



DELITO DE ESTAFA - PERSONA JURÍDICA

REGULACIONES DEL DELITO DE ESTAFA

El delito de estafa, regulado en los artículos 248 y siguientes del Código Penal (CP), es el delito por el que a más personas jurídicas se está condenando según diferentes encuestas realizadas por varias organizaciones. Ello no debería extrañar, teniendo en cuenta la multiplicidad de acciones (u omisiones, en su caso), que lo pueden originar.

Se entiende por “estafa” cualquier engaño de una persona a otra que genere una transacción, generalmente patrimonial, del estafador al estafado. Este engaño ha de provocar que la persona estafada incurra en un error, es decir, que tenga una percepción distinta a la real sobre algún determinado aspecto, y que ello le haga decidir llevar a cabo la transacción (por ejemplo, un pago o una donación).

En términos generales, las estafas se pueden clasificar como sigue:

- i) **Estafas propias (art. 248.1 CP):** Consisten simplemente en engañar a otro, con ánimo de lucro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o de un tercero.
- ii) **Estafas impropias (art. 251 CP):** consisten en llevar a cabo alguna de las siguientes acciones;
 - Atribuirse falsamente una facultad de disposición sobre alguna cosa mueble o inmueble, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, así como enajenarla, gravarla o arrendarla a otro, en perjuicio de éste o de tercero.



Lesseps

- Disponer de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o enajenarla como libre, gravarla o enajenarla nuevamente (es decir, hacer una “doble venta”) antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.
- Otorgar un contrato simulado en perjuicio de un tercero.

iii) **Estafas especiales (art. 248.2 CP):** Consisten en llevar a cabo actos engañosos mediante aparatos tecnológicos, en concreto:

- Conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro, si se hace con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, mejor conocida como estafa del CEO.
- Fabricar, introducir, poseer o facilitar programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.
- Utilizar tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Un ejemplo de aplicación lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 141/2017, de 20 de noviembre. En ella, se condena, entre otros, a dos personas jurídicas por el delito de estafa, alegando (en su Fundamento Jurídico N° 3) que *“El fundamento de la responsabilidad se halla básicamente (...) en la ausencia de medidas de control o prevención para evitar la comisión del delito, siempre en el contexto de una empresa que normalmente desarrolla su actividad dentro de la legalidad y en la que una de las varias personas que la integran*

C/ Príncipe de Vergara, 33 (Madrid – 28001)

E-mail: mesia@lessepslegal.com

Contact: +34 91 447 92 90

Website: www.lessepslegal.com

Copyright© Lesseps Compliance



(representante, administrador, empleado incluso) comete un hecho punible". **Es decir, en la ausencia de programa de Compliance.** En el caso del supuesto, los administradores de una empresa mandaban emitir facturas falsas (derivadas de unas pólizas de seguro inexistentes) para que, a través de un determinado banco, se les retribuyeran. Este engaño, que es el elemento central de toda estafa, se hacía en perjuicio de las entidades financieras que debían abonarlo.

FACTORES QUE FAVORECEN EL DESARROLLO DE LA ESTAFA:

A continuación se enumeran algunos factores que han favorecido el desarrollo del delito de estafa en Personas Jurídicas:

- i) **Mayor presencia del crimen organizado:** Cada vez existen más mafias cuya actividad empresarial es dedicarse a encontrar objetivos fáciles. El crimen organizado podría ser el responsable de la mayoría de los fraudes externos, **aunque debemos tener presente que éstos sólo tendrían éxito con la participación interna de un empleado corrupto.**
- ii) **Mayor corrupción por parte de los empleados:** Se observa un número cada vez mayor de empleados que, debido a la falta de ética o moral, deciden que es más fácil hacer dinero de otra forma, bien colaborando con el crimen organizado, bien de forma individual, sin atender a la profesionalidad y el buen juicio exigido en los negocios.
- iii) **Mayor presencia de gente altamente cualificada,** que conocen bien los negocios y los mercados en los que actúan, cuya meta principal es ganar dinero de forma rápida, sin importar los medios utilizados para ello.
- iv) Aparición de nuevas técnicas de falsificación más asequibles y más sofisticadas.
- v) **Errores operativos que incrementan las oportunidades de fraude.** Sobre todo en épocas de crisis, y ante la necesidad de crecer y conquistar nuevos mercados, las organizaciones tienden a reducir notablemente determinados costes, de forma errónea, lo que en muchos casos **se traduce en ausencia de buenos procedimientos operativos, controles adecuados y la formación necesaria a los**



empleados, lo que puede derivar en ciertos errores que incrementen las oportunidades de comisión de este tipo de delito.

