

Roj: **STS 3465/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3465**Id Cendoj: **28079120012015100474**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/07/2015**Nº de Recurso: **252/2015**Nº de Resolución: **491/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por las representaciones de Constancio , Hernan , Pablo , y de las mercantiles JUTORVE, MAUN INVERSIÓN, S.L., y PACO GESTION INTERNACIONAL, S.A., contra sentencia de veintitrés de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta en causa seguida contra Constancio y Hernan por delito de uso de información relevante y blanqueo de capitales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Constancio representado por el Procurador Sr. Aguilar Fernández; Hernan , MAUN INVERSION S.L., y PACO GESTION INTERNACIONAL S.L., representados por el Procurador Sr. Collado Molinero; Pablo y la mercantil JUTORVE representados ambos por el Procurador Sr. Julvez Peris-Martín; interviene como parte recurrida EUROHYPO AG SUCURSAL EN ESPAÑA (ahora denominada tras su cambio de nombre HYPOTHEKENBANK FRANKFURT AG SUCURSAL EN ESPAÑA) representada por la Procuradora Sra. Fuertes Suarez.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción núm. 2 incoó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 53/2013 contra Constancio y Hernan por delito de uso de información relevante y blanqueo de capitales y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional (Rollo de Sala, Procedimiento Abreviado 6/2014) que con fecha 23 de diciembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

### **"Y así expresamente se declara**

*El 5 de mayo de 2.006, "Parquesol Inmobiliaria y Proyectos S.A." (en adelante, Parquesol), empezó a cotizar en Bolsa a un precio de 23 euros por acción. Como consecuencia de la evolución bajista de las acciones durante el citado mes, en la que la acción apenas llegaba a los 17 euros, la mercantil "New Gp Cartera S.L.U." (en adelante New Gp), accionista mayoritario de Parquesol, decidió iniciar las gestiones tendentes a la venta de las acciones de Parquesol.*

*La mercantil "Inmobiliaria Grupo San José" (en adelante, Grupo San José), interesada en la adquisición de las acciones de Parquesol, inició una serie de contactos tendentes a llegar a un acuerdo sobre la compra de ésta última a través de varias reuniones que se extendieron desde los últimos días de junio de 2.006 hasta los primeros días de julio, en las que intervinieron, por la parte interesada en la adquisición de Parquesol, los propios asesores financieros de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas y el propio Grupo San José y, por parte de la entidad vendedora, New Gp. A la finalización del citado período, el presidente de Grupo San José, D. Feliciano ofreció a los representantes legales de Parquesol adquirir sus acciones con un rango similar al que tenían al inicio de su cotización en Bolsa, esto es, 23 euros por acción. Aceptada la propuesta por Parquesol, Grupo San José inició una serie de contactos con diversas entidades bancarias tendentes a financiar la operación. Entre otras, se*



reunió en la mañana del 19/07/2006, en la sede de Grupo San José, en la localidad madrileña de Tres Cantos, con el acusado Constancio , mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo AG, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, con sede en Alemania, a quien ya conocía no sólo del sector inmobiliario, sino a nivel personal por haber coincidido en cacerías, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de Parquesol y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba financiara la operación de compra de las acciones de Parquesol. Acto seguido, el presidente de Grupo San José puso en contacto al mencionado acusado con D. Carlos José , Director Financiero de Grupo San José, quien acudió al despacho de D. Feliciano a saludar al acusado con el que quedó en reunirse al día siguiente.

El 20/07/2006, Constancio , con objeto de financiar la operación de compra de las acciones en las que Grupo San José estaba interesado, se reunió en la oficina del Paseo de la Castellana 110, además de con el citado D. Carlos José , con el asesor financiero de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas, asistiendo por parte de Eurohypo, un representante de Atlas Capital como asesor financiero y un representante legal de la firma de abogados Cuatrecasas, quien elaboró un contrato de confidencialidad con Eurohypo ese mismo día.

En la reunión, se partió de la premisa de que los términos básicos de la operación de compra que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre Parquesol no podría ser inferior al que ostentaba al inicio de su cotización en Bolsa, es decir, el rango del precio de la acción no podría ser inferior a los 23 euros, por cuanto era un requisito exigido por la familia Edemiro , accionista mayoritario de Parquesol.

El 21/07/2006, Grupo San José fijó definitivamente el precio de compra de las acciones de Parquesol en 23,10 euros por acción. Ese mismo día, Eurohypo comunicó a Grupo San José que no podían financiar la operación de compra interesada que llevó a cabo la entidad Barclays.

El 28/07/2006 se cerró el acuerdo definitivo entre Grupo San José y New Gp Cartera, accionista mayoritario de Parquesol, por el que el primero se comprometía a presentar una oferta pública de adquisición (OPA) a un precio de 23,10 euros por acción que fue puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ese mismo día y lo registró como hecho relevante. La cotización de las acciones de Parquesol se suspendió desde las 12,52 horas del día 28, cuando las acciones cotizaban a 21,85 euros, y se reanudaron a las 8,30 horas del 31 de julio de 2.006, siendo el precio de su cotización 22,80 euros.

Una vez que Constancio tuvo conocimiento, tras la reunión con D. Feliciano el 19/07/2006, de la oferta pública de acciones que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre las acciones de Parquesol y de los términos básicos de la operación de compra, que implicaba que el precio de la acción no podría ser inferior al del inicio de su cotización en Bolsa, es decir, al de 23 euros por acción, informó de tales extremos al acusado Hernan , mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el teléfono móvil NUM000 que la entidad Eurohypo había puesto a su disposición, llamando o enviando una serie de mensajes a los números NUM001 y NUM002 utilizados por el citado, con quien le unía además de una buena relación de amistad, intereses económicos.

Tales contactos telefónicos que se iniciaron a las 11.08 horas del referido día 19/07/2006 y se reiteraron a las 12.40, 12.48, 14.57 y 16.17 horas de ese mismo día, motivó que el acusado Hernan , comprara, desde las 13,13 horas de ese mismo día 19/07/2006 y continuara adquiriendo los días 20 y 21 de julio, a través de varias sociedades de su titularidad, acciones de Parquesol.

En concreto, las entidades utilizadas por Hernan para comprar acciones de Parquesol y el importe adquirido por cada una de ellas es el siguiente:

MAUN Inversión S.L. del que el citado es administrador único, compró entre los días 19, 20 y 21 de julio de 2.006 un total de 321.058 acciones por un total de 6.328.856,96 euros, a un precio medio de 19,71 euros por acción. Las referidas acciones fueron vendidas el 13/08/2006 a un precio de 23.01 euros por acción, percibiendo un total de 7.387.604 euros, es decir, el beneficio obtenido ascendió a 1.058.747,04 euros.

P. A. C. O. Gestión Internacional S.L., del que el citado acusado fue socio único hasta la extinción de la sociedad, compró el 19/07/2006, 120.000 acciones a 19,12 euros por acción, lo que ascendió a 2.294.823,35 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a 22,82 euros la acción, por un precio total de 2.738.400 euros, obteniendo con esta operación una ganancia de 443.576,65 euros.

FONCYG, sociedad que fue absorbida después de los hechos por MAUN, adquirió el 19/07/2006, 18.500 acciones de Parquesol a un precio de 19,10 euros por acción, por un importe de 353.350 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a 22,82 euros por acción, por un precio total de 422.210,54 euros, obteniendo en esta operación un beneficio de 68.860,54 euros.

A.A. INVER PLUSQUAM, absorbida mas tarde por MAUN, adquirió el 19/07/2006, 7.523 acciones a razón de 19,65 euros por acción, por un importe de 147.826,95 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a un precio de 22,82 euros por acción, obteniendo un importe de 171.674,86 euros, lo que supuso un incremento de 23.847,91 euros.

Igualmente, el acusado *Constancio* informó a partir del 19/07/2006, a su cuñado *Pablo*, hermano de su esposa, de la oferta pública de acciones que iba a llevar a cabo Grupo San José sobre Parquesol, motivando que, tras solicitar un crédito bancario, el 21/07/2006, la mercantil JOTURVE, propiedad del citado, adquiriera un total de 9.000 acciones de la misma, a un precio de 19,69 euros la acción, lo que ascendió a 177.234,50 euros que fueron vendidas entre los días 3, 4 y 6 de octubre de 2.006, por un precio de 23,02 euros por acción, por un precio total de 207.180 euros, obteniendo en ese periodo una ganancia de 29.945,50 euros.

Además de las anteriores adquisiciones efectuadas a través de transacciones realizadas en entidades bancarias sitas en territorio español, los dos acusados, de mutuo acuerdo, abrieron en el principado de Andorra, en concreto, en la entidad bancaria Andorra Bank Agricole Reig, (en adelante ANDBANK), diversas cuentas, bien para adquirir acciones de Parquesol, o para ingresar los beneficios obtenidos con la diferencia de precio entre la adquisición y su posterior venta.

Así, *Hernan* abrió el 19/06/2006, en ANDBANK, la cuenta numerada NUM003, con la que compró 194.992 acciones de Parquesol a un precio medio de 19,59 euros por acción, por un precio total de 3.804.034,70 euros que fueron vendidas el 11 de agosto por importe de 4.449.717,44, a razón de 22,82 euros por acción, obteniendo un beneficio de 645.682,74 euros.

Con el saldo existente en la referida cuenta y antes de cancelarla, efectuó dos reintegros. Uno de ellos, realizado el 22/08/2006, por importe de 2.609.514,35 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada NUM004 de la que era titular la compañía panameña "Bellambi" Corp. de la que el citado *Hernan* era apoderado. El segundo reintegro, que tuvo lugar el 23/08/2006, por importe de 2.500.000 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada NUM005, de la que era titular la mercantil panameña "Portentor" Inc, en la que figuran apoderados los dos acusados, *Constancio* y *Hernan*.

Por su parte, *Constancio* procedió a abrir en ANDBANK el 22/08/2006, la cuenta numerada NUM006, de la que era titular la mercantil panameña "Impett International Inc", y de la que el citado era apoderado, a la que transfirió 800.000 euros procedentes de la cuenta de "Portentor".

La información aparecida en los diarios económicos que figuran en las actuaciones en los días previos al 19/07/2006 no contenían ningún dato sobre una posible O.P.A. de Grupo San José sobre Parquesol.

No consta que los superiores de Eurohypo en Alemania tuvieran conocimiento ni del procedimiento administrativo ni del sancionador incoado a raíz de los hechos por la C.N.M.V".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**" FALLAMOS**

**QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a *Constancio* como autor criminalmente responsable de un delito de uso de información relevante, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, **dos años de prisión**, multa de 1.595.032,14 euros, con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de un año, inhabilitación especial para el ejercicio de las actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y pago de las costas por mitad, incluyendo expresamente las causadas a la acusación particular ejercida por Eurohypo AG, sucursal en España.

Igualmente condenamos a *Constancio* y *Hernan*, como autores criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales a la pena, para cada uno de ellos de un delito de blanqueo de capitales a la pena, para cada uno de ellos, **de dos años de prisión**, multa de 645.682,74 euros, con responsabilidad civil subsidiaria durante 6 meses en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pago de las costas del juicio.

**Se declara el comiso** de las ganancias de 1.595.032,14 euros obtenidos por *Hernan* a través de las entidades MAUN INVERSION S.L.; P.A.C.O. GESTION INTERNACIONAL, S.L., FONCYG Y A.A.A INVER PLUSQUAM y el de las obtenidas por *Pablo*, a través de JUTORVE en la cantidad de 29.945,50 euros".

**TERCERO.-** En fecha 13 de enero de 2015, la Audiencia dicta Auto de aclaración donde se **acuerda** :

**RECTIFICAR** la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2014, aclarando que, en el Fallo de dicha Sentencia debe añadirse "igualmente y por aplicación del mismo artículo 127 del Código Penal, se declara el comiso de las ganancias obtenidas por *Hernan* en la cantidad de 645.682,74 euros".

**CUARTO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de *Constancio*, *Hernan*, *Pablo*, y de las mercantiles JUTORVE, MAUN INVERSIÓN, S.L., y PACO GESTION INTERNACIONAL, S.A., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal



Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

La representación de Constancio :

**Motivo Primero.-** Al amparo del artículo 849.2 de la LECrim ., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**Motivo Segundo.-** Al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el artículo 24 de la CE , por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de instancia.

