando vio que esas medidas no eran suficientes, decidió terminar su relación comercial con Francisco Guijarro.

En cuanto a los clientes, como bien explicaron acusados y testigos, al no ser AFINSA titular de la filatelia que los clientes habían comprado, no podía, dicho de forma sencilla, “meter la mano” en sus contratos. AFINSA no tenía posibilidad legal para comprobar un producto que no era suyo, dado que la

filatelia que se encontraba depositada en sus cámaras era de los clientes, no de AFINSA. Lo que sí podía hacer, como así fue, era, una vez recuperaba esa filatelia al vencimiento de los contratos, sustituirla por otra válida. Consecuencia de esa estrategia de AFINSA fue que los clientes no se vieron perjudicados por esta cuestión, y la propia empresa asumió todo el coste del perjuicio ocasionado por el proveedor Guijarro. En definitiva, el único perjudicado por la mala calidad de la filatelia de Guijarro fue la propia AFINSA, que tuvo que retirar dichos sellos, reponer el producto y asumir el coste que todo ello había ocasionado.

Tal y como recoge el hecho probado -folio 27- los directivos *“dieron instrucciones para que se sustituyera la filatelia según los contratos fueran venciendo, sin dar cuenta a los clientes. No obstante, a la intervención judicial quedaban 32.514 unidades filatélicas falsas, manipuladas o mal catalogadas adjudicadas a 14.751 contratos Cit y Cif, por un importe total de 58.112.357,86 euros, dinero de los clientes”*.

Sin embargo, la sentencia no especifica qué referencia utiliza al mencionar los 58.112.357,86 euros de filatelia de Guijarro. Esa cantidad, pese a ser exorbitada, hay que situarla en contexto con los 2.128.399.868 euros en los que AFINSA valoraba su filatelia en el momento de la intervención, lo que supone que la **filatelia de Guijarro pasó de un 92,5% en 2003 a un 3,7% en mayo de 2006**. En menos de tres años, la compañía fue capaz de retirar prácticamente toda la filatelia de Guijarro, sin que sus clientes se vieran perjudicados por el engaño del proveedor. Las medidas adoptadas por la empresa, deben observarse como una actitud leal hacia los clientes en lugar de someterse a reproche. Nada puede reprobarse a quien pone en marcha todo un mecanismo para, sobre un total de 150 millones de unidades filatélicas valoradas en 2.128 millones de euros, extraer el material defectuoso y evitar el perjuicio de los clientes.

### ***Medidas adoptadas en AFINSA tras Francisco Guijarro***

Los peritos de la AEAT describen en sus informes los cambios operados por la compañía una vez la dirección tuvo conocimiento real de la magnitud del problema acaecido a raíz del proveedor Francisco Guijarro. A modo de resumen, en el anexo 4.000, página 39, se dice *“No obstante, como se ha señalado, la ruptura de las operaciones comerciales con Francisco Guijarro supuso una mayor preocupación de los órganos de gobierno de AFINSA por los procedimientos relativos a la política de compras. Ello se puede ver tanto en las propias actas del Consejo de Administración como en los diferentes planes que se llevaron a cabo para mejorar el procedimiento de suministro de filatelia”*.

A pesar de figurar en diversos informes y documentos, **la sentencia omite cualquier referencia a las medidas adoptadas** tras tener conocimiento del perjuicio ocasionado por Guijarro. La mejor prueba de ello la encontramos a los folios 136 y 137 del Informe-resumen de los peritos de la AEAT, donde se afirma: *“Cualquiera que fuese la causa de dicha ruptura, lo cierto es que la misma desembocó en dos hechos:*

*– Ausencia de filatelia que adjudicar con carácter inmediato a la ruptura de las relaciones.*

*–Preocupación en los órganos de gobierno de AFINSA por la mejora en los procedimientos relativos a la política de compras.*

*Esta mayor preocupación determinó la elaboración de diferentes normas y procedimientos relativos a la política de compras, englobados inicialmente bajo el título PLAN PR005. Se enumeran, entre otros, los siguientes:*

*–Manual de Política de Compras de Valores Filatélicos para Adjudicación*

*– Norma sobre Estimación de Necesidades y Gestión de Aprovisionamiento □de Filatelia*

*– Norma sobre Inspección y Recepción de Valores Filatélicos*

*-Norma sobre Condiciones de Aprovechamiento de Valores Filatélicos*

*- Norma sobre Características de la Filatelia para Inversión*

*-Norma sobre Regulación Interna de Actividad"*

A la página 103 del Informe-resumen, los peritos reiteran que las medidas incorporadas en el Manual de Política de Compras, fueron cumplidas en su mayoría. Entre esas medidas, destacan condiciones rigurosas en cuanto a los siguientes aspectos (anexo 4.000, página 52):

a) Calidad, cotización y revalorización de la filatelia adquirida.

b) Precios pagados por AFINSA a GMAI y a Central de Compras

c) Procedimientos de gestión de la filatelia adquirida: selección de  
□proveedores, control, custodia e inventario de filatelia, estimación de necesidades, etcétera.

Estos criterios, como norma general, siempre fueron observados y así lo manifestaron los trabajadores de la empresa que prestaron declaración en el juicio. Además de las medidas identificadas, AFINSA **cambió radicalmente la estructura de la empresa**, se modernizó.

El Documento "CONFIDENCIAL VICENTE MARTÍN PEÑA" (anexo 04.049) □de 21 de mayo de 2003 de Antonio Giménez-Rico, el "Informe de situación" (anexo 4.050) de éste a Juan Antonio Cano de 12 de febrero de 2004 o el "Informe de situación del departamento de adjudicación y custodia de valores" (anexo 4.051) del Departamento de Organización y Medios de octubre de 2005, ponen claramente de manifiesto la preocupación por averiguar la situación en la que se encontraba ese departamento y resolver los fallos detectados en el mismo al inicio del año 2003 en relación con la mayoría de los procesos relacionados con la compra, y en general, con la gestión de la filatelia utilizada en los contratos de inversión, así como la mejora en bastantes de estos procedimientos. Así, cabe reproducir el Informe de situación de 12 de febrero

de 2004 (anexo 4.050) remitido por Antonio Giménez-Rico a Juan Antonio Cano:

*“Resumen: □Tras la incorporación de este departamento a Sistemas de Inversión, pude comprobar a los pocos meses que su gestión era muy deficiente. Tanto en control de mercancía y relación con proveedores, control interno, gestión del equipo de personas y relación con el resto de la cadena de producción. Tales extremos se vieron confirmados con los acontecimientos de Junio de 2003. En cualquier caso, y dada la importancia de ese departamento, desde uno de enero le dedicamos parte de nuestros mejores recursos e incorporamos, en el mes de mayo, un nuevo director. □En este momento el control del aprovisionamiento ha mejorado notablemente, con unos niveles de garantía inexistentes antes. Se conocen con precisión las necesidades de valores filatélicos para cada uno de los productos, adecuándose estas a las previsiones comerciales y a la marcha real de la actividad de ventas. El control interno puesto en marcha va a solucionar los problemas de control, conocimiento y aprovechamiento del stock (antes desconocido), en un plazo razonable. Los retrasos a los clientes se solucionarán en el curso de 2004. Y esperamos que la relación con GMAI- Auctentia sea perfecta antes del verano. □En este contexto ha resultado de gran ayuda la confección del Manual de Política de Compras y el desarrollo del Plan PR005.”*

Estas mejoras son corroboradas en correos remitidos en diciembre de 2004 por Bernardo Valero, Dolores Llames, Lucía Oya y Rafael Noguero a Antonio Giménez- Rico (anexo 04.052 Documentos Correos de 22/12/2004 de Bernardo Valero, Dolores Llames, Lucía Oya y Rafael Noguero).

Además, el testigo-perito del Ministerio Fiscal, el señor Casañas Testart dijo que una vez se incorpora al departamento de valores de la compañía, en el año 2004<sup>28</sup>, *“se acababan de producir una serie de problemas con el antiguo proveedor Francisco Guijarro Lázaro y había una gran inquietud en la dirección para que aquello no volviese a suceder y se querían tomar medidas para que no se repitiese”*. En cuanto a la calidad de la filatelia, el señor Casañas manifestó *“en la época en la que yo estuve la calidad era muy importante, los sellos pueden variar mucho de estar en una calidad óptima a no estar. Se miraba que fuera idónea para conservar su valor”*.

---

<sup>28</sup> Folio 761 del acta del juicio

No obstante, a pesar de que la empresa cambió radicalmente su estructura y organización, y de que así fuera reconocido incluso por los peritos de la AEAT, así como por los trabajadores y directivos de la empresa que han testificado en el juicio, la sentencia no dice nada y omite cualquier referencia a esos cambios. Así por ejemplo, en la página 113 de la misma, se lee que *“Los testimonios de Morán Bonaño y de Trillo Priego, responsable y empleado de Sistema de valores, quienes trabajaban directamente bajo su responsabilidad, desvelan que los recursos destinados a recibir, controlar y clasificar la filatelia eran ridículos. Morán ni siquiera tenía formación, Trillo había sido pequeño comerciante de sellos. La falta de medios provocaba que no se controlara el producto, más allá del genérico sobre la cantidad de los lotes (Morán)”*.

Como principal ejemplo se pueden citar los cambios que se dieron en el Departamento de Valores. El encargado de ese departamento hasta el 2003, Juan Carlos Morán, fue automáticamente apartado de su puesto y trasladado a otro de mucha menor relevancia. El señor Morán fue sustituido del Departamento de Valores por Dolores Llames, una persona que demostró mayor diligencia profesional. Tal y como la señora Llames manifestó en su declaración, cuando se hizo cargo del departamento de valores *“había ciertos retrasos, y desorden”*. Pero, a pesar de ello, en el año 2006 *“no existía ningún retraso en la adjudicación de la filatelia; todo estaba en orden; empresas externas se encargaban del montaje; la filatelia venía con certificados de calidad”*. En definitiva, la filatelia, con alguna salvedad *“estaba perfectamente identificada y adjudicada”*.

Además del cambio de responsable en ese departamento, se amplió el número de personas que ahí trabajaban, de unas 3-4 hasta 15-20 trabajadores, y, principalmente, se estableció un control exhaustivo en la adquisición de filatelia. Según manifestó el filatélico Jaime Casañas, testigo del Fiscal, *“su incorporación al departamento de valores se produce tras el problema con Guijarro, dentro del Plan Integral de la empresa para que eso no volviera a ocurrir”*. Asimismo,

el señor Casañas dijo que *“la filatelia en AFINSA era de buena calidad, y que se le daba mucha importancia a esa cuestión”*.

De hecho, el Manual de Política de Compras fijaba controles de calidad, tanto en la propia AFINSA como en su proveedor, Central de Compras, lo que implicaba un doble control. En este sentido, doña África Calleja, abogada contratada por CdC, afirmó tajantemente<sup>29</sup> que *“durante la relación comercial entre AFINSA y CdC, era habitual que se produjeran devoluciones desde CdC a los proveedores, porque no se cumplían las exigencias de calidad identificadas en el Manual de Política de Compras”*. A este respecto, Jordi Casals, filatélico trabajador de CdC, corroboró que en CdC se vigilaba todo el material, y tenía conocimiento que en AFINSA se realizaba otro control de calidad del producto<sup>30</sup>. En CdC, según la declaración del señor Casals, había unas 20 personas revisando el material.

Todo lo anterior, sumado a lo que manifiestan los peritos filatélicos en su informe, que la *“ausencia de calidad no es generalizable”*, confirma que AFINSA tenía un cuidado riguroso en la selección del producto que vendía a sus clientes, y a tal fin dispuso de los medios necesarios para controlar que así fuera. Prueba de ello es que desde CdC, empresa suministradora de filatelia a AFINSA, se realizaba un primer control y la filatelia que no se ajustaba a los cánones exigidos se devolvía. Con posterioridad, tal y como dijo Casals, en AFINSA se realizaba un segundo control de calidad.

En cuanto al seguro, la sentencia sólo refiere en el hecho probado que *“a la fecha de la intervención judicial la filatelia depositada carecía de seguro; la filatelia propia estaba asegurada por el Banco Vitalicio de España por importe de 73.362.728 euros”*. Pero, lo que se omite es que en su declaración<sup>31</sup> el antiguo bróker encargado del seguro de AFINSA, don José Martín Franco, manifestó que la compañía tenía asegurado hasta pocos días antes de la intervención –en

---

<sup>29</sup> Folio 737 del acta del juicio

<sup>30</sup> Folio 740 del acta del juicio

<sup>31</sup> Folio 668 del acta del juicio

concreto hasta el 30 de abril-, filatelia por valor de 1.656 millones de euros. Póliza por la que **pagaba anualmente 1,3 millones de euros**. También declaró que, escasos días antes de la intervención una vez se rescinde la póliza, AFINSA estaba en búsqueda exhaustiva de un nuevo contrato que asegurase el producto. De nuevo se repite la pregunta, ¿qué entidad con intención de estafar malgasta 1,3 millones anuales en un seguro que no tiene necesidad ni obligación de mantener?

En fin, respecto a la **publicidad** como elemento del engaño, ni se ha acreditado que fuera cierto, ni desde luego era la realidad. Tal y como se pudo comprobar en la declaración de Vicente Martín Peña, y en los documentos que constan en el procedimiento, AFINSA sólo utilizaba entre el 50 y el 60% del dinero presupuestado para cada ejercicio. A modo de ejemplo, en el año 2004 se contemplaba una inversión para el capítulo de marketing por importe de 2.544.665,84 €, y, según la información facilitada por el departamento de contabilidad, el gasto efectivamente realizado en acciones de marketing ascendió finalmente a 1.534.317,01 €, lo que representa un 60% del total presupuestado. Además, tal y como consta al tomo 29, folio 11.667, AFINSA sometía su publicidad al filtro de la empresa Autocontrol, organismo que emite informe sobre aquellos aspectos que podrían suscitar algún problema de cara a la venta al público. Esos controles los hacía AFINSA de manera espontánea y voluntaria, a fin de eliminar de su publicidad cualquier indicio que pudiera confundir a los clientes.

Este largo argumento no pretende fatigar a la Sala, sino expresar que los acusados llevaron al tribunal de instancia la explicación de su negocio proporcionando una alternativa razonable de la compra de la filatelia a Guijarro y, por qué, pese a ser víctimas de un engaño, prefirieron investigar a fondo este asunto retirando todos los sellos sujetos a duda, comprar filatelia para su posible cambio y siempre con la preocupación de que los posibles efectos perjudiciales no afectaran a los clientes. Y todo ello sin levantar el temor a la pérdida de credibilidad en un mercado muy sensible a la confianza, al tiempo

que remediaron lo más pronto posible sus efectos. Si hemos sido prolijos, es para restar capacidad suasoria a la argumentación de la sentencia proporcionando una realidad fáctica basada en la prueba practicada y a la que el tribunal no da respuesta en su valoración.