- vi) **Fraudes multi-jurisdiccionales**, es decir, la comisión de un fraude en un país y el desvío de fondos a otro país, normalmente con implicación de ciertas mafias. Frente a esta situación se deben emprender y coordinar acciones legales en ambos países, lo que dificulta la investigación por diferencias en el tratamiento y penalización de actividades ilícitas.
- vii) **Mayor velocidad en el movimiento de fondos**. Con el avance de la tecnología, hoy en día una persona solo necesita 5 minutos para la comisión de una estafa, es simple.

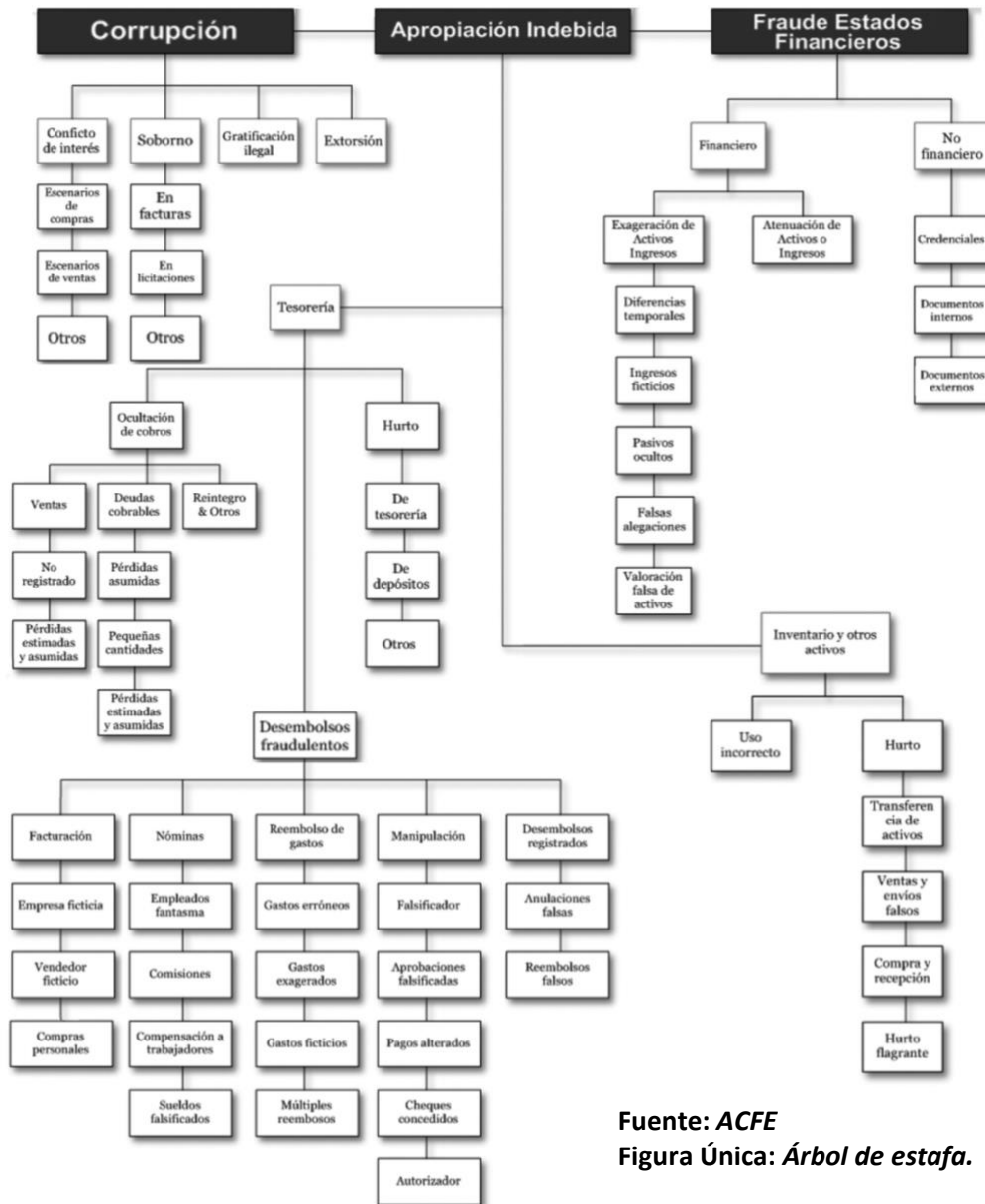
TIPOS PRINCIPALES DE ESTAFA SEGÚN LA ACFE¹:

