



T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE OVIEDO

SENTENCIA: [REDACTED]

-

Domicilio: C/SAN JUAN, S/N- OVIEDO
Telf: 985988411 Fax: 985201041
Correo electrónico:
Equipo/usuario: SCC

Modelo: 001100

N.I.G.: [REDACTED]

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM [REDACTED]

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION OCTAVA de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO [REDACTED]

RECURRENTE: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, [REDACTED]

Procurador/a: , M^a EUGENIA CASTAÑEIRA ARIAS

Abogado/a: , JOSE RIVERO SEGUIN

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. JESUS MARIA CHAMORRO GONZALEZ

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL

En Oviedo a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], contra la sentencia, de fecha 15 de diciembre de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, en la causa Diligencias Previas [REDACTED], del Juzgado de Instrucción N° 3 de Gijón, que dio lugar al Rollo de Procedimiento Abreviado n° [REDACTED] de la referida Sección, formando Sala, en sede





Penal, los Magistrados de la misma han pronunciado en nombre del Rey, la siguiente :

S E N T E N C I A N° 11/2021

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Ignacio Pérez Villamil que expresa el parecer unánime de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se admiten los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de diciembre de 2020, la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, dictó en el citado procedimiento sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a [REDACTED] como autor criminalmente responsable de un delito consumado de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de:*

•2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

•7 meses y 6 días de multa con una cuota diaria de 10 € con una responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Que *DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a [REDACTED] en relación con el delito de falsedad, ya definido, del que ha venido siendo acusado durante la tramitación del presente procedimiento.*





Que *DEBEMOS ESTIMAR y ESTIMAMOS* las pretensiones de indemnización formuladas en concepto de responsabilidad civil y, en su consecuencia, *CONDENAMOS* a [REDACTED] a que abone a [REDACTED] la cantidad que se determine en ejecución de sentencia correspondiente al equivalente de los desembolsos que aquella hubo de realizar para atender el cumplimiento de las obligaciones que le correspondían en relación con el contrato de préstamo reseñado en el relato de hechos probados de la presente resolución y ello con la correspondiente minoración de las cantidades que, como compensación a tales desembolsos, el acusado hubiera abonado a aquella, todo ello más los intereses legales que pudieran resultar exigibles conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se impone a la persona condenada el abono de 1/2 de las costas procesales causadas, incluyendo 1/2 de las costas correspondientes a la acusación particular”.

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal del condenado.

CUARTO.- En el trámite del artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal y la acusación particular personada solicitaron la confirmación de la sentencia apelada.

QUINTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo y conformada la Sala y designado Magistrado Ponente conforme a las normas de reparto, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 2 de marzo de 2021. La Sala no estima necesaria la celebración de vista que no fue solicitada por ninguna de las partes.



HECHOS PROBADOS

Se admiten y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada, que son del siguiente tenor literal:

"1º) El día 17/03/2015 [REDACTED] -en adelante, [REDACTED] -, con ánimo de obtener un beneficio ilícito, formalizó a nombre de su esposa [REDACTED] -en adelante [REDACTED] -un contrato de préstamo con garantía personal identificado bajo el nº [REDACTED] -por cuantía de 25.000 € y con fecha de vencimiento el día 17/03/2020 -con la entidad bancaria LABORAL KUTXA y ello sin que [REDACTED] lo conociera y valiéndose para ello de un poder general que aquella había otorgado en su favor.

2º) La reseñada formalización vino precedida de conversaciones mantenidas por [REDACTED] con [REDACTED] -en adelante [REDACTED] -, quien, por entonces, era pareja sentimental del hermano de [REDACTED] y trabajaba como profesora, a través de las que [REDACTED], valiéndose de la mentada relación familiar y de que aquella contaba, como consecuencia de su inserción en el mercado laboral, con solvencia para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones dimanantes de aquel contrato y aduciendo mendazmente la necesidad de sufragar un inexistente proyecto de construcción que habría de desarrollarse en MADRID, logró que [REDACTED] suscribiera aquel contrato como avalista, tal y como la mentada entidad bancaria exigía para llevar a cabo aquella formalización.

