

Consultivo 530/05

Se ha recibido en este Servicio Jurídico su consulta sobre las siguientes cuestiones:

Por parte del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, y antes de acordar, en su caso, la remisión del expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, se solicita de la Dirección del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria que, a la mayor brevedad posible, emita informe relativo a los expedientes de las entidades FRANCISCO GUIJARRO LÁZARO FILATELIA, S.L. y GUIJARRO LÁZARO, S.L. correspondientes ambos al concepto Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1999, a efectos de lo dispuesto en la regla Tercera.2 de la Instrucción 3/2005, de 12 de abril, del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Se adjunta el informe emitido por el Jefe del órgano administrativo competente y sus respectivos anexos.

De la misma forma, y por guardar íntima conexión con la petición cursada en el párrafo anterior, igualmente se remite para informe urgente documentación relativa a las entidades AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., FRANCISCO GUIJARRO LÁZARO FILATELIA, S.L. y GUIJARRO LÁZARO, S.L. a los efectos de lo previsto en el párrafo tercero del artículo 95.3 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Expuesta en estos términos la consulta, tengo el honor de informar:

ANTECEDENTES DE HECHO

I

Para elaborar la respuesta a la consulta se han tenido en cuenta, exclusivamente, los hechos tal como se reflejan en los informes elaborados por la Inspección como consecuencia de las actuaciones de comprobación fiscal de Afinsa Bienes Tangibles, S.A. (en adelante AFINSA) correspondientes a los ejercicios 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002, y de Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L. (en adelante GUIJARRO LÁZARO, cuando nos refiramos a ellos conjuntamente) de los años 1999, 2000, 2001 y 2002.

En consecuencia, se admiten dichos hechos como expresión y resumen de los que efectivamente resultan de las diligencias y documentos obrantes en el expediente.

II

La documentación que se acompaña a la consulta es la siguiente:

1. "Informe sobre hechos relevantes observados en el desarrollo de las actuaciones inspectoras respecto de las Sociedades Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. (B-81629875) y Guijarro Lázaro, S.L. (B-81834236), posibles partícipes en hechos presuntamente delictivos de Afinsa Bienes Tangibles, S.A. (A-28658177)" de 29 de junio de 2005. A este informe, que denominaremos "Informe de proveedores", se acompañan los siguientes Anexos:

- Anexo 1: Facturas y formas de presentación de la mercancía en lotes
- Anexo 2: Actas notariales y correspondencia entre Afinsa y Guijarro Lázaro
- Anexo 3: Detalle de compras de "sellos especiales"
- Anexo 4: Informe de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre
- Anexo 5: Resumen de compras justificadas y no justificadas
- Anexo 6: Listados de diario de caja
- Anexo 7: Asientos contables y soportes. Investigación de cuentas bancarias. Escrituras de compras de inmuebles.

2. " Afinsa Bienes Tangibles, S.A. Informe sobre hechos relevantes observados en el desarrollo de las actuaciones inspectoras y consideraciones sobre los mismos" de 29 de junio de 2005. A este informe, que denominaremos "Informe Afinsa", se acompañan los siguientes Anexos:

- Anexo I: Análisis jurídico contratos CIT
- Anexo II: Análisis jurídico contratos MIP y PIC
- Anexo III: Presentación de los contratos (publicidad)
- Anexo IV: Aspectos económicos de las mediaciones
- Anexo V : Las pérdidas en mediación
- Anexo VI: Consultas ICAC y Dirección General de Tributos
- Anexo VII: Naturaleza y finalidad de las provisiones CIT
- Anexo VIII: Explicación de la inviabilidad del negocio de Afinsa
- Anexo IX: Análisis de los activos y de la filial Greg Manning Inc.

3. Informes periciales elaborados por la Real Casa de la Moneda-Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.



4. Informe de la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública de 23 de junio de 2005 (Expediente 48/2005) sobre Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L. Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1999, acompañado del que emitió la ONI a efectos de solicitar el anterior informe.