### *Relaciones con Escala*

La sentencia de instancia, sin entrar a valorar toda la prueba, considera que las relaciones con GMAI, luego ESCALA Group, únicamente tenían como finalidad desplazar los beneficios de AFINSA hacia esa entidad, que cotizaba en la bolsa de Nueva York. Sin embargo, lejos del hecho que describe la sentencia, la realidad es que las relaciones entre AFINSA y GMAI, empezaron mucho antes. Esa iniciativa estaba diseñada desde la década de los 90, cuando el proceso comercial y de negocio de Internet se encontraba en su máximo nivel. Entonces, la estrategia dominante en el proyecto pasaba por las posibilidades que Internet brindaba a nivel internacional al comercio de bienes de colección en general, pero más en particular a la filatelia y la numismática.

En el mercado norteamericano, donde Internet encontraba más desarrollo, los especialistas cifraban el incremento de la demanda de estos bienes, debido a las posibilidades que Internet ofrecía, en más de cuatro o cinco veces. En 2002 se cambió el eje estratégico hacia la forma de operar los negocios de base, fundamentalmente casas de subastas, dejando Internet como uno de los canales comerciales a desarrollar en una segunda etapa, pasados tres años desde el inicio del proyecto y una vez se consolidaran todos los requerimientos para su operativa en economía real.

Así nació en el Grupo AFINSA este importante proyecto, con la idea de crear la primera organización mundial de comercialización por subastas y comercio electrónico de bienes de colección. La compañía, actuaría como integradora de empresas de colección líderes en sus ámbitos de actividad y territorios de actuación. Una empresa capaz de coordinar diferentes negocios en diferentes territorios creando ventajas sinérgicas para cada uno de ellos en

particular y para el conjunto en su globalidad.

El Grupo AFINSA estaba preparándose para este objetivo desde hacía años y en ese sentido había ido comprando empresas de coleccionismo o participaciones significativas en compañías presentes en los principales mercados de estos ámbitos de actividad. En concreto en Estados Unidos, en el año 1997, AFINSA entró en el capital de la compañía GMAI, cotizada en el índice NASDAQ, que asimismo reunía bajo esta marca importantes empresas en los sectores de numismática y filatelia.

AFINSA y ESCALA (antes GMAI-AUCTENTIA) siempre se condujeron en sus relaciones comerciales dentro de la legalidad del sector en el que operaban a nivel internacional. Más aún, su operativa se encontraba regulada por manuales de funcionamiento explícitos y su cumplimiento era vigilado por un completo sistema de auditoría que dejaba constancia oficial de la corrección e idoneidad de sus relaciones bilaterales. Además, las relaciones comerciales entre partes relacionadas, eran objeto de especial seguimiento por el auditor principal de ESCALA, la empresa AMPER, POLITZINER & MATTIA. Y todo ello, por supuesto, bajo la atenta mirada de la “U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION” (SEC).

La firma ERNST & YOUNG fue contratada por el Comité de Auditoría de ESCALA en marzo de 2005 para investigar todas las transacciones entre ESCALA y AFINSA a través de la realización de una contabilidad forense independiente. En su conclusión se afirma que no hubo ninguna irregularidad en la relación comercial entre las partes y que todas las ventas y operaciones fueron legítimas, incluidos los archivos de ONU y todas las demás transacciones. El Comité de Auditoria declaró tajantemente que no hubo prueba alguna de cualquier tipo de fraude a clientes o inversores.

Intervenida AFINSA y cerrada su actividad por orden judicial, en Estados Unidos se realizaron una serie de investigaciones para verificar estos extremos, creándose una Comisión Auditora para ello. Los resultados fueron

publicados en el "Formulario 8-K" de la SEC (folios 20.678 y ss) y, entre otros particulares, se concluyó que *"Basándose en las pruebas en las pruebas a su alcance, el Comité concluyó que las operaciones entre la Empresa -ESCALA- y AFINSA fueron válidas, dicho con otras palabras, la Empresa entregó a AFINSA auténtico material filatélico y AFINSA pagó a la Empresa en las condiciones que reflejan los documentos que describen las operaciones"*.

Pese a que esa documentación fue sacada a colación en reiteradas ocasiones durante las sesiones del juicio, la sentencia de instancia no tiene en consideración las diligencias que se llevaron a cabo en su momento en Estados Unidos por la autoridad de control competente. Así pues, la SEC (se recuerda, organismo equivalente a la CNMV en España), tras analizar toda la documentación y como consecuencia de la intervención judicial en España, dio credibilidad a las operaciones entre AFINSA y GMAI. Además del control de la SEC, **todos los procedimientos judiciales que se iniciaron en Estados Unidos** tras la intervención judicial, al caer el precio de cotización de la acción de ESCALA,  **fueron archivados** sin que nuestros representados hayan debido afrontar ningún tipo de responsabilidad penal o civil. Por ello, que, ahora, el tribunal cuestione la actividad de AFINSA con una entidad norteamericana, cuando la misma ya ha sido objeto de enjuiciamiento por parte de los organismos competentes, atenta contra los principios más básicos del ordenamiento.

En cuanto a la **transferencia de beneficios** que recoge la sentencia, nunca hubo tales transferencias, ni tan siquiera intención o acto alguno de transferencia de fondos para crear valor. Además de otras pruebas que obran en el sumario, una de las más concluyentes la constituye el conflicto habido entre Greg Manning y Afinsa por el precio de compra de unos sellos: en junio de 2004 y febrero de 2005, Carlos de Figueiredo, a la sazón Director del Departamento de Valores y por ende responsable de filatelia de AFINSA, emite dos informes en los que concluye que los precios de los dos primeros envíos de Especímenes eran *"excesivamente altos con respecto a la realidad del mercado, viendo las bajas*

*catalogaciones que el Yvert y Tellier hace sobre los fiscales filatélicos (más raros que los fiscales normales) y, viendo igualmente la catalogación que el catálogo especializado de Chile hace de los fiscales de este país así como la relación entre serie normal y muestra que hace el Edifil especializado".*

Estos informes dan lugar a un serio conflicto entre GMAI y Afinsa protagonizado por Carlos de Figueiredo y Greg Manning. Este conflicto se refleja en los informes, correos electrónicos y cartas unidos al Informe Pericial n° 9 como anexos 09.063, 09.004, 09.067, 09.093, 09.071, 09.072, 09.073, 09.101, entre otros. En el anexo 08.029, también se puede observar la contundente negativa de AFINSA a Greg Manning para cobrar más por la venta del lote de la ONU.

El enfrentamiento entre Greg Manning y AFINSA implicó que, el 27 de septiembre de 2005 (aunque con efectos desde julio de 2005), el señor Manning fue cesado como presidente fundador y consejero delegado de GMAI y rebajado a la categoría de Presidente de la División de Subastas de Filatelia de América del Norte y Asia. Dicho cese supuso también el cambio de nombre de la compañía de Greg Manning Auctions Inc. (GMAI) a ESCALA Group Inc. En la misma reunión del Consejo de Administración se acordó el nombramiento de José Miguel Herrero para sustituir a Greg Manning al frente de Escala.

La consecuencia lógica que puede extraerse de los hechos relatados es que nunca se permitió al suministrador GMAI o a Central de Compras, unos precios de venta no acordes con las condiciones de venta a precios mayorista y **nunca se cedió a pagar ningún sobreprecio**. Estos hechos excluyen cualquier concertación delictiva para incrementar los precios de compra y, de ese modo, transferir fondos (estos hechos, son recogidos en el Informe Pericial n° 9 en su apartado IV.2).

Tampoco se menciona en la sentencia que la información relativa a ventas entre partes relacionadas, era pública y completamente conocida por el mercado. Tanto la SEC como los inversores tenían información al respecto del

porcentaje de las ventas de GMAI/ESCALA correspondiente a ventas a su socio y cuál era la aportación de las mismas al beneficio de la empresa. Todo ello queda recogido en los informes presentados a la SEC y en el análisis de los analistas financieros que seguían con detalle la evolución de la empresa.

Existe información fidedigna de cómo fueron evolucionando estos indicadores y cómo cada vez era menos significativo la importancia de las ventas al grupo en el beneficio de la sociedad. A fin de acreditar que todos estos datos eran públicos y conocidos por los inversores lo dan los informes a este respecto de las firmas Oppenheimer y Dutton que se recogen en los anexos 14.084 y 14.073 respectivamente.

A continuación, se exponen dos operaciones que analiza, y cuestiona, la resolución de instancia.

### ***1. Filatelia ONU***

La acumulación filatélica de Naciones Unidas la forman centenares de miles de sellos y materiales filatélicos, producidos por cuarenta imprentas durante un periodo de más de cincuenta años y realizados con diferentes tecnologías que van desde troqueles grabados hasta imágenes creadas por ordenador. La sentencia descalifica la filatelia ONU adquirida por AFINSA sin tener en consideración numerosos datos y pruebas que constan en la causa y que demuestran que los Archivos de las Naciones Unidas, lejos de tener un valor ínfimo, constituyen un gran tesoro filatélico. Prueba de ello, es que una vez los Archivos fueron vendidos, Naciones Unidas a través de su auditoria interna OSIS (Oficina de Servicios Internos de Supervisión) encargó una investigación de la Administración Postal de Naciones Unidas (UNPA). Las conclusiones de dicha auditoría se recogieron en el Memorando Interno de las Naciones Unidas de 14 de julio de 2006 -folios 17.697 y ss- conforme al cual: "19. [...] *la OSIS considera que los Archivos Postales de Naciones Unidas, que son una herencia y un legado de Naciones Unidas, si son bienes de archivos de acuerdo con la cláusula V12 del STAI/326 del 28 de diciembre de 1984 en el que se lee: "el termino*

*archivo se aplica a los ficheros que deben ser guardados permanentemente por su valor administrativo, legal, histórico o informativo." Además del interés para los investigadores, se consideran dos factores más a la hora de evaluar su valor continuado. El primero es **su naturaleza única**, que quiere decir que la información que contienen no se puede encontrar de modo completo y utilizable en otras partes. La segunda es su forma que incorpora la facilidad de acceso y de medios."*

Esa filatelia, en el momento de su compra y con posterioridad, fue analizada por expertos independientes que acreditaron el valor e importancia que la misma tenía. En este sentido, Paul W. Schmid<sup>32</sup> manifestó ante la SEC (anexo 03.070): a) que los precios del Brookman le parecieron correctos y reflejan el valor real de los sellos que contienen; b) dada la procedencia de los sellos del Archivo de ONU, no puede haber duda sobre la calidad de las piezas y su autenticidad.

El experto William Hontos<sup>33</sup>, declaró ante la SEC en el procedimiento seguido en Estados Unidos -anexo 05.094-, y: a) reitera que comparó Domfil con Yvert y Tellier y Michel y sus precios le parecieron coherentes; b) comparando los **precios de los sellos del Archivo de ONU** que aparecen en los catálogos Gaines y en el Brookman, **considera que son coherentes**, más aun tomando en consideración que los sellos del Archivo de ONU son immaculados.

Richard Gordon<sup>34</sup>, a su vez declaró (anexo 05.087): a) que es especialista en Naciones Unidas; b) no conoce a nadie de AFINSA; c) que los catálogos reflejan los precios a los que se deben vender los sellos a los minoristas; d) que

---

<sup>32</sup> Miembro desde 1960 de la American Philatelic Society. Integrante del comité de expertos de la American Philatelic Society. Integrante del comité de expertos desde 1969 de la American Stamp Dealers Association. Colaborador como perito tasador del FBI y del IRS, Internal Revenue Service, (Oficina del Departamento del Tesoro Norteamericano).

<sup>33</sup> Miembro de la American Philatelic Society. Perito tasador asociado de la American Philatelic Foundation. Miembro de derecho de la National Stamp Dealers Association. Experto de la Professional Stamp Expert.

<sup>34</sup> Gran especialista y socio editor de las empresas Scott Publishing Company y Scott Catalogues.

**los precios que él examinó de los sellos de archivo ONU le parecen coherentes y justos.**

Otra relevante opinión fue la emitida por Norman R. Scrivener<sup>35</sup>(anexo 05.089), quien estableció: “Los precios de Brookman de la mercancía de los archivos filatélicos de ONU son razonables al compararlos con los precios de adjudicación en subasta, los factores de escasez, la popularidad del tema y las condiciones de calidad”.

En resumen, también los expertos estadounidenses consultados, y que prestaron declaración ante la SEC en el procedimiento seguido en aquel país contra ESCALA, concluyeron que las operaciones entre AFINSA y GMAI fueron correctas, con un producto cierto tasado conforme a su valor real. Se destaca la importancia de esas declaraciones –tomo 132– que constan como documental y que en el momento del juicio se tuvieron por reproducidas tal y por especialmente designadas<sup>36</sup>.

## *2. Especímenes*

Los especímenes son sellos recién emitidos a los que el país emisor cancela su valor postal, con una sobreimpresión en los mismos con la palabra muestra o espécimen. Se trata por lo tanto de sellos de calidad impecable no circulados, con unas existencias en el mercado muy inferiores a la de los mismos sellos sin esa sobreimpresión, siendo deseados por comerciantes y coleccionistas filatélicos desde su aparición en el siglo XIX. Los llamados especímenes, filatelia que la sentencia desprecia, se encuentran entre los sellos más valorados y caros del mundo filatélico. Cualquier país, en sus catálogos nacionales, tiene estos ejemplares referenciados en lugar destacado.

---

<sup>35</sup> Perito tasador certificado, miembro de la Asociación de Comerciantes Filatélicos de Estados Unidos y de la Sociedad Filatélica Americana y consultor para Doyle Auction Gallery de Nueva York

<sup>36</sup> Folio 1165 del acta del juicio.

En relación a esta filatelia, al folio 31 de la sentencia se afirma que *“Tal sobrevaloración provocó recelos entre los técnicos de la entidad, ya acostumbrados a la manipulación arbitraria de los precios, por lo que **Cano Cuevas ordenó que se paralizara la operación**, que solo se reanudó después de que una opinión experta validara la filatelia, un experto extranjero que se sometió de hecho al dictado de D. Carlos de Figueiredo y de D. Ramón Soler Antich, que dirigía de hecho Central de Compras”*.

AFINSA valoró los especímenes en un primer momento, en base a los conocimientos de un comerciante estadounidense, Greg Manning. Esta valoración inicial contó con el refrendo de los expertos norteamericanos Michel DuBasso (Presidente de la American Philatelic Foundation) y William Hontos, que emitieron informes certificando que las valoraciones realizadas correspondían al precio justo de esos sellos en el mercado minorista. A pesar de ello, y por la insistencia de Carlos de Figueiredo, más adelante se pidió una segunda valoración a un experto tasador miembro de APS (Sociedad Filatélica Americana), Steve Washburne y aun así, para mantener mayor prudencia en la valoración que hacía a sus clientes en sus adjudicaciones filatélicas, **decidió reducir su precio en un tercio como media**. Se destaca que, contrariamente a lo que dice la sentencia en cuanto a que el experto extranjero estaba sometido al dictado de AFINSA, el propio señor Washburne negó ese extremo -anexo 06.082- en su comparecencia ante la SEC. Sostener que AFINSA manipulaba a los expertos independientes que contrataba es, cuanto menos, absurdo, pues, ningún sentido tiene molestarse en costear el servicio de un experto externo cuando, en primer lugar, un perito no se juega su reputación de esa manera, y, principalmente, al final se quedaron con la valoración que dio Carlos de Figueiredo, que era más baja, incluso, que la que había dado el experto contratado. Esto es, afirmar que se ha manipulado al experto, para que luego la empresa de una valoración propia incluso más baja que la del experto es, a todas luces, contrario a la lógica.

