



Roj: **STSJ AS 384/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:384**

Id Cendoj: **33044310012017100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **2/2017**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE IGNACIO PEREZ VILLAMIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA: 00001/2017 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SALA CIVIL Y PENAL OVIEDO

C/SAN JUAN, S/N- OVIEDO Teléfono: 985988411 33044 31 2 2017 0100002 **RPL RECURSO DE APELACION 0000002 /2017**

Sobre: **ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)**

Denunciante/querellante: Leovigildo Procurador/a: D/D^a ANA ISABEL DE CASTRO MALDONADO Abogado/a: D/D^a GERARDO HERNANDEZ SABINA

Contra: Pascual Procurador/a: D/D^a MARIA CONSOLACION GONZALEZ PRADA Abogado/a: D/D^a ELOY FERNANDEZ SCHMITZ

SENTENCIA Nº 1/2017

Oviedo, a 23 de marzo de dos mil diecisiete.

EXCMO. SR. PRESIDENTE. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL. ANGEL AZNAREZ RUBIO

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. Ana De Castro Maldonado en nombre y representación de D. Leovigildo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, en la causa PA Nº 4007/2015 del Juzgado de Instrucción Nº 4 de Gijón, que dio lugar al Rollo de la referida Sección Nº 25/2016, 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

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se admiten los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 20 de diciembre de 2.016, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Oviedo, con sede en Gijón, dictó en el citado procedimiento sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debemos de absolver y absolvemos libremente a Pascual de los delitos de estafa que venía siendo acusado por los hechos objeto de esta causa, declarando de oficio las costas".

TERCERO.- Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de Don Leovigildo , personado como acusación particular.



CUARTO.- En el trámite del artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al igual que la representación procesal del acusado-absuelto D. Pascual

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 21 de marzo de 2017. Ninguna de las partes ha solicitado la práctica de diligencias de prueba, no estimándose necesaria la celebración de vista que no fue solicitada por ninguna de las partes.

HECHOS PROBADOS

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

1/ El acusado Pascual el día 15 de noviembre de 2011 firmó un contrato con Leovigildo par la comprar de 22.926 benjamines de la marca "Ambeer Rouge Sidra con polvo de oro", abonando Leovigildo 80.242 euros.

2/ El acusado el 12 de Diciembre de 2011 recibió de Leovigildo 20.000 euros para la compra de anguilas en la República Dominicana por valor de 8.000 euros y adquisición de joyas en pública subasta por valor de 12.000 euros.

3/ Pascual y Leovigildo siguieron realizando negocios entre ellos y participando conjuntamente en otros hasta al menos finales de 2014.

4/ Con fecha 3 de diciembre de 2014 Leovigildo firmó un documento titulado "Recibo de finiquito" en el que reconoce "que ni D. Pascual, ni Jockeys Chas Club, S.L., ni las sociedades global Omnes, así como La Buena Angula así como en sociedades extranjeras en las que hayan tenido directa o indirectamente participación, le adeuda suma alguna, por ningún concepto, quedando así indemnizados, saldados, y liquidados, por todos los conceptos que pudieran derivarse de la relación civil y mercantil que unía a las partes, y que quedó extinguida, manifestando expresamente que nada más tienen que reclamar por concepto alguno, asimismo se comprometen las partes a retirar cualquier reclamación de cualquier naturaleza que esté actualmente en curso", si bien añadiendo al final que "todo ello queda condicionado al cumplimiento de los contratos firmados en el mismo día de hoy de la venta de Chas Padel Gijón y las participaciones terrenos en Cabueñes".

5/ El acusado fue condenado por un delito de estafa por sentencia firme de 22/7/2010 dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, a la pena de 2 años de prisión, que le fue suspendida el 11/7/11 por tres años, obteniendo la remisión definitiva el 23/7/04.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 L.E.Crim., 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.- En el presente caso es altamente relevante, por lo que luego se dirá, que la sentencia impugnada por la representación procesal de la acusación particular es de sentido absolutorio.

La parte apelante, erróneamente, articula el recurso a través del trámite previsto para las apelaciones de las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, ya que cita los artículos 846 bis b) y 846 bis c) de la L.E.Crim. Error, disculpable por la novedad de la reforma introducida por la Ley 41/2015 con la finalidad de generalizar la llamada "segunda instancia penal, pero fácilmente subsanable reconduciéndolo



al nuevo cauce procesal establecido por el artículo 846 ter de la L.E.Crim y al motivo de "infracción de normas del ordenamiento jurídico" recogido en el artículo 790.2, equivalente, con matices, al articulado por el apelante con sede en el artículo 846 bis c) ("error iuris"), ambos de la Ley procesal penal.

