



Roj: **SAP VA 1539/2012 - ECLI: ES:APVA:2012:1539**

Id Cendoj: **47186370042012100443**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **4**

Fecha: **15/11/2012**

Nº de Recurso: **967/2012**

Nº de Resolución: **460/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00460/2012**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 de VALLADOLID**

Domicilio: C/ ANGUSTIAS Nº 21

Telf: 983 413275-76

Fax: 983 310 333

**Modelo:** 213100

**N.I.G.:** 47186 43 2 2010 0411661

**ROLLO:** APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000967 /2012

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 2 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000166 /2011

RECURRENTE: Pedro Enrique , Andrés

Procurador/a: FERNANDO RUIZ LOPEZ, DAVID VAQUERO GALLEGO

Letrado/a: JOSE LUIS PARIENTE PEREZ, PAULA ALLER FRANCO

RECURRIDO/A: BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA BBVA SA, MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: CONSUELO VERDUGO REGIDOR

Letrado/a:

**SENTENCIA Nº 460/2012**

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSE LUIS RUIZ ROMERO

D. ÁNGEL SANTIAGO MARTÍNEZ GARCÍA

DÑA.MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO

En VALLADOLID, a quince de Noviembre de dos mil doce.

VISTO, por esta Sección 4 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador FERNANDO RUIZ LOPEZ, en representación de Pedro Enrique , y el Procurador DAVID VAQUERO GALLEGO, en representación de Andrés , contra Sentencia dictada en el procedimiento Abreviado 166/2011 del JDO. DE LO PENAL nº 2 de Valladolid; habiendo sido partes en él, como apelantes



los mencionados recurrentes, y como apelados el BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA BBVA SA, representado por la Procuradora CONSUELO VERDUGO REGIDOR y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, actuando como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. DÑA. MARIA TERESA GONZALEZ CUARTERO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha dieciocho de Junio de dos mil doce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"ÚNICO .- Se declara expresamente, de acuerdo con la prueba practicada, que en fechas no determinadas, pero anteriores al 21 de diciembre de 2009, personas no identificadas, y por mecanismos que no han podido ser determinados, pero no consentidos por el titular, obtuvieron las claves y contraseñas para operar a través de internet en la cuenta del Banco BBVA nº 0182 1623 16 0000138759 cuya titularidad correspondía a la entidad mercantil Ryava SL.

Esas personas no identificadas contactaron, a mediados de diciembre de 2009, con el acusado Andrés , mayor de edad y sin antecedentes penales, y con el acusado Pedro Enrique , mayor de edad, sin antecedentes penales, no teniendo dichos acusados relación entre sí, mediante el envío de un correo electrónico desde la dirección DIRECCION000 , en el primer caso y desde la dirección DIRECCION001 , en el segundo, donde les informaban de la posibilidad de trabajar para la empresa www.westunion group.com, para procesar transferencias, siendo la retribución por dicha actividad de 2,5 más un 4% por cada transferencia, que recibieran en su cuenta, la retiraran en metálico de la misma y la enviaran a través de Wester Union, enviando cada uno de los acusados, como aceptación de esta actividad, un formulario con sus datos personales y número de cuenta donde decían además conocer el sistema de transferencias de Wester Union y Money Gram.

El 21 de diciembre de 2009, las personas no identificadas, realizaron una transferencia no consentida desde la cuenta del BBVA de la entidad mercantil Ryava SL, utilizando las claves y contraseñas de dicho titular, obtenidas sin su conocimiento, ni consentimiento, y dispusieron de 2.951,47 que enviaron a la cuenta del BBVA nº NUM000 del acusado Andrés , quien recibió instrucciones por teléfono, desde número oculto, para que con urgencia retirara la cantidad que le había sido transferida a su cuenta y la enviara a través de Wester Union a Kiev ( Ucrania) a nombre de Gregoria , y se quedara con 150 como comisión, lo que así hizo, movido por el ánimo de obtener un beneficio económico, representándose, al menos, la posibilidad del carácter fraudulento de dicha actividad.

La entidad BBVA ha reintegrado a la entidad perjudicada Ryava SL la cantidad que se dispuso de su cuenta de 2951,47.