5. Informe definitivo con sus Anexos elaborado por la Oficina nacional de Inspección de 4 de julio de 2005 sobre posible delito contra la Hacienda Pública cometido por las sociedades Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L. (este informe completa la información remitida con anterioridad por el Departamento).

A partir de los hechos que resultan de los documentos aportados se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

El art. 95.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), dispone:

"La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado.

Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente."



Por otra parte, el párrafo primero del art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece: " Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante."

De estos preceptos resulta la obligación de la Administración tributaria de denunciar los hechos de los que conoce por razón de sus funciones cuando se trate de delitos públicos (art. 262 LECRIM) o, con mayor amplitud, "cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada" (art. 95 LGT).

II

Examen del delito fiscal en relación con Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L.

Aisladamente considerada, la actividad de estos proveedores (Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L. , a los que nos referimos conjuntamente como GUIJARRO LÁZARO) se limita a la adquisición de sellos en el mercado y su posterior enajenación a AFINSA. Hasta el ejercicio 2003 GUIJARRO LÁZARO es el único proveedor de AFINSA para los lotes de sellos incorporados al contrato CIT (Contrato de Intermediación Temporal, normalmente por plazo de un año y un día). De igual modo, AFINSA es el único cliente de GUIJARRO LÁZARO.

Según el "Informe de proveedores" (págs. 9 y siguientes), las compras de mercancía CIT por parte de GUIJARRO LÁZARO no han sido justificadas. No existen facturas de proveedores, ni recibos de estos por los pagos en metálico, salvo algunas partidas de sellos de colección comprados a comerciantes que se destinan por AFINSA a la venta a coleccionistas o se aportan a otra empresa del grupo.

La Inspección ha realizado un estudio de compras justificadas y no justificadas (Anexo 5 del "Informe de proveedores") cuyo resumen para los ejercicios 1999 a 2002 se contiene en las páginas 10 y 11 del citado "Informe de proveedores".

Además, salvo algunas cantidades destinadas a la adquisición de un fondo de inversión o algunos plazos fijos, el producto de los pagos de AFINSA es extraído por



GUIJARRO LÁZARO mediante reintegros (metálico obtenido por ventanilla) por importe cercano a los cobros de las facturas. Estos ingresos se contabilizan en la cuenta de Caja y, después de alcanzar saldos cuantiosos, se vezían paulatinamente y en todo caso a fin de año, bajo el pretexto de pagos a proveedores o compras de sellos. Estos pagos, normalmente, no aparecen documentados con recibos o facturas.

Como señala el "Informe de proveedores" (pág.13) la cifra de compras no justificadas es muy aproximada a los pagos por caja, lo que unido a la falta de recibos o documentos justificativos del pago de compras y proveedores hace presumir que no hayan existido o que su importe sea muy inferior al registrado como gasto. Presunción que, a juicio de los actuarios, se "transforma en prueba plena en los casos en que se asientan contablemente ingresos en Caja para pagar compras y, sin embargo, la Inspección demuestra la falsedad del apunte contable justificando que no ha existido tal reintegro, sino que el cargo a la cuenta bancaria de la sociedad se corresponde a la emisión de un cheque bancario nominativo("venta de giros" en los extractos de movimientos del BSCH) a favor de vendedores de bienes puestos a nombre del socio o sus familiares". En este sentido se describen en las págs 16 a 21 del "Informe de proveedores" diversas operaciones de desvío de dinero de las sociedades a los socios y familiares, cuya significación se resume por la Inspección de la siguiente forma: "El reflejo de apuntes inexactos tales como los arriba indicados implica la ocultación de la adquisición y pago por las sociedades GUIJARRO LÁZARO de bienes puestos a nombre del socio y sus familiares, con significado de traspaso del patrimonio societario al del socio y su familia. El medio del que se sirve es siempre el mismo. La salida de efectivo de la sociedades se han anotado contablemente como ingresos de dinero en Caja, cuyo metálico se ha utilizado, según se expresa contablemente, en compras que no se acreditan o en devoluciones de préstamos que no existen".