TERCERO.- Pese a que el apelante formalmente denuncia "error iuris" lo cierto es que en el desarrollo argumental del motivo viene a discrepar de la sentencia en la aplicación del "indubio pro reo" respecto a la existencia del elemento típico del delito de estafa consistente en el "engaño previo bastante" exigido por el artículo 248.1 del CP y la jurisprudencia que lo interpreta (SsTS 465/2012, 993/2012 y 186/2013, entre otras muchas). Al apelante le parecen insuficientes los cinco argumentos que la sentencia expone en FD Único, y sin atacar los hechos que aquella declara probados, por lo demás objetivo imposible dado el motivo articulado, trata de rebatirlos para afirmar interesadamente que efectivamente existió el engaño. Es decir trata de sustituir las inferencias que realiza la sentencia apelada partiendo de los hechos declarados probados por otras que el mismo apelante expone para llevar al convencimiento de la Sala que existió el engaño típico. La finalidad pretendida no puede ser aceptada por varias razones: Porque las inferencias realizadas por la sentencia para llegar a la aplicación del "indubio pro reo" respecto a la concurrencia en el caso enjuiciado del engaño típico son, todas ellas razonable y responden a la lógica más elemental. Si al apelante no le parecieran así debería denunciarlo y acudir a otro motivo de apelación también recogido en el artículo 790.2 de la L.E.Crim, referido al "error en la apreciación de la prueba". Pero en este caso resulta obligado recordar que cuando se impugnan **sentencias absolutorias o condenatorias con pretensión de agravación**, por el motivo de "error en la valoración de la prueba" era obligado para el legislador partir de la doctrina constitucional, establecida a partir de la famosa sentencia del TC 167/2002, que aplica la sentada por el TEDH al interpretar el artículo 6 del CEDH, que **proscribe la posibilidad de condenar en segunda instancia al acusado previamente absuelto en la primera**, o agravar su situación respecto a la sentencia de primera instancia, **sobre la base de una nueva valoración por el tribunal "ad quem" de las pruebas personales practicadas o del conjunto de la prueba efectuada sobre la culpabilidad o inocencia, ya sea sobre los elementos objetivos o subjetivos del delito**, sin haberlas presenciado con la necesaria inmediación y sin la declaración del acusado en una vista celebrada ante el órganos de segunda instancia. (Una exhaustiva exposición de la referida doctrina del TC, del TEDH y del TS puede encontrarse en la sentencia de 29 de mayo de 2015, de la Sala Segunda de nuestro más alto tribunal y también en la reciente STC 105/2016, de 6 de junio). La reforma ha configurado un peculiar recurso contra sentencias absolutorias -y las condenatorias que se pretenden agravar-, en el que exige (artículo 790.2 "in fine") a los acusadores cuando aleguen como motivo del recurso "error en la valoración de la prueba" que justifiquen "la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad ha sido improcedentemente declarada". En definitiva lo que supone el control de la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuada por el "a quo". Nada de esto realiza el apelante. El artículo 792.2, coherentemente con lo expuesto, proclama que la sentencia de apelación "no podrá condenar al acusado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas", si el Tribunal "ad quem" apreciará la concurrencia de alguna de las referidas incorrecciones deberá dictar una sentencia meramente anulatoria devolviendo las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida, concretando si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa. (Artículo 792.2, 2º). El apelante no ejercita tampoco ninguna pretensión anulatoria sino que se limita a pedir que esta Sala dicte una sentencia condenatoria por el delito de estafa en sustitución de la absolutoria dictada por la sección Octava de la Audiencia Provincial, lo que, tal y como se argumentó resulta legalmente imposible. En consecuencia, por las razones expuestas, procede desestimar íntegramente el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia impugnada.

CUARTO.- SOBRE LAS COSTAS.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los textos legales citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

F A L L A M O S: Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana De Castro Maldonado en nombre y representación de D. Leovigildo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, con sede en Gijón, de fecha 20 de diciembre de 2016, que se confirma en sus propios términos. Sin imposición de las costas de esta alzada.

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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha se publicó la anterior sentencia mediante su lectura en audiencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, doy fe. En Oviedo a veintitrés de marzo de dos mil diecisiete.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