De nuevo, y en cuanto a los especímenes, nos encontramos con el problema de la valoración realizada de estos sellos por parte de los comerciantes contratados por los administradores concursales, personas de mínima o nula experiencia y conocimientos del mercado americano, donde principalmente se negocian esos sellos.

Queda claro a la vista de esta forma de proceder, que AFINSA lejos de intentar sobrevalorar los precios de la filatelia que vendía a sus clientes, actuó con suma prudencia, optando por la valoración más conservadora de todas las posibles.

Estos son los argumentos empleados en la sentencia para afirmar el engaño exigido por el delito de estafa.

**Cuarto motivo. Por vulneración de los artículos 852 LECr y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en cuanto a los delitos de insolvencia punible -artículo 260 CP- y falsedad de cuentas -artículo 290 CP-**

La impugnación articulada por la vía de la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, para los dos tipos penales a los que se refiere este motivo, insolvencia punible y falseamiento de cuentas, presenta cierta singularidad derivada del hecho de que **el tribunal de instancia no realiza una expresión fáctica** en el antecedente de hecho correspondiente que permita ser subsumido en los tipos penales por los que ha sido condenado.

Parece referir que el delito de insolvencia punible resulta de realizar una actividad negocial sin haber dotado las provisiones económicas que declara son necesarias. El delito de falsedad de las cuentas sociales, por el hecho de no reflejar el estado contable, esto es, la necesidad de provisionar conforme es exigible a su actividad negocial.

El tribunal no describe hechos y, consecuentemente, tampoco refiere una argumentación sobre la prueba de ese hecho y, la que realiza, es coincidente con la que ha empleado para calificar el delito de estafa.

La situación de indefensión es patente pues no permite al recurrente conocer el hecho reprochado y la subsunción derivada. No obstante, para impugnar el motivo, hemos de reproducir cuanto hemos señalado para la actividad mercantil y no financiera del negocio de AFINSA, y la no obligación de provisionar los resultados (motivo primero de esta impugnación).

La sentencia condena a nuestros representados por un delito de insolvencia punible y otro de falsedad en las cuentas anuales. Todo ello, en situación de concurso real. A pesar de la punición individualizada que lleva a cabo el tribunal, la motivación de la condena por los delitos de insolvencia y falsedad reproduce los indicios utilizados en el caso de la estafa, lo cual, se adelanta será objeto de un motivo propio respecto a la relación concursal de los tres delitos.

AFINSA era una empresa mercantil que en el momento de su intervención tenía su actividad dividida en dos áreas principales: sistemas de inversión y coleccionismo. Que AFINSA era una entidad mercantil ha quedado acreditado por los innumerables informes del Banco de España, CNMV, SEPBLAC, e incluso por resoluciones judiciales de, prácticamente, la gran mayoría de instancias judiciales de nuestro país. Desde Audiencias provinciales, Audiencia Nacional, hasta el Tribunal Supremo. Por citar dos ejemplos, entre los informes de algunas instituciones públicas, la Dirección General de Seguros en un oficio de 09/4/2002, dijo *«que la actividad desarrollada en el denominado sector de “bienes tangibles” de inversión y, en particular, de valores filatélicos, nada tiene que ver con la actividad aseguradora o de fondos de pensiones (...).»* y la Comisión Nacional del Mercado de Valores al señalar, el 14/03/2002, que *«No estamos ante una captación pública de ahorro, ya que el dinero que se*

*aporta es el precio que se paga, en el contrato de compra venta, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto (sellos...)».*

Según se ha expuesto en el primer motivo, la sentencia varía ligeramente la consideración de que AFINSA era financiera, y no habla de préstamos ni de actividad financiera, sino que sostiene que, siendo la actividad de AFINSA la de captación de fondos para contratos de inversión, la situación de la empresa era de quiebra patrimonial porque no se habían dotado provisiones respecto a las ventas de sellos a los clientes. En definitiva, dice la sentencia, AFINSA realizaba una actividad de compraventa, pero al existir un pacto de recompra debía haber dotado provisiones por el 100% de las ventas a sus clientes.

Frente a la claridad contable de AFINSA, nos remitimos a las resoluciones e informes citados en el primer motivo, y a las que constan aportadas en el procedimiento. Si estos organismos, judiciales y estatales, han llegado a la misma conclusión es porque:

a) el precio de los bienes era explícito y así se reflejaba en el certificado de entrega, adjudicación o depósito; b) los sellos eran presentados al cliente de manera previa a su aceptación por éste; c) los contratos no tenían una terminología confusa y eran transparentes, como han ratificado los tribunales, habiéndose cumplido lo pactado en la totalidad de los mismos; d) los sellos comercializados, sí tenían valor y el precio de la transacción fijado por la empresa era aceptado libremente; e) las características del mercado filatélico no las inventó AFINSA, existían mucho antes de su nacimiento como empresa y ahí siguen ahora; f) los sellos de tipología especial lejos de valer menos son los de mayor valor por escasear más y encontrar siempre demanda; etc.

Los clientes tenían a su disposición todas las fuentes de información que hubieran querido consultar. Nunca se vendió a presión, nunca se forzó a nadie a hacer algo de lo que no estuviera convencido. En definitiva, las cantidades entregadas lo fueron en pago de una mercancía que cambiaba por esa compraventa de titularidad. La propia situación actual del concurso acredita

que los sellos se vendieron y que estos son propiedad del cliente, que puede conservarlos o hacer uso de sus derechos contractuales. En este sentido, la SAP Madrid 289/2012, de 17 de octubre, establece con toda claridad que la filatelia depositada en AFINSA es propiedad de los clientes, descartando de esta manera que el precio entregado por los mismos fuera en concepto de préstamo.

A todo ello se añade que al cliente siempre le explicaron las características de los contratos y operaciones de la empresa. Baste repasar los testimonios de clientes y asesores comparecientes en el juicio. Ninguno negó saber lo que estaba haciendo.

Recoge la sentencia –folio 36– que *“sobre todo, no se computaban en el pasivo los compromisos contraídos con los clientes, derivados de las obligaciones ciertas de recompra, que eran verdaderos derechos de crédito”*. Y al folio 94, confirma esta idea diciendo *“En el activo del balance se anotaban los espléndidos beneficios obtenidos en la primera venta al cliente, sin que aparecieran en el pasivo los compromisos de recompra de la filatelia al vencimiento del contrato, compromisos ciertos porque eran irrevocables para la compañía y el inversor siempre optaba por la venta”*.

De esta afirmación del hecho probado, queda constancia de que el tribunal de instancia, a pesar de las múltiples resoluciones, considera la actividad como financiera. Al decir que *“no se computaban en el pasivo los compromisos contraídos”* ni tan siquiera se remite a la teoría de las provisiones, sino que directamente está definiendo una actividad financiera: AFINSA debía poner de manifiesto en su pasivo las obligaciones contraídas. En el caso de una entidad mercantil no existe esa posibilidad porque las ventas son ventas, no obligaciones. Se extrae de la motivación de la sentencia que, a pesar de no afirmar de manera explícita que la actividad era financiera, porque no puede decirlo al existir resoluciones judiciales que lo impidan, vuelve a la idea de que la contabilidad de AFINSA era errónea dado que el pasivo no recogía las obligaciones de recompra, cuando eso ha quedado absolutamente claro que para el caso de la empresa era imposible. Pues bien, **a pesar de todo ello, ese es el fundamento de la condena: un error en la calificación de la actividad.**

Y todo ello, como se ha dicho, se justifica desde la doctrina del fondo económico con relación a la operación. En apoyo de esa tesis, la sentencia de instancia se remite a la **reforma** del Código de comercio de **2007** (posterior a la intervención de AFINSA), y se hace mención a una consulta del ICAC (la de 1991), de muy dudosa aplicación a este caso, al tratar sobre la forma de contabilizar una cesión temporal de activos financieros o adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional.

Frente a ese argumento de la sentencia, se pone de manifiesto en sentido contrario que ningún órgano competente, conociendo la actividad de AFINSA, en concreto la CNMV, o el Banco de España, determinó que se realizaban operaciones de préstamo o que se tratara de una actividad financiera. Y, al mismo tiempo, disponemos de la Disposición Adicional IV, Ley 35/2003, que determinó que la actividad era mercantil. Pero es que, además, en cuanto a la contabilidad, todos los **compromisos de recompra** si bien no figuraban en el balance de la empresa, **sí que estaban en la memoria**. Y, según establece la Ley de auditoría de cuentas, así como la Ley de Sociedades de Capital, y así lo recoge la sentencia al folio 153, la memoria forma parte de las cuentas anuales y cuando se tiene que determinar si una empresa tienen imagen fiel lo hace sobre la totalidad de las cuentas anuales, no sobre una partida totalmente determinada.

A modo de ejemplo, se cita la memoria del año 2003<sup>37</sup> –apartado 16– donde se dice que *“La sociedad celebra con sus clientes contratos denominados “Contratos de Intermediación Temporal” (CIT) en virtud de los cuales el cliente adquiere un lote de sellos a un tercero, actuando la compañía como un comisionista, o a ésta directamente y encomienda a la compañía que proceda a su venta posterior, en el mercado. En tal caso, la Compañía actúa como un comisionista (intermediación), y sólo en el caso de no hallar adquirentes, la Compañía procederá a adquirir dichos sellos (compra), entregando al cliente el precio correspondiente. Teniendo en cuenta los datos*

---

<sup>37</sup> Génova, Planta 4 Caja 2 Bloque 4 -Auditoria 2003 Gestynsa y Cuentas Anuales 2003 (Pág.57-94)

*históricos de intermediación y compra, se estima que, para los próximos tres ejercicios y tomando como base los contratos en vigor, los respectivos importes serán, en millones de Euros: de 504,6 y 118,4 para el año 2004; 174,1 y 40,9 para el año 2005; y de 108,5 y 25,6 para el año 2006”.*

En fin, es jurisprudencia de esta Sala Segunda (Sentencia 1318/2000, de 14 de julio) que *“debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)”*. Por todo ello, si bien los pactos de recompra no podían observarse en el balance de la compañía, esa ausencia de información era fácilmente observable en la memoria anual que se presentaba.

**Quinto motivo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP -en su redacción anterior a la reforma 5/2010, de 22 de junio-, artículos 74.1 y 74.2 CP, en cuanto al delito de estafa.**

Una vez se han expuesto los argumentos fácticos que consideramos deben ser valorados por esta Sala de casación, se presentan los motivos referidos a la aplicación indebida de los tipos penales por los que vienen siendo condenados nuestros representados.

En cuanto al delito de estafa, dado que la Sala conoce sobradamente los aspectos teóricos del mismo, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos limitaremos a la enumeración de sus elementos y a la aplicación de cada uno de ellos al caso concreto en base a la prueba practicada. Todo ello, sin perjuicio de puntualizar algún aspecto doctrinal o jurisprudencial que consideremos relevante en apoyo de los argumentos que se sostienen.

### *a) Engaño*

La doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, define como elemento esencial del delito de estafa la existencia de un **engaño precedente o concurrente**, que consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso o en el ocultamiento de hechos verdaderos. Respecto del momento en el que debe aparecer el engaño en la dinámica defraudatoria del agente, la doctrina de la Sala 2ª del TS (STS 567/2007 de 20 de junio) establece que la maquinación o el artificio engañoso sobre la víctima tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el dolo *subsequens*, esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, siendo ello así porque es la insidia o maquinación desplegada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo la que determina en la víctima el error, el cual, a su vez, genera el acto de disposición patrimonial. En la estafa, el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la concreción del contrato, que no podrá cumplir la contraprestación que le corresponde en contestación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos (STS 348/2003 de 12 de marzo).

Respecto al engaño de la actividad comercial, la sentencia basa su existencia en los siguientes aspectos: el valor del sello no es el documentado; no se produce la revalorización prometida; el empleo de catálogos como referencia del mercado; rentabilidad entregados a los clientes; filatelia falsa o manipulada; ausencia de reacción frente al proveedor Francisco Guijarro, lo que indica connivencia.

Al abordar la impugnación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (motivo tercero), analizamos cada uno de los elementos del engaño en los que se apoya el tribunal de instancia para configurar la exigencia de “bastante”. Nos remitimos a lo allí argumentado a fin de negar la concurrencia de este requisito nuclear de la estafa. Tan sólo recordar que el valor de la filatelia ha sido declarado sobre una pericial basada en la técnica de muestreo, contrario a la ciencia y técnica de la pericia, a la costumbre aceptada en este

mercado, y a los criterios de lógica ahí expuestos. Además, el Plan General de Contabilidad de 2007 establece “*que no tendrán en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria*”. Precisamente, es esto lo que ha realizado la pericial filatélica.

Las consideraciones de filatelia falsa que se ponen de manifiesto en la sentencia han sido contradichas por los propios peritos en los que se apoya, los cuales confirmaron que la ausencia de calidad “no es generalizable”, y las reacciones a la compra de la filatelia de Guijarro ya han sido expuestas: no se quiso denunciar para evitar la crisis de confianza, y hasta no constatar, mediante elemento probatorio fiable y suficiente, el tipo de irregularidad imputable a esos sellos. Sin embargo, se adoptaron medidas de reparación y para evitar de su repetición.

#### ***b) Error***

Siguiendo con los elementos del delito de estafa, se requiere el error del sujeto pasivo, el cual debe ser consecuencia directa del engaño; esto es, que la falsa apariencia creada por la empresa motivó el error de los clientes, quienes se prestaron a invertir su dinero en contratos de inversión filatélica.

Caracteriza al delito de estafa su consideración de delito relacional, que presupone una relación entre el sujeto activo y el destinatario del engaño, sujeto pasivo, de manera que uno actúa con engaño acechando un patrimonio ajeno, y el segundo sufre un error causal al engaño. Pues bien, el relato fáctico nada expone sobre esta relación. Al contrario, desde el relato extraemos datos que abonan la voluntariedad de los clientes que confiaban y se vieron correspondidos a esa confianza en los términos que habían pactado, sin problema alguno hasta la intervención.

Sobre este punto es preciso apuntar el **perfil de los clientes de AFINSA**<sup>38</sup>. El informe elaborado por el departamento de marketing de la empresa, en mayo de 2006, es decir, justo antes de la intervención, pone de manifiesto que el perfil del cliente de AFINSA en España era:

-Hombre de 43 años de profesión “empleado”.

-Mujer de 45 años, “ama de casa”

-Inversión media: 6.995 euros

Por lo tanto, en sentido contrario al que en alguna ocasión se ha pretendido hacer creer, el cliente de AFINSA no es una persona de edad avanzada, sino como pone de manifiesto ese documento, alguien de mediana edad. Asimismo, es importante destacar que entre los clientes de la compañía existían perfiles muy variados, desde trabajadores del sector primario, hasta profesionales muy cualificados, como pueden ser notarios, magistrados, o inspectores de Hacienda.