3º) Una vez lograda la formalización antes descrita y la efectiva percepción del capital objeto de préstamo, [REDACTED], tras la inicial realización por su parte de diversos abonos parciales, desatendió por completo el pago de las correspondientes cuotas del préstamo suscrito, a resultas de



lo cual [REDACTED] hubo de abonar, en su condición de avalista, una indeterminada cantidad en todo caso superior a los 23.500 €.

4º) [REDACTED] carece de antecedentes penales computables a efectos de reincidencia”.

FUNDAMENTOS DE DERECHOS

PRIMERO.- Sin entrar en mayores disquisiciones doctrinales sobre su verdadera naturaleza (podría cuestionarse su naturaleza de recurso ordinario al someterlo el legislador a motivos, aunque formulados de forma muy amplia, y limitar las facultades de revisión del *ad quem* respecto a las pruebas personales, sobre todo en las sentencias absolutorias), el recurso llamado de “apelación” por la Ley 41/2015, de cinco de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende generalizar la segunda instancia penal y que se plasma en el nuevo artículo 846 ter, con remisión en lo concerniente a su régimen jurídico a lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 (apelación de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado por los Juzgados de lo Penal), se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el modelo de apelación, limitada “*revisio prioris instanciae*”, pues el órgano superior o *ad quem* se limita a examinar y decidir el objeto sometido a examen revisando los elementos facticos y probatorios del juez de primera instancia.

La reforma de la LECrim. , operada por la Ley 41/2015, ha establecido regímenes de impugnación bien diferenciados, si tenemos en cuenta el motivo esgrimido, la pretensión ejercitada (de anulación o de sustitución de la condena o absolución por un pronunciamiento del Tribunal Superior





contrario al de primera instancia) el sentido absolutorio o condenatorio de la sentencia impugnada y la consecuencia prevista por el legislador si el motivo es estimado por el Tribunal Superior.

SEGUNDO.-El primer motivo de recurso responde al siguiente enunciado: "Vulneración del derecho de defensa y falta de práctica de la prueba propuesta de importancia fundamental. Se aporta al amparo del artículo 790.3 de la LCrim, acta de manifestación con reconocimiento notarial de firma" (sic.).

No cita el recurrente norma procesal alguna que dé cobertura al motivo, pero ese defecto puede ser fácilmente subsanado por la Sala, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, recordando al impugnante la aplicación de los artículos 846 ter, en relación con el 790 .2, de la LECrim.

Lo que se viene a denunciar, en síntesis, en el desarrollo argumental del motivo, es que en la instancia no se practicó "la prueba fundamental" propuesta por la defensa del acusado que fue la testifical de D. [REDACTED], calificado por el recurrente como "asesor del imputado", dada la injustificada comparecencia del referido testigo, sin que la Sala de instancia ofreciera la posibilidad de alegar frente a dicha incomparecencia a la defensa.

Sobre este particular razona la sentencia impugnada en el FD Primero "in fine", lo siguiente : *"Ninguna alegación en el momento procesal oportuno -esto es, durante el trámite de práctica probatoria regulado en el artículo 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -se realizó por la defensa del acusado ante la incomparecencia del testigo de descargo por ella propuesto, testigo que constaba debidamente citado -véase el folio 37 del rollo nº [REDACTED] seguido ante este órgano jurisdiccional -, tal y como aquella defensa pudo constatar mediante la simple consulta del expediente de referencia, de tal modo que, no habiéndose instado la suspensión de la sesión*





en los términos que habilita el artículo 788.1, párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no formulándose protesta o cuestionamiento alguno a la decisión adoptada por el tribunal de dar por terminada la práctica de la prueba y continuar la tramitación contemplada en el artículo 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como el visionado de la correspondiente grabación del plenario de referencia permite constatar, no resulta asumible en modo alguno la ulterior invocación de indefensión aducida por la defensa en su informe final ante la incomparecencia del mentado testigo, máxime si se toma en consideración que aquella invocación tiene lugar en un momento en el que el resto de litigantes tienen vedada la posibilidad de formular réplica alguna ante tal sobrevenida y extemporánea, por lo ya expuesto, alegación”.