**Motivo Tercero.-** El motivo se produce al amparo del art 852 LECrim y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art 24.2 CE , derivado de la falta de prueba de cargo en cuanto a la influencia de la información obtenida sobre la cotización de la acción.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim ., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 285.1 del CP , al haber atribuido indebidamente al Sr. Constancio la cualidad especial requerida en el tipo, con infracción del principio de legalidad penal.

**Motivo Quinto.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim ., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 285.1 del Código Penal , que han sido indebidamente aplicado al recurrente, al considerar que el mero conocimiento de las negociaciones sobre una futura OPA es información relevante en el sentido del tipo penal.

**Motivo Sexto.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim ., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 285.1 del código penal , que ha sido indebidamente aplicado al recurrente al haberse calculado indebidamente el beneficio económico obtenido.

**Motivo Séptimo.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim ., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 285.1 del Código Penal , al no contenerse en el hecho probado ni en la fundamentación jurídica los elementos necesarios para extender el dolo al resultado típico.

**Motivo Octavo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ , en relación con el artículo 24 de la Constitución , por haberse presumido en contra del reo, sin prueba suficiente, que los fondos utilizados en las operaciones atribuidas a mi representado tienen una procedencia ilícita.

**Motivo Noveno.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 301 del Código Penal , que ha sido indebidamente aplicado al recurrente, al considerar objeto del blanqueo el efecto material de un hecho atípico.

**Motivo Décimo.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 301 del Código Penal , que ha sido indebidamente aplicado al recurrente, al concurrir los presupuestos del auto-encubrimiento impune, resultando de la doble punición un exceso punitivo que vulnera el principio de la culpabilidad jurídico-penal.

**Motivo Undécimo.-** Al amparo de lo dispuesto por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida e] artículo 66.6 del Código Penal con relación a los delitos del art. 285.1 del Código Penal y del art. 301 CP , por los que ha sido condenado el recurrente.

La representación de Hernan :

**Motivo Primero.-** Se formaliza al amparo del artículo 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de la prueba basado en documento obrante en autos.

**Motivo Segundo.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE , por cuanto la sentencia recurrida declara probados determinados datos de



hecho que utiliza para integrar la calificación de los hechos como delictivos, sin disponer de prueba de cargo suficiente par justificar su inclusión en el relato histórico de la Sentencia.

**Motivo Tercero.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., denunciamos la infracción, por aplicación indebida, del artículo 285 del Código Penal .

**Motivo Cuarto.**- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., denunciamos la infracción por indebida aplicación del artículo 301 del CP , toda vez que los hechos declarados probados no constituyen un delito de blanqueo de capitales.

**Motivo Quinto.**- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., denunciamos la infracción del artículo 127 del CP . Se plantea este motivo con carácter subsidiario para el caso de ser desestimados los anteriores.

La representación de **MAUN INVERSION, S.L. y PACO GESTION INTERNACIONAL, S.A .:**

**Motivo Primero.**- Se formaliza al amparo del artículo 849.2º de la LECrim ., por error en la valoración de la prueba basado en documento obrante en autos.

**Motivo Segundo.**- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE , por cuanto la sentencia recurrida declara probados determinados datos de hecho que utiliza para integrar la calificación de los hechos como delictivos, sin disponer de prueba de cargo suficiente par justificar su inclusión en el relato histórico de la Sentencia.

**Motivo Tercero.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., denunciamos la infracción, por aplicación indebida, del artículo 285 del Código Penal .

**Motivo Cuarto.**- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., denunciamos la infracción por indebida aplicación del artículo 301 del CP , toda vez que los hechos declarados probados no constituyen un delito de blanqueo de capitales.

**Motivo Quinto.**- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., denunciamos la infracción del artículo 127 del CP . Se plantea este motivo con carácter subsidiario para el caso de ser desestimados los anteriores.

La representación de la mercantil JUTORVE y Pablo

**Motivo Primero.** - Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 24.2 de la CE , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y subsidiariamente el principio in dubio pro reo en relación al delito de uso de información relevante.

**Motivo Segundo.**- Infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim ., por indebida aplicación del artículo 285.1 del Código Penal y 122 y 127 del mismo texto legal .

**Motivo Tercero.**- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos y que evidencian la equivocación del Tribunal en orden a la valoración de la prueba.

**SEXTO.**- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 9 de marzo de 2015 interesa al amparo del art. 885.1 de la LECrim sean inadmitidos los motivos aducidos por los recurrentes o subsidiariamente desestimados; quedando los autos pendientes de señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 15 de julio de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Constancio

**PRIMERO.** - En sucinto resumen, el recurrente es condenado: a) como autor de un delito del artículo 285.1 CP , por suministrar información relevante reservada sobre una próxima OPA del Grupo San José sobre las acciones de la mercantil Parquesol (conocimiento adquirido en su actividad profesional de director de Eurohypho AG, sucursal del grupo alemán Commerze Bank, al ser entrevistado sobre la viabilidad de financiar la compra), a Hernan (con quien mantenía una buena relación de amistad e intereses económicos) y a su cuñado Pablo , quienes a través de diversas sociedades adquirieron antes de hacerse pública la OPA acciones de Parquesol obteniendo Hernan una plusvalía de 2.240.714,88 euros y Pablo de 29.945,50 euros; y b) como autor de un delito de blanqueo del artículo 301 CP por actuar de común acuerdo con Hernan , en la apertura de cuentas numeradas en la entidad bancaria Andorra Bank Agrícola Reig con reintegro de saldo de cuenta donde ingresaron los beneficios obtenidos con esta negociación, a nombre de diversas entidades panameñas de las



que bien Hernan o ambos, eran apoderados y ulterior apertura de nueva cuenta numerada por Constancio , también a nombre de entidad panameña con saldo de una de las anteriores.

Formula un primer motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECr , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El documento que invoca es la noticia aparecida en el diario El Economista, el día 11 de julio de 2006, donde reseña que la entidad UBS, recomienda a sus clientes la inversión en Parquesol:

*El banco de inversión aconseja adquirir los títulos de Parquesol. Cree que pueden subir hasta los 26,10 euros, lo que supondría un avance del 45 por ciento respecto a su cierre ayer, en 18 euros .*

Argumenta el recurrente que dado que se trata de una recomendación aparecida ocho días antes de la inversión cuestionada en autos, debió ser incluido en la narración de hechos probados, pues permite una explicación alternativa a la inferencia que realiza la Audiencia, en cuanto que la decisión de inversión no se debería a un uso indebido de una información reservada, sino a la recomendación de compra por un Banco de altísima cualificación como es UBS ( *Union des Banques Suisses* ), ante las especializadas de las expectativas alcistas. El documento por tanto, concluye, acredita el error en que puede haber recaído la sentencia recurrida.

El motivo elegido es adecuado para incluir omisiones o en su caso suprimir incorrecciones, en la narración de hechos probados, pero a su vez, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala ( vd. por todas la STS núm. 368/2015, de 18 de junio ) que exige para que pueda estimarse, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Presupuestos que no cumple el documento invocado, pues la noticia publicada en el mencionado diario, en modo alguno puede considerarse documento a efectos casacionales, pues carece de autarquía para justificar por sí solo la existencia del error pretendido, es decir que la inversión en Parquesol no se produjo por indebido uso de información relevante; lo más que acredita es que era una inversión aconsejable, pero tal circunstancia ni determina la existencia de error en la apreciación de la prueba, ni deviene literosuficiente para justificar la inocencia del recurrente. El mero dato de ser una inversión económicamente atractiva, no prueba que ese fuere el motivo que determinó la inversión analizada, pero tampoco que no se hiciera uso indebido de información relevante.

Como indica la STS núm. 356/2015, de 10 de junio , no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos. No es el caso de autos, donde exclusivamente el recurrente invoca el documento como fuente probatoria que muestra otra posibilidad de lo sucedido, planteamiento que no tiene cabida por el cauce del motivo elegido.

Adelantando esta solución, el recurrente, añade que si la Sala estimase que el documento no tiene la virtualidad para modificar el hecho probado, al amparo del motivo del segundo, cabe denunciar su omisión en la valoración probatoria realizada.

Tampoco es cierta esa omisión, pues al margen de esa concreta noticia, se recogen y ponderan entre otras noticias, la del diario "Expansión", de 21 de junio de 2006, donde ya da cuenta de esa misma recomendación por parte de la entidad suiza:

*Seis semanas después de que debutara en Bolsa, Parquesol, ya empieza a formar parte de las carteras de los expertos. UBS ha iniciado la cobertura de la inmobiliaria vallisoletana con una recomendación de comprar y un*



precio objetivo de 26,10 euros, lo que supone un potencial de revalorización del 42% respecto al precio de cierre de ayer de 18,40 euros.

Si bien precisa la resolución recurrida, que ni esa, ni ninguna de otras noticias referidas en esa época a la entidad Parquesol, permiten conocer la existencia de una OPA por parte de Grupo San José, con clara alusión a que una mera tendencia alcista, no proporciona la alta seguridad de una rápida revalorización, como sí lo hace la OPA, que explique la veloz y urgente inversión por parte del coimputado, como sí lo propicia esta "relevante" información, para "apostar" por ese solo valor o en expresión de la sentencia recurrida, para originar la "frenética actividad compradora de acciones de Parquesol".

**SEGUNDO.** - El segundo motivo lo formula al amparo de lo previsto por los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECr, por infracción de derechos fundamentales, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el artículo 24 CE, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de instancia.

Alega que:

- i) La prueba resulta insuficiente al no haberse practicado prueba alguna sobre la incidencia de la información en el valor de la acción (cuestión desarrollada específicamente en el motivo tercero).
- ii) Se ha producido una irracional valoración de la prueba al haber apreciado la Sala la prueba personal (declaración del recurrente y testifical) de un modo contrario a como se produjo efectivamente. Alude a que el Sr. Carlos José, director financiero del Grupo San José no declaró que el día 19 de julio, el Sr. Constancio conociera el precio, aunque sí lo conocía el grupo San José, sin que por tanto conociera el valor dado a la "prima de control" sobre el valor de cotización, que fue fijado con posterioridad.
- iii) Se ha preterido prueba de descargo por omisión de la valoración de la noticia publicada en el diario El Economista, objeto del primer motivo, que permitía explicar de manera alternativa, afirma, la decisión de invertir del coimputado Sr. Hernan; inversión razonable conforme la propia descripción del informe del CNMV (cuestión ya analizada en el fundamento anterior).
- iv) Todo ello ha determinado un fallo dictado a partir de un proceso de inferencia que incumple los presupuestos de validez reiterados jurisprudencialmente; pues ninguna prueba directa posibilitó conocer el precio de la oferta; ni el tráfico de llamadas entre el recurrente Sr. Constancio y el Sr. Hernan resulta por tanto inequívoca; y en todo caso haya alternativas razonables que pueden explicar la decisión de invertir al margen del suministro de información.

Anticipada parcialmente la respuesta al *iii*) alegato y pospuesta la correspondiente al *i*) resta por analizar la razonabilidad del conocimiento por parte del recurrente, Constancio, del contenido esencial de la OPA, cuestionado en el *ii*) o más concretamente del precio por acción que se manejaba por parte del Grupo San José dirigido por D. Feliciano, para así concluir la razonabilidad o no de la globalidad de las inferencias impugnadas en el *iv*.

Por una parte afirma el recurrente que la reunión del Grupo San José con el recurrente fue el 19 de julio y el precio por el que se iba a lanzar la OPA conforme indica la propia sentencia recurrida no se produjo hasta el día 21; y por otra que tampoco es cierto que el Sr. Carlos José (presentado por el Sr. Feliciano al Sr. Constancio ese día 19), director financiero del Grupo San José, declarara que se le dijera el precio al Sr. Constancio; pues entiendo este recurrente que el Sr. Carlos José, solamente se limitó a remitirse a su declaración sumarial, donde afirma el conocimiento del precio ya ese día, pero no que se comunicara al Sr. Constancio.