Pero es más, según se pudo comprobar en la declaración de los clientes, algunos se dedicaban a las inversiones financieras, y vieron en la inversión de bienes tangibles una buena forma de diversificar su cartera, e incluso había clientes que eran coleccionistas de filatelia, y querían, además de tener sus colecciones, sacar rentabilidad de la filatelia de inversión. A tal efecto, nos remitimos, por ejemplo, a la declaración prestada por don **Pedro Adanez Alonso**, cliente propuesto a instancia del Ministerio Fiscal. Este testigo manifestó: tener invertidos 85.400 euros; ser **Inspector de Hacienda; haber presidido la FNMT desde los años 60**; conocer perfectamente la actividad de AFINSA y querer invertir porque, al tener conocimientos de filatelia, sabía que la misma se revalorizaba con el tiempo.

---

<sup>38</sup> Génova, planta 1, caja 3, bloque 1, páginas 24-32

Es de resaltar también la declaración de don **Jesús M<sup>a</sup> Iturbe**, que tenía invertidos 104.000 € y era **coleccionista de sellos**, o de don José Manuel Juarez Boix, que además de ser cliente, era asesor. Este último testigo manifestó dedicarse a la venta de productos financieros, y una vez analizados los contratos de inversión de AFINSA, no dudó en hacerse cliente (144.000 €) y en comercializarlos.

Estos clientes que se acaban de mencionar, **fueron llamados a instancia del Ministerio Fiscal** y todos ellos, ya fuera por su experiencia profesional o por sus conocimientos del mundo filatélico, estaban en posición de conocer la actividad real de la empresa. En definitiva, no existió el error que exige el tipo penal. Los clientes de AFINSA sabían a qué destinaban su dinero, compra de sellos, y tenían la opción de llevárselo a casa o depositarlos, y conocían la opción de recompra ofrecida por la empresa. El hecho probado así lo declara y así resultó de la prueba practicada.

Visto el perfil de algunos clientes, sorprende que al folio 140 de la sentencia se afirme *“Nadie ha planteado la necesidad de evaluar los **controles de autoprotección** de los clientes, pero la suficiencia del engaño para provocar en otro una construcción equivocada de la realidad permite despejar la posible duda”*. Esta afirmación nos recuerda que muchos de los clientes eran filatélicos (bien expertos, o bien pequeños coleccionistas) conocedores por tanto del mercado de los sellos y como algunos manifestaron, al poder prever la tendencia histórica del mercado de la filatelia y de su revalorización, les pareció una buena idea invertir en AFINSA. Una forma alternativa a las inversiones financieras de sacar provecho a sus ahorros, y más segura, pues al fin y al cabo en lugar de invertir en un intangible se estaba adquiriendo un bien tangible.

En fin, dice el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias (por todas, STS 243/2012, 30 de marzo) que el engaño bastante tiene que ser suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz

del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las **condiciones personales del sujeto engañado** y de las demás circunstancias del caso concreto. Tan sólo añadir a lo ya expresado que, tal y como han ido confirmando todos los testigos-clientes, AFINSA siempre informó a sus clientes del producto que les estaba vendiendo, la referencia que se utilizaba figuraba en el propio contrato, y podían consultar bien a su asesor, o a la propia empresa, siempre que quisieran. En definitiva, en ningún momento se ocultó información sobre el producto, ni el medio que se utilizaba para su valoración ni, por supuesto, el funcionamiento de la empresa.

### *Los acusados tenían contratos en filatelia*

A lo largo de las declaraciones de los acusados, se puso de manifiesto que prácticamente casi todos ellos tenían suscritos contratos de inversión con AFINSA. Pero es más, no sólo ellos sino que sus propias familias y amigos también tenían firmados contratos con la empresa.

En el caso de don Juan Antonio Cano, sus hijos tenían contratos, uno por valor de 1.900 euros, y otro de 2.100 euros; y su mujer por cuantía de 20.000 euros. Pero es más, hasta el 2004, fecha en la que tuvieron que vender para adquirir un inmueble, tenían contratos por valor de 248.000 euros -3 PIC y 3 CIT- que fueron rescindidos para la adquisición de una vivienda vacacional.

Don Vicente Martín Peña, tenía contratos que ascendían a 225.000 euros en el momento de la intervención, y si a eso adicionamos los cuatro contratos que tenían cada uno de sus cuatro hijos por valor de 25.000 euros cada uno; y su esposa, otros 25.000 euros, el monto se elevaba a **350.000 euros sólo en su núcleo familiar.**

Por tanto, muchos de los acusados tienen la doble condición de perjudicado y acusado, lo que supone un absoluto contrasentido.

En fin, la sentencia concluye su argumentación expresando la naturaleza piramidal de la estafa que analiza. Esta calificación es demagógica y requeriría, al menos, un análisis del epíteto. El artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal, en su apartado de venta piramidal, redactado por el apartado once del artículo primero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, dice: *"Se considera desleal por engañoso, en cualquier circunstancia, crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios."*

AFINSA no tenía parecido alguno con ningún negocio piramidal en los que no hay tracto comercial alguno y en los que únicamente el dinero cambia de mano. En AFINSA se compraban y vendían "bienes materiales" y se hacía de manera cierta, real, legal, con transferencia de propiedad y siempre previa aceptación por parte del adquirente, de las condiciones que se le ofrecían. El dueño de esos bienes después de comprarlos podía hacer con ellos lo que quisiese sin estar obligado a nada fuera de su voluntad. Solo AFINSA tenía el compromiso de acatar esa misma voluntad de su cliente. Con este proceder, jamás se produjo daño o perjuicio alguno a nadie, hasta la fecha de la intervención judicial. AFINSA siempre cumplió con lo contratado como quedó constatado en su historia.

AFINSA no tenía "impositores", ni pagaba "intereses", ni daba sellos como garantía del dinero que en ella invertían sus clientes. El cliente de AFINSA compraba de forma efectiva un lote de sellos y obtenía liquidez por venta de los mismos a un tercero o a la propia AFINSA, si esa era su voluntad. Los sellos se compraban y vendían dentro de un acuerdo contractual entre privados completamente claro y transparente, libre y voluntariamente aceptado por las partes, que nunca fue objeto de denuncia.

Las acusaciones que se hacen en este sentido, parten de la premisa, establecida desde el inicio de este procedimiento judicial, como criterio de investigación de que la actividad y el negocio de AFINSA son financieros y no mercantiles o comerciales. Basado en ese supuesto carácter financiero de la actividad y aplicando la teoría contable que le corresponde a esa errónea calificación, se criminaliza el negocio desarrollado por AFINSA, imputando además a los directivos su ideación y puesta en ejecución. Esta creencia devino errónea una vez se acreditó el carácter mercantil no financiero, y el cumplimiento de sus obligaciones como tal actividad negocial de compraventa y depósito de bienes tangibles.

Para concluir este apartado, los contratos de AFINSA han sido ratificados formalmente como mercantiles en la sentencia firme dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, número 611/2015, de 19 de noviembre, y en base a eso, y entre otras consecuencias, no procede la devolución del IVA ingresado como consecuencia de su actividad negocial. Esto significa que queda ratificada la existencia de una compraventa real, con plena transmisión de riesgos y total derecho de propiedad.

#### *d) Tipicidad subjetiva*

En cuanto al elemento subjetivo, como se sabe, el delito de estafa sólo cabe en su modalidad dolosa, siendo el ánimo de lucro y la intención defraudatoria elementos esenciales para su apreciación. A fin de una mayor claridad en la exposición, vamos a analizar en un primer momento el ánimo defraudatorio, para después centrarnos en el ánimo de lucro.

#### *Dolo o ánimo defraudatorio*

El tipo subjetivo del delito de estafa requiere el llamado dolo defraudatorio, al producir en el sujeto pasivo un error a través del escenario construido, de manera que determine el acto de disposición (STS 527/2004, de 26 de abril). Tal y como dice la STS 862/2014, “Nos movemos, como es sabido, en

*un territorio de linderos difusos y poco claros. Requiere indagar sobre elementos volitivos, actitudes, disposiciones interiores, intencionalidades y ánimos y propósitos que sólo a través de las circunstancias exteriores antecedentes, simultáneas y concomitantes, y posteriores pueden aclararse".* Habrá que ver, por lo tanto, si en el caso de los directivos de AFINSA se dan esas circunstancias.

En este sentido, y con independencia de las diferencias de criterio que puedan existir de cara a contabilizar las operaciones de la empresa, e incluso a la hora de valorar la filatelia, **no se puede afirmar que exista ánimo o intención de defraudar a los clientes**. Claro ejemplo de ello es la ausencia de búsqueda de enriquecimiento por parte de nuestros representados, que se tratará en el siguiente apartado.

La inexistencia del dolo antecedente se apoya, en parte, en el primer motivo de esta impugnación respecto al carácter mercantil de AFINSA. Nuestros representados, actuaban en un negocio lícito, controlado y objeto de la normativa civil y mercantil. Así resulta de los distintos informes de organismos regulados y de control expuestos en ese primer motivo de casación, y de las sentencias que así lo afirman. Sólo la intervención de la AEAT, realizada desde una premisa errónea, dio al traste con un negocio regular y lícito. Por lo tanto, actuando dentro del ámbito de lo permitido, no cabe calificación como dolosa del delito de estafa.

#### *Elementos que niegan el dolo*

A lo largo de lo que hasta el momento se ha analizado, consideramos que han puesto de manifiesto diversos ejemplos que acreditarían la inexistencia de la intención, o por lo menos conocimiento, de la comisión del delito de estafa.

La sentencia afirma el dolo con remisión a una documentación interna hallada en la entrada y registro de la empresa, que según el criterio de la sala de instancia justificaría el conocimiento de la falta de sentido económico del negocio.

En cuanto a esa documentación interna, la sentencia da una importancia capital a los análisis de reposicionamiento, cuando lo cierto es que los mismos **son documentos de prospección de diferentes posibilidades ante escenarios no reales** que podían darse en un futuro. Se trata de hipótesis de trabajo. La sentencia, página 62, motiva, *“Uno de los autores de ese estudio interno, el Sr. Galindo del Río, que fuera Director de análisis y gestión, empleado desde julio de 2000, a quien se confió el “Análisis de reposicionamiento”, declaró que nunca se había analizado la rentabilidad ni la trazabilidad del sello, factores en los que se basaba el negocio. Solicitó información en su momento y pensó, son sus palabras, que Ballester le tomaba el pelo cuando le explicó que una cosa era la rentabilidad del sello y otra la rentabilidad garantizada al cliente; entonces acudió a Cano y este le pidió que validara la hipótesis”.*

El señor Cano, presidente de AFINSA, podría haber reaccionado de otra manera, pero en lugar de ello, instó al trabajador a que validara su hipótesis, a que lo plasmara en un documento. Esa reacción concuerda perfectamente con el proceder de la compañía, una empresa donde los empleados tenían voz y libertad para expresar su opinión, muy lejos de lo que refleja la sentencia. Pero, lo que no se puede pretender, como hace la sentencia, es que se le diera validez absoluta a esos documentos, dado que fueron realizados por ejecutivos de reciente incorporación, que se ocupaban de áreas técnicas relacionadas con análisis y gestión de procesos y de previsión de riesgos futuros. Ninguno pertenecía al área contable, filatélica o jurídica y, por tanto, no tenían una información completa, ni siquiera avanzada, del contexto o realidad de fondo en la que la empresa se desenvolvía en esas materias. A pesar de ello, su opinión era oída, en la medida de su valor, en un intento por parte de la empresa de estudiar todos los escenarios posibles, con todas sus consecuencias y alternativas. Se insta a que trabajen en la hipótesis y se evaluara los riesgos posibles. Ese análisis, en hipótesis, no cabe configurarlo como tesis.

Los ejecutivos que trabajaron en esos proyectos de prospección y análisis de escenarios, lo hicieron con total libertad y pensando siempre que su tarea

estaba al servicio de un mejor conocimiento de los escenarios posibles, aunque no fueran probables. □ Son **trabajos, por tanto, de carácter teórico, no vinculantes** ni para los que lo hacían ni por supuesto, para los que lo recibían. En algunos casos, como han manifestado sus propios autores –señor Galindo del Río, y señor Jiménez Marañón– en sus declaraciones judiciales, se construían escenarios para análisis desde una visión no ortodoxa, diferente a la real, de cara a hacer un ejercicio teórico, una **simulación de posibilidades**, y ver el resultado. Siempre eso sí, pensando que de todo ello algo positivo se obtendría.

Los autores de estos escritos, manifestaron claramente en sede judicial que los informes referidos son un mero trabajo teórico, “una simple simulación de posibilidades” realizados además bajo una “visión no ortodoxa” alejada de la realidad y de la ley que AFINSA estaba obligada a seguir y cumplir<sup>39</sup>.

A la página 62 de la sentencia se dice, no sin cierta ligereza, que los autores de esos informes, Galindo y Jiménez Marañón, “fueron desplazados de la tarea de “reposicionamiento”, que según el primero, murió en las manos de Abajo”. El desplazamiento que identifica la sentencia, asimilándolo a una represalia, es incierto, por no decir falso. Se les trasladó al área donde sus conocimientos y competencias eran necesarios en ese momento, que no era otro que ESCALA y su grupo de empresas donde debían colaborar en preparar la salida a bolsa de las mismas. Los señores Galindo y Jiménez siguieron realizando sus actividades de modelización organizativa, para la que habían sido contratados desde el inicio, hasta la intervención de la compañía.

No se puede, por tanto, categorizar esos documentos y sacarlos de su contexto real, dándoles un valor y una virtualidad que nunca tuvieron. Reiteramos que las expresiones que contienen ya han sido comentadas por sus autores en sede judicial, aclarando su verdadero significado. Así por ejemplo la tan traída y manida “quebranto patrimonial” fue rápidamente rectificada por

---

<sup>39</sup> Folio 459 del acta del juicio

su autor en sus propios escritos. Según esta persona se refería a las pérdidas de algunas empresas del grupo AFINSA que eran cubiertas por la matriz, así como a los elevados impuestos que la empresa soportaba, amén de otros capítulos como la política de provisiones seguida por la empresa.

Los informes internos, como los mencionados, son parte del trabajo de análisis que realizaban técnicos de la compañía. Siempre con una actitud de servicio y sin miedos ni cortapisas para su trabajo. En este sentido, se podrían encontrar decenas de documentos que tratan diversas posibilidades y en muchos casos completamente dispares cuando no contrarias entre sí. De todos ellos se procuraba obtener algo positivo que en todo caso se adecuara a la ley vigente y que mejorara aspectos de la gestión de AFINSA.

Por ello sorprende que un documento de análisis interno, carente de relevancia práctica, realizado de la forma que sus propios autores describen, sea utilizado para categorizar situaciones que nunca se dieron.

Otro argumento que utiliza la sentencia para afirmar el dolo es el informe de KPMG. Dice la sentencia -folio 101- que *“la empresa auditora Kpmg, una de las grandes corporaciones prestadoras de servicios contables, que fuera contratada por los directivos de Afinsa para pronunciarse sobre la contabilidad de la compañía (...)”*. Este informe (folios 5.843 y ss.) fue objeto de análisis detallado en el juicio.

