

**Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª).****Auto núm. 613/2012 de 24 julio****JUR\2012\282110**

**ESTAFA:** ENGAÑO: inexistencia: cliente de entidad bancaria que solicita la compra de participaciones preferentes: engaño no idóneo por parte del empleado de banca: asesoramiento defectuoso en la compra de los productos y en las recomendaciones posteriores de mantenimiento de la inversión. **DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES:** FABRICANTES O COMERCIANTES QUE, EN LA PUBLICIDAD DE SUS PRODUCTOS, HAGAN ALEGACIONES FALSAS O MANIFIESTEN CARACTERISTICAS INCIERTAS SOBRE LAS MISMAS: inexistencia: utilización del banco como vehículo mediador para la adquisición de participaciones preferentes: sujeto activo son los fabricantes y comerciantes: querrela dirigida contra empleado de banca, que no tiene la calidad de comerciante, aunque realice operaciones de productos financieros por cuenta del banco, su empleador. **SOBRESEIMIENTO:** PROVISIONAL: procedencia.

**Jurisdicción:** Penal

Recurso de Apelación núm. 419/2011

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. mª del carmen compaired plo**MC****AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID****SECCIÓN SEGUNDA****MADRID****APELACIÓN PENAL Nº 419 /2011**

JDO. INSTRUCCION N. 37 de MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº 6839 /2009

**A U T O Nº 613/2012**

Ilmos. Sres. De la Sección Segunda.

**PRESIDENTA:** Dª CARMEN COMPAIRED PLO**MAGISTRADO:** D. LUIS ANTONIO MARTINEZ DE SALINAS ALONSO.**MAGISTRADO:** D. Mª DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN

En Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil doce.

VISTO, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª LAURA CASADO DE [LAS \( RCL 1984, 843 \)](#) HERAS, en representación de D. Jesus Miguel Y EVERLASTING OPERATIVA, S.L., contra el Auto dictado en el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid en las Diligencias Previas 6839/2009.

Ha sido ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª CARMEN COMPAIRED PLO , quien expresa el parecer de la Sala.

**I. HECHOS**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid se dictó Auto en las Diligencias Previas nº 6839/2009 con fecha 27/12/2010 , en cuya parte dispositiva se acordó:

"Acuerdo el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones".

**SEGUNDO.-** Por la representación procesal de D. Jesus Miguel Y EVERLASTING OPERATIVA, S.L. se interpuso recurso de apelación contra la citada resolución, admitiéndose el mismo.

**TERCERO.-** Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, se formó el oportuno rollo, señalándose día para deliberación, la que tuvo lugar el día de hoy.

## II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO

Se interpone recurso de apelación por la representación de D. Jesus Miguel y Everlasting Operativa S.L. contra el auto de 27 de Diciembre de 2010 por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

Se señala en el recurso como motivos: Error en la valoración del tipo penal del [artículo 282 del Código Penal \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) así como de las diligencias practicadas que dan acreditados los elementos que configuran el tipo penal.

Así se sostiene que ambos querellados, en su calidad de empleados de una entidad bancaria mantienen la cualidad de comerciantes, pues no debemos olvidar que dicha entidad, a través de los citados querellados venden los distintos productos financieros, entre ellos los objetos de la querrela.

Hemos de recordar que ninguno de los querellantes tienen la calificación de experto, ni profesional del ámbito financiero, sino que son clientes o usuarios finales, legos en la materia que se dejan asesorar por los profesionales, comerciantes de estos productos, que son los que maquinan el engaño a su derecho de consumidor exhibiendo y ofreciendo productos de alto riesgo financiero, vendiéndolo como productos de bajo riesgo, y todo ello con independencia del interés que devengarán dichos proyectos.

Que el instructor quiere imputar la diligencia o la cualidad de experto en la materia al consumidor o usuario final por cuanto ha percibido una remuneración del 6% de aquellos bonos, no es más que una calificación moral que no jurídica, pues en el fondo lo que está manifestando el instructor, es el reproche políticamente correcto de los especuladores financieros, siendo su razonamiento de fondo que aquellos que invierten en estos productos alto interés remuneratorio son poco menos que culpables de la suerte de estos productos, asumiendo resultados de su inversión y debiendo, olvidando en el caso concreto que las víctimas de la actuación reprochable de la entidad bancaria y sus empleados es, precisamente, un mero consumidor.