El resumen de su declaración, recogido en la sentencia recurrida, es aceptado y reiterado por el recurrente (si bien niega que en la declaración sumarial afirmara su comunicación a Constancio):

.... indicó que en la reunión se habló de las condiciones de la financiación, del plazo y del precio y respecto de este extremo, precisó que todos sabían que tenía que ser un rango cercano a 23 euros por acción porque Parquesol acababa de salir a Bolsa y había salido por 23 euros por acción y nada más salir, empezó a bajar, hasta el punto que en esas fechas, -20 de julio 2006- la cotización estaba a menos de 20 euros por acción.

De hecho, indicó, el precio al que se lanzó la OPA fue de 23,10. Más delante de su declaración, precisó que el presidente de Grupo San José había tomado la decisión de lanzar la OPA. Y, añadió, el día 19 de julio ya tenían la decisión firme de ir a por Parquesol y, por lo que aquí afecta, al contestar a la defensa de uno de los acusados acerca de lo que el Sr. Constancio sabía tras la reunión con el Sr. Feliciano el 19/07/2006, en concreto, al ser preguntado "... si en la reunión del 19 de julio, él, su jefe o alguien de su empresa, comunicó al Sr. Constancio datos de la operación de la OPA que fueran relevantes o importantes, manifiesta que le dijeron el precio" ... más adelante y al incidir el letrado sobre ese mismo particular, figura en el acta: " Preguntado si en los



*dos minutos, se saludan y fijan el precio al director del banco, manifiesta que el señor Feliciano estaba hablando previamente con el Sr. Constancio y él se incorporó después a la reunión para que se buscara la financiación y, en ese momento, se le dijo el precio, no sabe si lo dijo él u otra persona. Se remite a lo que declaró en su día. Ratifica lo que dijo en su día respecto de este punto " .*

Llegados a estos antecedentes, hemos de precisar que el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria no tiene por objeto la realización de una nueva evaluación de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia, único al que corresponde la función, en los términos establecidos por el artículo 741 LECr . De modo que pese a los intentos del recurrente por explicar lo que quiso decir el Sr. Carlos José , lo cierto es que dijo que:

- Para financiar una operación, unos piden información a la compañía para ver si pueden acometer la compra y por otro lado, ellos tienen que saber a qué precio se acomete la OPA ;
- Así como que al Sr. Constancio se le dijo el precio; y si bien no recordaba quien exactamente, para cuya concreción se remite a su declaración sumarial.

Que la declaración sumarial, sólo se refiriera a la previa determinación del precio (la sentencia de la Audiencia no indica contenido adicional) y no a la comunicación del mismo al Sr. Constancio , no conlleva la invalidación de que Sr. Carlos José , director financiero del Grupo San José, hubiese declarado que el Sr. Constancio lo conocía, si bien por el tiempo pasado no recordaba quien exactamente se lo comunicó, indeterminación que no anula el contenido esencial de ese dato, ni siquiera porque se remitiera sobre este extremo a su declaración sumarial y en la misma tampoco constara.

Cuestiona también el recurrente, que la sentencia recurrida señalara como determinación referencial del precio de 23 euros el precio de cotización por el que había salido a bolsa, cuando este señala el recurrente andaba en torno a los 19 euros. Pero siendo 23 euros a lo que se vendieron en la Oferta Pública de Venta (OPV), tal expresión referencial recogida en la sentencia recurrida de ser esa cifra el precio de salida a bolsa, al margen de su precisión técnico-bursátil, cronológica y paladinamente cobra todo su sentido.

Por ende, desde estos antecedentes, negar en sede casacional la existencia de prueba directa sobre este extremo, en base a una mera diferencia interpretativa sobre el alcance de una concreta declaración, avoca necesariamente al fracaso; tanto más, cuando también resulta concluyente la prueba indirecta, pues si el día 19, se citan para un día o dos después para concretar la posibilidad de que Eurohypo AG financiara la OPA del Grupo de San José, el precio de adquisición pactado o al menos el rango, necesariamente era dato previo a conocer por la financiera, pues de otro modo, sin conocer el importe, al menos aproximado de la operación, dicha reunión carecía de objeto, pues nada podría indicar la financiera; lo tenían que saber los asesores que trajeron la operación y los bancos a los que estaban contactando para intentar financiar, declaró el Sr. Carlos José .

En todo caso, el Tribunal de instancia contaba con múltiples y significativos indicios, donde la imprecisión de uno de ellos, no afecta a la suficiencia de la inferencia obtenida en su consideración global: el recurrente en esa reunión, en su condición de director de entidad financiera a quien se consulta para financiar una inminente OPA, conoce el precio de oferta de compra, o al menos un rango muy aproximado y lo comunicó a Hernan y a su cuñado.

Si a ello adicionamos, que esa misma mañana, quien está ligado por razones de amistad y negocios con el recurrente, tras intercambiar con el mismo, conversaciones y mensajes telefónicos se lanza a "frenética actividad compradora de acciones de Parquesol", invirtiendo casi trece millones de euros (12.928.891,26 euros), al tiempo que instrumentaliza una cuenta numerada en Andorra para parte de esa compra; y que el cuñado del recurrente, ya el día 21, compra igualmente acciones de Parquesol, conforman un conjunto indiciario que en su interpretación global, revelan de forma concluyente el conocimiento del precio de adquisición pactado y la fuente de su conocimiento.

En modo alguno, existen las quiebras en el proceso de inferencia, alegadas y descritas por el recurrente, resumidas en el enunciado iv) .

Es obvio que la comprobación del tráfico de llamadas y mensajes no acredita por sí solo el contenido de las conversaciones y las misivas, pero la fragmentación de la suficiencia valorativa de cada indicio no es técnica adecuada; la STS núm. 77/2014, de 11 de febrero y las que allí se citan ( SSTS 744/2013,14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio ; y 527/2009, 27 de mayo ) advierten que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis





iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

La fragmentación del resultado probatorio para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio ( STS 631/2013, de 7 de junio ).

En autos, resulta acreditado que:

- a) El recurrente Sr. Constancio , en su condición profesional de director de la entidad financiera Eurohypo AG, tiene una reunión en la mañana del 19 de julio de 2006, con representantes del Grupo San José para que examinen la posibilidad de financiación de una OPA sobre de la entidad Parquesol.
- b) Esa misma mañana, el Sr. Constancio conecta en varias ocasiones vía mensajes y vía conversaciones telefónicas con el Sr. Hernan , a quien el unen lazos de amistad y negociales.
- c) Esa misma mañana, el Sr. Hernan a través de diversas sociedades, se lanza a una compra "frenética" de acciones de Parquesol, alcanzando una inversión global de 12.928.891,26 euros.
- d) El importe de las acciones adquiridas por orden del Sr. Hernan el día 19 de julio, alcanzaba el 44% del volumen total negociado en el mercado de valores español.
- e) El propio cuñado del Sr. Constancio , Pablo , también en fecha inmediata, a través de sociedad interpuesta, invierte el 21 de julio, 147.000 euros.
- f) Tras hacerse pública la OPA el 28 de julio y tras la consiguiente subida de las acciones, vendidas las mismas por Hernan entre el 11 y 13 de agosto, originan una plusvalía de 2.240.714,88 euros y las de Pablo , vendidas en 3, 4 y 6 de octubre, de 29.945,50 euros.
- g) Procedente de la cuenta numerada en ANDBANK (Andorra Bank Agrícola Reig), donde se ingresaron 4.449.717,44 euros procedentes de la venta de las acciones de Parquesol, se utilizan sendos reintegros para aperturar cuentas numeradas correlativamente a nombre de Bellambi Corp de la que Hernan era apoderado; y de Portentor Inc, entidad también panameña de la que era apoderados Constancio y Hernan ; y a su vez con reintegro procedente de esta última cuenta se apertura por Constancio una cuenta numerada más en esta entidad a nombre de la también mercantil panameña Impett Internacional Inc, de la que era apoderado.

Desde la consideración global y conjunta de esos indicios, concluir que Constancio comunicó a Hernan (y también a su cuñado), los términos esenciales de la OPA sobre Parquesol, que revelaban la inminente subida de las acciones de esta entidad, no integra una inferencia débil o abierta, sino plena y suficientemente concluyente, sustentada en un correcto razonamiento lógico.

**TERCERO.** - Como anticipamos, el tercer motivo lo formula este recurrente al amparo del art 852 LECr y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art 24.2 CE , derivado de la falta de prueba de cargo en cuanto a la influencia de la información obtenida sobre la cotización de la acción; o más bien, conforme su argumentario, en cuanto a la relación de causalidad entre la información relevante y la plusvalía obtenida.

Alega que el tipo del artículo 285 CP , exige una relación causal entre la infracción y el beneficio obtenido, pues este constituye un resultado del delito, si bien la cifra de 600.000 euros obra también como condición objetiva de punibilidad; es decir, que la información suministrada ha de ser idónea para originar dicho beneficio; aunque reconoce si bien no sigue, corrientes doctrinales que afirman la irrelevancia de la relación causal, donde la cifra de 600.000 euros opera como mera condición objetiva de punibilidad que diferencia los ámbitos administrativo y penal, pero el tipo se conforma con la mera infracción del deber de secreto.

Y desde la opción de la consideración del beneficio (o en su caso el perjuicio) como resultado del tipo, remarca el recurrente que consecuentemente debe acreditarse al relación de causalidad entre la información suministrada y el beneficio obtenido; prueba que no existe en autos, donde se ha presumido que toda la plusvalía obtenida es imputable objetivamente al conocimiento de la información reservada; pero resulta que incluso antes de que la OPA fuera anunciada, la acciones de Parquesol, ya se habían revalorizado habiendo alcanzado un precio por acción de 21,85 euros y tras el anuncio de la OPA las acciones quedaron en torno a los 22,82 euros por acción; sin que se sepa además si el precio subió siguiendo la tendencia alcista o debido precisamente al anuncio de la compra.

Por tanto, para resolver el motivo, hemos de determinar la naturaleza y función de la exigencia de la obtención de un beneficio económico de 600.000 euros; pues efectivamente, conllevan consecuencias muy diversas, por cuanto, en términos generales, quienes califican la suma de 600.000 euros como resultado del delito, admiten la punibilidad de la tentativa, requieren la existencia de un nexo causal entre el resultado y el uso de la información y que ese resultado sea abarcado por el dolo del sujeto; mientras quienes defienden la tesis de una



condición objetiva de punibilidad, en principio afirman la impunidad de las formas imperfectas de ejecución y la innecesaria de que sea abarcada por el dolo del sujeto.

Este sistema de cuantía mínima, aún cuando en nuestro ordenamiento tenga su origen en el sistema establecido en los delitos patrimoniales para diferenciar diversos grados de penalidad o su diferenciación entre los tradicionales delito y falta, cumple diversa finalidad en los delitos económicos, fundamentalmente, restringir el ámbito delictivo a conductas relevantes así como delimitar el límite entre delitos e infracciones administrativas. Así, al igual que en el delito de uso o suministro de información privilegiada del artículo 285.1 CP, encontramos cuantías mínimas con tal funcionalidad, en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social de los artículos 305 y ss. CP, o en la legislación especial de represión del contrabando ( artículo 2 LO 12/1995 ).

La jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado, se ha decantado por entender que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad; así las SSTS núm.4.216/1990 de 27 de diciembre, 38/2005, de 28 de enero, 643/2005 de 19 de mayo, 571/2006 de 21 de abril y 160/2009 de 12 de febrero, respecto del delito contra la Hacienda Pública; o las SSTS núm. 1156/1997, de 29 de septiembre, 435/2002 de 1 de marzo, 514/2002 de 29 de mayo, 2052/2002, de 11 de diciembre, 830/2003 de 9 de junio, 1030/2013, de 28 de noviembre, respecto del delito de fraude de subvenciones; o la STS núm. 646/2014, de 8 de octubre respecto del delito de contrabando.

Donde, es cierto que de manera sucinta, enfatizan la finalidad de la condición objetiva de punibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa, de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador.

No obstante, también existe algún pronunciamiento en contra, como la 974/2012 de 5 de diciembre que predica del resultado, la cuantía de la cuota, su condición de elemento del tipo objetivo, fundamentado en que el injusto penal debe concebirse como un plus de antijuricidad respecto de la infracción administrativa, que se realizaría con el mero incumplimiento del deber sin necesidad de perjuicio adicional, es decir que no basta para fundamentar el injusto el mero incumplimiento del deber, sino que requiere el desvalor cualificado del resultado.