El primer error ya se observa, en su página 2, al describir las operaciones de AFINSA como ventas con compromiso **irrevocable** de recompra. Cualquier análisis que parta de esta premisa ya no atañe a AFINSA por no ser esta la situación que en ella se daba. Si importante es este error, más aún lo es su infundada e injustificada premisa de que la filatelia no se revaloriza. Por si todo esto fuera poco, el informe se inicia con la conclusión de que las operaciones que realizaba AFINSA eran de naturaleza financiera y cita como fundamento legal en materia contable, para esta conclusión, lo establecido en la norma de valoración 5g del Plan General de Contabilidad -PGC-. Sin embargo, y respecto

a esa cita, el problema surge cuando el señor **Cano detectó que los autores del informe se habían inventado la cita legal.**

En su transcripción literal de esa norma, el informe dice: “... se da de baja el elemento vendido y de alta el elemento a recomprar por el mismo importe anterior sin registrar ninguna revalorización. Al mismo tiempo debe registrarse en el pasivo el importe fijado en la recompra. La diferencia entre este valor y el efectivo recibido será objeto de diferimiento y se registrará contablemente como gastos a distribuir en varios ejercicios”. □ Sin embargo, lo que realmente dice el epígrafe g, que hace referencia en el PGC al registro de los contratos de arrendamiento financiero (leasing), dentro de las normas particulares sobre el inmovilizado inmaterial, punto 5º de las Normas de Valoración del PGC publicado por el Real Decreto 1643/1990 de 20 de diciembre, es lo siguiente: “Cuando por las condiciones económicas de una enajenación, conectada al posterior arrendamiento financiero de los bienes enajenados, se desprenderá que se trata de un método de financiación, el arrendamiento deberá registrar la operación en los términos establecidos en el párrafo siguiente. □ Se dará de baja el valor neto contable del bien objeto de la operación, reconociéndose simultáneamente y por el mismo importe el valor inmaterial, al mismo tiempo deberá reconocerse en el pasivo la deuda total por las cuotas más el importe de la opción de compra; la diferencia entre la deuda y la financiación recibida en la operación se contabilizará como gastos a distribuir en varios ejercicios”. □

En los dos casos se transcriben literalmente, lo que dice uno, KPMG, y otro el Plan General Contable. El parecido, como se ha observado, es inexistente, y de cualquier forma en nada afecta a AFINSA puesto que esta no se dedicaba a hacer operaciones de arrendamiento financiero. Se añade que ese documento se trata de un informe elaborado a petición del departamento técnico de Análisis y Gestión, y sin conocimiento del Área Económica-Financiera de la empresa.

En definitiva, a partir de los errores identificados sumados a la invención de un texto legal, el informe no pudo ser valorado por la dirección de la empresa por el propio descrédito que generaba. De hecho, es lógico pensar que

cualquier persona que leyendo un informe, supuestamente técnico, detecta la invención (que no equivocación) de un texto legal, automáticamente cese la lectura del informe y cuestione la profesionalidad de su autor. A mayor abundamiento, los dos informes utilizados que sostienen, siempre según la sala de instancia, el conocimiento de los directivos de la dinámica defraudatoria, fueron bien elaborado, bien solicitado, por la misma persona, don Fernando Galindo.

La sentencia, por tanto, basa su argumento condenatorio en dos informes en los que de una forma u otra intervino una persona que, según declaró en las sesiones de juicio, deinaba parte de su cometido profesional a trazar hipótesis de trabajo alejadas de la realidad de la compañía.

Hasta aquí cuanto argumenta la sentencia para afirmar el dolo. Exponemos, a continuación, **los elementos que el tribunal no ha valorado y que evidencian la inexistencia del dolo:**

*1) AFINSA entraba en el régimen de las sociedades de carácter mercantil.*

Ninguna duda cabe de que los diferentes informes y dictámenes de organismos públicos –expuestos en el motivo primero, al que nos remitimos, y que evidencian el carácter mercantil de la actuación negocial–, podían hacer creer a la empresa que se situaba bajo el manto de las entidades de carácter mercantil. Pero es más, AFINSA de manera voluntaria sometía sus cuentas al Banco de España, CNMV, etc. En el terreno institucional, AFINSA cumplió siempre con sus obligaciones de información y transparencia y atendió todos los requerimientos que se le hicieron al respecto; en este sentido conviene recordar que la empresa facilitaba información pública de sus cuentas auditadas a través de su envío al Registro Mercantil, donde estaban al alcance de cualquiera interesado, sino que además colaboró de manera activa con el Banco de España, en especial con el Servicio Especial de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), facilitándole de forma periódica información de su actividad comercial y operativa económica-financiera.

2) *Medidas post-Guijarro*. Tal y como se ha tratado en el motivo relativo a la presunción de inocencia de nuestros representados, las medidas que se adoptaron una vez se tuvo certeza del grado de filatelia irregular suministrada por Francisco Guijarro evidencian la ausencia de cualquier intención defraudatoria por parte de la dirección de la compañía. La mejor prueba de ello la encontramos a los folios 136 y 137 del informe resumen de los peritos. Asimismo se recuerda que fue AFINSA quién solicitó la expulsión del proveedor de aquellas asociaciones de las que formaba parte.

De nuevo es preciso preguntarse ¿qué empresa que tenga ánimo de defraudar se dedica a modernizar toda su estructura, a contratar a reputados profesionales, y se expone a tener conflictos internos con trabajadores y proveedores? Si la verdad fuera la que describe la sentencia, desde luego no se hubiera invertido el dinero y el esfuerzo realizado en adoptar todas esas medidas.

3) *Contratación de técnicos externos*. Además de los técnicos integrados en la estructura de la empresa, AFINSA contrataba los servicios de personas y equipos ajenos a la compañía para aquellas cuestiones en las que precisaba ayuda puntual. A modo de ejemplo, nos remitimos a los numerosos informes del despacho de abogados Cuatrecasas, de KPMG, de AUDALIA, etc., que constan en la causa (entre otros, folios 5.817 y ss., 6.188 y ss., 6.960 y ss., 7.727 y ss., 7.858 y ss., 10.447 y ss., 11.047 y ss., etc.).

4) *Inversión en filatelia*. Afirma la sentencia que la empresa destinaba el 22% de sus ingresos a la adquisición de filatelia. Ese dato lleva a cuestionarnos cuál es el sentido de que una empresa dedique la cuarta parte de sus ingresos a comprar filatelia cuando según la sentencia, ya desde su inicio, nació para delinquir, para mantener una supuesta pirámide. Desde luego, ese dato no casa con la trama “inteligentemente urdida” que describen los juzgadores a *quibus*, o con una “excusa de negocio sobre el que se construía la retórica de la actividad”.

5) *Inspecciones tributarias superadas con éxito*. Una vez superada la inspección del año 1997 sin ninguna objeción por parte de la AEAT, ¿qué debía haber hecho AFINSA? ¿Debería haberse planteado cambiar su operativa a pesar de que contaba con la aprobación de todas las instituciones públicas? En caso de haber optado por ese cambio, ¿no habría supuesto ese proceder una actuación contrario a las resoluciones dictadas por esas mismas instituciones? A modo de ejemplo, si de la noche a la mañana cambia su operativa y hubiese funcionado como una empresa financiera, y dado que las entidades financieras no pagan IVA en sus transacciones, automáticamente incurriría en una infracción o delito contra la Hacienda Pública por el impago de IVA.

A la pregunta formulada en las sesiones de juicio sobre el resultado de la anterior inspección, en concreto “¿no le llamó la atención que en su día no sospechara la inspectora anterior?”; la representante de la Agencia Tributaria encargada de la inspección del 2003 respondió “**y qué trascendencia tiene eso**”<sup>40</sup>. Pues bien, sin entrar en una extensa explicación jurídica, lo cierto es que el principio de seguridad jurídica y de unidad del ordenamiento, implican que lo que era legal y acomodado al ordenamiento en el año 1997 no puede ser ilegal y constituir delito al año siguiente sin un cambio normativo que lo justifique. A lo sumo, y como se expondrá en un motivo aparte, estaríamos en un error sobre el ámbito de lo prohibido, que haría atípica la conducta pues lo ilícito y típico penalmente es lo contrario a la norma, y no a una interpretación de la norma.

Sobre esta cuestión, las acusaciones destacaron que los directivos de AFINSA debían sentirse afortunados por haber superado esa Inspección. No es una cuestión de sentirse afortunado, sino que el hecho en si de que la Inspección no detecte irregularidad ninguna conlleva una seguridad para el inspeccionado que, desde luego, no le sitúa en una situación de tener que replantearse su modelo de negocio, o de prever un escenario distinto.

---

<sup>40</sup> Folio 870 del acta del juicio

6) *Master organizado en la Universidad Rey Juan Carlos -URJC-*. Como consta en los documentos aportados (folio 12.018), y como pusieron de manifiesto en la declaración de Camilo Prado Román y de Luis Tomás Díez de Castro<sup>41</sup>, el primero doctor en economía y el segundo catedrático de la URJC, AFINSA organizaba un master de inversión en bienes tangibles en colaboración con la URJC, en el que se estudiaba, entre otras cuestiones, el funcionamiento de AFINSA, se analizaban sus cuentas y la inversión en filatelia. Es decir se ponía en manos de expertos economistas los estados financieros de la compañía, sometiéndose de manera voluntaria al análisis y estudio por personas ajenas a la empresa.

7) *Sometimiento voluntario al control de organismos internacionales*. Si la actividad de AFINSA fue la que se describe en la sentencia, lo lógico habría sido adoptar una postura de perfil bajo y de opacidad de cara a las instituciones. Pues bien, en lugar de una ausencia de transparencia, la actitud de AFINSA fue la contraria: visibilidad de cara a las instituciones, consultas en cuanto al desarrollo de su modelo de negocio y exposición constante a los medios. A pesar de eso, y de los controles ante instituciones nacionales, también se expuso a la vigilancia de entidades internacionales. Así pues, en el momento de entrar en el accionariado de GMAI se **sometió al control de la Security Exchange Commission -SEC-** que, como se sabe, no es precisamente un organismo que se caracterice por la ligereza de sus controles. Lo que si se hace con bastante ligereza son afirmaciones, al aire, del estilo “AFINSA había manipulado una empresa cotizada del NASDAQ”, dando a entender que manipular una empresa del NASDAQ es tarea sencilla.

### *Ánimo de lucro*

Es jurisprudencia reiterada (por todas, STS 1497/2005, de 21 de diciembre) que “*la estafa no sólo requiere en el tipo subjetivo que el autor haya obrado*

---

<sup>41</sup> Folio 707 del acta del juicio

*con dolo, sino también que lo haga con el propósito de obtener una ventaja patrimonial antijurídica”.*

Incide la jurisprudencia (STS 902/2013, de 14 de noviembre) en que el ánimo de lucro como elemento del injusto, exigida de manera explícita por el artículo 248 CP, ha de ser entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa. La finalidad del enriquecimiento se entiende como deseo, meta o intención de obtener un lucro, un beneficio patrimonial, **una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida** (STS 52/2002, de 21 de enero). El autor de un delito contra el patrimonio, en los delitos de apoderamiento, como sin duda lo es la estafa, lo que pretende es incrementar ilícitamente su patrimonio (STS 440/2012, de 25 de mayo).

Atendida la necesaria determinación económica, cierta, exacta y conocida, del ánimo de lucro, la sentencia se limita a mencionar que el ánimo de lucro se concreta en las retribuciones de los directivos, en la remuneración obtenida por su actividad.

AFINSA no tenía dinero B, negro, opaco, o cualquier otro adjetivo que se le quiera conceder. AFINSA, lo único que tenía era una contabilidad oficial, y en momentos determinados se hacían pagos en metálico, pero de dinero que previamente había sido integrado en la contabilidad oficial y por el que ya se había tributado. A mayor abundamiento, no existen beneficios fuera de las retribuciones profesionales por el ejercicio de su actividad. Esas cantidades cobradas en metálico corresponden al desempeño de una actividad profesional real. Si algunos de los trabajadores y directivos de AFINSA prefirieron cobrar parte de su nómina en metálico, y no tributaron en su declaración de IRPF correspondiente, podría plantearse la existencia de una infracción administrativa, lo que es ajeno a este procedimiento.

Como se sabe, una retribución es una compensación al trabajo realizado, y en este sentido, los conceptos retributivos de una empresa que operaba en el

mercado de los bienes tangibles con total normalidad y sometida a controles (por ejemplo, de la Agencia Tributaria) no constituye el ánimo de lucro típico como acechanza al patrimonio ajeno con finalidad de enriquecimiento.

Además, en los más de diez años que llevamos de procedimiento no se ha encontrado dinero oculto que procediera de una actividad ajena al propio trabajo en la empresa. A tal extremo se han librado alrededor de 55 comisiones rogatorias a distintos países, desde países de nuestro entorno a los más recónditos (Bélgica, Alemania, Suecia, Islas Vírgenes Británicas, etc.) y en ningún caso se ha encontrado una cuenta o propiedad en el extranjero. Prueba evidente de su inexistencia pese a las sospechas que se expusieron.

En fin, si una de las exigencias jurisprudenciales en cuanto al ánimo de lucro es que se declare como probado en la resultancia fáctica, la sentencia se limita a señalar como tal las retribuciones que no son otra cosa que contraprestación a un trabajo y nunca un lucro antijurídico.

Si, como se dice, la finalidad de nuestros representados hubiera sido defraudatoria, es lógico pensar que la actitud habría sido otra muy distinta: incrementar el máximo posible el dinero disponible en caja para repartirlo en forma de dividendos en el caso de los accionistas, o de *bonus* para los directivos. Pero no fue así, de hecho, fueron los propios accionistas de AFINSA, el señor Cano y el señor De Figueiredo, quienes decidieron limitar el reparto de dividendos.

### *Reparto de dividendos en función de beneficios*

Es un hecho notorio que empresarios de grandes compañías repartan en forma de dividendos la mayoría de ganancias al cierre del ejercicio. En AFINSA se decidió limitar esos dividendos al 5% y, además, bajo una serie de condiciones.

Don Albertino De Figueiredo y don Juan Antonio Cano, encargaron al despacho Cuatrecasas que elaborase un Protocolo Familiar<sup>42</sup>, exhibido en las sesiones de juicio, en el que consta en su artículo 11 que sólo se repartiría un dividendo del 5% del resultado neto anual siempre y cuando haya beneficios y no existieran pérdidas pendientes de compensación de años anteriores. Es decir, en lugar de buscar su enriquecimiento con el beneficio conseguido al final del año, se optó por incrementar la transparencia, profesionalizar y modernizar los departamentos y, en definitiva, por adoptar cualquier medida en aras a mejorar el servicio ofrecido.

### *Otros argumentos que justificarían la ausencia de ánimo de lucro*

Además de lo expuesto, podemos destacar los siguientes apartados que descartarían la existencia del ánimo de lucro por parte de nuestros representados:

– **Provisiones.** A pesar de su no obligatoriedad y de la imposibilidad de deducir las provisiones, AFINSA dotaba de manera voluntaria provisiones, perdiendo en cada ejercicio un importante beneficio. Beneficio que podría haberse repartido entre los socios. En los últimos seis años los beneficios netos de la empresa fueron cerca de 100 millones de euros y las provisiones en el mismo periodo superaron los 500 millones de euros. A pesar de estas cifras, los dividendos en los mismos años ascendieron a dos millones de euros.