Y cuando ante los comentarios, rumores etcétera que sobre la viabilidad financiera de Islandia empieza a estar al cabo de la calle, se le recomienda al menos en dos ocasiones no rescatar dichos fondos, por lo que, conociendo el vendedor de los productos la situación real de los citados bonos, evita que los querellantes pudieran evitar la pérdida íntegra de sus capitales invertidos.

Que el querellante no ha acudido a una subasta directa en bolsa, sino que acude a quien mejor le puede asesorar e informar, y hasta cierto punto, hasta dirigir en la adquisición de los bonos. Desde ese momento su deber de diligencia se ve plenamente satisfecho y la responsabilidad penal queda enmarcada dentro de los delitos contra los consumidores y usuarios.

Efectivamente tenemos que los querellados venden un producto calificado falsamente como AAA, cuando la CNMV nos ha informado que dicho producto ni se acerca a dicha calificación, sino que la obtiene muchísimo más baja que es Baa1m y A-. Por tanto ahí tenemos la maquinación insidiosa, el engaño, la manipulación dolosa de la calificación de riesgo del producto.

Son precisamente las pruebas documentales las que nos llevan al indicio razonable de la efectiva comisión de los hechos objeto de la querrela razón por la que se insta por esta parte la apertura de juicio oral. De modo subsidiario esta parte interesaría la reapertura de las diligencias para la práctica de nuevas y complementarias diligencias de instrucción que a buen seguro esta parte instará una vez sea revocado el Auto del instructor.

### SEGUNDO

Por la representación de D. Cosme se impugna el recurso y se alega que en primer lugar, quiere poner de manifiesto que en el presente procedimiento sólo hay un imputado. El mismo es D. Cosme . Por ello

no acabamos de entender por qué la querellante en su recurso sigue insistiendo en mantener el error que introdujo en su escrito de 9 de Diciembre de 2010 y que el Juzgado puso de manifiesto en el Auto recurrido. D. Fructuoso nunca ha sido imputado en el presente procedimiento en el que solamente ha intervenido deponiendo como testigo el 26 de Marzo de 2010. Por tanto, que habiendo sido llamado D. Fructuoso a este procedimiento como testigo por un acto propio de los querellantes consideramos un despropósito procesal grave que en el recurso se hable de querrela.

No hay error en la valoración del tipo penal del artículo 282. Los empleados de banca no tienen la calidad de comerciantes aunque en su jornada laboral vendan, por cuenta del banco, su empleador, productos financieros. De las pruebas practicadas hasta la fecha, se desprende con claridad que el querrellado D. Cosme no vendió a los querellantes producto alguno. Los querellantes utilizaron el banco como vehículo, como mediador en el mercado secundario para adquirir participaciones preferentes de Landsbank Islands HF y bonos de deuda de del Royal Bank of Scotland. Ello se desprende de las órdenes de compra firmadas por los querellantes y que han tenido a bien acompañar a la querrela. Lo que hace mi representado por tanto, es facilitar como empleado de banca la ejecución en el mercado secundario donde cotizan los productos citados, la orden de compra que firmaron los querellantes sin mediar asesoramiento alguno por parte del mismo. Falta por tanto el tipo penal del [artículo 282 del Código Penal \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) ya que la compra en la que intermedia el banco y que ejecuta el querrellado como empleado de éste, junto con otros empleados más, trae causa de un acto propio de los querellantes. Por ello no hay ni engaño ni maquinación ni actuación embaucadora. Estamos totalmente de acuerdo además con el Magistrado Instructor de que el presunto incumplimiento del deber de información no tiene relevancia penal y por lo tanto la presente litis en su caso debería dilucidarse ante la jurisdicción civil y no ante la presente.

Los querellantes son los que se presentaron en el banco buscando productos concretos de alta rentabilidad, los productos adquiridos se remuneraban trimestralmente al tipo fijo de un 6% anual cuando los depósitos a plazo fijo se remuneraban en la banca europea por debajo del 2%. Al día de hoy tampoco han protestado de la inversión que realizaron en el Royal Bank of Scotland, mientras han seguido cobrando su cupón. Por ello, y como esta última entidad no ha quebrado, no consideran que hubo engaño, maquinación ni actuación embaucadora.