El mismo 21 de diciembre de 2009, las personas no identificadas, realizaron una transferencia no consentida desde la cuenta del BBVA de la entidad mercantil Ryava SL, utilizando las claves y contraseñas de dicho titular, obtenidas sin su conocimiento, ni consentimiento, y dispusieron de 2.981,49 que enviaron a la cuenta del BBVA nº NUM001 del acusado Pedro Enrique , quien recibió instrucciones por teléfono, para que con urgencia retirara la cantidad que le había sido transferida a su cuenta y la enviara a través de Wester Union a Kiev, ( Ucrania) y se quedara con 150 como comisión, lo que así hizo, movido por el ánimo de obtener un beneficio económico, representándose, al menos, la posibilidad del carácter fraudulento de dicha actividad.

La entidad BBVA ha reintegrado a la entidad perjudicada Ryava SL la cantidad que se dispuso de su cuenta de 2.981,49."

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

"Que debo condenar y condeno a Pedro Enrique como cooperador necesario criminalmente responsable de un delito de estafa ya definido, a la pena de UN AÑO de PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena y a que con declaración de responsabilidad civil indemnice a la entidad BBVA en la cantidad 2.981,49, más el interés legal, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Que debo condenar y condeno a Andrés como cooperador necesario criminalmente responsable de un delito de estafa ya definido, a la pena de UN AÑO de PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena y a que con declaración de responsabilidad civil indemnice a la entidad BBVA en la cantidad 2951,47, más el interés legal, y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular".

**SEGUNDO.**- Contra dicha Sentencia, por las representaciones procesales de los hoy recurrentes, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.



**TERCERO.-** Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentaron escritos de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

**CUARTO.-** Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, y no habiendo propuesto prueba en segunda instancia, al estimar la Sala que no era necesaria la celebración de la vista para la correcta formación de una convicción fundada, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.

## HECHOS PROBADOS

En fechas no determinadas, anteriores en todo caso al 21 de diciembre de 2009, personas no identificadas, por mecanismos de la modalidad denominada "phising" sin consentimiento del titular, obtuvieron las claves y contraseñas de la cuenta nº 01821623160000138759, del BBVA, cuyo titular es de la entidad mercantil RYAVA SL, de forma encubierta e ilegítima. A mediados de diciembre de 2009, mediante el envío de un correo electrónico desde la DIRECCION000, en caso del acusado Andrés, mayor de edad, sin antecedentes penales, y desde la dirección DIRECCION001, en caso del acusado Pedro Enrique, mayor de edad, sin antecedentes penales, contactan con ambos, que no tenían relación entre sí, quienes se hacían denominar Empresa www.westunion group.com, informándoles de la posibilidad de trabajar para ellos, como gestores de transferencias. El trabajo consistía en, una vez que el acusado facilitaba sus datos personales, DNI y cuenta corriente, se le ingresaría una cantidad determinada, en dicha cuenta que, a su vez, él tendría que transferir, percibiendo una retribución del 2,5 euros y un 4% del tal de la transferencia. Las transferencias se harían a través de Wester Unión y Money Gram.

Ambos acusados aceptaron, por separado, efectuar las operaciones y, así, el 21 de diciembre de 2009, se realizó una transferencia, no consentida por Tyava S.L., desde la cuenta de dicha empresa en el BBVA, a la de Andrés, también en el BBVA, nº NUM000, por valor de 2.951.47 euros. El acusado recibió instrucciones por teléfono, desde un número oculto, para que, urgentemente, retirara la cantidad transferida a su cuenta y la enviara, a través de Wester Unión a Kiev (Ucrania), a nombre de Gregoria, quedándose con 150 euros como comisión. El acusado efectuó la transferencia, quedándose con 150 euros.

El mismo día, 21 de diciembre de 2009, se realizó una transferencia, con consentida por Ryava SL, desde la cuenta de dicha empresa en el BBVA, a la cuenta, en el mismo banco de Pedro Enrique, nº NUM001, por valor de 2.981,49 euros.

El acusado recibió instrucciones por teléfono, desde un número oculto, para que retirara urgentemente esta cantidad y la enviara, a través de Wester Union a Kiev (Ucrania), y se quedara con 150 euros, lo que así hizo el acusado.

El BBVA, ha reintegrado a la entidad Ryava SL la cantidad total de 2.981,49 euros.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO .-** La juzgado a quo ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de estafa, artículos 248 y siguientes, mientras que, si bien el Ministerio Fiscal lo hace de forma alternativa, la acusación particular, como principal, considera los hechos constitutivos de un delito de blanqueo de capitales, del art. 301.1 y 301,3 del Código Penal.