También hemos de precisar ahora, que ante las dos posturas doctrinales antagónicas, cabe una posición intermedia, también enunciada por el recurrente, donde la obtención de un beneficio (o el más improbable, en su caso, causación de un perjuicio) cualquiera sí constituye un resultado del delito, pero que el límite cuantitativo es una condición objetiva de punibilidad.

Por su parte la STS 1136/2010, de 21 de diciembre, en expresa consideración de este delito de uso de información privilegiada, opta por no decantarse.

La defensa de la consideración de condición objetiva de punibilidad, cuenta con diversos argumentos:

- *Histórico*. - En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su art. 305, se castigaba "a quien de forma directa o por persona interpuesta usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y *obtuvo, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho ...*"; mientras que ya en el Proyecto de 1994, en su artículo 281, se castigaba a quien usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores... *obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico ...*"; a la par que en el debate parlamentario se propuso que la cuantía del beneficio se utilizara para articular una agravante específica al tiempo que se defendía que al límite cuantitativo debía servir para distinguir la infracción penal de la administrativa, texto que se aprueba en la redacción de 1995 y si vienen el actualidad su redacción proviene de la reforma operada por LO 15/2003, se mantiene la forma verbal no personal, sin explicitar conexión casual con el resultado, al sancionar a:

*quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.*

- *Gramatical*. - Pues la locución más adecuada para entender la cuantía como resultado, sería la inicial de "usare para obtener" y no el gerundio "obteniendo", forma no personal carente de definición respecto al tiempo, modo, número y sujeto; aunque denota una cierta perdurabilidad.



- *Teleológica, en función del bien jurídico protegido.* - En el delito de abuso de información privilegiada no se incriminan fraudes patrimoniales sobre patrimonios individuales ajenos ni se protege se protege de forma directa e indirecta el patrimonio del inversor; a diferencia de lo que ocurre en los clásicos delitos contra la propiedad, no es posible en el delito de abuso de información privilegiada establecer una relación causal entre la conducta del *insider* o iniciado y un correlativo perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, pues la operación del *insider* no es la causa de la decisión del inversor para la compra o venta de títulos-valores; el inversor, ya estaba dispuesto a realizar esa compra o esa venta a ese concreto precio.

Por tanto, el bien jurídico tutelado, no resulta afectado de manera frontal por una concreto beneficio o perjuicio obtenido, sino por el quebranto de la igualdad de oportunidades de los inversores respecto al acceso a la información que evite que nos sujetos obtengan indebidamente una posición de ventaja cognoscitiva por la posesión de información relevante reservada; transparencia informativa que posibilita además la confianza de los inversores en el funcionamiento del mercado. En igual sentido, la STJCE de 23 de diciembre de 2009, en el asunto *Spector* (C45/08), recuerda que la finalidad de la Directiva que tutela el sector, es la de garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada.

- *Dogmática.* - a) Porque en la cotización bursátil, influyen de manera directa e indirecta una multiplicidad de factores, de imposible previsibilidad en su ponderación global, además del componente aleatorio en alguno de ellos, de modo que difícilmente podrán ser abarcados por el dolo. Siempre habrá un componente futuro e incierto, además de inviable cuantificación, que no depende de la conducta del iniciado ni la hace más reprochable. Los factores conocidos se reflejan en los precios de mercado eficientes, pero es doctrina asumida y empíricamente acreditada en las recientes crisis, que las principales fuentes de la inestabilidad del mercado, son factores desconocidos.

b) Pero especialmente, en el tipo concurrente en autos de "suministrar" la información relevante para la cotización de un determinado valor a un tercero, donde la producción del concreto resultado depende de la ulterior actuación del receptor de la información que será quien mantenga el dominio del hecho, pues es quien decide utilizar dicha información y en qué cuantía; de modo que si responde del delito el iniciado que se limita a la provisión al tercero de la información que no debía transmitir, es meramente por asumir, al menos eventualmente que éste iba a utilizarla y que su utilización sería objetivamente idónea para la obtención del beneficio (o en su caso la causación del perjuicio); pero la efectiva utilización y causación de dicho beneficio (o en su caso de un perjuicio) superior a seiscientos mil euros sobre la que carece de todo dominio, solamente podrá integrar una condición objetiva de punibilidad.

En definitiva, al margen ya de las consideraciones de si en estos tipo de infracción de deber, la diferenciación con la mera infracción administrativa, no viene dada sólo por la cuantía mínima exigida, sino que deben añadirse diferencias cualitativas de la diversa naturaleza del delito frente a los ilícitos administrativos, no sugeridos en la norma; y al margen de su viabilidad respecto de otros delitos económicos, lo cierto es, que respecto de la concreta figura típica objeto de este proceso, dentro de las alternativamente previstas en el artículo 285.1 CP, el suministro de información relevante para la cotización de un determinado valor, la obtención del específico beneficio (o en su caso perjuicio) superior a seiscientos mil euros, depende, al margen del componente de las vicisitudes del mercado antes descritas, de la conducta del tercero, quien decide de manera autónoma, intervenir o no en el mercado con la información privilegiada que le ha suministrado el iniciado; y ello con independencia de la efectiva intención que este tuviera cuando le comunicaba la información a este tercero.

De ahí, que al mediar necesariamente para obtener el beneficio, un acto volitivo de tercero sobre el que suministrador no tiene dominio del hecho alguno, la consecución de seiscientos mil euros de beneficio, integra una auténtica condición objetiva de punibilidad, completamente independiente de la conducta del autor y de su culpabilidad, pero que determina su punibilidad.

La consecuencia es, que por la propia dicción típica, en ningún caso cabe determinar la relación de causalidad entre la conducta del iniciado que proporciona la información a otro y la efectiva obtención de un beneficio, tras su utilización en el mercado de valores (u otro mercado organizado, oficial o reconocido) por "el otro", cuando esa intervención en el mercado, como es el caso, deriva de la autónoma voluntad de alguien ajeno a quien suministra la información. Ello, abstracción hecha de la incidencia, en su caso, de las reglas generales de la participación del particular en el delito especial propio, aquí no suscitada.

Otrora cuestión, es que el suministro de la información relevante, dadas las circunstancias personales y profesionales conocidas del receptor, deba ser apto, como aquí ocurre, para generar dicho beneficio. Pero en modo alguno la estructura típica de la conducta sancionada posibilita la exigencia invocada por el recurrente



de que el resultado sea imputable objetivamente a la acción atribuida al Sr. Constancio , cuando media ruptura de la relación causal por la acción de tercero.

Consecuentemente el motivo se desestima, sin perjuicio de retomar colateralmente esta cuestión en el motivo referido a la cuantía del efectivo beneficio obtenido.

**CUARTO.** - Los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo, los formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECr ., por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 285.1 CP , respectivamente por:

- i) haber atribuido indebidamente al Sr. Constancio la cualidad especial requerida en el tipo, con infracción del principio de legalidad penal;
- ii) considerar que el mero conocimiento de las negociaciones sobre una futura OPA es información relevante en el sentido del tipo penal;
- iii) haberse calculado indebidamente el beneficio económico obtenido;
- iv) no contenerse en el hecho probado ni en la fundamentación jurídica los elementos necesarios para extender el dolo al resultado típico.

*1. Doctrina sobre error iuris .-* La sentencia núm. 637/2014, de 23 de septiembre con cita de la 579/2014 de 16 de julio , indica que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr , "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr ".

A su vez, la STS 261/2011, de 14 de abril , recordaba que "los hechos probados, como bien se sabe, están formados por el relato de los que la Sala responsable del juicio de instancia considere efectivamente acreditados, a tenor del resultado de la prueba, que habrá presenciado con el encargo constitucional y legal de evaluarlos. Estos y no otros, porque tienen que ser objeto de una declaración expresa y suficientemente fundada. Y porque, para el correcto desarrollo del trámite de la casación, en el que ahora se está, los hechos probados deberán entrar en él inequívoca y definitivamente fijados como tales. Es cierto que el Tribunal de casación podría, en determinados supuestos, introducir alguna variación en los mismos, e incluso privarlos de esa condición. Pero, en un caso, merced a una impugnación deducida por el cauce del art. 849.2º LECr ; y, en el otro, por entender producida una vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. En otras circunstancias, la Sala que ahora conoce no está legalmente habilitada para subrogarse en el papel del Tribunal de instancia en lo relativo a la fijación de los hechos imputados que pudieran merecer la condición de probados".

Y la STS 121/2008 de 26 de febrero , luego reiterada, como en el caso de la STS 732/2009, de 7 de julio , en forma más tajante y descriptiva, glosaba:

"... el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim . se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la



premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr . han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida".

2. *Cualidad del sujeto activo.* - Alega el recurrente que aunque el Sr. Constancio haya tenido acceso a la información en el ejercicio de su profesión, el contexto o la ocasión que ha permitido conocer la intención de lanzar una OPA por el Grupo San José, sin embargo no correspondía al Sr. Constancio función profesional alguna en relación con la OPA, pues se trataba de conversaciones previas a su posible financiación, que no llegó a culminar; lo que entiende el recurrente, que desde ese punto de vista, el conocimiento adquirido por parte del Sr. Constancio fue un conocimiento casual, derivado de haber acudido a su banco; pero el Sr. Constancio no le afectaba un deber especial de abstención vinculado al ejercicio profesional, porque no tenía posición privilegiada alguna que le hiciera accesible a información relevante en el mercado de valores.

Ninguna interpretación que no sea meramente voluntarista o en legítimo argumento de defensa, posibilita tal restricción.

El artículo 285.1 CP alude a quien *haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial.*

En cuya consecuencia, aunque se trate de un delito especial, la cualificación exigida en el sujeto activo, resta cumplimentada, por quien obtiene la información directamente por una actividad empresarial o profesional. Dentro del ámbito de la actividad empresarial incluye todo sujeto que habitual u ocasionalmente, por actividad o función en una determinada empresa, tiene acceso a "información relevante", por tanto, restan incluidos administradores y directivos de la entidad emisora, cargos directivos, intermediarios, miembros del Consejo de Dirección, determinados accionistas, entre otros. En el ámbito profesional se incluyen tanto aquellas personas que dedican de modo exclusivo o preferente su actividad profesional a este tipo de mercados (agentes de cambio y bolsa, operadores financieros...), como las que ocasionalmente acceden a la misma con ocasión de su profesión (abogados, economistas, asesores, auditores, contables, notarios, corredores de comercio...).

Extensión subjetiva, donde la doctrina se muestra pacífica; y solo muestra ligera controversia, la exclusión de profesiones frecuentes según diversa literatura comparada, en los ilícitos de esta índole, donde el conocimiento deriva de la actividad profesional, pero no es contenido sobre el que tenga que proyectar la actividad propia de su profesión, como es el caso de camareros, taxistas o psiquiatras.

Congruente, por otra parte con la propia normativa comunitaria, donde la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre *coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada* , establecía en su artículo 2.1 :

*Cada Estado miembro prohibirá a las personas que:*

- *por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor,*
  - *por su participación en el capital del emisor, o*
  - *por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones,*
- dispongan de una información privilegiada, adquirir o ceder por cuenta propia o ajena, ya sea directa o indirectamente, los valores del emisor o de los emisores afectados por dicha información privilegiada explotándola con conocimiento de causa .*

Relación de sujetos afectos por la prohibición que persiste en la Directiva 2003/6/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 *sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)* , que sustituye a la anterior, si bien con la adición en el listado de quienes posean la información debido a sus actividades delictivas.

Y aunque se trate de Directiva aún no aplicable, pero es texto que deroga el anterior, la 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, *sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado)* , denominada como la anterior, por sus siglas en inglés: MAD, mantiene igualmente como *insider* o iniciado primario a quien como el recurrente en el caso de autos, *tiene acceso a la información privilegiada en el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones .*

Tanto desde el tenor literal de la norma, como de la perspectiva del bien jurídico antes explicitado, como de la normativa sectorial del Mercado de Valores, el Sr. Constancio que obtiene la información privilegiada en el desarrollo propio de su actividad profesional como director de una entidad financiera para estudiar



la posibilidad de financiar una OPA inminente, en relación con la información reservada obtenida con esta ocasión, debe ser considerado como *iniciado* primario.