Podemos distinguir tres tipos principales de estafa:

- i) **Apropiación de activos**, como puede ser el desvío de fondos en búsqueda de un beneficio propio.
- ii) **Manipulación de la información financiera o contable**, o también llamada contabilidad creativa, como pudiera ser la manipulación de los resultados de la compañía para la consecución de determinados objetivos y obtención así del correspondiente bonus anual.
- iii) **Corrupción**, como sería la aceptación de tratos de favor en detrimento de otros para la obtención de un producto o servicio. Estaríamos hablando de conflictos de interés, sobornos, pagos inapropiados o, incluso, extorsión.

A su vez, cada una de estas categorías de estafa se desglosa en multitud de subcategorías, como se muestra en el siguiente gráfico en relación con el Árbol de Estafa, o sistema de clasificación del fraude y abuso ocupacional, desarrollado por ACFE (figura única):

¹ Association of Certified Fraud Examiners.



Fuente: ACFE
Figura Única: *Árbol de estafa.*

TRATAMIENTO DEL RIESGO DE FRAUDE

Las compañías pueden tratar el riesgo de fraude mediante una combinación de medidas de (i) **prevención**, estableciendo programas de control de fraude, siendo ejemplo de ello los



códigos de conducta y adecuadas políticas de comunicación y formación; (ii) **disuasión y detección**, implantando indicadores adecuados y estableciendo **canales de denuncia eficaces**. Es en esta fase donde entra en juego la identificación de las señales de alerta de fraude; y (iii) **respuesta o investigación**, mediante técnicas forenses de investigación y presentación de evidencias y pruebas a las instancias judiciales.

Para que todos estos mecanismos puedan funcionar, es vital que las compañías:

- i) Creen y mantengan una cultura de honestidad, moral y ética, desde las más altas esferas de la compañía.
- ii) Evalúen los riesgos de fraude, implementando los procesos, procedimientos y controles necesarios para mitigar dichos riesgos y reducir las oportunidades de fraude.
- iii) Desarrollen un adecuado proceso de vigilancia.

En este sentido, y sobre todo en relación con el primer punto, el fraude será menos frecuente cuando los empleados tengan sentimientos positivos hacia la organización, no sintiéndose menospreciados, amenazados o ignorados. Algunos factores que no contribuyen a un ambiente de trabajo positivo y que, por tanto, podrían incrementar el riesgo de fraude, son:

- i) Que la dirección no recompense el buen hacer de sus empleados, o falta de reconocimiento por el desempeño del trabajo.
- ii) Percepción de faltas de equidad en la organización.
- iii) Baja lealtad a la organización o falta de sentimiento de pertenencia.
- iv) Expectativas de presupuesto u otras metas u objetivos personales difíciles de alcanzar.
- v) Temor a dar malas noticias a los supervisores.
- vi) Remuneración por debajo del mercado.
- vii) Falta de formación o falta de oportunidades de promoción.



Por todo lo anterior, es importante establecer un sistema de contratación y promoción de los empleados adecuado. De forma contraria, algún empleado, bajo ciertas medidas de presión y percibiendo alguna oportunidad dentro de la compañía (luego se explicarán los elementos del fraude), estarán dispuestos a comportarse de manera deshonesto y fraudulenta.