La consideración del volumen de compras no justificadas como gasto no deducible llevaría aparejada la regularización del Impuesto sobre Sociedades de Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y de Guijarro Lázaro, S.L., para ambas sociedades y para cada uno de los ejercicios de 1999, 2000, 2001 y 2002, en cuantía superior a 120.000 euros (págs. 10 y 11 del "Informe de proveedores").

En concreto, para el ejercicio 1999, al que se refiere expresamente la consulta, el informe elaborado por la Inspección para la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública considera que la cuota omitida por aumento de la base imponible ascendería a 1.491.559,88 euros en el caso de Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y 2.462.944,74 euros en el caso de Guijarro Lázaro, S.L. A esta conclusión se llega en el Informe definitivo de 4 de julio de 2005 elaborado por la Oficina Nacional de Inspección, sobre posible delito contra la Hacienda Pública cometidos por las sociedades mencionadas.



Por otra parte, también se incrementaría la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido (régimen especial de bienes usados, antigüedades y objetos de colección) que la Inspección ha calculado para el ejercicio 1999, y que también superaría la cuantía de 120.000 euros, si bien para el citado ejercicio concurriría el obstáculo de la prescripción.

De acuerdo con lo establecido en la pág.1 del "Informe de proveedores", D. Francisco Guijarro Lázaro es socio y administrador único de Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y de Guijarro Lázaro, S.L.

Así considerados los hechos, concurren en las conductas descritas indicios racionales de la existencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal de defraudación tributaria.

El Informe de la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública viene a concluir, para el ejercicio de 1999, la necesidad de denunciar los hechos como constitutivos de delito contra la Hacienda Pública "cuando existen indicios tan claros de su existencia", si bien plantea las siguientes cuestiones:

- a) Por un lado, las anomalías contables en las compras son de tal magnitud que hacen dudar de la veracidad de las demás partidas y, en concreto, de la cifra de ventas de ambas sociedades por lo que debería realizarse una estimación indirecta (ya que no la ha realizado la Inspección parece que se quiere referir a la posibilidad de completar la prueba en vía penal). A este respecto, puede señalarse que es cierto que el destino final de los fondos ingresados por los proveedores no puede determinarse con exactitud pero también lo es que una parte significativa de los mismos han pasado a incrementar el patrimonio de los socios y sus familiares.
- b) Si se contempla conjuntamente la actividad de GUIJARRO LÁZARO y de AFINSA podría plantearse la existencia de otros delitos y los rendimientos de la actividad de los proveedores pasarían a tener la consideración de ilícitos. En este caso surge el problema de si nos encontramos ante un concurso de normas o un concurso de delitos.

Por eso, aún cuando puedan apreciarse indicios suficientes de la existencia de un delito contra la Hacienda Pública, es necesario realizar una valoración de la actividad de los proveedores y su relación con la actividad de AFINSA.



III

Sobre la forma de operar de AFINSA (contrato de mandato o contrato de compra de sellos por el particular; depósito de los mismos a cargo del vendedor ; mandato de venta o compromiso de recompra por el vendedor, que se configura como opción para el comprador) , en principio, habría que considerarla como actividad lícita, que no es típica de las entidades financieras, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, bajo la rúbrica " Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes", que establece, por lo que aquí interesa, lo siguiente:

"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 halla 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.

Los que desarrollen la actividad a que se refiere el párrafo primero del presente apartado no podrán realizar las actividades reservadas a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras o reaseguradoras o a cualquier otra entidad inscrita en los registros del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros y fondos de pensiones. Asimismo, no podrán incluir en su denominación, ni en la publicidad que realicen en referencia a sus actividades, el adjetivo financiero o colectivo, ni ningún otro que induzca a confusión con aquellas actividades reservadas señaladas con anterioridad. Igualmente, deberán someter sus documentos contables a auditoría de cuentas realizada por un profesional inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

Las personas o entidades sujetas a auditoría de cuentas conforme a la presente disposición deberán remitir copia del informe de auditoría a las autoridades competentes en materia de consumo.