– **Gastos en personal.** AFINSA no tenía necesidad de contratar servicios externos a los propios de la empresa, pues con los suyos podía asumir a la perfección las tareas del día a día de la empresa. En lugar de eso, optó por contratar a personal externo para las tareas de mayor complejidad, como, por ejemplo, el despacho profesional Cuatrecasas, asumiendo el coste que eso implicaba. Todo ello, de forma paralela al significativo incremento de personal propio de la empresa para mejorar su gestión interna. En el año 1995 la plantilla

---

<sup>42</sup> Génova, planta 4, caja 2, Bloque14 -Protocolo Familiar -diciembre 2002 (Cuatrecasas)(Pág.36-81)

era de 200 personas, en el 2000 de 259 personas y en el 2005, 532 empleados fijos.

– **Seguros.** En su declaración, el antiguo bróker encargado del seguro de AFINSA, don José Martín Franco, manifestó que la compañía tenía asegurado hasta escasos días antes de la intervención, filatelia por valor de unos 1.600 millones de euros. Póliza por la que pagaba anualmente 1,3 millones de euros. También declaró que una vez se rescinde la póliza, AFINSA estaba en búsqueda exhaustiva de un nuevo contrato que asegurase el producto.

– **Pago de impuestos.** Según dice el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, AFINSA ingresó 97.289.453 euros en concepto de impuesto de sociedades, y 96.846.918 euros por IVA. Las cantidades pagadas por estos dos impuestos, acorde a la postura sostenida por el Ministerio Público son cantidades indebidamente ingresadas porque, por impuesto de sociedades en realidad no había beneficios sino pérdidas, y en cuanto al IVA, era un tributo que no correspondía ingresar al ser actividad financiera. No obstante, se llega incluso a afirmar que el pago de esos casi 200 millones de euros suponían *“un peaje que los administradores tuvieron que satisfacer para dotar de cierta coherencia a su modelo contable y ocultar así la insolvencia de la compañía”*. Con cierta frivolidad se prefiere optar por afirmar que los 200 millones en impuestos corresponden a un peaje para encubrir una actividad delictiva, en lugar de considerar que eran el pago de tributos por el desarrollo de una actividad lícita.

– **Almacén.** El testigo Antonio Corredor Fernández, responsable de las instalaciones de AFINSA, manifestó que: “El tamaño de los almacenes era 300 metros en Lagasca, 900 metros en Téllez y 300 metros en Génova”; y que “Los almacenes cumplían todas las exigencias de las compañías de seguros (detectores sísmicos, volumétricos, alarmas, conexión con la policía, etc.)”<sup>43</sup>. De nuevo, resulta carente de lógica que una empresa cuya intención es estafar, se gaste tanto dinero en tener unas instalaciones seguras y equipadas.

---

<sup>43</sup> Folio 643 del acta del juicio

**Sexto motivo de recurso. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 259 CP (en su redacción actual). En el mismo sentido, por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 260 CP en la redacción vigente al tiempo de los hechos.**

El tribunal de instancia condena en régimen de concurso real, con el delito de estafa y de falsedad, a nuestros representados por un delito de insolvencia punible, y a tal fin recurre a la nueva redacción del artículo 259 CP formulada por la LO 1/2015, por ser penológicamente más beneficiosa. A pesar de contener una pena inferior con respecto al antiguo artículo 260 CP, vigente al tiempo de los hechos, el actual 259 CP contiene una redacción más exhaustiva de las conductas típicas, teniendo el 259.1.8º CP encaje perfecto en la tesis acusatoria. No obstante, en el motivo que se presenta nos referiremos a los requisitos jurisprudenciales del antiguo artículo 260 CP pues son sus condiciones las que deberán ser observadas para justificar la condena.

La sentencia destaca como elementos típicos del delito de insolvencia – folio 149–: graves irregularidades en la contabilidad de AFINSA que impedía conocer la situación económica de la empresa, ofreciendo una imagen distorsionada del negocio, sobrevalorando los sellos y reduciendo los compromisos con los clientes. Asimismo, se añade *“Lo que se reprocha a los administradores de Afinsa no es una mala gestión, es la ausencia de sentido económico de la empresa, la carencia de racionalidad mercantil del negocio destinado a captar dinero de los clientes que solo producía pérdidas en aumento, sin voluntad ni capacidad para rentabilizarlo”*. Y, escasos párrafos después insiste la sentencia en que *“Hemos dicho que uno de los elementos del artificio o ficción representados por los dueños y administradores de Afinsa para engañar a los inversores era la ocultación de la insolvencia propiciando una contabilidad que no ofrecía una imagen fiel de su patrimonio ni de su situación financiera (...) Podría pensarse que castigar la insolvencia de manera separada infringiría la prohibición de bis in idem”*.

De nuevo, como ya ocurriera en el caso del delito de estafa, la sentencia se posiciona a favor de la tesis del carácter financiero de la actividad negocial de AFINSA para justificar la condena por insolvencia. En este caso, se reprocha a nuestros representados la carencia de racionalidad mercantil del negocio y la ocultación de la insolvencia propiciando una contabilidad que no ofrecía la imagen fiel.

Con independencia de que esos argumentos, a nuestro juicio, de concurrir constituirían parte del delito de estafa ya analizado, y que en un motivo posterior analizaremos la relación concursal entre los distintos tipos penales, así como la actuación conforme a la norma, lo cierto es que en este caso **el tribunal se hace eco de la reforma del Código de Comercio** –al folio 97 dice: *“El Código de comercio después de la reforma de 2007 introdujo un matiz en aquel precepto, para recordar que en la contabilización de las operaciones se atendería a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”* – que fue **incorporada en el año 2007**, fecha, como se sabe, posterior a la intervención judicial de AFINSA –mayo de 2006–.

Tal y como sostuvimos en la instancia, no existiendo normativa específica aplicable a las operaciones de compraventa de valores filatélicos por parte de la empresa, AFINSA debía atender a la normativa general establecida por el Plan General de Contabilidad, pudiéndose tener en cuenta como doctrina aplicable la consulta número 1 del BOICAC número 61/marzo de 2005 y la normativa contenida en la circular del Banco de España 4/1991. Según estos preceptos, las operaciones de venta de bienes filatélicos propias de la actividad de la compañía deberán reflejar el beneficio de dicha operación registrándose el mismo en la cuenta anual de pérdidas y ganancias. Este criterio fue avalado por la Agencia Tributaria en la inspección de 1997, y por la jurisprudencia.

AFINSA llevó su contabilidad siguiendo los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados, que tal como los recoge el Plan General de Contabilidad, son:

- a) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.
- b) El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales.
- c) Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

La contabilidad es, al fin y al cabo, Derecho contable basado en normas y que debe interpretarse con arreglo a criterios admitidos en Derecho. Y, si el único marco jurídico de las actividades de venta de bienes tangibles -Ley 35/2003- con la obligación de encontrar un comprador o asumir la entidad la recompra establece que no es captación de ahorro, a esa normativa habrá de estarse y no la que afirma la sentencia de instancia atendiendo a una supuesta “verdadera naturaleza económica”, que el legislador no ha querido disponer.

Señala la doctrina que cuando la normativa contable hace mención a que las cuentas anuales deben formularse con arreglo a las disposiciones legales, la frase “de conformidad con las disposiciones legales” debe interpretarse como una referencia al ordenamiento y, dentro de él, a las normas contables. En definitiva, la naturaleza de las cosas en un criterio teleológico-objetivo de interpretación, siempre que no se pueda suponer que el legislador haya querido desdeñarla, no corresponde a los Tribunales de Justicia enjuiciar la moralidad o la justicia de la Ley, correspondiendo al Legislativo la promulgación de las leyes, cuya finalidad, en múltiples ocasiones, se debe más a razones de oportunidad política y económica. Es más, en la memoria de cualquier entidad debe describirse la actividad realizada y su objeto social; si se entiende que realiza operaciones financieras.

La Ley 35/2003 es un marco jurídico propio de esta actividad negocial, y no ha establecido ni la forma de contabilizar, ni las implicaciones en otras ramas jurídicas, como puede ser la tributaria. Pero lo cierto es que sí ha afirmado que estas entidades no realizan actividades de captación de ahorro del público. Por tanto, sostener que la verdadera esencia económica de su actividad es financiera

o de préstamo, es ir en contra del texto vigente. La sentencia de instancia, de manera voluntarista, establece de propia mano un sistema contable que no tiene amparo legal.

Como señaló la Dirección del Servicio Jurídico de la AEAT en el informe 11 de julio de 2005 (folios 867 y ss.) *“la actividad aparece regulada en el ordenamiento jurídico y excluida de la consideración como actividad propia de las entidades de crédito. Se considera conveniente realizar estas precisiones porque es el propio legislador el que ha excluido esta actividad de toda consideración como actividad financiera sujeta a supervisión propia de las entidades de crédito”*. Y como ha señalado, aunque sea a otros efectos, la Audiencia Nacional (sentencia de 10 de abril de 2003), si *“con tal modo de razonar se quiere dar a entender que el Derecho Tributario puede prescindir de la naturaleza jurídica aludiendo a una hipotética naturaleza económica distinta a tener en cuenta, la Sala no puede compartir tal criterio. La naturaleza de los negocios ha de tener perfiles unitarios, por más que su concreta indagación presente en muchos casos no pocas dificultades, y ello es lo que ha de presidir el régimen jurídico de la institución de que se trate”*.

La Ley era la que era y el deber de todos los aplicadores es cumplirla. Así pues, la jurisprudencia contenciosa (SAN de 1 de julio de 1999), en relación con los seguros de prima única, descartó la interpretación económica del hecho imponible porque *“por esta vía se busca obtener una calificación a efectos tributarios con la única base de los resultados económicos de la operación excluyendo las formas jurídicas empleadas. Sobre este punto nos basta con hacer referencia a una constante jurisprudencia del TS (STS 22-5-98), que insiste en que las normas tributarias han de ser aplicadas e interpretadas en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible, y al respeto ineludible de los principios constitucionales plasmados en auténticas normas jurídicas directamente invocables ante los Tribunales, como el de seguridad jurídica (art. 9 CE), capacidad económica (art. 31 CE), y legalidad (art. 25 CE)”*.

En definitiva, no es posible sustituir la voluntad del legislador, interpretando en los términos señalados, por la de quien está llamado a aplicar

la norma penal con la justificación de que la realidad comercial exigía otra contabilidad. La aplicación de las normas es una actividad que no consiste en subsumir la realidad económica en la norma, sino en casar el hecho, acto o negocio con la voluntad del legislador. El tribunal de instancia en su sentencia condenatoria parte de considerar que la actividad comercial de AFINSA, atendiendo a la realidad, es una actividad financiera, y por lo tanto sujeta a una contabilidad propia de esa actividad. Este punto de partida, esencial para entender la condena que se recurre, entra en colisión con lo previsto en la Ley (35/2003) y la interpretación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que corresponde constituir su adecuación.

Resulta evidente que AFINSA se atuvo, en todo momento durante los años de su operativa, a la doctrina científica relevante y lo que es más importante, a la ley en vigor a la hora de formular su contabilidad y las cuentas de la compañía como empresa mercantil, que no financiera. Más aún, hoy en día, **ese criterio ha quedado refrendado por todas las instituciones competentes y organismos públicos** cualificados para tener opinión en la materia: por el Ejecutivo, a través de las manifestaciones de algunos de sus miembros autorizados; por altos tribunales, como el de la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso Administrativo, o por el mismo Tribunal Supremo; y quizá lo que sea más importante, por el propio Legislativo al formular y aprobar una Ley como la “Ley de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio” que no deja lugar a duda respecto de la naturaleza del negocio que realizó AFINSA.

La sentencia es, ciertamente, voluntarista y diseña una actividad comercial de AFINSA estableciendo, lo que a su juicio debería haber realizado, sin atender a lo que la normativa expresa dispone. Desde la perspectiva de la sentencia, el delito se comete porque no realizó lo que la sentencia estima debió realizar, y no por no haber cumplido lo que la Ley dispone.

En otro orden de argumentos, y con respecto a la tipicidad subjetiva, es jurisprudencia reiterada (STS 771/2006, de 18 de julio) que el delito de insolvencia, se mueve en el ámbito de las defraudaciones, siendo necesaria **cierta forma de engaño**, que ha de concurrir, aunque no desempeñe el papel rector que ostenta en la estafa, ejemplo típico de conducta punible defraudatoria.

El delito de insolvencia es un delito que sólo admite su comisión dolosa, exigiendo la jurisprudencia que el deudor haya llegado a tal situación mediante acciones graves e intencionadas, tendentes a impedir que el acreedor pueda satisfacer su derecho de crédito, sustrayendo los bienes de la acción directa de éste (STS 771/2006, de 18 de julio). Según reiterada jurisprudencia (por todas, STS 741/2014, de 12 de noviembre) *“por dolo directo a los efectos del art. 260 CP, se entiende el propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores, porque **lo buscado es en exclusiva el propio beneficio de quien gestiona**”*.

Si, como se ha expuesto, los directivos de AFINSA actuaron siempre conforme a la norma y a lo dispuesto por las entidades públicas de control, no es posible exigir otra conducta alternativa a la que realizó la compañía.

**Séptimo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 290 y 74.1 CP.**

La sentencia condena, también, por un delito de falseamiento de cuentas anuales –artículo 290 CP en relación con el artículo 74.1 y 66.1.1 CP– a las penas de 2 años y 5 meses y multa de 10 meses al señor Cano Cuevas; y de 2 años de prisión y multa de 9 meses para a los señores Martín Peña y De Figueiredo Nascimento.

De nuevo, con independencia de los argumentos que se expondrán en motivo aparte a la vista de la relación concursal que la sentencia declara entre

los distintos tipos penales, se impugna la condena por este delito por la ausencia de los elementos del tipo que exige el artículo 290 CP.

La acción típica consiste en falsear las cuentas anuales, esto es, adulterarlas, simular o tergiversar la verdadera situación contable de la entidad (STS 259/2013, de 19 de marzo). Por tanto, el tipo previsto en **el artículo 290 CP encierra una modalidad falsaria**, debiendo remitirnos para su análisis a la jurisprudencia relativa a los delitos de falsedad.

En el supuesto del falseamiento de cuentas anuales, la sentencia se remite a las explicaciones dadas en motivos anteriores, por lo que suponemos el hecho típico para los juzgadores a *quibus* en este supuesto consiste en llevar un criterio contable distinto al que debiera haberse dado. A fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos de forma expresa a todo lo alegado en los motivos anteriores en cuanto a que AFINSA era una entidad mercantil, y como tal, debía actuar conforme a la regulación mercantil.