Del mismo modo, las organizaciones deberían guiarse por los siguientes 5 principios:

- i) El gobierno corporativo de las compañías debe implementar un programa de gestión del riesgo, transmitiendo las expectativas de la alta dirección en materia de riesgo de estafa.
- ii) Se debe evaluar periódicamente la exposición al riesgo de estafa, identificando potenciales esquemas y eventos que son necesarios mitigar.
- iii) Las técnicas de prevención se deben establecer para mitigar posibles impactos en las organizaciones.
- iv) Las técnicas de detección deben establecerse para descubrir eventos de fraude cuando las medidas de prevención fallen o se materialicen los riesgos no mitigados.
- v) Es necesario implementar un procedimiento de reporte para solicitar y recabar datos de potenciales fraudes, y otorgar un enfoque coordinado de investigación y acciones correctivas.

Por su parte, las Unidades de Auditoría Interna, en su misión de evaluación de los procesos de riesgos, controles y gobierno, deben asumir las siguientes actuaciones:

- i) Identificar los indicadores de fraude que permitan detectarlos y disuadirlos, entendiendo por disuasión del fraude a aquellas acciones encaminadas a evitar la realización del fraude o limitar sus impactos si finalmente se produce.
- ii) Ayudar en la disuasión del fraude mediante el examen y la evaluación de la adecuación y la efectividad del sistema de control interno, considerando el grado de exposición o riesgo potencial en los diferentes segmentos de las operaciones de la organización.



- iii) Cuando existan sospechas de la existencia de irregularidades, debe informar a las autoridades competentes de la organización.
- iv) Recomendar cualquier investigación que considere necesaria.

Lo importante es ser conscientes de que la prevención es la mejor forma de combatir los fraudes, y, por ello, las Unidades de Auditoría Interna deben actuar decididamente empleando diversas técnicas, que permitan observar situaciones que alerten de la posible existencia de factores de riesgo de fraude.

¿QUIEN ESTÁ EN PREDISPOSICIÓN DE COMETER FRAUDE?

Los empleados que están en predisposición de cometer fraudes son generalmente aquellos que se encuentran ante una situación de Oportunidad, Presión y Racionalización. Esto es el llamado Triángulo del Fraude².

A continuación definimos como se entienden en la práctica cada uno de estos conceptos:

Oportunidad: Se trata de encontrar una puerta abierta por la que poder resolver un problema personal violando la confianza depositada por la organización. Se da generalmente ante la ausencia de un sistema interno de control efectivo y adecuado, o la falta de un sistema de supervisión y revisión continua, ausencia de una adecuada separación de poderes, o la falta de un circuito definido de aprobación por parte de la dirección.

En este sentido, se puede hablar de los siguientes indicadores de Oportunidad:

- i) **Exceso de confianza:** Se trata del indicador más común. Ocurre generalmente con aquellos empleados de confianza, que en ocasiones cuentan con la autorización de sus

² Teoría del Triángulo del Fraude (Cressey, 1973).



superiores para firmar en su nombre, agilizando con ello los colapsos administrativos en la organización, pero poniendo en riesgo la existencia de documentos no autorizados, pero firmados.

- ii) **Acceso privilegiado:** Hay determinadas personas en las organizaciones que cuentan con autorización expresa para acceder a archivos confidenciales, bases de datos, registros, etc., lo que les permite tener acceso a una gran fuente de información. Por ello, se debe contar con un control exhaustivo del personal con determinadas autorizaciones privilegiadas de acceso a la información.
- iii) **Conocimiento de la operativa financiera:** Existen empleados deshonestos que, observando el movimiento administrativo, operacional y financiero de la organización, son capaces de determinar y calcular los riesgos de la actividad en cuestión, orientando sus comportamientos a la comisión de una estafa.
- iv) **Ausencia de control:** Este es uno de los factores que más favorecen la comisión de irregularidades administrativas, y posteriormente, en un área de confort, actividades ilícitas, con el convencimiento de que no existe la posibilidad de ser descubierto.
- v) **Carencia de medios de seguridad:** Permitiendo el acceso no autorizado a determinadas áreas o archivos de la compañía.

Presión (incentivo o necesidad): Representa el impulso, apetito o deseo material o psicológico del estafador a cometer la estafa. Puede estar motivado por problemas financieros personales, adicciones tales como las drogas o juego que hayan generado deudas excesivas.

