



Roj: **SAP VA 854/2010 - ECLI: ES:APVA:2010:854**

Id Cendoj: **47186370042010100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **4**

Fecha: **21/06/2010**

Nº de Recurso: **34/2009**

Nº de Resolución: **263/2010**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

VALLADOLID

SENTENCIA: 00263/2010

Rollo : 34 /2009

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 6084 /2008

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 4 de VALLADOLID

SENTENCIA Nº 263/2010

ILMOS.SRES.MAGISTRADOS:

D. JOSE LUIS RUIZ ROMERO

D. ÁNGEL SANTIAGO MARTÍNEZ GARCÍA

DÑA.MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO

En VALLADOLID, a veintiuno de Junio de dos mil diez.

La Audiencia Provincial de esta capital ha visto en juicio oral y público, tramitado por el procedimiento abreviado la causa procedente del JDO. INSTRUCCION N. 4 de VALLADOLID, por delito de ESTAFA, seguido contra Alvaro , y Eugenio , naturales de SANTA CRUZ DE TENERIFE y SAN SEBASTIAN , vecinos de SANTA CRUZ DE TENERIFE, y YUNCOS , nacidos el día tres de Agosto de mil novecientos setenta y dos y el doce de Septiembre de mil novecientos sesenta y siete, hijos de JUAN MANUEL y de MARIA PILAR, y de JOSE MANUEL y de ASUNCION respectivamente, sin antecedentes penales, con instrucción, cuya solvencia o insolvencia no consta y en libertad por esta causa, de la que no han estado privados en ningún momento , habiendo sido partes en el procedimiento: el Ministerio Fiscal como representante de la acusación pública; el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A como acusación particular representado por la Procuradora D^a.CONSUELO VERDUGO REGIDOR y defendido por el Letrado D.JULIO ALEJANDRO FELIPE FERNANDEZ y los acusados que ha estado representados por los Procuradores D. MARIA JESUS TRIMIÑO REBANAL y MANUEL DE ANTA SANTIAGO y defendidos por los Letrados D. ALBERTO MIGUEL CANO HERRERA y SERGIO GONZALEZ FEO y habiendo sido ponente la Magistrado Ilma. Sra.DÑA.MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO.

PRIMERO

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Las presentes actuaciones fueron tramitadas por el JDO. INSTRUCCION N. 4 de VALLADOLID en virtud de denuncia formulada por Rodrigo como consecuencia de denuncia lo que dio lugar a la incoación de DILIGENCIAS PREVIAS 6084 /2008 habiéndose practicado las diligencias probatorias que se estimaron procedentes.



2. Llevadas a efectos indicadas diligencias probatorias y acordada por el instructor la prosecución del trámite establecido en el artículo 790 de la ley de enjuiciamiento Criminal, se dio traslado de las diligencias al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que solicitarán la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa y evacuado tal trámite y adoptada la primera de las resoluciones, y señalada esta Audiencia como órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, se dio traslado de las actuaciones a la defensa del procesado quien evacuó el trámite formulando escrito de defensa, remitiendo a continuación los autos a esta Sala.

3. Recibidas las actuaciones en esta Audiencia y examinadas la pruebas propuestas, se dictó auto admitiendo todas las propuestas por las partes, acordándose su práctica en el mismo acto del juicio señalándose para la celebración del juicio el día 8/6/2010 a las 10:00 horas.

4. En el día y hora señalados, comparecieron las partes, se llevaron a cabo las pruebas ofrecidas por las mismas en los respectivos escritos y que en su momento fueron admitidas.

5. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248.1 y 249 C.Penal o alternativamente de un delito de blanqueo de capitales del art.301.1 C.P, en concepto de autores, por cooperación necesaria, conforme a los arts.27 y 28 del C.P, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitándose para cada acusado la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante la condena y costas, o alternativamente la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho al sufragio durante la condena y multa de 2.971,90 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago para el acusado Eugenio y la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y multa de 2.981,90 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ,para el acusado Alvaro . En ambos casos costas. En sede de responsabilidad civil, se solicita que el acusado Eugenio indemnice al BBVA en la cantidad de 2.971,90 euros y que el acusado Alvaro indemnice al BBVA en la cantidad de 2.981,90 euros, devengando ambas cantidades el correspondiente interés legal del dinero.