No obstante, sí quisiéramos incidir en la **inexistencia**, en el caso concreto, **del delito de falseamiento de cuentas anuales**. La falsedad, como se sabe, supone la **alteración de una realidad preexistente**, y la conducta de alterar va referida a un documento, obviamente preexistente (STS 1727/2002, de 22 de octubre), en el que se produce la ilícita modificación. La expresión alterar un documento, continúa la jurisprudencia (STS 37/2013, de 30 de enero) incluye las conductas descriptivas que se definían en el Código anterior como contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica, alteraciones de fechas, hacer intercalaciones, etc. Insiste esta Sala Segunda que *“el tipo delictivo hace referencia a “alteraciones” en un documento. Esto exige un “previo” contenido que, a consecuencia de la acción falsaria, se ve mudado (añadir cláusulas antes no existentes, interlinear contenidos inexistentes antes, borrar materialmente expresiones, etc.)”* (STS 815/2007, de 5 de octubre).

En cuanto a las cuentas anuales se cita, por su importancia y claridad, la Sentencia 211/2014, de 18 de marzo, en la que se dice *“El Código Penal*

*vigente excluyó de las falsedades punibles las cometidas por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles, cuando se ejecutaban faltando a la verdad en la narración de los hechos. De esta forma, en general, las afirmaciones mendaces realizadas por particulares, documentadas en cualquiera de aquellas clases de documentos, resultaban impunes, al no reconocerse una obligación de veracidad, sin perjuicio de que las conductas adosadas a esas mendacidades encontraran sanción penal en otros preceptos del Código. (...) En definitiva, la completa creación "ex novo" de un documento, relativo a un negocio u operación absolutamente inexistente cuya realidad se pretende simular o aparentar, pues verdaderamente no existe en modo alguno, conteniendo datos que, por lo tanto, son inveraces o inexactos, constituye una conducta subsumible en el artículo 390.1.2º del Código Penal. Por el contrario, cuando se confecciona un documento para reflejar una realidad negocial existente, la introducción de datos falsos o inexactos constituiría un supuesto de falta a la verdad en la narración de los hechos, impune cuando el autor es un particular."*

Con independencia de la opinión sostenida por la sala de enjuiciamiento, y la que esta representación pueda mantener, en el supuesto de impugnación lo que en realidad se atribuye a nuestros representados es la llevanza de una contabilidad conforme a unos criterios contables que la sala de instancia considera erróneos. **El hecho probado no describe modificación ninguna de una realidad preexistente** y, sin embargo, sí que dice "los criterios de contabilización elegidos por los directivos de Afinsa" (página 36). La existencia de un criterio contable distinto, podrá dar apoyo a la comisión de otros ilícitos – lo que se afirma a efectos dialécticos–, pero desde luego nunca será por si mismo constitutivo de un delito de falsedad.

Pero es más, los compromisos de recompra sí que figuraban en las cuentas anuales. A la página 153 dice la sentencia que "*En relación con el objeto material sobre el que recae, debe materializarse en documentos que reflejen la situación jurídica y económica de la empresa, que el precepto singulariza en las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular cada ejercicio económico y que comprenden*

*el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria*". Tal y como se ha mencionado en el cuarto motivo, relativo al artículo 852 LECr y 5.4 LOPJ en relación con la insolvencia y el falseamiento de cuentas anuales, en cuanto a la contabilidad, todos los **compromisos de recompra** si bien no figuraban en el balance de la empresa, **sí que estaban en la memoria**. Y, según establece la Ley de Auditoría de Cuentas, así como la Ley de Sociedades de Capital, es que la memoria forma parte de las cuentas anuales y cuando se tiene que determinar si una empresa tienen imagen fiel lo hace sobre la totalidad de las cuentas anuales, no sobre una partida totalmente determinada. A tal efecto, la Sentencia 1318/2000, de 14 de julio, dice "*debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.)*".

En este sentido, sostiene la sentencia -página 154- que "*quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar la situación de insolvencia, al contrario obtenían una imagen de gran solvencia, debido a la liquidez que generaban los contratos, que no se correspondían con la realidad*". La sentencia, yerra al decir que no se podría determinar la situación de insolvencia porque las obligaciones de recompra, si bien no estaban en el balance, sí que constaban en la memoria, por lo que en caso de que alguien quisiera obtener el detalle de la situación contable de AFINSA, tenía posibilidad de hacerlo. AFINSA no ocultaba información ni a sus clientes, ni a las instituciones. La actividad de AFINSA era perfectamente conocida, así como su contabilidad, siendo por todo ello de imposible comisión el ilícito por el que se ha condenado a nuestros representados.

En orden a la tipicidad subjetiva, y como se señaló para el delito de estafa y el de insolvencia, no cabe afirmar su concurrencia cuando la contabilidad se realiza a partir de los criterios contables previstos en la Ley, autorizados y controlados. En todo caso, la inobservancia de la opción mantenida en la

sentencia sobre cómo debería llevarse la contabilidad incidiría de lleno en el error que haría atípica la conducta reprochada.

**Octavo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 8 CP al infringir las normas que rigen la concurrencia de normas y de delitos, en relación con los artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del Código Penal.**

Según se ha puesto de manifiesto a lo largo de los anteriores motivos, la sala de instancia condena a nuestros representados bajo el régimen del concurso real. Sin embargo, el relato fáctico de la sentencia no referencia hechos independientes que sean susceptibles de subsumirse en los tres delitos por los que condena. Así pues, en la página 15 afirma *“Conscientes de la falta de sentido económico del negocio, de su inviabilidad, insolvencia y de su estructura piramidal, intervinieron en distinta medida en la compleja gestión y formulación de la estrategia económica, contable y jurídica de Afinsa, siempre con la intención de mantener la apariencia de empresa solvente dedicada a la compraventa, el coleccionismo y la inversión en filatelia”*.

Con ese único hecho, la sentencia condena a nuestros representados por tres delitos: estafa masa, insolvencia punible, y falseamiento de cuentas bajo las normas del concurso real (artículo 73 CP). A pesar de la triple condena, motiva la sentencia, folio 151, que *“La configuración del delito de insolvencia dolosa genera problemas concursales de difícil solución, que aquí hemos de plantearnos (...) Podría pensarse que castigar la insolvencia de manera separada infringiría la prohibición de bis in idem.”* La propia argumentación jurídica de la sentencia, ya pone de manifiesto las dudas existentes en cuanto a la relación concursal de los tipos penales, o su subsunción en uno de ellos, y finalmente decide por la punición por separado. Ello supone una infracción del principio *in dubio pro reo*, pues el tribunal no desconoce la duda, la plantea, y mantiene la triple punición sobre la base de la gravedad del hecho.

En cuanto a los delitos de estafa y de insolvencia, la sentencia condena a nuestros representados al apreciar que: existe un bien jurídico distinto, el sinsentido económico del negocio y la incapacidad de los acusados para rentabilizar el capital. En este sentido, a la página 152 afirma que *“de tal manera que, hipótesis factible, se podía engañar a los clientes vendiéndoles de manera sobrevalorada los sellos, es decir entregándoles algo que no tenía el valor que se decía, provocando un perjuicio patrimonial, pero el deudor, Afinsa, no ser insolvente porque rentabilizaba el capital de sus clientes. La insolvencia es un plus añadido a la estafa en este caso, consecuencia de actos y decisiones concretas de los acusados”*. A través de esta afirmación el tribunal motiva su convicción sobre la existencia de un concurso de delitos, por el hecho de que los directivos no han sacado rentabilidad a las inversiones realizadas para evitar el perjuicio de los clientes, lo que, ciertamente, no deja de sorprender. De estimarse un supuesto delito de estafa, en cualquier caso, el tipo penal de la estafa conlleva la necesaria existencia de un ánimo de lucro, que se traduciría en la obtención de un enriquecimiento por parte de los directivos con el dinero de los inversores. Sin embargo, la empresa reinvertió el dinero en más filatelia y en los propios clientes, argumento que, como se ha visto, se opone a la existencia del delito de estafa, pero además, también al de insolvencia punible.

Es jurisprudencia reiterada (por todas, STS 440/2012, de 25 de mayo) que *“hay que rechazar el concurso de delitos cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; o, en su caso, los que los han sustituido. En esos casos sí que puede hablarse propiamente de agotamiento del delito. Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio. (...) Habrá concurso de normas si el objeto del alzamiento son los bienes defraudados”*. Continúa la jurisprudencia (STS 146/2015, de 17 de marzo), afirmando que *“Así resulta que el mismo hecho resulta punible a tenor de dos normas, dándose la circunstancia de que la aplicación de una de ellas, la relativa a la estafa, cubre plenamente y da una respuesta penal completa a la antijuridicidad de la acción reprochada. Por eso, la cuestión debe decidirse de la forma que dispone el artículo 8.4º*

*CP, por la falta de pertinencia al caso de los demás criterios de posible aplicación para resolver un conflicto de normas como el planteado.”*

La propia sentencia mezcla elementos de la estafa con el delito de insolvencia, lo que nos impide conocer con exactitud frente a qué indicios tenemos que defendernos. Es otra muestra del necesario concurso de normas entre ambos tipos penales. Así pues, por ejemplo, a la página 146 y 147 de la sentencia se dice que, entre las características de las estafas piramidales, y de su fracaso, se encuentra el hecho de que *“no se invertía en negocios rentables; o no se podrían atender las obligaciones contraídas con los clientes”*. Más tarde, en cuanto al análisis jurídico del delito de insolvencia a la página 150, recoge la sentencia *“Lo que se reprocha a los administradores de Afinsa no es una mala gestión, es la ausencia de sentido económico de la empresa, la carencia de racionalidad mercantil del negocio destinado a captar dinero de los clientes que solo producía pérdidas en aumento, sin voluntad ni capacidad para rentabilizarlo”*. Los juzgadores de instancia utilizan los mismos argumentos para motivar los delitos de estafa y de insolvencia, siendo su punición aislada contraria al principio *non bis in ídem*, hecho que la sentencia, a pesar de no aceptarlo, se llega a plantear. En este sentido, la dogmática penal ha aceptado que los actos posteriores del delito que tienen como objeto asegurar o realizar un beneficio obtenido por un hecho previo, **son actos posteriores copenados impunes**, cuyo desvalor queda consumido en el desvalor del acto anterior, por tanto, es aplicable la regla 3ª del artículo 8 CP. En caso contrario, se vulneraría el principio *non bis in ídem*, que es precisamente lo que el artículo 8 pretende impedir.

Para solucionar la coincidencia entre los perjudicados de la estafa y de la insolvencia la sentencia argumenta que, en el delito de insolvencia los perjudicados serían, además de los clientes, los proveedores, lo que le permite diferenciar los tipos al añadir un sujeto pasivo distinto. Respecto de estos nuevos perjudicados y sujetos pasivos, la misma sentencia señala que, conocedores del negocio de AFINSA, aprovechaban para vender a la compañía aquella filatelia de mala calidad que no tenía salida. Así pues, al folio 25 dice,

*“como necesitaban una ingente cantidad de filatelia para adjudicar a los contratos se vieron obligados a recoger de los almacenes de los comerciantes mercaderías que no tenían demanda”. Más adelante, folio 33, dice “Afinsa pagaba precios altos a sus proveedores porque necesitaba la mercancía que demandaban los contratos de inversión en constante crecimiento, dato que sabían los comerciantes y que aprovechaban para obtener grandes márgenes de beneficio, en muchos casos por mercaderías que carecían de demanda”. Y, finalmente concluye, “buscaban filatelia almacenada por los comerciantes, que no tenía salida al mercado por falta de demanda, lo que no quita que pagaran precios astronómicos a los proveedores, algo que provocaba la necesidad en que se movía Afinsa”.*

Es decir, al tiempo que cuestiona, o critica, que los proveedores se beneficiaran del negocio de AFINSA, pues les daba la posibilidad de deshacerse de sus stocks –según dice, de escasa demanda– a precios astronómicos, les considera perjudicados del delito de insolvencia. No obstante, el desarrollo argumental lógico que mantiene la sentencia situaría a los proveedores en una posición más cercana a la del cómplice del delito, que a la de víctima del mismo. Por tanto, carece de rigor sostener la condena por un delito de insolvencia punible por el perjuicio sufrido por aquellos que, según el hecho probado, se han venido beneficiando de la actividad de AFINSA. El proceder de la sentencia, equivaldría a asumir que todo delito con pluralidad de perjudicados implicaría que junto al delito antecedente se produce un delito de insolvencia.

En otro de sus apartados, la sentencia expresa que *“Hemos dicho que uno de los elementos del artificio o ficción representados por los dueños y administradores de Afinsa para engañar a los inversores era la ocultación de la insolvencia propiciando una contabilidad que no ofrecía una imagen fiel de su patrimonio ni de su situación financiera (...) la insolvencia era fruto de la falta de sentido económico del negocio, que buscaba exclusivamente la captación de capital con la excusa de la mediación, compra y venta de sellos y con ánimo de enriquecimiento ilícito”*. Otro ejemplo más de que se reiteran elementos de la estafa para

justificar el delito de insolvencia, lo que iría en contra de la prohibición de doble sanción.

En fin, el tribunal no describe hechos distintos que justifiquen la triple punición, sino que se remite de manera constante a los mismos hechos. El Código vigente regula, con independencia de la unidad o pluralidad de acciones, el llamado concurso de normas o concurso aparente de leyes (artículo 8 CP), es decir las reglas de exclusión de las leyes aparentemente concurrentes por especialidad (artículo 8.1 CP), subsidiariedad (art. 8.2 CP), consunción (art. 8.3 CP), u otro criterio que, como los anteriores determine la exclusión de las normas aparentemente concurrentes (art. 8.4 CP).

En cuanto al concurso entre los anteriores tipos penales, delito de estafa y de insolvencia, junto con el de falseamiento de cuentas -artículo 290 CP-, lo primero que afirmamos, con remisión al motivo séptimo del recurso, es la inexistencia del delito de falsedad dado que la sentencia no describe la alteración o modificación de las cuentas anuales. Todo lo más, y como mera hipótesis, en caso de adoptarse el criterio de instancia, se trataría de faltar a la verdad en la narración de los hechos, lo que conforme al Código Penal y a su desarrollo jurisprudencial es atípico.

A pesar de la hipótesis anterior, el artículo 8 CP recoge los criterios que se deben emplear para resolver los supuestos de concurso de normas que, aparentemente, son aplicables a un mismo supuesto de hecho. Y se dice “aparentemente” porque no pueden ser aplicadas todas o parte de ellas, sino que la aplicación de una excluye a las demás. En este sentido, es jurisprudencia reiterada que estaremos ante un concurso de normas cuando la aplicación de una norma fuera suficiente para abarcar la totalidad antijurídica de comportamiento punible. El concurso de normas resulta aplicable a un delito porque esa norma penal es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho. Además, la colisión que supone la existencia de ese concurso obliga a una elección en la aplicación, por las reglas del artículo 8 del CP.

En el presente supuesto, la sentencia describe la creación de una estructura empresarial para la captación de ahorro, estando sus actividades destinadas a lograr más clientes que continúen costeadando los gastos derivados del negocio. Todas las medidas y actuaciones que la empresa adoptó, en el caso de aceptarse la tesis condenatoria, habrían sido creadas al objeto de perdurar esa actividad delictiva y de lograr una apariencia atractiva para los nuevos inversores. La **apariencia de solvencia** se presenta, por tanto, como **elemento esencial del engaño que requiere la estafa**.