3. *Información relevante* .- El recurrente parte del sustrato fáctico de que al Sr. Constancio no se le comunicó el precio de la OPA, para argumentar concatenadamente que el mero conocimiento por parte del Banco, a quien se solicita financiación, de la intención de lanzar una OP, sin más detalle, no presenta el grado de concreción necesaria para estimarse información relevante.

En la medida que hemos desestimado el motivo previo que posibilitaba la modificación de hechos probados sobre este extremo, cuando la narración fáctica literalmente expresa:

*(El Grupo San José) se reunió en la mañana del 19/07/2006, en la sede de Grupo San José, en la localidad madrileña de Tres Cantos, con el acusado Constancio , mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo AG, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, con sede en Alemania, a quien ya conocía no sólo del sector inmobiliario, sino a nivel personal por haber coincidido en cacerías, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de Parquesol y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba financiara la operación de compra de las acciones de Parquesol,*

el motivo necesariamente debe ser desestimado, pues debemos partir de este relato histórico, donde se indica la comunicación de los términos básicos, que luego en la valoración probatoria, concreta que también se proyecta sobre el precio. Es obvio, como ya hemos descrito, que elemento esencial para analizar la posibilidad de financiación es conocer el precio o al menos un rango aproximado, pues en otro caso resultaba baldío o excesivamente hipotético cualquier estudio financiero mínimamente riguroso.

En todo caso el concepto de "información relevante para la cotización" es un elemento normativo del tipo que habrá de ser valorado de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores y la normativa comunitaria; si bien, al recurrente le parece excesivamente genérica la definición del artículo 82 LMV, *toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario* , e invoca como más preciso el que facilita el Reglamento (UE) nº 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (MAR) en su artículo 7.1.a):

*la información de carácter concreto que no se haya hecho pública, que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores o a uno o varios instrumentos financieros o sus derivados y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de dichos instrumentos o de los instrumentos derivados relacionados con ellos;*

complementado con el 7.2:

*A efectos del apartado 1, se considerará que la información tiene carácter concreto si se refiere a una serie de circunstancias que se dan o que se puede esperar razonablemente que se van a dar, o a un hecho que ha sucedido o que se puede esperar razonablemente que va a suceder, siempre que esa información sea suficientemente específica para permitir extraer alguna conclusión sobre los efectos que esas circunstancias o ese hecho podrían tener en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos derivados relacionados, de los contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o de los productos subastados basados en derechos de emisión*

Apartado 2, que incluye un inciso final no citado por el recurrente:

*A este respecto, en el caso de tratarse de un proceso prolongado en el tiempo con el que se pretenda generar o que tenga como consecuencia determinadas circunstancias o un hecho concreto, podrán tener la consideración de información de carácter concreto tanto esa circunstancia o ese hecho futuros como las etapas intermedias de ese proceso que estén ligadas a la generación o provocación de esa circunstancia o ese hecho futuros*

En autos, la información obtenida: los términos básicos de la OPA sobre Parquesol, integra sobradamente el concepto de información reservada, concreta sobre la cotización de las acciones de Parquesol, que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la misma y con potencial relevancia para provocar la obtención de un beneficio como el de autos, por lo que cumplimenta cualquier definición del elemento normativo cuestionado, tanto la más amplia de nuestra LMV, como la reciente MAR o cualquiera MAD intermedia.

4. *Cálculo del beneficio*.- Indica el recurrente que la limitación de la conducta típica a la obtención de un beneficio superior a 600.000 euros es coherente con el principio de intervención mínima que rige el ordenamiento penal, lo que otorga especial relevancia el cálculo del beneficio obtenido, en cuanto delimita la diferencia con el infracción administrativa; de modo que conforme a los fines del legislador, este beneficio debe ir ligado a la información privilegiada que se utiliza y no a las fluctuaciones del mercado, que podría dar



lugar a ganancias que no sean consecuencia de la información ilícita utilizada; lo que le permite concluir que si el beneficio puede ser explicado alternativamente por la influencia de otros factores ajenos al privilegio, no puede entenderse realizada prueba suficiente sobre la realización del tipo penal.

El beneficio obtenido, se utiliza con frecuencia en el Código Penal ya en la descripción del tipo donde suele ir conminado con pena conjunta de multa proporcional, ya exclusivamente para determinar el importe de la multa, especialmente en las tipologías donde explícita o implícitamente media ánimo de lucro; pero en ninguno de los tipos que lo contemplan, ya tenga la consideración de elemento objetivo del tipo ya de condición objetiva de punibilidad, para cuantificar este beneficio se expresa si los mismos han de ser brutos o netos, es decir, se proceda a descontar los gastos "invertidos" en la acción delictiva. Piénsese que la cuantificación del beneficio, está previsto, aún cuando sólo fuere para determinación de la multa, en delitos tan diversos como los que recaen sobre la ordenación del territorio (artículo 319), el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos ( artículo 156 bis), trata seres humanos ( artículo 177 bis), prostitución y corrupción d menores (189 bis) o contra la salud pública ( artículo 366), entre otros varios. De igual modo que tampoco el Código Penal precisa respecto de las ganancias a efecto de decomiso, pero en términos generales hasta ahora, se entienden brutas.

En el tipo que contemplamos la interpretación que aboga, aunque no sea pacífica, de entender por beneficio la ganancia neta, tiene su justificación en que la conducta sancionada es la negociación con ventaja cognoscitiva, donde sin existir ventaja, la acción sería lícita.

Esta solución en términos generales, es la que se abre paso en la jurisprudencia italiana ( Sentencia de la *Sezioni Unite* del Tribunal de Casación italiano de 27 de marzo de 2008, n. 26654) y alemana (decisión del Tribunal Supremo alemán: BGH 5 StR 224/09, Auto de 27 de enero de 2010, en este caso precisamente en delito de uso de información privilegiada ) en relación con la determinación de las ganancias a efectos de decomiso; de modo que si el negocio del que se obtienen las ganancias es intrínsecamente ilegal (el ejemplo más gráfico es el tráfico de drogas), el decomiso puede recaer sobre la totalidad del valor de lo obtenido; pero si solo se prohíbe penalmente la clase y forma en la que se consiguió el negocio jurídico, cual acontece con el delito de uso de información privilegiada, lo obtenido son las ganancias especiales o netas.

De otra parte, ya hemos descartado consecuente con la consideración del límite de los seiscientos mil euros como condición objetiva de punibilidad, la viabilidad de imputar objetivamente al iniciado el resultado de los beneficios, no sólo por la dificultad de discernir cuantitativamente los orígenes y causas de las diversas las fluctuaciones del mercado, como por mediar una ruptura del nexo de causalidad entre el suministro de la información y la obtención de ese beneficio por la voluntad autónoma e independiente del extraño a quien se suministra esa información, quien decide utilizarla o no, así como la fecha y el importe de la inversión cuando de adquisición de acciones se trata, como sucede en autos.

Ahora, se pretende objetivizar la influencia de la utilización de la información en el beneficio obtenido; pero desde los presupuestos anteriores, ello solo resulta viable desde presupuestos cronológicos, con la consideración de las datas a ponderar en relación a las cotizaciones existentes y la fluctuación en virtud de la noticia, presentado la de inicio una doble alternativa: la fecha de compra o la del momento en que se hace pública la información hasta entonces reservada; e igualmente para la final, caben dos opciones, fecha donde se produce el máximo nivel alcista tras la publicación de la información utilizada o bien la fecha de la venta de las adquiridas con utilización de esa información.

La STJCE 23 de diciembre de 2009, asunto *Spector* , en relación con el artículo 14 Directiva 2003/6/CE , afirma que *el método de cálculo de esta ventaja económica y, en particular, la fecha o el período que debe tomarse en consideración corresponden al ámbito del Derecho nacional* .

Y en este particular, como destaca el recurrente, contamos con un precedente de esta Sala, aunque fuere de modo indirecto, en cuanto el momento consumativo, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción, sería el momento de la obtención del beneficio; se trata de la STS núm. 1136/2010, de 20 de diciembre , que expresa

*Esta cuestión es analizada por la sentencia recurrida, poniéndolo en relación con la obtención (en este caso) del beneficio mínimo determinado por el legislador, a partir del cual se proyecta la intervención del derecho penal, que en la época de los hechos enjuiciados estaba cifrado en 75 millones de pesetas, y en la actualidad, tras la reforma operada por la LO 15/2003, en 600.000 euros (unos cien millones de pesetas), y que dejando aparte su conceptualización como condición objetiva de punibilidad, o como elemento integrante valorativo de la infracción penal, nos servirá como punto de referencia para interpretar el referido momento comisivo del delito, pues claro es que tal barrera impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio o bien se cause un perjuicio de tal naturaleza (si bien esto último, de difícil concurrencia en la práctica), ya que generalmente este tipo de informaciones son aprovechadas para obtener una ventaja patrimonial considerable.*



Pues, bien, dentro de este marco interpretativo, los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido.

Aún cuando convenimos que la cuestión no es de fácil respuesta, y en ello están de acuerdo todos los autores de la doctrina que han estudiado este problema, nos vamos a decantar por la denominada teoría de la revalorización latente, ya que satisface mejor la protección del bien jurídico protegido y se muestra más acorde con los criterios de la tipicidad, obviando resultados absurdos.

Así, la primera posición, es decir, que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado. Solamente bajo parámetros de imperfecta ejecución criminal - tentativa- de construcción enormemente dificultosa podría valorarse en un plano teórico, pero seguramente de imposible conculcación en la práctica, ya que el cálculo del beneficio ulterior sería absolutamente evanescente.

La teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia "a quo", pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta de las acciones puede ser considerada como aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva.

La teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración.

De lo expuesto, nos inclinamos, pues, por la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante -y aquí esto desde luego no consta-, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real.

Ese será el momento final de cómputo, pero el momento inicial no puede hacerse derivar de la cotización previa al momento de hacerse pública la noticia relevante, pues si bien es cierto que la revalorización a partir de esa cifra otorga estrictamente la cuantía proporcionada por la ventaja que propicia la información, dada generalmente por la prima de control, no podemos obviar que el adelanto en la compra asegura la adquisición antes de completar la OPA y que la propia compra masiva de acciones por su parte interacciona al alza las acciones; es decir, a partir de la adquisición con la ventaja congoscitiva se inicia la ejecución del delito a la vez que se evita el riesgo de no llegar tiempo a la OPA en las condiciones deseadas, pero además, la compra





de acciones en un número significativo (pues exige un ulterior beneficio de seiscientos mil euros) influye en el alza de la cotización, de modo que la ganancia proporcionada desde esa fecha debe ser computada.

Especialmente significativa esta incidencia en el caso de autos, donde los peritos de la CNMV informan que las operaciones de compra por las sociedades vinculadas al Sr. Hernan el día 19, que alcanzaron algo más de 193.000 acciones, supusieron cuantitativamente un 44% de la toda la negociación de ese día en el mercado español.

Dado que como consecuencia de la OPA, la cotización de Parquesol estuvo suspendida hasta el día 31 de julio, y que los días 1, 4 y 5 de agosto, cotizaron a una media de 22,84 euros (Anexo IV del informe de la Comisión de Valores), esa primera jornada de agosto, debe ser considerada como el momento consumativo y el precio final por tanto que debiera servir para cuantificar el beneficio.

Como en ocasiones fueron vendidas por los partícipes a dos céntimos menos, la cifra anterior no puede ser utilizada con consecuencias peyorativas para el recurrente, por lo que sólo tendrá consecuencia en el cálculo de los beneficios obtenidos a través de la entidad MAUN Inversión SL, donde el precio de venta superó la cifra de 22,84 euros; criterio que en aplicación del artículo 903 LECr aprovechará también al otro partícipe lucrativo, Pablo en relación con los beneficios obtenidos a través de JUTORVE.

5. *Dolo requerido*. - Afirma el recurrente, que tanto la modalidad de uso como la de suministro, el dolo debe abarcar todos los demás elementos objetivos del tipo, incluido el resultado de causación de 600.000 euros de perjuicio o de beneficio.