6. Por la representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A en concepto de acusación particular se presentó escrito de conclusiones calificando los hechos como un delito de blanqueo de capitales del art 301 C.Penal para los acusados Alvaro y Eugenio , en concepto de autores, conforme al art 28 C.P, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando para ambos acusados la pena de prisión de dos años y la condena en costas, y en concepto de responsabilidad civil que el acusado Alvaro indemnice a la entidad BBVA en la cantidad de 2.981,00 euros cifra defraudada y asumida por el BBVA y que el acusado Eugenio indemnice al BBVA en la cantidad de 2.791,90 euros, cifra defraudada y asumida por el BBVA.

7. La defensa de los acusados Eugenio y Alvaro estimaron que los hechos perseguidos no eran constitutivos de infracción penal alguna por parte de sus defendidos, solicitando, en consecuencia, la libre absolución de los mismos, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas del procedimiento.

SEGUNDO

HECHOS PROBADOS

UNICO.- En el mes de diciembre de 2008, a través del correo electrónico el acusado Alvaro , mayor de edad, sin antecedentes penales, contactó con la supuesta empresa autodenominada "virgin Finance", que le ofrece trabajar para ellos como gestor de transferencias. El trabajo consistía en, una vez facilitados los datos del acusado, DNI, y cuenta corriente, se le ingresaría una cantidad determinada en dicha cuenta, que a su vez , él tendría que transferir a las personas y dirección que le indicaran, a cambio de una comisión del 5%. El contacto con el acusado se hizo a través de un e-mail y quien firmaba a pie de página los correos era Aurelio . Así, en diciembre de 2008, recibió el acusado, en la cuenta de su titularidad del BBVA, la cantidad de 2.981, 90 euros con la orden de transferencia a una persona llamada Clemencia , a una dirección de Kiev, Ucrania, a través de Money Gram, a cambio de una comisión de 150 euros. El acusado efectuó la transferencia, el día 3/12/2008, a las personas y direcciones indicadas, restando la comisión de 150 euros.

Previamente se le había ingresado en su cuenta la cantidad de 2.981,00 euros, siendo el ordenante del ingreso Insulating Materials Trading OB.

Eugenio , en diciembre de 2008, contacto vía correo electrónico con una supuesta empresa autodenominada HR Manage, y aceptó la oferta de constituirse en gestor financiero, para lo cual recibe, en la cuenta corriente de su titularidad la cantidad de 2.971,80 euros, siendo ordenante de la transferencia, también Insulating Materials Trading OB, y la transfiere tras restar su 5% de comisión, a una persona llamada Sergejs Mehneus, a Kiev, Ucrania, a través de Western Unión.



Las supuestas empresas Virgin Finance, y HR Manage, habían obtenido las sumas antes indicadas, sin el conocimiento ni consentimiento de su titular, de la cuenta perteneciente a Rodrigo, abierta en el BBVA, en Valladolid, valiéndose para ello de la modalidad denominada PhisinG, obteniendo los datos de Rodrigo de forma encubierta y ilegítima.

El BBVA, reintegró a Rodrigo las cantidades extraídas de su cuenta.

TERCERO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los anteriores hechos, analizando la prueba a la luz de lo dispuesto en el art. 741 y concordante de la L.E.Criminal, constituyen dos delitos de blanqueo de capitales, art. 301.3 en relación con el art. 301.1 del C.P. El Ministerio Fiscal, de forma alternativa, y la Acusación Particular, de forma principal consideran que los hechos constituyen un delito de blanqueo del art. 301.8 del C.P., pero, como luego explicaremos, consideramos que el delito cometido, lo es en la forma de "imprudencia grave", homogénea con la forma genérica, en cuanto a la posibilidad de calificarlo de este modo.