2. Los contratos contemplados en el apartado anterior deberán formalizarse en todo caso por escrito, que deberá reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos adquiridos por las partes y los derechos y obligaciones de las mismas en cada operación, incluyendo todos los elementos necesarios que determinen las condiciones del contrato. En todo caso, deberá entregarse al cliente un ejemplar del contrato debidamente firmado y sellado. Antes de celebrar el contrato, se deberá informar al cliente de forma clara y precisa sobre la legislación aplicable al contrato, sobre las disposiciones relativas a las reclamaciones que puedan formularse, sistemas de valoración de los bienes que se comercialicen y modo de acceder a los referidos sistemas, valor nominal de los productos comercializados, valor mínimo garantizado en el mercado, así como, en su caso, garantías externas a la entidad que desarrolla la actividad regulada en esta disposición que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones y los demás extremos que se determinen de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca.



Toda la información a que se refiere el párrafo anterior, así como el informe de auditoría de cuentas y las condiciones contractuales deberán ser puestas a disposición de los clientes con antelación suficiente al momento en que éste asuma cualquier obligación derivada del contrato. (...)

De esa forma la actividad aparece regulada en el ordenamiento jurídico y excluida de la consideración como actividad propia de las entidades de crédito, estableciéndose para las entidades que operen en este mercado dos obligaciones que a juicio del legislador garantizan o protegen suficientemente los derechos del consumidor: 1ª.- La obligación de someter las cuentas anuales a auditoría de cuentas, y 2ª.- La obligación de informar de manera completa al comprador, información que se extiende en particular a los sistemas de valoración de los bienes que se comercializan, su valor nominal, el valor mínimo garantizado en el mercado y, en su caso, las garantías externas que aseguran el cumplimiento de las operaciones.

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, de las entidades de inversión colectiva o de las aseguradoras.

IV

El apartado quinto del "Informe Afinsa" (págs. 27 y 28) se destina a la descripción del tipo de sello subyacente en los contratos que celebra la sociedad. En el mismo se pone de manifiesto que " a partir de 1994, AFINSA comenzó a negociar una nueva modalidad de contratos, los llamados CIT (...) tuvieron una gran aceptación entre el público, de modo que en los ejercicios en comprobación representan entre el 80% y el 90% del negocio total." Para formar los lotes de sellos objeto de estos contratos era necesario adquirir sellos de alto valor unitario de manera que AFINSA "decidió utilizar para los inversores CIT sellos raros, antiguos y muy valiosos, por precio de venta por pieza que exceden en algunos casos los 6000 euros, aunque para completar lotes, se sirva de otros sellos más baratos." Por otra parte, para facilitar la gestión de los lotes era necesario utilizar un número limitado de variedades, de manera que la filatelia tenía que reunir dos cualidades en apariencia antitéticas: valor unitario elevado y homogeneidad.

Para los sellos CIT , AFINSA utilizó como único proveedor durante todos los años objeto de comprobación a GUJARRO LÁZARO (apartado sexto del "Informe Afinsa", págs 28 y 29), ascendiendo el importe total de sellos comprados a 58 millones de euros (9.631 millones de pesetas). Estos sellos se adquieren por AFINSA a un precio equivalente al 8% del precio de catálogo - normalmente el catálogo Yvert et Tellier-



Los sellos CIT no deberían abundar en el mercado, sin embargo (pág. 31, apartado séptimo, del "Informe Afinsa") el total vendido excede "el número de tres millones de sellos, aunque no todos ellos corresponden a variedades de alto valor (...) Las variedades a las que corresponden los sellos antiguos y valiosos son relativamente pocas, de doscientas a trescientas, pero de ellas ha vendido miles de ejemplares iguales; por ejemplo, de un sello de Chipre, 104 de Y&T, con valor unitario en catálogo de 900.000 pesetas, 5.606 sellos; del sello de Francia 40 Y&T, con valor unitario en catálogo de 1.000.000 ptas, se han vendido 4.921 ejemplares."