En cuanto las diligencias practicadas a dichos hechos es imposible aplicarles el tipo de estafa. No hay que olvidar que la jurisdicción penal está reservada por nuestra legislación para enjuiciar exclusivamente aquellos hechos que tengan una tipificación penal de acuerdo con nuestro Código Penal. No puede utilizarse para dilucidar reclamaciones temerarias que traen causa en simples transacciones mercantiles.

Solicita se dicte auto confirmando en todos sus extremos el recurrido.

### TERCERO

El Fiscal impugna el recurso de apelación y alega que no se deriva razón alguna por la que se permita revocar el auto recurrido ni instar la práctica de nuevas y complementarias diligencias de instrucción, por estar suficientemente acreditado y razonado en el auto recurrido la inexistencia de engaño, o alegaciones falsas, no apareciendo acreditada la perpetuación de delito alguno, por lo que, en base a lo dispuesto en los [artículos 641.1 y 779.1.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \( LEG 1882, 16 \)](#) procede acordar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones declarados en el auto recurrido, que es plenamente ajustado a derecho, razón por la que ha de ser confirmado en todos sus extremos.

Solicita se confirme en todos sus extremos el auto recurrido.

### CUARTO

Dado que se recurre el auto de 27 de Diciembre de 2010 por el que se acuerda el sobreseimiento provisional; este Tribunal debe señalar que el Tribunal Constitucional ha venido a señalar que el ius ut procedatur

que ostenta el supuesto perjudicado u ofendido personado no contiene un derecho absoluto a la apertura y sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a obtener una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas -por todas, STC 21/2005 -, y que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicional a la plena sustanciación del proceso penal, sino sólo el derecho a obtener un pronunciamiento motivado del órgano judicial en la fase instructora sobre la calificación jurídica de los hechos expresando las razones por las que inadmite su tramitación. Así, dicha doctrina ha avalado la legitimidad de los autos de inadmisión de la notitia criminis

, los cuales pueden dictarse incluso inaudita parte - STC 120/1997 -, y ha señalado igualmente que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de

inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión  
ab initio

del carácter delictivo de los hechos imputados, y, en su caso, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal sin apertura de la fase de plenario en caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional de conformidad con los arts. 637 y 641 L.E.Crim . - SSTC 178/2001 y 63/2002 -. Además, y por lo que se refiere a la exigencia de motivación, la doctrina constitucional ha declarado, específicamente en relación con las decisiones de sobreseimiento y archivo de causas penales, que la misma no obliga constitucionalmente al Juez o Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico.

Dentro de las funciones que nuestro ordenamiento procesal penal otorga al Instructor se encuentra la de servir de control a las pretensiones que por las partes acusadoras se llevan a cabo dentro de la actividad investigadora, y cuando no resulta acreditado el carácter delictivo de los mismos, deberá dictar la resolución que ponga fin a las actuaciones ( [art. 779.1.1ª](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \( LEG 1882, 16 \)](#) ), pues el derecho a la tutela judicial efectiva no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del Órgano Judicial en la fase instructora que le ponga término anticipadamente siempre que dicho órgano entienda que no hay motivos suficientes para acusar a determinada persona.

En el presente supuesto, se interpone una querrela contra don Cosme y se le imputa un delito de estafa y, posteriormente, en el escrito presentado solicitando la apertura de juicio oral, se hace referencia a delito contra los consumidores usuarios y la responsabilidad penal se extiende a Don Fructuoso .

Este Tribunal a la vista de las actuaciones y resolución dictada, entiende que la misma es ajustada a derecho y se debe mantener.

El auto que se recurre examina las diligencias de pruebas practicadas y concluye que los hechos objeto de las presentes actuaciones no son incardinables en el tipo de delito de estafa.

Se debe recordar que el delito de estafa exige como requisitos:

a) un comportamiento del sujeto activo que crea una apariencia de realidad ante aquél que se pretende que considere real lo que es simulado.

b) que tal actuación revista las notas de, en lo temporal, ser precedente o concurrente, y en su trascendencia, tenga capacidad, desde módulos objetivos y desde las circunstancias personales del sujeto engañado, para persuadir de que es verdad lo que no se adecua a la realidad

c) que el sujeto que la percibe, y al que se pretende engañar, sea o no el perjudicado final, sufra efectivamente el error de tomar lo aparente por verdadero

d) que tal error sea esencial y determinante de la decisión de un comportamiento en el sujeto errado que implique desplazamiento patrimonial, a su cargo o al de tercero

e) estableciéndose así un nexo causal entre el engaño y la disposición patrimonial que se adopta como consecuencia causada por esa apariencia

f) que el sujeto activo actúe movido por el ánimo de lucro - SSTS de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/1182 ), y de 5 de Octubre de 2007 (rj 2007/6821), por sólo citar recientes-.