Exige el tipo penal mencionado que se adquieran, conviertan o transmitan bienes procedentes de la realización de un delito, sabiendo que provienen de ello, y la realización de actos que procuren ocultar o encubrir dicho origen, ayudando a los infractores a eludir las consecuencias de sus actos. En relación con los bienes, no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de los que tienen su origen en el mismo, razón por la cual se incluye el dinero obtenido. No es preciso, asimismo, una condena previa por el delito antecedente (sentencia entre otras, de 29.09.01), ya que, en la definición de blanqueo no se exige dicha previa condena, basta con que los bienes a ocultar procedan de hechos susceptibles de calificarse como delito, como en el caso que nos ocupa, una estafa de las denominadas informática, del art. 248.1 y 2 y 249 del Código Penal.

Por otra parte, en este caso, como luego se analizará, el problema deriva del conocimiento del origen ilícito de las cantidades de dinero manejadas por los acusados, alegando los mismos que desconocían totalmente el mismo. La jurisprudencia ha sentado que, aunque deba rebasarse la mera sospecha, este requisito no implica sino un conocimiento práctico, del que se tiene por razón de la experiencia, y que permite representarse algo como lo más probable, en una situación dada, el que permite a un sujeto medio discriminar, tener conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que proceden de un delito, admitiendo este tipo de comisión por imprudencia grave, que supone una ignorancia deliberada sobre el origen de las cantidades de dinero que propicia que el dinero procedente de una estafa informática encuentre una vía idónea para que su legítimo propietario no lo recupere. Los acusados reconocieron en Juicio Oral, haber contactado, vía correo electrónico, con empresas que les ofrecen trabajar para ellas como "gestores de transferencia", en las mismas dinámicas comitivas. Aceptan ambos, facilitando a dichas empresas sus datos personales, así como una cuenta corriente donde se les ingresaría un dinero, de modo que, los acusados, deberían transferirlo a una persona y dirección, en Kiev, reservándose una comisión en torno al 5%, a través de Money Grace o Western Union. Ambos reconocen que quien les envía los correos era un tal Aurelio, pese a que el español en que estaban escritos era claramente deficiente, la empresa que se supone les contrataba era extranjera y el dinero debía enviarse a Kiev (Ucrania). Y pretenden que, todos estos datos iniciales, no les suscita extrañeza alguna, máxime cuando, al menos uno de los acusados, confiesa conocimientos muy altos de informática, y cuando, en dichos correos, como consta en autos, en un español muy deficiente, se le hacían indicaciones en el sentido de que, cuando acudiera a efectuar la transferencia, manifestaran, si se les requería sobre ello, que el dinero era para un familiar o amigo. A mayor abundamiento, la ordenante del ingreso en las cuentas corrientes de los acusados, era Insultating Materials Trading, OB, es decir, una entidad totalmente diferente a la del contrato inicial, Virgin Finance y HR Marriage, respectivamente, lo que, al parecer, tampoco sorprende a los acusados. Los acusados, como reconocen, reciben sendas cantidades en cuentas corrientes que ellos ponen a disposición de los contratantes, cuando es de sobra conocido que, para efectuar una transferencia, en modo alguno es necesario abrir una cuenta corriente, y ambos llevan a cabo las transferencias beneficiándose de la comisión pactada.

Ha resultado plenamente acreditado, por otra parte, que, en ambas ocasiones, el dinero había sido extraído de la cuenta titularidad de María Purificación, abierta en una sucursal del BBVA, sin su conocimiento ni consentimiento, a través de la modalidad de fraude informático denominado "phising", según informe pericial de la Policía científica, ratificado en Juicio Oral.

El "phising" supone que, mediante una manipulación informática, se efectúe una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero. En este caso, el acto de disposición patrimonial no se realiza por la víctima del engaño, sino por el propio autor, a través del sistema, por lo que la transferencia debe ser no consentida. En este caso, personas desconocidas se introdujeron en el sistema informática del BBVA, a través