Ya se ha hecho referencia a la falta de justificación de una parte muy importante de las compras de sellos realizadas por GUJARRO LÁZARO. Junto a ello la Inspección pone de manifiesto:

- La primera vez que de forma indubitada AFINSA inicia algún tipo de actuación por defectos en los sellos es el 6 de junio de 2003 (pág.32 del "Informe Afinsa"), con posterioridad al inicio de actuaciones de comprobación que tuvo lugar el 12 de febrero de 2003 (pag. 1 del Informe).
- Carta de reclamación de AFINSA enviada por conducto notarial el 14 de julio de 2003 (pág.33 del "Informe Afinsa") por valor de 900.000 euros. No consta que se haya atendido la reclamación ni que se hayan ejercitado acciones.
- En la reclamación anterior no consta que se incluyeran ejemplares de cuatro sellos de Francia, números 14, 22, 29 y 60 del catálogo Y&T, que les asigna un valor unitario de 62.500 pesetas, de los que AFINSA adquirió más de 90.000 ejemplares. Estos sellos se han ido devaluando en las sucesivas reventas sin que se reclame por ellos y, según AFINSA, porque no reúnen las cualidades con que se habían vendido.
- En Nota interna de AFINSA de 5 de octubre de 2004 facilitada a la Inspección, se alude a la posible existencia de sellos falsos o manipulados (pág. 34).
- AFINSA señala que se llegó a esta situación por defectuoso funcionamiento de su departamento de valores (falta de personal y elevada contratación) y que con posterioridad ha implantado medidas de control (págs. 34 a 36 del "Informe Afinsa").
- El 20 de mayo de 2005 se tomaron muestras de un sello de Chipre, número 104 del catálogo Y&T que fueron enviadas a la FNMT para



su análisis, junto con dos sellos de esta misma variedad que aportó la Inspección (pág. 39). Los resultados del análisis se incorporan a la documentación enviada por la Inspección y puede concluirse que se aprecian diferencias significativas entre los sellos aportados por la Inspección y la muestra.

En consecuencia, existen indicios de la posible falsedad de los sellos suministrados por GUIJARRO LÁZARO a AFINSA y de que esta última se habría aquietado ante esta circunstancia, pagando el precio convenido.

Estas operaciones, en las que no se justifica una parte muy significativa de las adquisiciones, no se reclama por defectos en la mercancía y no se conoce con certeza el destino último de una parte de los pagos que se retiran en efectivo, podrían considerarse indiciarias de la existencia de blanqueo de capitales por lo que habría que ponerlas en conocimiento del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (conforme a lo establecido en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre y en el Real Decreto 925/1993, de 9 de junio y en el artículo 95.1 i) de la Ley General Tributaria), si no se ha efectuado dicha comunicación, aunque parece deducirse del "Informe Afinsa" (pág.34) que el citado Servicio ya tiene conocimiento.

Sin perjuicio de destacar esa relación entre proveedor y cliente en la que no se producen reclamaciones, la falsificación de sellos de colección no parece que pueda constituir el delito tipificado en el artículo 389 del Código Penal, que la doctrina limita a los que estén en curso y no hayan sido usados. La falsificación de sellos que no tienen vigencia pero sí un valor filatélico podría considerarse una estafa si se venden. Pero, aún así, en la forma de proceder de AFINSA, y aunque llegar a probarse el dolo, es difícil tipificar los hechos como estafa ya que no puede hablarse, en este momento, de efectivo perjuicio a los inversores, pues siempre se ha satisfecho el precio de compra.

Tampoco puede descartarse que la falsificación de los sellos de colección, si llegara a probarse, pueda integrar el tipo de falsedad en documento privado del art. 395 del Código Penal, en relación con los artículos 26 y 390,2º del mismo Código.