Ciertamente, esta Sala de apelación ha visionado la grabación de las sesiones del Juicio Oral y pudo constatar como ,ante la incomparecencia del testigo propuesto por la defensa, que estimaba y estima fundamental, no solicitó la suspensión de la vista, tal y como prevé el artículo 788.1 párrafo 2º, en relación con el 746.3º de la LECrim, limitándose en su informe final a advertir a la Sala de una posible indefensión por tal incomparecencia, reconociendo que podría solicitar su citación de nuevo (minuto 25,20 del segundo video), pero, pese a ser concedora de la posibilidad, se limita a señalarlo extemporáneamente, en momento procesal que imposibilita la contradicción de las acusaciones . Por lo tanto la no práctica de la referida prueba en la instancia resulta totalmente imputable a la parte apelante que ,ni solicitó al Tribunal la suspensión, ni protestó la decisión de este de continuar la vista por los trámites legalmente establecidos hasta dictar la sentencia que ahora se impugna. Consecuentemente no puede alegar indefensión quien deja de



activar temporáneamente los mecanismos procesales previstos en la ley.

Por lo demás igualmente ha de ser rechazada la documental acompañada con el escrito de recurso, que trata de suplir, sin contradicción, la inactividad procesal señalada, pues aunque el documento es de fecha posterior a la vista su contenido no y, en consecuencia, no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 790.3 de la LECrim.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- El segundo motivo denuncia "vulneración del principio de presunción de inocencia. Vulneración del artículo 250.1 del Código Penal inexistencia de ánimo de lucro y de voluntad de engaño"(sic.).

Pese al enunciado del motivo ,y la cita del derecho fundamental a la presunción de inocencia, nada dice la recurrente sobre la inexistencia de prueba de cargo o sobre la suficiencia de la misma, salvo una retórica mención a que "toda la sentencia se construye en presunciones, ni si quiera en indicios, carentes de peso suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia"(sic.). Tal afirmación equivale a negar la prueba de presunciones ,admitida por la jurisprudencia cuando se construya sobre indicios sólidos, y a confundir las presunciones con las meras conjeturas o simples sospechas, lo que no es el caso.

El desarrollo argumental del motivo discurre por otros derroteros que, en síntesis, consiste en presentar al acusado como una "víctima", precisamente del testigo que injustificadamente no compareció al Juicio, sin que la representación legal del apelante solicitara la suspensión de la vista, y sustentada sobre una documental aportada en esta segunda instancia que la Sala no entra a valorar por los motivos anteriormente expuestos.

Por lo demás, las afirmaciones de que "el acusado pago mientras pudo..." y que la denunciante no reclamo en vía civil, no resultan incompatibles con el relato de hechos probados de la sentencia apelada ni con la tipificación penal que la misma realiza.

El motivo merece igual suerte desestimatoria.

CUARTO.- El ultimo motivo de recurso denuncia "error en la apreciación de la prueba".

Sobre el error en la apreciación de las pruebas la reciente STS 162/2019, de 23 de marzo, nos ilustra sobre el alcance de la revisión del relato factico en la apelación a través de este motivo, encargándose de señalar que la competencia es más amplia que en la casación pues la invocación del error en la valoración de la prueba para combatir el relato factico "no se ciñe o limita a la valoración de documentos literosuficientes. En la apelación el error puede derivarse no solo de documentos sino de cualquier prueba y de su valoración conjunta". Pero esta afirmación genérica ha de ser matizada, y así lo hace la STS referida, al reconocer que **el error que posibilita la rectificación del relato histórico ha de ser "claro" de suerte que "haga necesaria su modificación" y que la inmediación** en la percepción de la actividad probatoria, es decir la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y como lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos, **es un límite a tal posibilidad revisora.**

Destaca la sentencia comentada que: "En efecto, el tribunal de apelación puede, de un lado, llevar a cabo una nueva valoración cuando se practiquen nuevas pruebas en la segunda instancia, según autoriza el *artículo 790.3 de la LECrim* , y, de otro, puede realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en todos aquellos aspectos no

comprometidos con la inmediación. Puede tomar en consideración, por ejemplo, si la narración descriptiva contiene **apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas**; puede apreciar la existencia de **errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo**; puede apreciar la **falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación.**

Siendo cierto que la función del tribunal de apelación **no consiste en reevaluar la prueba sino revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia**, si aprecia error debe rectificar la declaración fáctica y sustituirla por una propia, respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Su decisión debe ajustarse a parámetros objetivos, que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y, por supuesto, deben expresarse mediante la adecuada motivación. Además, el Tribunal debe respetar, en todo caso, la prohibición de la reforma peyorativa, en virtud de la cual el órgano "ad quem" no puede exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste (*STC 17/2000, de 31 de enero*)".

