

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2022**

Nº de Recurso: **65/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL

A CORUÑA

SENTENCIA: 00119/2022

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981184876 Fax: 981184887

Correo electrónico:

Equipo/usuario: KD

Modelo: 001100

N.I.G.: 36038 43 2 2016 0000416

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000065 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000047 /2020

RECURRENTE: Ramón, Federico

Procurador/a: RAFAEL FRANCISCO PEREZ LIZARRITURRI, FRANCESCA DI MATTIA

Abogado/a: YOLANDA FORTUNEZ ORTEGA, PABLO ESPINOSA DE SOTO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Águeda

Procurador/a: , CRISTINA MARIA DEL RIO RECOUSO

Abogado/a: ,

SENTENCIA Nº 119/22

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo.

Don Fernando Alañón Olmedo – Ponente.

Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez.

A Coruña, a 23 de noviembre de 2022.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación el RPL 65/2022, dimanante del Procedimiento Abreviado seguido en la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo número 47/2020), partiendo de la causa que con el número 198/2016 tramitó el Juzgado Instrucción número 2 de Pontevedra por delito de estafa contra el acusado D. Federico.

Son parte en este recurso como apelante-acusado D. Federico, representado por la procuradora Dª. Franchesca Di Mattia y defendido por el letrado D. Pablo Espinosa de Soto, apelante-responsable civil D. Ramón, representado por el procurador D. Rafael Pérez Lizarriturri y defendido por la letrada doña Yolanda Fortúnez Ortega.

Y como apelados, la acusación particular D^a Águeda, representada por la procuradora D^a Cristina María del Río Recouso y con la asistencia letrada de D^a Lourdes González-Lagana Vicente y el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Fernando Alañón Olmedo.

antecedentes de hecho

PRIMERO: La sentencia dictada con fecha 23/03/2022 por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene los siguientes hechos probados:

“ **Primeiro.-** Don Federico, maior de idade, e dona Águeda coñecéronse na primavera do 2014, e iniciaron unha relación sentimental que durou aproximadamente ata xuño do 2015, no curso da cal Federico conviviu puntualmente con Águeda no domicilio desta en Pontevedra, se ben era frecuente que se ausentase durante períodos máis ou menos longos por supostos motivos de traballo como *broker*, alegando viaxes a cidades como Londres ou Hong Kong. No momento de iniciar a relación, Federico estaba casado con dona Delia, sendo isto descoñecido por Águeda, quen só chegou a saber da relación matrimonial de Federico por terceiras persoas, arredor do mes de febreiro do 2015.

Segundo.- En xaneiro de 2015, e despois dun tempo aproximado dun mes sen case comunicación con Federico, este chega a Pontevedra mostrándose abatido e triste, o que motiva que Águeda se interese polo seu estado e as causas deste, e refírelle entón Federico que se atopa nunha perentoria situación económica de dimensións familiares, ante o cal Águeda se ofrece a axudalo. Con tal fin, Águeda subscribe un préstamo coa entidade mercantil Abanca por importe de 50 000 euros, pretextando ante a financeira que iría destinado á explotación gandeira que rexenta o seu irmán, se ben a súa verdadeira intención era axudar a Federico a saír da referida situación. O importe do préstamo foi aboado na conta bancaria de que Águeda é titular o día 12 de febreiro do 2015.

Terceiro.- Unha vez que foi ingresado o crédito, sen que conste como puido facerse coas claves da banca electrónica de dona Águeda, don Federico fixo uso delas sen consentimento nin autorización de Águeda, e conseguiu levar a cabo as seguintes transferencias dende a conta dela:

- Transferencia o día 17/02/2015 por importe de 6146,32 euros a favor da mercantil Bigbank AS Consumer Finance, Sucursal en España, correspondente á cancelación do crédito ao consumo suscrito coa citada mercantil o día 25/07/2014, a nome de dona Delia, sen que conste que fose esta quen o solicitase.

- Transferencia o día 19/02/2015 por importe de 2590 euros a favor de don Juan Carlos, en pago da débeda contraída por don Federico por contratarlle tempo atrás determinados traballos.