En la mayoría de los casos, el incentivo por excelencia del defraudador es el afán de lucro. No obstante, existen otro tipo de necesidades o incentivos que mueven al defraudador a cometer actos ilícitos. Éstas serían las necesidades legítimas (no por ello, lícitas) o circunstanciales.



Entre los indicadores de la presión o necesidad, se pueden encontrar las siguientes:

- i) **Situación económica:** existen empleados con estilos de vida extravagante, despreocupación por el presupuesto personal, bajo sueldo, deudas personales motivadas por juego o diferentes adicciones, o deudas comerciales, que les lleva a comportarse de un modo no ético ante la organización en la que trabajan, involucrándose en actividades ilícitas que compensen sus necesidades económicas y financieras.
- ii) **Necesidades legítimas o circunstanciales personales:** Se estaría ante casos de dificultades económicas que no permiten el pago de matriculas de los hijos en colegios o universidades, el tratamiento de alguna enfermedad en el seno de la familia, etc. ante estos casos, y ante la dificultad de encontrar otros medios económicos, muchas personas se ven impulsados a buscar la mínima oportunidad de estafar a su organización.
- iii) **Racionalización:** Significa que el empleado busca una justificación para su actuación fraudulenta, desterrando el sentimiento de culpabilidad. El estafador percibe su conducta ilícita como correcta, es decir, interpreta equivocadamente sus actos de tal forma que los considera como aceptables, sin mostrar algún tipo de sentimiento de culpabilidad.

Entre los indicadores de la racionalización o justificación de los actos ilícitos cometidos, algunos de los que se pueden encontrar son:

- i) **Motivo ideológico:** Muchas personas mantienen ideas confusas sobre lo que es lícito e ilícito, manteniendo una idea distorsionada de “Robin Hood”, en la que creen que cometer estafas y defraudar a organización es lícito para ayudar a los pobres y desamparados, incluyéndose en la categoría de pobre y desamparado.
- ii) **Sentimiento de injusticia:** Existen determinados empleados que consideran que están recibiendo un trato injusto, abuso de poder, maltrato psicológico, discriminación o desigualdad en el reparto de tareas o recompensas, falta de expectativas en el desarrollo profesional, etc. Estos sentimientos pueden incentivar a los empleados a cometer algún



tipo de fraude en la organización, como recompensa al sentimiento de injusticia que perciben.

FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA ESTAFA:

Algunos de los factores que contribuyen a que la estafa sea posible son los siguientes:

- i) **Presiones internas o externas** para que la compañía cumpla con determinados objetivos establecidos. El mayor riesgo de esta presión está en el interés de la administración de la sociedad en alterar la información financiera de la compañía y dar así cumplimiento a las expectativas de los inversores. Alguno de los mecanismos más utilizados son: **(i) incrementar activos de manera ficticia, (ii) aumentar los ingresos sin justificación, (iii) disminuir pasivos ocultando obligaciones, (iv) reducir los costes y los gastos.**
- ii) **Motivación de los empleados** para la consecución de los objetivos comerciales establecidos. En este caso el interés radica en los empleados de la compañía en la manipulación de las ventas y gestión de las carteras, presentando ventas ficticias, cubriendo saldos de un cliente con ingresos de otro, manipulación de los ingresos con ingresos de ejercicios anteriores.
- iii) **Bajo nivel de control en la compañía**, que puede traducirse en pérdidas de activos derivados de robo.

CASIFICACIÓN DE LA ESTAFA.

Se pueden clasificar las estafas en función del contexto en el que tiene lugar y la naturaleza de la relación existente entre el estafador y la víctima (la organización). En este sentido, se puede hablar de:

- i) Estafas cometidas contra la organización **por un directivo o alto cargo** de dicha organización. Estaríamos ante casos de fraude contra los accionistas, acreedores, o incluso prácticas corruptas con la Administración Pública.



- ii) Estafas cometidas contra la organización **por un cliente o un empleado**. Este tipo de estafas incluirían actuaciones como la malversación de fondos, fraudes en los seguros contratados, evasión de impuestos o algún otro tipo de estafa contra el gobierno.
- iii) Estafa cometidos contra una persona por otro individuo en un contexto de **“face to face”**. Es decir, en el contexto de una confianza entre dos personas, una decide engañar a la otra, abusando de dicha confianza, por ejemplo mediante consejos de inversiones que resultan ser fraudulentas.
- iv) Estafas cometidas masivamente **contra un grupo de individuos** a través de medios electrónicos o por otros métodos indirectos. Este sería el caso de las Cartas Nigerianas³, manipulación de la cotización de un valor, publicidad engañosa o solicitud de inversiones a un numero elevado de víctimas (como ocurrió con la emisión de pagarés en Nueva Rumasa).