V

Las páginas 1 a 25 del "Informe Afinsa" tratan de demostrar que la sociedad, por su forma de operar, asume un riesgo excesivo que puede derivar en un perjuicio para los clientes, y que, para poder subsistir, necesita crecer constantemente, por lo



101

que ese perjuicio puede materializarse en cualquier momento ante un contratiempo que afectare a su liquidez.

Especial consideración merece el procedimiento de valoración de los sellos. En los contratos CIT esa valoración se corresponde con catálogos de reconocido prestigio de manera que la recompra por precios superiores a los que figuran en catálogo, puesta de manifiesto por la Inspección, hace extremadamente complejo entender la viabilidad del negocio. Este hecho aparecería, de alguna forma, vinculado a las relaciones con los proveedores y a la verdadera calidad de los sellos adquiridos.

En otros contratos el precio se determina internamente por la propia sociedad. Los precios, y la revalorización de los sellos, serían decididos por la propia empresa al margen del mercado, lo que afectaría directamente a la garantía de los clientes (adquieren sellos, que garantizan su inversión, cuyo valor en el mercado es muy inferior al de la lista de precios de la empresa que vendría a generar una falsa confianza).

En ambos casos, el negocio de la sociedad carecería de lógica económica y estaría abocado al fracaso. Por ello, a juicio de la Inspección, desde el punto de vista económico las operaciones son verdaderos préstamos, y la contabilización de los compromisos de devolución (pacto de recompra) llevaría a considerar a AFINSA en situación de quiebra ya que todo parece indicar que los sellos no alcanzarían el valor que se deriva de esos compromisos.

El artículo 248.1 del Código Penal, dispone: "Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno".

En este punto parece conveniente citar el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10891) que confirmó la de la Audiencia Provincial que condenaba a los administradores de una sociedad por delito consumado continuado de estafa, ante la suspensión del pago de intereses y de la devolución del capital invertido por numerosos clientes. El Alto Tribunal, al confirmar la sentencia de instancia afirma: *"Lo que la sala expone a lo largo de su argumentación es que los acusados salieron al mercado en busca de inversores, a los que aseguraron una alta rentabilidad, susceptible de obtenerse mediante la adquisición y gestión de un fondo filatélico. De este modo, consiguieron importantes aportaciones, de parte de personas a las que se entregaron lotes de sellos sumamente sobrevalorados y, luego, cantidades en concepto de intereses que no eran tales, sino parte del metálico recibido de los propios clientes.*

Por tanto, ocurre, que lo que se reprocha penalmente a los inculpados no es falta de transparencia en la gestión y tampoco la asunción de riesgos de mayor entidad de los que una prudente administración de recursos ajenos con vistas a obtener beneficios haría aconsejable. Lo que la sala ha constatado con todo fundamento es el diseño, por parte de los acusados, de una trans

destinada, ya en su origen, no a rentabilizar en términos técnicamente plausibles el dinero recibido de los inversores, como forma de obtener un legítimo rendimiento empresarial, sino, directamente, al propio lucro de los primeros sin contrapartidas reales para estos últimos. Puez, en efecto, tal como el negocio aparece planteado desde su inicio carecía objetivamente de aptitud para producir alguna rentabilidad cierta a los captados como clientes, que contrataron con base en una apariencia que nada tenía que ver con la realidad de las operaciones desarrolladas a sus expensas. Como se explica claramente en la sentencia, la empresa, dados los términos en que había sido proyectada, tenía necesariamente que defraudar la buena fe de los inversores mediante una doble ficción: que el lote de sellos adquirido con su inversión era de un valor muy sensiblemente superior al real y que lo abonado como intereses tenía esa condición, cuando lo cierto es que era dinero procedente de otras aportaciones. Y, sentado sobre tales bases, es claro que la única posible viabilidad del negocio consistía reproducir «ad infinitum» esa misma práctica defraudatoria con nuevos clientes, cuyas aportaciones pudiesen ser utilizadas para alimentar semejante dinámica, en la que, es por demás obvio, una parte muy sustancial de los fondos así captados fue directamente apropiada por los ahora recurrentes.