Esta Sala entiende que, los hechos, constituyen un delito de blanqueo de capitales, arts. 301.1 y 3 del Código Penal, en la modalidad de "imprudencia grave", no un delito de estafa, como se califica por la juzgadora a quo, tal como, de modo principal, califica la acusación particular. El acusado Andrés compareciente en juicio oral, y el acusado Pedro Enrique, no compareciente pero cuya declaración se incorporó como documental, admitieron haber recibido las transferencias bancarias, haber sacado el mismo día el dinero y haberlo enviado, a través de Wester unión, a Kiev, conforme a las instrucciones que se les dieron y quedándose con la comisión, en ambos casos, de 150 euros.

Así mismo, la representante de Ryava SL, en juicio oral, confirmó la ausencia de consentimiento de su empresa en cuanto a las operaciones llevadas a cabo, en lo que abundó la declaración de Leonor, del BBVA, que afirmó que las claves y las contraseñas de la titular se habían manipulado y se había conseguido extraer de la cuenta las cantidades que se mencionan en los hechos probados, y la de los policías nacionales. De modo que, el hecho de la manipulación de la cuenta y la transferencia a las cuentas de los acusados y de estos a Kiev está plenamente acreditada.



El tipo penal del blanqueo exige que se adquiera, conviertan o transmitan bienes procedentes de la realización de un delito, sabiendo que proviene 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 lo cual se incluye el dinero obtenido. No es preciso una condena previa por el delito antecedente, ya que, en la definición de blanqueo, no se exigen dicha condena previa, basta con que los bienes a ocultar o a transmitir, sea susceptibles en su origen de calificarse como delito de estafa informática, del art. 248.1 y 2 y 249 del Código Penal .

En este caso, el problema de la calificación jurídica de los hechos deriva del conocimiento del origen ilícito de las cantidades de dinero manejadas por los acusados, alegando los mismos que desconocían ese origen. La jurisprudencia ha sentado que, aunque debe rebasarse la mera sospecha, este requisito no implica sino un conocimiento práctico, del que se adquiere por razón de la experiencia, que permite representarse algo como lo más probable, en una situación dada, que permite al sujeto medio discriminar, tener conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que proceden de un delito, admitiéndose la comisión de este delito por imprudencia grave, que supone una ignorancia deliberada sobre el origen de las cantidades de dinero que propician que el dinero que procede de una estafa informática, encuentre una vía idónea para que su legítimo propietario no lo recupere. La dinámica que se empleó en ambos casos fue la misma, y los acusados pretenden que no les cause extrañeza recibir una cantidad elevada de dinero en su cuenta, para efectuar una transferencia, nada menos que a Ucrania, ordenada por personas que no se identifican, cuando es de sobra sabido que no es preciso abrir ninguna cuenta corriente para efectuar una transferencia, y cuando no coincide quien les envía el correo y con quien ellos contratan efectuar las transferencias a Ucrania.