- Transferencia o día 19/02/2015 por importe de 4000 euros a favor da mercantil ATM 2006 Norte, SL, da cal é administrador único don Ramón, que é o pai de Federico.

- Transferencia o día 19/02/2015 por importe de 1322,42 euros a favor da mercantil Kurpes Collection, SL, entidade da cal é administrador único don Aníbal, respondendo o ingreso ao pago dun pedido de calzado que realizou Federico.

- Transferencia o día 27/02/2015 por importe de 641,48 euros a favor da mercantil Getbucks Spain, SL, correspondente á cancelación de débeda por solicitude dun minicrédito a nome de dona Delia, sen que conste que fose esta quen o solicitase.

- Transferencia o día 27/02/2015 por importe de 409,85 euros a favor de Ferratum Spain, SL, correspondente á cancelación do crédito rápido suscrito coa citada

mercantil o día 16/11/2014, a nome de dona Delia, sen que conste que fose esta quen o solicitase.

- Transferencia o día 01/06/2015 por importe de 2900 euros a favor da mercantil TH Passion Group, SL, en pago de débeda por un pedido realizado pola entidade Arquitrabe Artdeco, SL, da cal nese momento era propietario e administrador único don Federico.

- Transferencia o día 02/06/2015 por importe de 1674 euros a favor da mercantil TH Passion Group, SL, en pago de débeda por un pedido realizado pola entidade Arquitrabe Artdeco, SL, da cal nese momento era propietario e administrador único don Federico.

De todas estas cantidades, das cales dispuxo don Federico de maneira ilexítima en prexuízo de dona Águeda, non restituíu a esta importe ningún, a pesar dos reiterados requirimentos da prexudicada.

Cuarto.- Entre o 16/02/2015 e o 01/06/2015, dende a conta bancaria de que é titular dona Águeda constan efectuadas disposicións de diñeiro a través do sistema HalCash por un importe total de 3000 euros.”

SEGUNDO: El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

“DECIDIMOS

Condenar a don Federico, como autor penalmente responsable dun delito continuado de estafa do artigo 248.2.a) do Código penal, sen que concorran circunstancias modificadoras da responsabilidade penal, e con aplicación do artigo 74 do mesmo código, á pena de dous anos e dous meses de prisión, coa accesoria de inhabilitación especial para o dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena.

En concepto de responsabilidade civil, o procesado, don Federico, deberá indemnizar a dona Águeda na cantidade de 19 684,07 euros, cantidade que se verá incrementada nos correspondentes xuros legais a teor dos artigos 1108 do Código civil e 576 da Lei de axuizamento civil.

Condenamos tamén a don Federico ao pagamento das **custas** da presente instancia, con inclusión das que correspondan, polos delitos obxecto de condena, da acusación particular.

Absolvemos a dona Delia da pretensión contra ela formulada como partícipe a título lucrativo do delito cometido por don Federico.

Condenamos a don Ramón, como partícipe a título lucrativo, a que, de modo conxunto e solidario con don Federico, indemnice a dona Águeda na cantidade de 4000 euros, con aplicación do artigo 576 da Lei de axuizamento criminal.”

TERCERO : En dicha sentencia consta voto particular de la Ilma. Sra. Magistrada Suplente doña Marta García Mosquera con fecha 7 de abril de 2022 con la siguiente DECISIÓN: “Absolver a D. Federico, do delito continuado de estafa do art. 248.2a) do Código Penal, en relación co art. 74 do mesmo Código, do que viña sendo acusado, con todos os pronunciamentos favorables, que alcanzan aos responsables civís fronte aos que se exercitaron as pretensións de restitución por parte da acusación particular.

Decláranse de oficio as custas procesuais causadas. Pontevedra, a 7 de abril do 2022.”

CUARTO: La representación procesal del condenado D. Federico y del responsable civil don Ramón interpusieron Recurso de Apelación contra la sentencia de 23/03/22. El Ministerio Fiscal impugna dichos recursos

QUINTO: Mediante providencia del pasado 5/07/2022 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose Magistrado Ponente.

SEXTO: La Sala, por providencia del pasado día 5/09/2022 señaló el siguiente 4 de octubre para votación y fallo del recurso.