Se considera que el precepto penal más amplio (en este caso, la estafa) abarca todo el contenido delictivo de otras conductas que pudieran ser susceptibles de calificación con respecto a otros tipos penales (insolvencia y falsedad). En consecuencia, la imposición de la sanción penal por el delito más amplio comprende el contenido del injusto de la acción punible en su conjunto, dado que la sola aplicación del delito de estafa abarcaría la totalidad del significado antijurídico de la conducta desplegada.

Como última hipótesis, y para el caso de no estimarse los motivos anteriores, el criterio jurisprudencial mantenido entre los delitos de falsedad y de estafa en situación de concurso medial, no real. En este sentido, (por todas, STS 704/2010, de 10 de abril), esta Sala Segunda a la que nos dirigimos ha expuesto que “es doctrina jurisprudencial ya consolidada (así lo expone la sentencia del 7/7/2008) que: *“la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicios de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o de ánimo de causárselo (ahora para perjudicar a otro) viene incluido en el art. 306 CP (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro, y como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el supuesto que examinamos, el delito de*

*falsedad en documento privado queda absorbido por el delito de estafa , ya que esta se encuentra castigada con en de prisión de seis meses a tres años, en tanto que el delito de falsedad en documento privado - artículo 395 - lleva aparejada pena situada entre seis meses y dos años de prisión, al ser de aplicar lo dispuesta en el apartado 4º del artículo 8 del Código Penal el que se dispone que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.*

En el caso de la compañía, es evidente que si, de alguna manera, se mantuvieran los delitos de estafa y falsedad por los que vienen siendo condenados, la relación entre los dos preceptos penales corresponde a la del concurso medial –artículo 77CP–, y no del concurso real –artículo 73 CP–, pues la llevanza de la contabilidad responde al modelo de negocio que AFINSA había desarrollado. En apoyo de este argumento, STS 330/2014, de 23 de abril *“En aplicación de este concurso de normas el delito continuado de estafa cometido se considera absorbido por el de falsificación, y no se pena separadamente”.*

**Noveno motivo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 14 CP, en relación con los artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del Código Penal, y del artículo 260 CP en su redacción vigente al tiempo de los hechos.**

Para el desarrollo de este motivo, y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos al primer motivo del recurso, en lo referente a la actividad comercial de AFINSA.

Durante toda su existencia, más de 26 años, AFINSA estuvo sometida a todos los órganos reguladores del Estado, y siempre se atuvo a esos controles, lo que, como es evidente, la situaba en una **posición de observancia y cumplimiento de la norma**. Esa seguridad de actuar conforme a la legalidad, se vio cuestionada de un día para otro por el criterio diferente de la Inspección de Hacienda que tuvo lugar entre los años 2003 a 2006, enfrentando su criterio al de la Inspección anterior, de 1994 y 1997, y que terminó con un resultado

favorable. La sentencia obvia que AFINSA fue inspeccionada por la AEAT, en relación al Impuesto sobre Sociedades, e Impuesto sobre el Valor Añadido.

La culpabilidad requiere tres elementos: la capacidad de culpabilidad (la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a dicha comprensión); la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho (la conciencia de la antijuridicidad); y la exigibilidad (la posibilidad de comportarse de forma distinta). De entre estos elementos, el que resulta afectado por el **error de prohibición** es el que se refiere a la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, el conocimiento de la antijuridicidad. El objeto del conocimiento es el conocimiento de lo ilícito.

No hay culpabilidad si el sujeto, no sólo desconoció la antijuridicidad del hecho que realizaba, sino que además tampoco podía haberla conocido, o incluso si atendiendo a fuentes seguras de conocimiento no hubiera podido desvanecer su error. Asimismo, en cuanto al tipo de error, el error puede ocurrir con un desconocimiento absoluto de la norma bien porque no conozca la norma, o bien porque aunque la conozca, sin embargo, considera que no le es aplicable. Es jurisprudencia de esta Sala de casación, que *“los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho”* (STS 571/2016, de 29 de junio)

No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (STS 1171/1997, de 29 de septiembre):

*“a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y*

*b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas”.*

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que **precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error** (STS 392/2013, de 16 de mayo).

Ya hemos señalado con anterioridad que la sentencia adolece de un excesivo voluntarismo, al exponer lo que AFINSA tendría que haber realizado para llevar la contabilidad, para provisionar, para invertir lo recibido de los clientes, etc., y sostiene lo que considera debió realizar con un criterio distinto del que AFINSA, en observancia de la Ley y los informes de los organismos de control establecieron, dispuso. Pues bien, aun en el supuesto de que la sentencia acierte en las exigencias de actuación, el comportamiento de **AFINSA** no sería punible, pues **actuó en la creencia de la observancia de la norma**, y esa actuación fue avalada por los informes reseñados, por las inspecciones de Hacienda realizadas, y por las sentencias recaídas, que conformarían un actuar conforme a la norma. En definitiva, **AFINSA acudió a fuentes fiables y de su resultancia desarrolló una actividad con adecuación a la norma**, debidamente avalada y ajustada.

Llegados a este punto, y a la vista de las exigencias jurisprudenciales para la apreciación del error de prohibición de nuestros representados, se recuerda:

a) que antes de la intervención, AFINSA contaba con informes favorables de todos los organismos públicos de control con competencias en la materia (CNMV, Banco de España, Dirección General de Seguros, etc.);

b) que a la vista de las posibles dudas que ciertos sectores, principalmente el bancario, seguían originando sobre la normativa a la que AFINSA debía someterse, la empresa, unilateralmente y sin obligación de ello, solicitó informes al catedrático don Ángel Rojo, y al despacho profesional Cuatrecasas;

c) que la propia Agencia Tributaria inspeccionó la compañía, entre los años 1994-1997, siendo el resultado de la misma favorable.

d) que la Disposición Adicional IV de la Ley 35/2003, de 4 de Noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, resumía perfectamente la actividad negocial de la compañía.

e) que tras la intervención de AFINSA, los mismos organismos públicos de control que se pronunciaron en su día, ratificaron su anterior postura.

f) que las resoluciones judiciales de, prácticamente todas las instancias judiciales de nuestro país, han ratificado el carácter mercantil de la actividad, sin posibilidad de deducir provisiones.

g) que en 1998 AFINSA entrega al Banco de España la documentación contractual y la información económico financiera, con detalle de las cuentas anuales.

A la vista de ese resultado, por qué ha de concederse mayor validez al criterio de un inspector frente al del otro. AFINSA siempre actuó conforme a la normativa que le correspondía, operando en su mercado con absoluta normalidad, y con respeto a legislación mercantil que le era aplicable. Es más, era frecuente que prestara su colaboración con diferentes organismos públicos, como, por ejemplo, el SEPBLAC (nos remitimos a los documentos aportados en nuestro escrito de defensa que aparecen en el archivo con el nombre SEPBLAC). En esos documentos se observa que la empresa no tenía ningún problema en

poner a su disposición los contratos, estados financieros, o explicar su actividad.

**Décimo motivo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 21.6 CP -redacción vigente al tiempo de los hechos- en relación con el artículo 66.1.1 y 2 CP**

La sentencia que se recurre aprecia la atenuante de dilaciones indebidas -artículo 21.6 CP-, pero tan sólo como atenuante simple sin llegar a cualificar las dilaciones, según refiere porque la complejidad de la causa así lo justificaba. Siendo cierto que la causa tiene un volumen anómalo en comparación con otros procedimientos penales, es igualmente cierto que han transcurrido más de 10 años desde la intervención de la compañía, y que desde ese momento el material probatorio utilizado por la sala de instancia para enjuiciar a los acusados, se ha apoyada casi en su totalidad en la documentación intervenida el 6 de mayo de 2006 tanto en la sede de AFINSA, así como en los domicilios de los condenados. Por tanto, pese a que la sentencia justifique, por ejemplo, la no concurrencia de la atenuante como muy cualificada por la necesaria cooperación de terceros Estados, lo cual resulta ajeno y escapa a la posibilidad de control por parte del magistrado-instructor, esa colaboración con otras jurisdicciones no ha aportado ningún resultado. Es decir, desde el inicio del procedimiento acusaciones, peritos judiciales, y magistrado-instructor, se convencieron de la necesaria búsqueda de patrimonio en el extranjero, o de las conexiones con entidades en terceros países.

Pues bien, de todas las comisiones rogatorias libradas -más de 55- no se ha obtenido ningún dato que incrimine a nuestros representados, o que aporte información respecto al funcionamiento de la compañía. En consecuencia, las dilaciones del procedimiento se deben, si acaso, al ansia en la investigación por parte de los peritos judiciales -se recuerda, fueron ellos quienes se encargaron de solicitar al instructor la práctica de todas estas diligencias-, y no a la complejidad del asunto. Si el retraso en el enjuiciamiento se ha debido a ese

afán por parte de la acusación, desde luego es una consecuencia no imputable a nuestros representados, ni a la complejidad inicial del procedimiento.

Esta Sala a la que ahora nos dirigimos acordó, en el Pleno de 21-05-1999, la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado mediante la aplicación, como circunstancia analógica vinculada al artículo 21.6 CP, de la atenuante de dilaciones excesivas e indebidas, en los casos en que se hubiere producido en el enjuiciamiento de los hechos un retraso injustificado **no reprochable al propio acusado ni a su actuación procesal**, dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas. En cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que “ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida” (STS 416/13, 26-04).

La aplicación de esta atenuante exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea indebida, es decir injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa, requisito muy vinculado a que sea indebida (STS 175/11, de 17 de marzo). Tal y como se ha expuesto, si bien la causa tiene cierta complejidad por la documentación obtenida en la compañía, el informe de los peritos de la AEAT sobre el que pivota el enjuiciamiento posterior, se remite casi en su totalidad a la información derivada de esas entrada y registros, haciendo prácticamente estériles las colaboraciones con terceros Estados. Por ello, consideramos que emplear más de diez años en un procedimiento en el que desde el primer día se tenía toda la documentación necesaria, supera con creces los cánones deseados de un proceso justo y ajustado a las exigencias y garantías constitucionales.

**Undécimo motivo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por error en la fijación de la pena en relación con los artículos 259 CP, 21.6 CP y 66.1.1 CP.**

Este presente motivo se articula de manera subsidiaria, a los efectos de que no se hubieran apreciado los argumentos anteriormente expuestos.

Por el delito de insolvencia punible la sentencia condena a Juan Antonio Cano a las penas de 2 años y 11 meses de PRISIÓN y multa de 15 meses con la cuota de 200 euros; a don Albertino De Figueiredo a las penas de 2 años de prisión y multa de 6 meses con la cuota de 200 euros; y a don Vicente Martín Peña a las penas de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses, con la cuota de 200 euros.

La sentencia establece que el delito de insolvencia tiene un marco abstracto de 2 a 4 años. En este sentido, al folio 166 se dice *“El delito de insolvencia tiene un **marco abstracto de 2 a 4 años de prisión y multa de 8 a 24 meses en la ley actual (que se considera más beneficiosa en el tipo básico del art. 259 Cp que la contemplada en el antiguo 260; como hemos dicho, habría que acudir al tipo agravado actual del art. 259 bis.1 Cp para hallar idéntica magnitud, pero la prohibición de doble sanción de un mismo hecho lo impide). **Apreciando la misma atenuación** – la del artículo 66.1 CP– **nos lleva a la mitad inferior (2 a 3 años y multa de 8 a 16 meses)**. También aquí la pena irá decreciendo en atención a la gravedad de la aportación de cada cuál: Cano Cuevas (2 años y 11 meses de prisión y multa de 15 meses), luego los otros dos coautores (Figueiredo Escribá y Martín Peña, 2 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses)”***.

A nuestro juicio el tribunal comete un error al realizar esa consideración, dado que la pena del artículo 259 por el que condena es de 1 a 4 años. En aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, la pena en su mitad inferior no sería de 2 a 3 años y multa de 8 a 16 meses, sino de **1 a 2 años y 6 meses de prisión, y multa de 8 a 16 meses**. Siendo por tanto necesario revisar la condena, al menos del señor Cano pues la misma supera la pena máxima posible a aplicar.

Por lo expuesto;

**A LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SE SUPLICA** que presentado este escrito con las copias adjuntas y también de la diligencia de notificación y emplazamiento, en la representación de **don Juan Antonio Cano Cuevas, don Albertino De Figueiredo Nascimento y don Vicente Martín Peña**, tenga por interpuesto en tiempo y forma **RECURSO DE CASACIÓN** contra la sentencia dictada el 27/07/2016 por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, en méritos al Rollo de Sala 6/2013, derivado del sumario 2/2013 del Juzgado Central de Instrucción número 1, con fundamento en los siguientes motivos:

**Primero.** Por vulneración del principio de legalidad, principio acusatorio y principio de seguridad jurídica, 24.1 y 2 CE y 9.3 CE, como consecuencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.

**Segundo.** Al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 LOPJ, por infracción del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la validez dada a los informes periciales.

**Tercero.** Al amparo de los artículos 852 LECr y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en cuanto al delito de estafa tipificado en los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP.

**Cuarto.** Por vulneración de los artículos 852 LECr y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE en cuanto a los delitos de insolvencia punible -artículo 260 CP- y falsedad de cuentas -artículo 290 CP-

**Quinto.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 248, 249 y 250.1.6 CP –en su redacción anterior a la reforma 5/2010, de 22 de junio–, artículos 74.1 y 74.2 CP, en cuanto al delito de estafa.

**Sexto.** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECr, al haberse aplicado indebidamente los artículos 259 CP, en su redacción actual. En el mismo sentido, por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 260 CP en la redacción vigente al tiempo de los hechos.

**Séptimo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación de los artículos 290 y 74.1 CP.

**Octavo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 8 CP al infringir las normas que rigen la concurrencia de normas y de delitos, en relación con los artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del CP.

**Noveno.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 14 CP, en relación con los artículos 248, 249, 250.1.6, 259, 290 del CP y del artículo 260 CP en su redacción vigente al tiempo de los hechos.

**Décimo.** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por indebida aplicación del artículo 21.6 CP –redacción vigente al tiempo de los hechos– en relación con el artículo 66.1.1 y 2 CP.

**Undécimo.** Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr, por error en la fijación de la pena en relación con los artículos 259, 21.6 y 66.1.1 CP.

Y que, previa la tramitación procedente, el Alto Tribunal decida el fondo del recurso mediante el pronunciamiento de una sentencia que declare haber lugar al recurso, case y anule la sentencia del Tribunal de instancia y, en consecuencia, dicte segunda sentencia plenamente ajustada a Derecho,

consistente en la absolución de nuestros representados de los delitos por los que vienen condenados.

**OTROSI DIGO**, que una vez admitido a trámite el presente recurso de casación, y tras los trámites legales previstos y oportunos, de conformidad con los artículos 882 bis, 893 bis a) y concordantes de la LECr, **esta parte interesa la celebración de vista.**

En Madrid, a 18 de noviembre de 2016



Javier Gómez de Liaño Botella



Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de Prado

Abogados

José Fernando Lozano Moreno. Procurador