El motivo debe ser desestimado por motivos ya esgrimidos con anterioridad. Por una parte, en el mercado de valores, las circunstancias que influyen en la cotización son de inviable cognoscibilidad universal, excesiva complejidad, tienen un fuerte componente aleatorio, inciden con frecuencia hechos futuros de nula previsibilidad y la fijación cuantitativa de un beneficio resulta de inviable predeterminación matemática; pero especialmente, por cuanto dicha cuantía, al menos en esta concreta modalidad típica de suministro, integra una condición objetiva de punibilidad, que por tanto no precisa ser abarcada por el dolo del autor, tal como hemos desarrollado en el fundamento tercero.

**QUINTO**. - El octavo motivo, lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la Constitución, por haberse presumido en contra del reo, sin prueba suficiente, que los fondos utilizados en las operaciones atribuidas al recurrente tienen una procedencia ilícita.

Alega que la Sala llega a la convicción infundada, sin explicación alguna de que en la cifra de 800.000 euros se contiene el beneficio ilícito correspondiente a las operaciones realizadas en ANDBANK, es decir la suma de 645.682,74 euros; y argumenta que en la cuenta NUM003 no sólo dispone del saldo de la venta de acciones de PARQUESOL, sino también con el de la venta de acciones de la mercantil URBIS, siendo el saldo acumulado 5.109.514,35 euros, 4.421.684,22 corresponden a PARQUESOL; y se transfieren a las cuentas de BELLAMI, 2.609.514,35 y el resto a PORTENTOR, 2.500.000 euros; y desde esta última se realiza una transferencia de 800.000 euros a la cuenta de IMPRETT, de la que el recurrente era beneficiario; pero en la cuenta de POTENTOR también existían ingresos derivados de las operaciones realizados sobre acciones de TELEFONICA, con un beneficio de 1.743.446.997; y aún después de diversas transferencias el saldo de PORTENTOR era de 2.584.932,16 euros; de donde concluye que no existe prueba alguna de la procedencia ilícita de los 800.000 euros que integraban la transferencia de 28 de diciembre.

El motivo ha de ser desestimado, pues no se condena al Sr. Constancio por delito de blanqueo, en atención exclusiva a la última transferencia en la sucesiva cadena de las realizadas por el recurrente y el Sr. Hernan para ocultar la procedencia de las ganancias originadas con la venta de las acciones de PARQUESOL previamente adquiridas con la ventaja cognoscitiva descrita, sino por el acuerdo y actividad del ocultamiento del origen de los 645.682,74 euros a través de todas la cadena de transferencias a este fin, donde ambos actúan de consuno de conformidad con la narración de hechos probados y donde la última transferencia, en la que pone el énfasis el recurrente, no tiene mayor trascendencia que corroborar el dato del acuerdo y la prestación de cuentas que controlaba a este fin de ocultamiento; y así recoge la resolución de instancia en su segundo fundamento:

*No es obstáculo para la aplicación del tipo penal de blanqueo para el acusado Sr. Constancio el que previamente no se haya demostrado que realizó una inversión y obtuviera unas ganancias derivadas del delito anterior, pues no cabe la menor duda de que tal actividad la llevó a cabo, de consuno, el coacusado Sr. Hernan, pues, se desprende de los hechos probados que la conducta desplegada por Constancio se encontraría incluida en el tercero de los apartados del artículo 28 del Código Pena, es decir, su cooperación en el acto sería de tal envergadura que sin ella no se habría producido, pero, además, y sin perjuicio de lo anterior, el Sr. Constancio ha realizado, materialmente, actos de disposición de un patrimonio de 800.000 euros para separándolo de la*



*cuenta de la mercantil panameña "Portentor", ingresarlo en otra a nombre de la mercantil "Impett" del que era único apoderado.*

Es decir, Constancio viene acusado por su implicación en toda la cadena de transferencias; y así resulta:

a) Ambos acusados, *de mutuo acuerdo, abrieron en el principado de Andorra, en concreto, en la entidad bancaria Andorra Bank Agricole Reig, diversas cuentas, bien para adquirir acciones de Parquesol, o para ingresar los beneficios obtenidos con la diferencia de precio entre la adquisición y su posterior venta.*

b) Hernan abrió el 19/06/2006, en ANDBANK, la cuenta numerada NUM003, con la que compró 194.992 acciones de Parquesol a un precio medio de 19,59 euros por acción, por un precio total de 3.804.034,70 euros que fueron vendidas el 11 de agosto por importe de 4.449.717,44, a razón de 22,82 euros por acción, obteniendo un beneficio de 645.682,74 euros.

c) *Con el saldo existente en la referida cuenta y antes de cancelarla, efectuó dos reintegros:*

i) *Uno de ellos, realizado el 22/08/2006, por importe de 2.609.514,35 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada NUM004 de la que era titular la compañía panameña "Bellambi" Corp. de la que el citado Hernan era apoderado.*

ii) El segundo reintegro, que tuvo lugar el 23/08/2006, por importe de 2.500.000 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada NUM005, de la que era titular la mercantil panameña "Portentor" Inc, en la que figuran apoderados los dos acusados, Constancio y Hernan.

d) Por su parte, Constancio procedió a abrir en ANDBANK el 22/08/2006, la cuenta numerada NUM006, de la que era titular la mercantil panameña "Impett International Inc", y de la que el citado era apoderado, a la que transfirió 800.000 euros procedentes de la cuenta de "Portentor".

La apertura de esas cuentas en Andorra y su relación con diversas entidades panameñas controladas en la forma descrita por los acusados, es descrita en los hechos probados y admitida por el recurrente.

En su consecuencia resulta, que siempre a través de cuentas numeradas en la misma entidad andorrana, desde la inicial apertura donde obra la plusvalía de 645.682,74 euros, obtenidas dentro de la utilización de información privilegiada de la OPA sobre PARQUESOL, la cantidad íntegra derivada de la venta de las acciones que originó esa plusvalía, más otra cantidad que se afirma proveniente de la venta de adquisiciones de URBIS, se trasmite el 22 y 23 de agosto a otras cuentas numeradas abiertas en esa entidad a nombre de entidades panameñas, siendo apoderado de una de ellas Hernan (Bellambi) y de la otra ambos, Hernan y Constancio (Portentor); momento en que se perpetra el delito de blanqueo.

La adición en la transferencia de otras cantidades, en cuanto que se transfiere en la operaciones del 22 y 23 el saldo íntegro de la cuenta inicial, no perturba el trazo y conocimiento de que en las mismas se integraba la ilícita plusvalía de 645.682,74 euros, pues necesariamente se comprendía íntegramente en el conjunto de esas cantidades.

Tal despliegue de transferencias en la misma entidad andorrana, a través de cuentas numeradas, abiertas a nombre de entidades panameñas, donde Hernan, Constancio o ambos eran apoderados, en fechas casi coincidentes, revelan inexcusablemente un actuar común, donde la disipación del origen de aquel beneficio delictivo explica tal compulsión aperturista de cuentas numeradas. Aún después de las narradas aperturas, ya consumado el delito de blanqueo, en continuidad del ocultamiento pretendido, el recurrente, el mismo 22, data en que se inician las transferencias desde la cuenta inicial, apertura otra nueva cuenta numerada a nombre de otra entidad panameña (Impett) de la que es apoderado, a la que transfiere 800.000 euros desde la cuenta prevista como receptoría (Portentor) de la transferencia procedente de la inicial.

El motivo se desestima.

**SEXTO.** - El noveno motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 301 del Código Penal, que ha sido indebidamente aplicado al recurrente, al considerar objeto del blanqueo el efecto material de un hecho atípico.

Argumenta que la conducta de usar información privilegiada por el Sr. Hernan ha resultado atípica, y por tanto no puede ser utilizado el objeto de su enriquecimiento injusto ex artículo 122 CP como delito precedente del delito de blanqueo.

La sentencia de esta Sala núm. 227/2015, de 6 de abril, recuerda que el art. 122 CP define al tercero a título lucrativo como aquel que *se ha beneficiado en los efectos del delito o falta sin haber participado en el mismo ni como autor ni como cómplice.*



Por tanto el tercero a título lucrativo se define por las siguientes notas:

- a) Nota positiva el haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta.
- b) Nota negativa no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el art. 116 y no el 122 CP .
- c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.
- d) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita --art. 1305 CCivil-- . En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita -- STS 324/2009 de 27 de Marzo --.
- e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material --o cómplice-- del delito pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento / enriquecimiento lucrativo que haya tenido.
- f) La acción civil contra el partícipe por título lucrativo del delito de apropiación --como es el caso de autos-- al tratarse de una acción personal está sujeta a los plazos de prescripción de tales acciones y el día inicial para el cómputo coincide con el inicio de la causa penal -- STS 600/2007 --.

Ello supone, que la acción contra el partícipe a título lucrativo, efectivamente es de naturaleza civil; pero derivada inexcusablemente del aprovechamiento de los efectos del delito.

Por su parte, el artículo 301 CP , se complace con que recaiga *sobre bienes que tienen su origen en una acción delictiva*. Por tanto, requisito de la cognoscibilidad añadido, ningún problema dogmático existe a que no haya mediado condena por el delito previo o que meramente hubiera mediado condena civil, siempre que efectivamente los bienes sobre los que recae la acción (en este caso para ocultar) tengan su procedencia en una acción delictiva como es el caso.

Pero sucede además, que en autos, no sólo ha resultado acreditado esa procedencia delictiva, sino que ha mediado condena por suministro de información privilegiada, donde la cantidad objeto de sucesivas transferencias con la que se pretende ocultar, ha sido originada con la utilización por tercero de la información suministrada por el propio recurrente, donde el elemento subjetivo del conocimiento del referido origen, resulta por tanto absolutamente facilitado.

Asertos, desde los cuales, resulta intrascendente, al margen de cuál fuera la calificación adecuada, que el Sr. Hernan hubiera sido condenado como cooperador necesario, como cómplice o meramente como partícipe lucrativo, pues en cualquiera de esos supuestos, los bienes, necesariamente encuentran su origen en una acción delictiva.

**SÉPTIMO.** - El décimo motivo lo formula por in fracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse visto infringido por la sentencia recurrida el artículo 301 del Código Penal , que alega indebidamente aplicado al recurrente, por concurrir los presupuestos del autoencubrimiento impune, resultando de la doble punición un exceso punitivo que vulnera el principio de la culpabilidad jurídico-penal.

Argumenta, que aún admitiendo a efectos dialécticos que el delito previo del que provienen los efectos fuera del delito del artículo 285.1 CP y que además los 800.000 euros comprenden el beneficio ilícito de 645.682 euros, la transferencia referida por el Sr. Constancio , sería un acto copenado por tanto impune, con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010.

Frente a las alegaciones del recurrente, como indicaba la STS núm. 809/2014 de 26 de noviembre , debemos partir de la jurisprudencia de esta Sala, que al menos desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de julio de 2006, donde se acordó que: "el art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente", el criterio casi pacífico, salvo ocasionales digresiones, es la punición del autoblanqueo: 796/2010, de 17 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre; 884/2012, de 8 de noviembre; 997/2012, de 5 de diciembre; 884/2012, de 8 de noviembre, 974/2012, de 5 de diciembre, 279/2013, de 6 de marzo; entre otras varias.

Para poder hablar de acto copenado es absolutamente necesario, por una parte, que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole o naturaleza que permita afirmar que el legislador, a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el hecho principal, ha tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho; y por otra, que el legislador no haya decidido que ese acto de aprovechamiento, aseguramiento o de autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre



otras razones, en atención a una especial protección de bien jurídico que conculcan, diverso del delito al que subsiguen, o por entender, que precisamente este bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, como por ejemplo al entenderlo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente con frecuencia subyace en la generación de riqueza ilícita y su retorno al circuito y flujo legal de capitales.

Así debemos ponderar en relación con el delito de blanqueo de capitales que:

- a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo determinante, tal exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo; sino que además, desde la última reforma, se sanciona expresamente esta conducta cometida por el autor del delito previo.
- b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la consideración de mayor gravedad del blanqueo para el legislador, resulta obvia si atendemos a la entidad de las penas que respectivamente les conminan.
- c) Ello deriva de la mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, que la receptación y el encubrimiento, como resulta así mismo de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como por contra se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP .
- d) Consiguientemente, ninguna accesoriedad, ni siquiera limitada cabe predicar del delito blanqueo en relación con el delito precedente.