HECHOS PROBADOS

Se acepta el relato de hechos de la sentencia recurrida a salvo el párrafo primero del apartado tercero de los mismos que queda como sigue:

“Unha vez que foi ingresado o crédito, sen que conste como puido facerse coas claves da banca electrónica de dona Águeda, don Federico fixo uso delas e conseguiu levar a cabo as seguintes transferencias dende a conta dela: [...]”

Fundamentos JURÍDICOS

PRIMERO.- Como primer motivo de impugnación que la representación procesal del Sr. Federico formula contra la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 23 de marzo pasado, se denuncia la infracción de preceptos constitucionales, la infracción del derecho de defensa, de ser informado de la acusación así como de articular los medios pertinentes para la defensa.

En el desarrollo del motivo se relata que la sentencia condena al apelante como autor de un delito de estafa recogido en el artículo 248.2, a) del Código Penal. Se apoya la sentencia en la consideración de que el acusado obtuvo las claves de acceso a la cuenta de la querellante para realizar una serie de disposiciones sin su consentimiento, y conocimiento, a través del correspondiente dispositivo informático que no ha sido identificado. El Ministerio Fiscal sostuvo en su escrito de acusación que el acusado hizo las trasferencias desde el ordenador de la querellante; en igual sentido el relato de la acusación particular en su escrito de calificación provisional. La sentencia recurrida no detalla el modo en el que se llevaron a cabo las trasferencias pero sí afirma que el acusado se hizo de manera ignota de las claves de acceso a la banca electrónica de Águeda. La posición de la defensa era considerar que las trasferencias fueron realizadas con el consentimiento

de la querellante y juntamente con ella. Sostiene la defensa que se altera sustancialmente la calificación jurídica de los hechos pues se pasa de un supuesto engaño para producir el acto de desapoderamiento patrimonial al apoderamiento y utilización de claves informáticas. Para la sentencia esa modificación no altera ni quebranta el principio acusatorio pues son delitos homogéneos y la base fáctica se mantiene. Sin embargo, se modifica el hecho esencial del que se hace depender la calificación jurídica alternativa de modo que se priva a la defensa de utilizar los medios de prueba adecuados. Se pasa del engaño en la relación amorosa a un hecho absolutamente secundario en los escritos de acusación. Y tanto es así que ninguna de las acusaciones propuso prueba dirigida a acreditar el apoderamiento de las claves de la banca electrónica.

Conforme a la construcción del principio acusatorio, no es posible que en una sentencia de contenido condenatorio se incluyan elementos de cargo que sean perjudiciales para el acusado cuando estos no hayan sido incorporados y recogidos por las acusaciones, como tampoco es posible la condena por otro delito más grave que el contenido en los escritos de acusación siquiera invocando la cláusula del artículo 733 de la Ley de enjuiciamiento criminal a menos que la tesis a la que se refiere este sea asumida por alguna de las acusaciones. La excepción a lo anterior aparece cuando se está en presencia de lo que se conoce como delito homogéneo, cuando los elementos de este estén contenidos en el delito por el que se acusa y la pena que se propone no exceda de la formalmente solicitada. También es consecuencia de lo anterior que no es posible incorporar a la sentencia ningún elemento de cargo del que el acusado no haya podido defenderse lo que exige el conocimiento anterior del mismo a la celebración del juicio oral y con el tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Adviértase, por otro lado, que lo anterior no afecta a los elementos accesorios o accidentales, aspectos que el tribunal puede acoger para conformar un relato histórico más ajustado a la realidad. Aparece lo anteriormente razonado con reflejo en la sentencia 1643/2022, de 14 de julio, que a su vez cita la 380/2014, de 14 de mayo, con la implícita indicación de que es posición reiterada por el Tribunal Supremo. Se hace igualmente referencia a la 505/2016, de 9 de junio que sintetiza la cuestión aludiendo a que *“lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal”*; que el marco de los elementos fácticos y jurídicos de la acusación puede flexibilizarse con la *“introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle”*; que esas modificaciones no pueden alterar sustancialmente los elementos fácticos del relato que las acusaciones conforman en sus escritos de acusación y, finalmente, que siempre habrá que estar a las peculiaridades del caso enjuiciado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 228/2002, de 9 de diciembre, nos habla en referencia al principio acusatorio que se conforma por la congruencia entre acusación y fallo de modo que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado. El concepto “cosa” al que alude se integra no solo por el *factum* sino también por la perspectiva jurídica que se proyecte sobre este habida cuenta que el debate contradictorio abarca ambas realidades (por todas, SSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17, y 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3). Sigue afirmando la sentencia anterior que no es posible que en la subsunción que debe llevar a cabo el tribunal acoja como elementos fácticos algún acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación en el ejercicio de su acción punitiva. El límite jurídico aparece cuando se sobrepasa la homogeneidad de los delitos, por el que se acusa y por el que se condena. Es posible que dentro de aquella homogeneidad el tribunal sentenciador se mueva en el ejercicio del *ius puniendi* por la propia existencia de cuestiones de orden público (por todas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4, o 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). Y se concluye, recogiendo lo indicado por la STC 87/2001, que lo realmente relevante es la inclusión de elementos que no pudieron ni fueron ser plenamente debatidos.