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada por la reciente STS 555/2019, de 13 de noviembre, que establece los límites de la apelación como segunda instancia no plena, casando y anulando otra del TSJ, de sentido absolutorio, al haberse excedido el Tribunal de apelación en sus competencias



en materia de revisión de la actividad probatoria del órgano de primera instancia, que había condenado, sustituyendo la apreciación y valoración de las pruebas personales por las suyas, reinterpretabéndolas, sin expresar de modo adecuado y suficiente las razones concurrentes para ello.

La anterior doctrina nos permite concluir que la parte que invoque como motivo de impugnación "error en la apreciación de la prueba" debe, cuando menos, identificar en que secuencia del relato factico se ha producido y que prueba o pruebas, cuya valoración no dependa de la intermediación, han sido erróneamente valoradas por el Tribunal "a quo", destacado su potencialidad modificadora de la decisión condenatoria.

El desarrollo del motivo reitera que el acusado "no tuvo ninguna intención de engañar; su intención desde el principio fue pagar...y pago diversas cantidades mientras pudo" (sic.). Pues bien, la parte apelante sin hacer la selección antes mencionada pretende sustituir el razonable y razonado criterio de la Sala sentenciadora expresado en los apartados 2º y 3º del FD Segundo que reproducimos ahora y hacemos nuestro, por el suyo que carece de respaldo probatorio alguno. Al respecto razona la sentencia de instancia : " 2º) *El engaño está presente desde el momento en el que se hace creer a la persona que asume la condición de avalista del préstamo de referencia que la obtención de tal cantidad está encaminada a sufragar un inexistente proyecto y que van a ser cumplidas, sin necesidad de la intervención de la víctima, las correspondientes obligaciones de devolución dimanantes de la obtención de la cantidad de referencia mediante la estipulación de un contrato de préstamo, cumplimiento que, sin embargo, no tiene lugar en debida forma, razón por la que se produce un quebranto económico a la víctima al verse obligada a atender las obligaciones pecuniarias de referencia.* 3º) *El testimonio de la víctima deja bien a las claras que fue el comportamiento*



mendaz de la persona acusada el que la indujo a concertar el vínculo contractual de referencia, puesto que resulta evidente que, caso de conocer la mendacidad del planteamiento sostenido por el hoy acusado, no habría tenido lugar la actuación finalmente desarrollada por aquella víctima”.

Por lo demás, el argumento, también esgrimido por el recurrente, de que “no se pudo vincular al acusado con la falsedad de ninguno de los documentos que aparecen en la causa...”(sic.), encuentra oportuna respuesta en el FD Tercero de la sentencia apelada cuya argumentación conduce a un fallo absolutorio por el delito de falsedad documental, del que también venía siendo acusado, sin que de ello se derive consecuencia relevante alguna respecto al delito de estafa por el que fue condenado.

Lo que en realidad hace la recurrente es una y enmienda a la totalidad al juicio sobre los hechos realizado por la sentencia impugnada, pretendiendo sustituir el razonamiento racional, lógico y ajustado a las máximas de experiencia, por el suyo propio, pretendiendo que esta Sala lo haga suyo sustituyendo el realizado por el Tribunal sentenciador, lo que resulta procesalmente imposible.

El motivo merece igual suerte desestimatoria. Consecuentemente con lo expuesto el recurso debe ser íntegramente desestimado.

SOBRE LAS COSTAS.- Respecto a las costas, procede hacer expreso pronunciamiento atendido lo prescrito en el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este pronunciamiento estima la Sala que ha de ser la declaración de condena en costas de la apelación a la parte recurrente y ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en tanto en cuanto desestimados todos los motivos del recurso.



VISTOS los textos legales citados y demás de general aplicación,

F A L L A M O S: Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. [REDACTED], en nombre y representación de D. [REDACTED], contra la sentencia, de fecha 15 de diciembre de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