En semejantes términos, la jurisprudencia señala como elementos constitutivos del delito previsto en el [art. 248.1º](#) del [Código Penal \( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) :

a) un engaño precedente o concurrente y bastante para producir error esencial en el sujeto pasivo.

b) que ese error sea determinante de una transmisión patrimonial por el sujeto pasivo.

c) que esa transmisión genere un daño patrimonial al sujeto pasivo o a un tercero.

d) dolo y ánimo de lucro en el sujeto activo -por todas, con cita de doctrina legal, la STS de 3 de Mayo de 2007 (RJ 2007/4663).

Por lo que se refiere al momento central de la estafa, el engaño bastante, la jurisprudencia señala de modo uniforme y reiterado que la maquinación o el artificio engañoso sobre la víctima tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el "dolo subsequens", esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, siendo ello así porque es la insidia o maquinación desplegada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo la que determina en la víctima el error, el cual, a su vez, genera el acto de disposición patrimonial, subrayando la necesidad de la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio producido, ofreciéndose éste como resultado de aquél - SSTS de 20 de Diciembre de 2006 (RJ 2007\389), y de 23 de abril de 1997 (RJ 1997\3260), y 20 de Junio de 2007 (RJ 2007\3948), con abundante cita de doctrina legal-

En el presente supuesto no resulta acreditado que el querellado D. Cosme, realizara actividad engañosa con el querellante toda vez que este último firmó la orden de compra de los bonos, y estamos totalmente de acuerdo con la Magistrada Instructora en que el asesoramiento defectuoso no sólo en la compra de los productos sino después en las recomendaciones de que mantuvieran la inversión y esperasen; no tiene como causa una maquinación del querellado y por consiguiente el engaño que se les imputa no es idóneo para producir en los querellantes el error para inducirles a comprar, ya que consta que los querellantes eran clientes del Deutsche Bank con anterioridad, y fueron ellos los que en el banco solicitaron productos con una rentabilidad alta y la contratada trimestralmente daba el tipo fijo de un 6% anual, relativa a bonos procedentes de Landsbanki Island. También adquirieron bonos del Royal Bank of Scotland siguiendo la misma operativa.

No acreditado el engaño, no es posible la continuación del procedimiento por el delito de estafa.

Después se solicita la apertura de juicio oral y se invoca el [artículo 282](#) del Código Penal, delito relativo al mercado y a los consumidores y el tipo del artículo 282 tampoco puede resultar de aplicación el presente supuesto, ya que sujeto activo del mismo son los fabricantes o los comerciantes; y la querrela se dirige contra un empleado de banca que no tiene la calidad de comerciante, aunque realice operaciones por cuenta del banco, su empleador, de productos financieros.

Por otra parte D. Cosme, no vendió a los querellantes producto alguno. Éstos utilizaron el banco como mediador en el mercado para adquirir las participaciones preferentes; y lo que el señor Cosme hizo fue ejecutar la orden que los querellantes -que firmaron el contrato-solicitaron.

Por ello se debe confirmar la resolución recurrida, ya que como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1983 y 89/1986, no se viola este derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24.2 de la [Constitución Española \( RCL 1978, 2836 \)](#), en los supuestos en que la prueba propuesta, pese a referirse a hechos relacionados con el objeto del proceso, y por tanto, sometidos al debate de las partes, es rechazada porque, por su propio co11

ntenido, no tiene capacidad para alterar el resultado de la resolución final.

De ahí que cuando el juez aprecia de forma evidente que los hechos carezcan de relevancia penal, debe realizar el archivo de la causa conforme determina el [artículo 779.1.1](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quedando a salvo, en su caso, las acciones civiles para poderlas ejercitar en la jurisdicción correspondiente.

#### QUINTO

Se declaran de oficio las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

#### III. PARTE DISPOSITIVA

[LA \( RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783 \)](#) **SALA ACUERDA DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Jesus Miguel Y EVERLASTING OPERATIVA, S.L.** contra el auto dictado en el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid, con fecha 27/12/2010, **CONFIRMANDO** dicha resolución. Declarándose de oficio las costas causadas en esta alzada.

Así lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as de la Sala.

---

2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.