Especialmente relevante para resolver la cuestión que se plantea es la tesis que esgrime la reciente sentencia 724/2022, de 14 de julio, donde se distingue, cuando de pronunciarse sobre la homogeneidad o heterogeneidad de los delitos en análisis, entre hechos concretos y sucesos relacionados, distintos y diferenciables sustancialmente. Afirma que dentro de las funciones del tribunal a la hora de conformar los hechos, lo que no es posible es mutar sustancialmente el hecho enjuiciado, tal y como prescribe el artículo 789.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Literalmente afirma que se produce esa mutación sustancial cuando *“el carácter delictivo que se predicaba de una conducta se niega y se desplaza a otra conducta distinta, que constituye un hecho perfectamente diferenciable. Era contemplado por las acusaciones, pero sin dotarle de carácter delictivo”*.

La lectura de la sentencia apelada muestra cómo la tesis de las acusaciones era diferente de aquella que finalmente se acoge por el tribunal para llegar a su pronunciamiento condenatorio. Así se viene a descartar la aplicación del tipo del artículo 248.1 por considerar que el único posible encaje se proyectaría sobre el hecho de haber Águeda solicitado el crédito de 50.000 € y, debemos añadir, sobre la base del engaño previo que le habría merecido ganar la confianza precisa para aquella operación financiera que, a la postre, debería redundar

en beneficio del acusado. Sin embargo no es ese el tipo de imputación que acoge la sentencia apelada. La sentencia condena al acusado como autor de un delito de estafa informática prevista en el artículo 248.2, 1º del Código Penal. La propia sentencia razona la posibilidad de alteración del título de imputación delictiva, consciente de la modificación y la posible afectación del principio acusatorio, situación que descarta en un argumento que, con todo el respeto y consideración que la bien conformada y razonada sentencia de instancia merece, no compartimos. Así, en primer lugar, no podemos sino dudar de la homogeneidad de los dos tipos que se contemplan en el artículo 248, la estafa básica del apartado primero y la llamada informática del apartado segundo. No está de más traer a colación el contenido de la sentencia 49/2020, de 12 de febrero, resolución que si bien nada objeta en relación con la apreciación de la continuidad delictiva que abarcaría ilícitos calificados como de estafa ordinaria con otros de estafa informática, viene a establecer la sustancial diferencia entre ambos tipos y así se dice que el conocido como fraude informático no responde a la estructura tradicional de la estafa, que con este tipo se trata de proteger el patrimonio de los ataques que propician las nuevas tecnologías y, puede añadirse, el bien jurídico protegido trasciende del patrimonio de la víctima al abarcar la seguridad del tráfico mercantil y financiero informático. El error que se provoca en el sujeto pasivo a consecuencia del engaño es elemento nuclear de la estafa y tal error no puede predicarse en la existencia de la estafa informática donde el desplazamiento patrimonial trae causa de la manipulación informática o de un artificio asimilable. Los escritos de acusación, elevados a definitivos (a salvo irrelevante, en este momento, modificación de la acusación particular), aluden a la circunstancia de la obtención de las claves por parte del acusado. El Ministerio Fiscal indica que “[...] los días 17 y 19 del mismo mes Federico realizó desde el ordenador de ella dos transferencias -sin que conste cómo sabía las claves- [...]”; por su parte en el escrito de acusación de la acusación particular se dice al respecto que “[...] el 17 y el 19, como consta en las diligencias practicadas en la instrucción, aprovechando que D^a Águeda estaba en una cena el 17 y en el trabajo de guardia el 19, se hace con las claves y realiza desde el ordenador de D^a Águeda sendas transferencias”. La sentencia apelada indica como cierto que no consta como pudo Federico hacerse con las claves de la banca electrónica de Águeda. La propia articulación de los escritos de acusación determina que en ningún momento las acusaciones entendieron que la disposición a través del sistema informático era típica sobre la base del artículo 248.2º.1 sino que se integraba como un episodio más, reiteramos, de una estafa básica, circunstancia que es expresamente rechazada.