En definitiva, no existía inviabilidad típica para sancionar el denominado "autoblanqueo", antes de la reforma operada en el artículo 310 CP , por la LO 5/2010, que ya lo menciona expresamente. Aunque el autoencubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto exceda del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias.

No obstante, sí que resulta de suma dificultad, aplicar determinadas actividades típicas del artículo 301 CP , al propio autor del delito previo o determinante; y así el propio informe del Consejo General del Poder Judicial respecto a los autores o cómplices de delitos patrimoniales y socioeconómicos; donde advertía del riesgo de conculcar la proscripción constitucional de bis in idem, en relación fundamentalmente con la actividad de "posesión", al formar parte de la consumación en estos.

De otra parte, en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática, tanto más con la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010, que puede conllevar en el sentir de la doctrina a "un resultado insatisfactorio", "desmedido", "cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales" que produce "perplejidad", "extrañas consecuencias", "absurdas", así como "supuestos paradójicos" que nos colocan en los límites de lo punible y pueden rozar el "esperpento" o "alcanzar niveles ridículos"; de modo que al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas.

Otra ulterior restricción se apunta en la STS núm. 884/2012 de 8 de noviembre , donde avanza la insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas; de modo que concluye esta sentencia, que "(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito".

Pero aún con todas estas restricciones, el supuesto de autos, integra un acto de blanqueo de capitales, que excede del mero autoencubrimiento:

- a) La sucesiva cadena de transferencias en cuentas numeradas en banco andorrano a entidades panameñas, que en breve plazo se realizan sobre el producto de la venta de acciones adquiridas en compra realizada con la ilícita utilización de información privilegiada, aparecen acreditadas.
- b) El importe de dicho beneficio, absorción ya hecha de mayores cantidades obtenidas en el delito precedente, 645.682,74 euros, es una cantidad relevante, que en absoluto puede tenerse por nimia.



c) La conducta del recurrente, no se limita al mero aprovechamiento o disfrute de las ganancias obtenidas en su actividad delictiva, sino en un acto plural de ocultación tanto de la procedencia del dinero como de la titularidad efectiva, en entidad bancaria extranjera, varias cuentas numeradas utilizadas y con sociedades panameñas interpuestas..

El motivo se desestima.

**OCTAVO.** - El undécimo y último motivo lo formula, al amparo de lo dispuesto por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida e] artículo 66.6 del Código Penal con relación a los delitos del art. 285.1 del Código Penal y del art. 301 CP, por los que ha sido condenado el recurrente.

Alega que la gravedad objetiva del hecho no justifica la pena impuesta, que se aparta del mínimo legal sin razonamiento plausible, tanto en cuanto al delito de uso de información privilegiada, como al de blanqueo de capitales.

Argumenta que en el delito sancionado y castigado en el artículo 285.1 CP, la pena privativa de libertad imponible recurre el tramo de uno a cuatro años; y aunque la sentencia de instancia impone dos, en atención a las circunstancias del caso, con especial incidencia en la connivencia demostrada y el aprovechamiento de los datos que le fueron confiados al Sr. Constancio que permitieron obtener pingües beneficios para otros implicados; si bien entiende el recurrente que tal motivación no integra un factor de individualización que no se halla valorado por el tipo penal; y en la imposición de dos años en el delito de blanqueo conminado con pena de prisión de seis meses a seis años, entiende clamorosa la falta de motivación.

La concreción del deber de motivación para toda resolución judicial, se encuentra en relación con la imposición de la pena en el nuevo art. 72 CP reformado por L.O. 15/2003, que ha introducido en el Texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS. 1099/2004 de 7 de octubre, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley, art. 849 LECr, pero su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente.

Pues la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresadas en la propia resolución de que se trate.

Mediante la motivación se fija un mecanismo explícito de control y fiscalización de la justicia de la decisión. Lo que se proscribiera es, ante todo, la arbitrariedad en la determinación de los límites de la pena a imponer; pero en autos, la plasticidad de la narración fáctica permite entender comprendida en la expresión de que se sirve el tribunal, las razones de la moderada pena que se cuestiona.

La motivación en relación con el delito de suministro de información privilegiada, resulta suficiente la motivación otorgada, pues efectivamente no es lo mismo procurar un lucro de seiscientos mil euros, que de un millón que de dos millones; y en el delito de blanqueo el número de cuentas numeradas aperturadas en el extranjero y el número de entidades societarias de país incluido con frecuencia en la lista gris del GAFI, justifican sobradamente la determinación punitiva impuesta, siempre en su mitad inferior y en ambos casos con pequeña desviación por exceso o por defecto respectivamente en la línea media de esa mitad inferior.

*Recurso de Hernan*

**NOVENO.** - El primer motivo lo formaliza al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, por error en la valoración de la prueba basado en documento obrante en autos, referido a la noticia obrante en el periódico El Economista.es, publicada el 11 de julio de 2006, coincidente con el motivo formulado por el anterior recurrente, Constancio, y analizado en el primer fundamento de esta resolución, adonde nos remitimos para su desestimación.

**DÉCIMO.** - El segundo motivo, lo formula al amparo del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE, por cuanto la sentencia recurrida declara probados determinados datos de hecho que utiliza para integrar la calificación de los hechos como delictivos, sin disponer de prueba de cargo suficiente para justificar su inclusión en el relato histórico de la Sentencia.

En este apartado, también coincidente con el anterior imputado, por cuanto cuestiona el contenido de las declaraciones del Sr. Feliciano y del Sr. Carlos José, del Grupo San José, en orden tener por probado



la comunicación por parte de los mismos al Sr. Constancio , las condiciones esenciales de la OPA sobre PARQUESOL; así como de la comunicación de esas condiciones del Sr. Constancio al recurrente.

Ya explicitamos en el fundamento segundo la suficiencia de las pruebas existentes del conocimiento por parte del Sr. Constancio del precio o al menos el rango muy aproximado del precio de la OPA y su comunicación al recurrente; donde no resultaba necesaria ponderación del testimonio del Sr. Feliciano quien manifiesta que conoce de antiguo al Sr. Constancio por coincidir entre otros sitios en cacerías, lo que hace improbable que dijera algo que le perjudicara; y en relación a la declaración del Sr. Carlos José , dados sus términos literales, una diversa interpretación y alcance de esta prueba personal, no es dable revisarla en casación, pues la conclusión del tribunal de instancia no es incompatible ni falta de lógica en relación con los términos vertidos.

Y en todo caso, debían ponderarse una serie de indicios globalmente considerados, de los que resultaba inferencia concluyente sobre el conocimiento por parte del inculpado Constancio de las condiciones esenciales de la OPA y su comunicación al recurrente:

a) El Sr. Constancio , director Eurohypo AG, tiene una reunión en la mañana del 19 de julio de 2006, con representantes del Grupo San José en torno a la posibilidad de financiación de una OPA sobre de la entidad Parquesol.

b) Esa misma mañana, el Sr. Constancio conecta en varias ocasiones vía mensajes y vía conversaciones telefónicas con el recurrente, a quien el unen lazos de amistad y negociales.

c) Esa misma mañana, el Sr. Hernan a través de diversas sociedades, se lanza a una compra "frenética" de acciones de PARQUESOL, alcanzando una inversión global de 12.928.891,26 euros.

d) El importe de las acciones adquiridas a su orden el día 19 de julio, alcanzaba el 44% del volumen total negociado en el mercado de valores español.

e) El propio cuñado del Sr. Constancio , Pablo , también invierte a través de sociedad interpuesta, ya el 21 de julio, 147.000 euros.

f) Tras hacerse pública la OPA el 28 de julio y tras la consiguiente subida de las acciones, vendidas las mismas por Hernan entre el 11 y 13 de agosto, originan una plusvalía de 2.240.714,88 euros y las de Pablo , vendidas en 3, 4 y 6 de octubre, de 29.945,50 euros.

g) Procedente de la cuenta numerada en ANDBANK (Andorra Bank Agrícola Reig), donde se ingresaron 4.449.717,44 euros procedentes de la venta de las acciones de Parquesol, se utilizan sendos reintegros para aperturar cuentas numeradas correlativamente a nombre de Bellambi Corp de la que era apoderado; y de Portentor Inc, entidad también panameña de la que era apoderados él y Constancio ; y a su vez con reintegro procedente de esta última cuenta se apertura por Constancio una cuenta numerada más en esta entidad a nombre de la también mercantil panameña Impett Internacional Inc, de la que era apoderado.

Como antes expresamos y ahora reiteramos, la consideración global y conjunta de esos indicios, concluir que Constancio le comunicó (a él y también a su cuñado), los términos esenciales de la OPA sobre Parquesol, que revelaban la inminente subida de las acciones de esta entidad, no integra una inferencia débil o abierta, sino plena y suficientemente concluyente, sustentada en un correcto razonamiento lógico.

**UNDÉCIMO.** - El tercer motivo lo formula al amparo del art. 849.1 de la LECr , denunciarnos la infracción, por aplicación indebida, del artículo 285 del Código Penal .

En este motivo el recurrente, tras glosar doctrinalmente el tipo del artículo 285.1 CP , donde en contra del anterior recurrente, afirma que los 600.000 euros exigidos de beneficio integra condición objetiva de punibilidad, afirma la infracción del artículo 285.1, a partir de la narración de los hechos probados, "*expurgados de los elementos indebidamente incluidos con vulneración de la presunción de inocencia*".

Dado que el motivo referido a la presunción de inocencia no fue estimado y que el cauce del *error iuris* obliga, como desarrollamos anteriormente, a observar el relato histórico sin alteración alguna, el motivo resulta de imposible viabilidad.

**DUODÉCIMO.** - El cuarto motivo lo formula al amparo del art. 849.1º de la LECr , por indebida aplicación del artículo 301 del CP , toda vez, afirma, que los hechos declarados probados no constituyen un delito de blanqueo de capitales.

Cuestiona la concurrencia del requisito de que la acción debe recaer sobre un objeto que tenga su origen en un delito precedente. Así, alega que los actos realizados por él no recayeron sobre bienes o efectos provenientes de delito anterior; siendo atípica la acción para el Sr. Hernan , su inversión subsiguiente y la disposición que



realizara de la ganancia pertenecen a su lícito patrimonio, carecen de relación casual material con un delito anterior.

El motivo debe ser desestimado; ya hemos afirmado en el fundamento sexto que la acción contra el partícipe a título lucrativo, efectivamente es de naturaleza civil; pero *derivada inexcusablemente del aprovechamiento de los efectos del delito*.

Mientras que el artículo 301 CP, se complace con que recaiga *sobre bienes que tienen su origen en una acción delictiva*. Por tanto, requisito de la cognoscibilidad añadido, ningún problema dogmático existe a que no haya mediado condena por el delito previo o que meramente hubiera mediado condena civil, siempre que efectivamente los bienes sobre los que recae la acción (en este caso para ocultar) tengan su procedencia en una acción delictiva como es el caso, donde ha mediado condena para quien le ha suministrado la información porque el recurrente con su utilización ha obtenido unos beneficios superiores a seiscientos mil euros.

Presupuestos desde los cuales, resulta intrascendente, al margen de cuál fuera la calificación adecuada, que el recurrente hubiera sido condenado como cooperador necesario, como cómplice o meramente como partícipe lucrativo, pues en cualquiera de esos supuestos, los bienes necesariamente tienen su origen en una acción delictiva.

De ahí que las argumentaciones posteriores del recurrente sobre la licitud de su patrimonio, carezcan de eficacia alguna; pues el negocio realizado tenía causa ilícita, proscrita en la Ley de Mercado de Valores, que cuando conlleva un beneficio superior a seiscientos mil euros, como es el caso, determina que la conducta del suministrador de la información relevante sea delictiva.

De otra parte, el elemento cognoscitivo, al margen de su concurrencia o no en el momento de la inversión con la información suministrada, resulta obvio en el momento de la actuación concordada con el otro inculpado con las cuentas extranjeras numeradas aperturadas correlativamente ( NUM004 , NUM005 y NUM006 ) a nombre de entidades panameñas controladas por uno, otro o ambos acusados, a donde se transfería el producto de la venta de las acciones de PARQUESOL, así como con la instrumentalización de las entidades panameñas, donde uno, otro o ambos eran apoderados.