ANÁLISIS PROACTIVO DE DATOS

En la era digital, la dinámica de los negocios está sufriendo una gran transformación, comenzando a cobrar mucha importancia lo que se conoce con el nombre de *Big Data*, haciendo referencia a la gran información o datos que generan los sistemas de las compañías.

Muchos de los indicadores de estafa y conductas irregulares, tanto reales como potenciales, radican en los datos sobre transacciones, datos operativos y datos financieros de la organización. Existen datos en todas las áreas de las organizaciones, bien en los sistemas contables, tanto complejos como los más simples, bien en los sistemas de seguridad de la compañía y redes sociales, que pueden identificarse utilizando técnicas y herramientas de tratamiento y análisis de datos, tanto estadísticos como cualitativos.

Estos análisis proactivos son un conjunto de técnicas analíticas y pruebas cruzadas informatizadas que identifican relaciones que no resultan inicialmente obvias, con el objetivo de poner de relieve potenciales conductas irregulares que pueden pasar inadvertidos para la dirección. Es decir, ayudan a identificar

³ Esta estafa consiste en ilusionar a la víctima con una fortuna inexistente y persuadirla para que pague una suma de dinero por adelantado, como condición para acceder a la supuesta fortuna. Las sumas solicitadas son bastante elevadas, pero insignificantes comparadas con la fortuna que las víctimas esperan recibir. <http://www.abc.es/20120613/espana/abci-delitos-internet-cartas-nigerianas-201206121854.html>.



aquellos asuntos dentro de la organización que requieran mayor revisión, permitiendo asimismo, la toma de decisiones de una forma más práctica, y dirigiendo los esfuerzos de investigación a aquellas áreas que más lo necesiten.

Los beneficios de estos análisis incluyen los siguientes:

- Profundizar en el conocimiento del negocio.
- Reducir los costes existentes y los futuros a través de la automatización de procesos.
- Descubrir relaciones ocultas entre personas y empresas.
- Realizar pruebas integrales (100% de los datos) para la verificación de procesos y controles, lo que permite analizar mayor número de transacciones en menos tiempo, de forma más eficiente y rentable.
- Punto de partida para el análisis de operaciones sospechosas, identificando anomalías y patrones de alto riesgo.
- Evaluación sobre la efectividad de los controles diseñados para la prevención de fraudes.
- Control continuo de vulnerabilidades, amenazas y áreas sensibles al fraude.

Al objeto de que estas metodologías analíticas sean efectivas, es fundamental incorporar dichos análisis de datos al ciclo de vida de la auditoría interna, así como tener las capacidades, en el sentido de habilidades y herramientas, adecuadas. Asimismo, en la planificación y ejecución de los procedimientos analíticos, hay que desarrollar los siguientes procedimientos:

- i) Definir los objetivos globales del análisis.
- ii) Evaluar el perfil de riesgo de fraude de los sistemas y procesos.
- iii) Diseñar una metodología para adquirir, extraer y evaluar datos.
- iv) Definir los análisis que serán llevados a cabo.
- v) Seleccionar las herramientas de *software* más idóneas que van a ser utilizadas para llevar a cabo los análisis diseñados.
- vi) Realizar el análisis, agregar y priorizar los resultados, y revisar y resolver las excepciones identificadas.



Lesseps

Con el seguimiento continuado de las transacciones, la organización podrá identificar transacciones o patrones de conducta potencialmente fraudulentos, con arreglo a intervalos de días, semanas o meses.

PREPARADO POR: PhD. Christian Mesía y MsC. Jesús Caldera

C/ Príncipe de Vergara, 33 (Madrid – 28001)
E-mail: mesia@lessepslegal.com
Contact: +34 91 447 92 90
Website: www.lessepslegal.com
Copyright© Lesseps Compliance

14

PLEASE PRINT ON YOUR STATIONARY