Por tanto, en contra de lo que se argumenta en el desarrollo del motivo, concurrió por parte de los que han sido condenados una actividad directamente destinada a persuadir mediante el engaño y dotada de aptitud suficiente para determinar a un importante número de personas a realizar actos de disposición, ignorando que éstos se daban en su propio perjuicio y en correlativo beneficio de los primeros.”

En el caso sometido a consulta existen similitudes con el analizado por el Tribunal Supremo y también se presentan otros factores adicionales de riesgo: elevado número de clientes; en la práctica totalidad de los casos los clientes ejercitan la opción de venta por lo que la sociedad asume el riesgo de devolución y parece afrontarlo mediante nuevas colocaciones o incorporación de nuevos sellos; y, por último, las cuentas anuales no reflejan los compromisos de recompra.

Sin embargo, aunque la sensación de riesgo es elevada, resulta igualmente difícil tipificar los hechos descritos como delito de estafa. Para justificar esta afirmación debe admitirse que los hechos sólo serían constitutivos de un delito de estafa en grado de tentativa (no hay consumación), entendiéndose que se produce engaño bastante que induce a error sobre el riesgo de la operación y que lleva a efectuar la inversión o disposición patrimonial (compra de sellos) que no se hubiera efectuado de conocer su verdadero valor. Pero el art. 16.1 del Código Penal dispone que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad de su autor”. En el caso examinado sería el propio autor del supuesto delito el que hasta la fecha ha reintegrado las inversiones a sus clientes o ha encontrado nuevo comprador, por lo que difícilmente puede considerarse que estemos ante un delito de estafa en grado de tentativa.

Se pone así de manifiesto la dificultad de tipificar conductas como las expuestas que quizá se aparten de los principios de prudente administración, evidenciando un riesgo, pero que no se materializan o personifican en un concreto

perjudicado. Y este razonamiento es aplicable tanto a la estafa como a otras figuras en las que estas conductas, una vez que se produce la consumación, pero sólo entonces, acaban por encajar, ya se trate de insolvencia punible (art. 257 del Código Penal) o de administración desleal (art. 295 del Código Penal).

A la vista de lo anterior pueden formularse las siguientes **CONCLUSIONES:**

Primera.- Los hechos descritos en el Informe relativo a Francisco Guijarro Lázaro Filatelia, S.L. y Guijarro Lázaro, S.L., referidos a la falta de justificación de una parte de las compras, constituyen indicios racionales de la existencia de delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal, por lo que procede su denuncia al Ministerio Fiscal.

Ha de advertirse que el próximo 25 de julio se cumplirá el plazo de cinco años desde la finalización del plazo para la presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades del año 1999, con el efecto que ello pudiera tener sobre la prescripción de eventuales responsabilidades penales por dicho concepto y ejercicio.

Segunda.- Los demás hechos que resultan de las actuaciones de comprobación e investigación, a los que se refieren los apartados IV y V del presente informe, deberán ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal porque aparecen íntimamente vinculados a los anteriores y pueden afectar a su calificación definitiva. Además, aunque los mismos no puedan tipificarse concretamente en virtud de los hechos descubiertos por la Inspección de Tributos en el ejercicio de sus competencias, su averiguación plena precisaría de la investigación complementaria que, bajo la dirección del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción, se considerara pertinente.

No obstante, Vd resolverá.

Madrid, 11 de julio de 2005
EL DIRECTOR DEL SERVICIO JURÍDICO

Fdo.: Maximino I. Linares Gil


Agencia Tributaria
Servicio Jurídico
Fecha 11-7-2005
Salida 11-2097


AGENCIA TRIBUTARIA
DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN
SECRETARÍA
ECHA 11-7-2005
906
ENTRADA

AGENCIA ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA
DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TASA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TASA
11 JUL 2005
ENTRADA 931

SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA Y TRIBUTARIA.