de un programa espía (troyano), como se extrae del informe de la Policía Científica, y obtuvieron los datos del titular y el número de cuenta y claves de acceso, ofreciendo una página web falsa, de apariencia idéntica a la original, y así consumir el fraude. El titular ofrece los datos, en la creencia de que se halla ante la página original, y el defraudador los utiliza para conseguir una transferencia patrimonial a su favor, que es lo que, en este caso, hacen quienes contactan con los acusados. De modo que, una vez sustraídas las dos cantidades objeto de estos autos, consumada la estafa, origen ilícito del dinero, los acusados ofrecen sus cuentas para que el dinero, en un primer paso, figure en las mismas y, en el plazo de 24 horas, se transfieren a Kiev, facilitando así los acusados con su conducta la vía idónea para que el dinero no vuelva a ser recuperado. Además de que, como dijimos con anterioridad, el acusado Eugenio, declara altos conocimientos de informática, para cualquier persona media resulta evidente que, el ofrecimiento del 5% de comisión, por efectuar una operación como la descrita llevada a cabo por los acusados, resulta claramente anómalo. Como lo es el tener que abrir una cuenta corriente para practicar una transferencia, para una empresa de la que se desconoce todo, distinta de quien envía el correo, en un español ininteligible, llamándose " Aurelio ", explicándoseles en los correos que, estas cantidades, eran beneficios empresariales que ellos debían transferir a unos supuestos socios, nada menos que a Kiev, y a través de sistemas que evitan totalmente el rastreo. No es de recibo que no considerasen inverosímil que una empresa reparto beneficioso de un modo tan poco convencional, necesitando intermediarios, la aceptación de ambos acusados de llevar a cabo dichas transferencias, sin querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev. Lo que hacen es, literalmente, aceptar el ofrecimiento de prestar una cuenta corriente de su titularidad, para que en ella se hagan ingresos de dinero que, a su vez, se transferirán a otras cuentas, en beneficio de personas a las que tampoco se conoce, percibiendo por ello un porcentaje, en este caso de un 5%, y esto resulta tan evidente y notoriamente anómalo, que supone adoptar como cautela mínima el abstenerse de operar, pero los acusados prefieren ignorar cualquier extremo o dato relativo al origen y al destino del dinero y perciben una comisión por algo que, realmente, les era muy sencillo y fácil. Y en ello radica la imprudencia grave, ya que su negligencia propicia que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo.

El Ministerio Fiscal había calificado los hechos como un delito de estafa informática de los arts 248.1 y 2 y 249 C.Penal. Considera sin embargo, esta Sala, por las razones antes dichas, que los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tienen como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar.

SEGUNDO.- De dichos delitos son autores, cada uno de ellos, ex art. 28 del Código Penal, los acusados

TERCERO.- No concurren en las mismas circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

CUARTO.- Procede imponer, a cada acusado, ex art. 66 del Código Penal, y 301.3 y 301.1 del Código penal, la pena de 6 meses de prisión y accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa, para Alvaro, de 2.981,90 euros y para Eugenio, de 2.971,80 euros, en ambos casos, con responsabilidad subsidiaria de un mes de privación de libertad, caso de no satisfacer la multa, ex art. 56 y 53.2 del Código Penal.

QUINTO.- Ex art. 116, los acusados indemnizarán al BBVA, entidad perjudicada, ya que el Sr. María Purificación fue indemnizado en su totalidad por dicha entidad, en el 5% de las cantidades de las que fue objeto de apoderamiento la cuenta de María Purificación, teniendo el BBVA abierta la vía civil para reclamar, si fueran habidos, a los autores de la estafa el importe defraudado, y respondiendo los acusados solamente, en concepto de responsabilidad civil, de aquella cantidad de la que se han lucrado.

SEXTO.- las costas se impondrán, por mitad, a los acusados

FALLO

PARTE DISPOSITIVA: Condenamos a Alvaro, como autor de un delito de blanqueo de capitales, por imprudencia grave, ya circunstancia sin concurrencia modificativa de responsabilidad penal, a la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2.981,90 euros, con pena sustitutoria de un mes de privación de libertad caso de impago, costas por mitad y que indemnice al BBVA en el 5% de la cantidad de 2.981,90 euros, absolviéndosele libremente del delito de estafa de que venía siendo acusado.



Condenamos a Eugenio como autor de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, ya circunstanciado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de 2.971,90 euros, con pena sustitutiva de 1 mes de prisión de libertad en caso de impago, costas por mitad y que indemnice al BBVA en el 5% de 2.971,90 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que unirá certificación al rollo de esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