En ambas ocasiones el dinero se detrajo empleando el fraude informático denominado "phising", que supone que, mediante la manipulación informática, se efectúe una transferencia no consentida de activos en principio 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. Personas no identificadas se introducen en el sistema informático del BBVA a través de un programa espía (troyano), como se extrae del informe de la Policía Científica, obtienen los datos del titular, número de cuenta y claves de acceso y consuman el fraude. Una vez sustraídas así las cantidades objeto de este caso, consumada la estafa informática, los acusados lo que hacen es ofrecer sus cuentas para que el dinero, de origen ilícito, lo que pueden perfectamente representarse, en un primero faso figure en las mismas y, en 24 horas, se transfiere a Ucrania, facilitando así, con su conducta, los acusados, que el dinero no se recupere por el titular. Para cualquier persona media resulta evidente que, el ofrecimiento del 4% de comisión por efectuar una operación como la que los acusados llevan a cabo, resulta claramente anómalo. Como lo es tener que abrir una cuenta corriente para efectuar una transferencia, para una empresa de la que se desconoce todo, y empleando sistemas que evitan totalmente el rastreo. No es de recibo que los acusados no consideran inverosímil que una empresa necesite intermediarios para efectuar transferencias al extranjero, sin querer plantearse, por tanto, con deliberada ignorancia, qué trascendencia puede tener el trabajo que ellos realizan y el origen de las sumas de dinero que van a transferir, lo que hacen, literalmente, es 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 transferirá a otras cuentas, a beneficio de personas también desconocidas, y percibiendo por ello una comisión de el 4%, lo que resulta tan evidente y notoriamente anómalo, que supone adoptar, como cautela mínima, abstenerse de operar, pero los acusados prefirieron ignorar cualquier extremo o dato relativo al origen y destino del dinero y percibir una comisión por una operación que les resultaba muy sencilla 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 diligencia o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial causado. El Ministerio Fiscal, y así se acoge a quo, calificó los hechos, principalmente, como un delito de estafa informática, arts. 248, 1 y 2 y 249 del C.P . Pero consideramos que, el encaje de los hechos no es el tipo de la estafa sino en el de blanqueo, ya que los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de las fases. El delito de estafa se consuma cuando se produce el apoderamiento de las cantidades de dinero del sujeto ajeno, el tercero perjudicado, de modo que, los acusados intervienen en una operación posterior, que tiene como base la estafa cometida, ya que el perjuicio económico ya se han causado a través del artificio informático, consistiendo su actuación en ocultar el dinero y transferirlo a un lugar que impide su recuperación, que es lo que se castiga en el tipo penal del art. 301 C.P .

**SEGUNDO.-** Del delito de blanqueo son autores los acusados, respectivamente, ex art. 28 del C.P ., no concurriendo, en ninguno de ellos, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Y así, ex art. 66 del C.P ., procede imponer a cada acusado la pena de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa, para Andrés , de 2951,47 , y para Pedro Enrique ,



la de 2981,49 , en ambos casos con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes de privación de libertad, caso de no satisfacer la multa, ex art. 56 y 53,2 del C.P .

Así mismo, conforme dispone el art. 116 del C.P ., los acusados indemnizarán, cada uno, al BBVA en 150 , teniendo esta entidad abierta la vía civil para reclamar, caso que los autores de la estafa informática fueran habidas, el importe defraudado, respondiendo los acusados solamente de la cantidad de la que se han lucrado. Los acusados abonarán las costas por mitad, incluidas las de la Acusación Particular.

Ciertamente, en los recursos, las defensas solicitan la libre absolución de sus defendidos, tesis que este Tribunal rechaza, por las razones esgrimidas. Aún así, aunque ninguna de las partes solicite, en el recurso, la condena por el delito de blanqueo en su modalidad de imprudencia grave, esta Sala considera que es la calificación correcta de los hechos y, dado que resulta una pena mas leve que la impuesta en la instancia, y tratándose de un delito por el que la Acusación Particular acusa de modo principal y el Ministerio Fiscal alternativo, no se considera vulnerado el principio acusatorio al acogerse dicho planteamiento, como decimos, más beneficioso para los acusados que el recaído en la instancia.

En atención a lo expuesto:

## FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Andrés , así como el presentado por la representación de Pedro Enrique , ambos contra la Sentencia de 18.6.-12, del Juzgado de lo Penal n1 2, se revoca la misma y, en consecuencia, se condena a Andrés , como autor de un delito de blanqueo de capitales, por imprudencia grave, ya circunstanciado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2951,47 , y arresto sustitutorio de 1 mes de privación de libertad caso de impago, costas por mitad, incluidas las de Acusación Particular, y que indemnice al BBVA en 150 , absolviéndole libremente del delito de estafa de que fue condenado en la instancia, y se acusa por el Ministerio Fiscal.

Condenamos a Pedro Enrique , como autor de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, ya circunstanciado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 2981,49 , con arresto sustitutorio de 1 mes en caso de impago, costas por mitad, incluidas las de la Acusación Particular y que indemnice al BBVA en 150 , absolviéndole libremente del delito de estafa del que fue condenado en la instancia y se le acusa por el Ministerio Fiscal".

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Remítase al Juzgado certificación de esta resolución para cumplimiento de lo acordado, junto con los autos originales y una vez notificado a las partes y recibido su acuse archívese este recurso de apelación, previa nota en los libros.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en audiencia pública en el día 16 de **no** viembre de 2012, de lo que yo el/la Secretario/a, doy fe.