Por todo lo anterior, concluimos, la sentencia vulnera el principio acusatorio al condenar por delito no contemplado por las acusaciones, perfectamente acotable en el relato histórico de aquellas, al que no atribuyen tipicidad autónoma alguna al margen de su integración en el conjunto del relato histórico como elemento accidental o adyacente al núcleo típico por ellas definido. No se trata de un delito homogéneo, a pesar de su inclusión en el mismo artículo que el de la estafa básica y, en definitiva y así lo entendemos, la vulneración del principio acusatorio debe llevar igualmente a la absolución del acusado con todos los pronunciamientos favorables incluidos los que se refieren a las personas consideradas como partícipes a título lucrativo.

segundo.- Como segundo motivo de impugnación se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia a que se refiere el artículo 24 de la Constitución concretando que existe insuficiente prueba de cargo para sustentar la condena del recurrente. Sostiene el recurso que la condena se apoya en una presunción o suposición por considerar que la única explicación posible a la transferencia de activos desde la cuenta de la querellante es el empleo sin autorización de las claves de banca electrónica. A juicio de la recurrente no es esa la única explicación posible porque la querellante conoció y consintió las transferencias efectuadas lo que encaja en el ánimo de Águeda de haber obtenido el crédito para conseguir ayudar a Federico. Lo cierto es que no hay prueba que muestre la forma y el dispositivo desde el que se hicieron las transferencias. A pesar de que la sentencia parece apoyarse en indicios para llegar a la conclusión que alcanza lo cierto es que los indicios recogidos son la declaración de la querellante y la del testigo D. Avelino. Y la conclusión que se alcanza en el juicio de inferencia no necesariamente es la única y más razonable.

Como tercer motivo de impugnación y directamente engarzado con el anterior se denuncia la errónea apreciación de las pruebas en relación con la concurrencia de los requisitos que exige la presencia del delito de estafa informática al que se refiere el artículo 248.2 del Código Penal. La recurrente sostiene que hay múltiples indicios que llevan a considerar la realidad del conocimiento y consentimiento de la querellante de los actos de disposición efectuados desde su cuenta bancaria.

Acerca de la vulneración del principio de presunción de inocencia, es reiterada la doctrina expuesta tanto por el Tribunal Supremo (por todas, sentencia 118/2018 de 13 de marzo) como por el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 125/2017 de 13 noviembre) que muestra que tal derecho implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, mediante un proceso justo, en los términos que se exponen en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que entraña