Tales actos para ocultar el origen de los reiterados beneficios (transferencias concatenadas en cuentas numeradas en el extranjero aperturadas a nombre de diversas entidades panameñas), es precisa y efectivamente la conducta que integra el blanqueo; mientras que el mero mantenimiento de la posesión de las ganancias obtenidas, como sucedió con el resto de beneficios obtenidos por la compra del resto de acciones de PARQUESOL, a través de cuentas corrientes en entidades nacionales, resultarían, de conformidad con lo anteriormente expuesto en el fundamento séptimo, meros actos copenados.

Pues la característica principal del delito de blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico; precisamente la conducta que describe el propio recurrente, un uso inversor desconexionado de su procedencia.

**DECIMOTERCERO.** - El quinto y último motivo lo formula al amparo del art. 849.1º de la LECr, por infracción del artículo 127 del CP.

Alega que la sentencia justifica el decomiso, tanto el decomiso de las ganancias obtenidas en España a través de sociedades suyas, como las que obtuvo en Andorra, basado en la comisión de delito de blanqueo de capitales, pero este solo abarca los beneficios obtenidos en Andorra.

El motivo no puede prosperar, nada indica en la resolución recurrida que se acuerde el comiso como consecuencia accesoria al blanqueo superior a los 645.682,74 euros que integran los beneficios obtenidos en Andorra.

El decomiso sobre el resto, 1.595.032,14 euros, integra consecuencia accesoria del delito de suministro de información privilegiada, al igual que los 29.945,50 euros que se comisan como resultado de las ganancias obtenidas por JUTORVE, sin que Pablo, cuñado del Sr. Constancio, haya sido condenado por delito alguno.

Como ya hemos descrito, tanto el recurrente, Sr. Hernan, como las sociedades instrumentales que utilizó, adquirieron las acciones en negocio ilícito, sancionado por la Ley de Mercado de Valores, que precisamente por superar un beneficio de seiscientos mil euros, integra actividad delictiva. Incluso aunque prescindieramos de la exigencia del requisito de la buena fe, en absoluto predicable de inversor habitual en Bolsa, que adquiere ante el conocimiento privilegiado de una inminente OPA, la naturaleza ilícita del negocio, no permite otorgarle la consideración de tercero titular excepcionado del ámbito del comiso por las ganancias de ese delito, como



establece el artículo 127.1 inciso segundo, que exige para tal exclusión, la concurrencia simultánea de ambas circunstancias: buena fe y negocio lícito.

No se trata como en otros supuestos de participación lucrativa de una estricta "receptación civil"; sino que es el propio partícipe lucrativo quien realiza y otorga el contrato que integra la acción delictiva que provoca los ingentes beneficios, negocio ilícito en todo caso, delictivo además por su cuantía, al margen de que el partícipe lo sea a título civil y no penal.

**Recurso de MAUN INVERSION, S.L. y PACO GESTION INTERNACIONAL, S.A.**

**DECIMOCUARTO.** - Advierte el recurrente que reproduce de manera literal los motivos casacionales desarrollados en el recurso interpuesto por el Sr. Hernan , por ser su estimación presupuesta determinante de la exclusión de comiso acordado ex artículo 127.

Lo que excusa de su análisis individualizado, remitiéndonos a lo resuelto respecto del recurso formulado proel Sr. Hernan , resuelto en los fundamentos precedentes.

*Recurso de la entidad JUTORVE y Pablo .*

**DECIMOQUINTO.** - El primer motivo lo formula al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 24.2 CE , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y subsidiariamente el principio in dubio pro reo en relación al delito de uso de información relevante.

Donde niega tanto la existencia de prueba directa como indiciaria sobre los presupuestos de su condena.

Al margen de que el objeto de su condena es civil, no penal, y de forma paralela como hemos realizado para el resto de los recurrentes y con reproducción de las consideraciones sobre las declaraciones del Sr. Feliciano y del Sr. Carlos José , reiteramos una vez más que debían ponderarse una serie de indicios globalmente considerados, de los que resultaba inferencia concluyente sobre el conocimiento por parte del inculpado Constancio de las condiciones esenciales de la OPA y su comunicación al recurrente:

a) El Sr. Constancio , director Eurohypo AG, tiene una reunión en la mañana del 19 de julio de 2006, con representantes del Grupo San José en torno a la posibilidad de financiación de una OPA sobre de la entidad PARQUESOL.

b) Esa misma mañana, el Sr. Constancio conecta en varias ocasiones vía mensajes y vía conversaciones telefónicas con el Sr. Hernan , a quien el unen lazos de amistad negociales.

c) Esa misma mañana, el Sr. Hernan a través de diversas sociedades, se lanza a una compra "frenética" de acciones de PARQUESOL, alcanzando una inversión global de 12.928.891,26 euros.

d) El propio recurrente, Pablo , e invierte a través de sociedad interpuesta, ya el 21 de julio, 147.000 euros.

e) Tras hacerse pública la OPA el 28 de julio y tras la consiguiente subida de las acciones, vendidas las mismas por Hernan entre el 11 y 13 de agosto, originan una plusvalía de 2.240.714,88 euros y las del recurrente Pablo , vendidas en 3, 4 y 6 de octubre, de 29.945,50 euros.

f) Además el propio recurrente manifiesta que no era experto en Bolsa; y las compras de acciones que había realizado de cualquier clase de sociedad eran contadas; y así a través de JUTORVE reconoce que las únicas acciones que adquirió además de Parquesol fueron de Urbis; precisamente las dos clases de acciones cuya venta originan el saldo que se incorpora en las cuentas bancarias andorranas aperturadas de común acuerdo por su cuñado Sr. Constancio y el Sr. Hernan a nombre de diversas entidades panameñas.

La inferencia de la utilización de información privilegiada suministrada por su cuñado es inequívoca.

**DECIMOSEXTO.** - El segundo motivo lo formulan por infracción de Ley, al amparo del número 1º del artículo 849 LECr , por indebida aplicación: a) del artículo 285.1 del Código Penal y b) de los artículos 122 y 127 del mismo texto legal .

a) Argumenta con olvido de la narración de hechos probados, que la información suministrada por el Sr. Constancio no tenía carácter preciso, cuando según aquellos afectaba a los términos básicos de la OPA. Lo que motiva su desestimación pues no parte de la intangibilidad del relato histórico.

b) De igual modo, también debe desestimarse la indebida aplicación invocada del artículo 122 CP y subsiguiente del 127 CP , cuyo sustento invocado vuelve a quebrar la narración histórica de la resolución recurrida, en cuanto hace depender su inversión de las recomendaciones de prensa y de su club financiero y no de la información reservada comunicada por su cuñado, el Sr. Constancio

El motivo se desestima.





**DECIMOSÉPTIMO.** - El tercer y último motivo lo formulan al amparo del artículo 849.2 LECr , por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos y que evidencian la equivocación del Tribunal en orden a la valoración de la prueba.

Los documentos que cita, son dos de naturaleza bancaria, consulta de movimientos y justificante de transferencia que alega, acreditan que el recurrente no solicitó un préstamo para realizar la inversión en las acciones de PARQUESOL, sino que tenía fondos propios, así como en los citados movimientos se contienen inversiones anteriores realizadas por el recurrente.

El motivo debe ser desestimado, pues tales documentos no acreditan que no solicitara un préstamo personal para contar con efectivo suficiente que luego a su vez presta personalmente a su entidad; no sirven para acreditar cómo obtuvo el Sr. Pablo esa cantidad que luego presta a la entidad; y en todo caso resultaría dato irrelevante para alterar el contenido del fallo, pues aún prescindiendo de la existencia de ese préstamo, tal como resulta del conjunto de indicios antes reseñados donde se incluye tal circunstancia, la inferencia de la utilización de información privilegiada suministrada por su cuñado es inequívoca.

Mas irrelevante es aún el listado de movimientos, en relación con inversiones anteriores en Bolsa allí reflejada, pues resultan muy ocasionales, curiosamente coincidentes con las inversiones de los acusados cuyas ganancias al menos parciales depositan en cuantas bancarias de entidad andorrana (Parquesol y Urbis) y en modo alguno permite afirmar su habitualidad, ni siquiera frecuencia mínimamente relevante.

**DECIMOCTAVO.**- La imposición de las costas causadas se rige por el artículo 901 LECr , declaración de oficio si se estimare el recurso; y si se desestimare, condena al recurrente.

### III. FALLO

**Debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Constancio** , contra la sentencia de veintitrés de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta , en causa seguida por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida sentencia, con declaración de oficio de las costas causadas por su recurso.

Debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Hernan** , contra la sentencia de veintitrés de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta , en causa seguida por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales, con imposición de las costas causadas por su recurso

Debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la representación procesal de las responsables civiles subsidiarios **MAUN INVERSION S.L y PACO GESTION INTERNACIONAL SL** , contra la a sentencia de veintitrés de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta , en causa seguida por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales, con imposición de las costas causadas por su recurso.

Debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la representación procesal del partícipe lucrativo **Pablo** , contra la a sentencia de veintitrés de diciembre de 2014 dictada por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta , en causa seguida por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales, con imposición de las costas causadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil quince.

En la causa seguida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales se dictó sentencia el veintitrés de diciembre de 2014 que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.



## I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.** - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho; si bien aunque el motivo estimado parcialmente haya sido al amparo del artículo 849.1 LECr, dado que se obedece a la determinación del concepto de "beneficio", que aun cuando tiene naturaleza normativa, indirectamente conlleva un sustrato fáctico, para mejor clarificación de lo acordado, procede la adición en la declaración de hechos probados del siguiente párrafo:

"Los beneficios relacionados directamente con la comisión delictiva, hecha la corrección derivada del exceso proporcionado por una venta alejada de la fecha de la OPA, restan los obtenidos por Hernan a través de la entidad MAUN Inversión SL en 1.004.911,54 euros y los obtenidos por el Pablo a través de JUTORVE en 28.350 euros".

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - De conformidad con los razonamientos incluidos en el apartado cuatro del fundamento cuarto de la sentencia casacional, en la determinación de los beneficios relacionados directamente con la comisión delictiva, el precio a ponderar no es el del precio de venta de las acciones adquiridas con la ventaja cognoscitiva proporcionada por el suministro de la información relevante, sino el precio de la cotización máxima una vez que la noticia relevante es pública, siempre desde parámetros de una cierta inmediatez; en autos, 22,84 euros; sin que tenga relevancia el precio de venta alejado de esa fecha, ya fuere inferior o superior.

Consecuentemente, los beneficios de MAUN Inversión SL restan en 1.004.911,54 euros (321.058 acciones por la diferencia entre la máxima cotización tras la OPA, 22,84 euros y el precio de adquisición, 19,71 euros).

**SEGUNDO.** - De conformidad con el artículo 903 LECr la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia.

Consecuentemente los beneficios de JUTORVE restan en 28.350 euros (9.000 acciones por la diferencia entre la máxima cotización tras la OPA, 22,84 euros y el precio de adquisición, 19,69 euros).

Y consecuentemente se extienden estas correcciones a la cuantificación de la multa y del decomiso.

## III. FALLO

**DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Constancio como autor criminalmente responsable de un delito de suministro de información relevante, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, **dos años de prisión**, multa de 1.541.196,64 euros, con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de un año, inhabilitación especial para el ejercicio de las actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y pago de las costas por mitad, incluyendo expresamente las causadas a la acusación particular ejercida por Eurohypo AG, sucursal en España.

Igualmente condenamos a Constancio y Hernan, como autores criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales a la pena, para cada uno de ellos, **de dos años de prisión**, multa de 645.682,74 euros, con responsabilidad civil subsidiaria durante 6 meses en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pago de las costas del juicio.

**Se declara el comiso** de las ganancias de 1.541.196,64 euros obtenidos por Hernan a través de las entidades MAUN INVERSION S.L.; P.A.C.O. GESTION INTERNACIONAL, S.L., FONCYG Y A.A.A INVER PLUSQUAM y el de las obtenidas por Pablo, a través de JUTORVE en la cantidad de 28.350 euros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

**PUBLICACIÓN.** - Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.