que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, que tal prueba haya sido valorada racionalmente con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos de tal modo que el Tribunal pueda alcanzar determinada certeza de contenido objetivo sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, excluyendo la presencia de dudas razonables que impidan su consideración en contra de los intereses de éste. En esas circunstancias, el control que un tribunal superior debe llevar a cabo sobre la resolución sometida a su revisión, reiteramos, se proyecta sobre la validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, pero sin que sea posible proceder a un nuevo análisis de la prueba practicada, lo que sí sería materia propia de la alegación atinente al error en la valoración de la prueba. Por tanto se limita a verificar si el tribunal se ha ajustado a las reglas de la lógica, si no ha omitido injustificadamente las máximas de experiencia y si no ha orillado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, la valoración de las pruebas se ajusta a un canon de racionalidad y no es manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente. A lo anterior debe añadirse que para que una resolución considere enervada la presunción de inocencia deberá plasmar en su contenido la motivación, las razones por las que se ha considerado culpable al acusado. Estas posiciones, se reitera, aparecen contestes en la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, 300/2005, de 21 de noviembre, 328/2006, de 20 de noviembre, 117/2007, de 21 de mayo, 111/2008 de 22 de septiembre y 25/2011, de 14 de marzo; y SSTS 544/2015, de 25 de septiembre, 822/2015, de 14 de diciembre, 474/2016, de 2 de junio y 948/2016, de 15 de diciembre).

La sentencia del Tribunal Supremo 671/2019, de 15 de enero, sintetizando la doctrina que se refleja en las sentencias del Tribunal Constitucional 68/2010, de 18 de octubre, 107/2011, de 20 de junio, 111/2011, de 4 de julio, 126/2011, de 18 de julio y 16/2012, de 13 de febrero, determina que *"se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: a) con ausencia de pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de actividad probatoria no revestida de las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos"*. En igual sentido la más reciente sentencia de 24 de marzo de 2021, con cita de las 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre y 52/2008 de 5 de febrero, ubica la valoración de las pruebas en el tribunal de instancia, reduciendo el análisis de la presunción de inocencia a la comprobación de si la condena se apoya en suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y practicada de conformidad con los principios rectores del proceso penal, oralidad, publicidad, intermediación y contradicción para, finalmente, determinar si el razonamiento que se contiene en la motivación de la sentencia no infringe básicos postulados de la lógica y de la experiencia.

Claramente se induce que el error en la valoración de la prueba tiene un efecto reflejo sobre la presunción de inocencia habida cuenta de que, alterada la base fáctica a la que se anudaba el efecto combatido por la recurrente, la condena deja de tener esa prueba de cargo como base de la condena.

Razona la sentencia apelada, fundamento jurídico cuarto, que desde la realidad de las transferencias y sus elementos, objetivos y subjetivos, así como el modo en el que fueron realizadas, sobre el conocimiento y consentimiento de Águeda, el tribunal a quo llega a considerar que este no existió. Afirma que la única explicación posible y razonable es que Federico, utilizando sin autorización las claves de la banca electrónica de Águeda, realizó aquellas operaciones suplantando la identidad de Águeda. Y para llegar a esa consideración se apoya en la pluralidad de indicios, contundentes y concluyentes. Añade que la versión de la defensa de Federico no se sostiene si se analiza el testimonio de Águeda sobre la base de su propia declaración y destaca que la versión de Águeda, mantenida reiteradamente, es que las transferencias fueron hechas por Federico, que ella no tenía conocimiento de estas ni nunca supo para qué eran, declaraciones las anteriores que para el tribunal gozan de credibilidad subjetiva y son firmes y persistentes. Añade la sentencia un elemento de corroboración cual es la manifestación de Avelino, director de la sucursal de la entidad bancaria Abanca, donde Águeda tenía su cuenta para quien Águeda le manifestó que había operaciones de banca que no entendía o que no reconocía.

Que la prueba indiciaria es apta para enervar la presunción de inocencia es cuestión que no ofrece duda alguna (entre otras muchas y por citar recientes resoluciones vid. SSTS 756/2022, de 15 de septiembre, 749/2022, de 13 de septiembre, y 725/2022, de 14 de julio con cita en esta última de las SSTC 146/2014, de 22 de septiembre y 126/2011, 109/2009 y 174/1985). La aptitud reconocida exige los siguientes requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exponga los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico

entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Sobre la base anterior, la sentencia que se impugna llega a la consideración de que Federico se hizo con las claves de banca electrónica de Águeda y realizó las transferencias sin su conocimiento y por tanto sin su consentimiento sobre la base de la declaración de Águeda, que negó aquellas realidades, y la declaración de Avelino. En realidad la falta de conocimiento de la titular de la cuenta, como bien razona la sentencia apelada, es el núcleo del tipo en el que se ha apoyado la condena de modo que la conclusión alcanzada no lo es tanto sobre la base de indicios, que habrán de ser plurales, sino desde la sola manifestación de Águeda. La prueba indiciaria hubiera llevado a la Sala a quo a dar por probados determinados hechos, plurales, y desde los mismos inferir la consecuencia, esto es, la apropiación ilícita de las claves de la banca electrónica por parte de Federico y la falta de consentimiento, y conocimiento, de Águeda, de las transferencias efectuadas por este. No hay una pluralidad de hechos, reiteramos, de los que inferir esa consecuencia. A pesar de que, como se dijo en la sentencia 547/2020, de 26 de octubre, toda prueba es indiciaria, es evidente que el control de racionalidad que sobre la prueba compete a esta Sala no se proyectará tanto sobre los elementos de la prueba indiciaria sino sobre la suficiencia que la declaración de Águeda debe tener para enervar la presunción de inocencia. Y es lo cierto que esa suficiencia pasa necesariamente por la valoración del testimonio de la querellante así como del elemento corroborador de la anterior integrado por las manifestaciones del testigo Avelino.

Sobre el control de las manifestaciones de los testigos vertidas en la instancia se va abriendo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la idea de que bajo el expediente de la inmediación no es posible rechazar el control de la actividad valorativa de las pruebas de carácter personal practicadas en la instancia. Así en la sentencia 748/2022, de 28 de julio, recogiendo la idea plasmada ya en la previa 467/2022, de 15 de mayo, se dice que *"La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindará, por tanto, a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior que conoce de la apelación"*.

Y es aquí donde disentimos de la Sala o cuando menos advertimos una serie de circunstancias que cuando menos nos hacen dudar del relato asumido en la instancia y así no podemos obviar que el destino de los fondos fue precisamente aquel indicado por Federico cuando convenció a Águeda para solicitar el préstamo, la atención de deudas propias del primero. Tampoco se acomoda a parámetros lógicos el que sabedora de la realidad de las incontestadas transferencias no bloqueara la cuenta bancaria, o cuando menos no cambiara las claves, desde las que se produjo la incontestada disposición de fondos; al contrario, las operaciones de disposición de fondos continuaron y, no solo eso, la relación con Federico se prolongó a pesar de ser consciente, en su posición mantenida en la causa, de que Federico realizaba disposiciones fraudulentas, y por tanto incontestadas, de sus fondos. Desde luego esa actitud no se acomoda a parámetros de lógica y normal experiencia.

De conformidad con lo anterior surge la duda sobre la realidad de los hechos asumida por la Sala de instancia. La solidez del testimonio de la querellante no parece existir conforme a lo anteriormente razonado y hay una evidente posibilidad de que las disposiciones patrimoniales fueran realizadas de común acuerdo con Águeda, titular de la cuenta. Esa duda permite la estimación del recurso de apelación por no tener por acreditada la realidad de las disposiciones de numerario incontestadas o cuando menos aparecer como realidad apreciable que las mismas fueron realizadas con el conocimiento y consentimiento de la querellante lo que determinaría en cualquier caso la atipicidad de los hechos tal y como se conformarían desde la apreciación de la duda.

Esta situación conlleva necesariamente la estimación del recurso y, por consiguiente, la absolución del acusado con todos los pronunciamientos que le son favorables, sin que sea necesario entrar en la valoración de los restantes motivos de impugnación.

tercero.- Efecto reflejo del pronunciamiento anterior es la absolución de Ramón de su condición de partícipe a título lucrativo del delito cometido por Federico.

cuarto.- Las costas procesales se declaran de oficio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

fallamos

Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Federico y el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ramón contra la sentencia

de fecha 23 de marzo de 2022 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia provincial de Pontevedra en el procedimiento abreviado 47/2020, debemos revocar y revocamos ésta y en su virtud absolvemos a Federico y a Ramón de cualquier responsabilidad derivada de los hechos enjuiciados y todo ello declarando de oficio las costas del procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.

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.