



Roj: **STS 4972/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4972**

Id Cendoj: **28079120012022100991**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **1803/2021**

Nº de Resolución: **990/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 76/2021,**
STS 4972/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 990/2022

Fecha de sentencia: 22/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1803/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1803/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 990/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Jacinto y la mercantil DIRECCION001 . y D. Edemiro , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 13 de enero de 2021, que los condenó por delito de estafa agravada, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por el Procurador D. Jaime Briones Beneit y bajo la dirección Letrada de D. Diego González Blesa, y por la Procuradora Dña. Magdalena Darder Balle y bajo la dirección Letrada de D. Carlos E. Portalo Prada, y los recurridos Acusación Particular D. Modesto , Dña. Lourdes , Dña. Macarena , D. Raimundo , D. Fidel y D. Modesto representados por el Procurador D. Onofre Perelló Alorda y bajo la dirección Letrada de D. Antonio Redondo Pomar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas con el nº 1735/15 contra Jacinto , Edemiro y como Responsable Civil Subsidiaria la mercantil DIRECCION001 ., por delito de estafa agravada, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que con fecha 13 de enero de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que D. Gabino era, junto con su esposa Dña. Tamara (fallecida en fecha 1 de marzo de 2014 y habiéndose designado herederos a sus hijos Macarena , Lourdes , Modesto , Jacinto y Fidel) propietario de varios inmuebles. En concreto, eran propietarios, por mitades indivisas, de una finca que constituía su vivienda habitual, sita en la CALLE000 NUM000 , de la localidad de Palma, y un de local ubicado en la planta baja de la dirección anterior, destinado a la actividad de bar, y que era regentado y explotado por el propio D. Modesto . Sobre dichos inmuebles pesaban diversos embargos a favor de la TGSS, la Comunidad Autónoma de Illes Balears y el Ayuntamiento de Palma, así como dos hipotecas a favor de Bankinter, que ya había presentado la correspondiente demanda de ejecución hipotecaria.

Asimismo, eran propietarios por mitad de una finca (local en planta baja) sita en la CALLE002 no NUM002 , de la localidad de DIRECCION000 (Menorca), y de una finca (cochera en planta baja) sita en la CALLE001 no NUM001 , también de la localidad de DIRECCION000 (Menorca), y de una vivienda sita en la CALLE003 NUM003 , de la misma localidad. Estas fincas estaban también gravadas con una hipoteca en favor de la entidad Bankinter, y se habían anotado preventivamente embargos a favor de la Tesorería General de la Seguridad social y del Ayuntamiento de DIRECCION000 , entre otros.

SEGUNDO.- Acuciado por su mala situación económica, especialmente por la mencionada ejecución hipotecaria contra su vivienda habitual, y tras haber agotado todas las vías de financiación posibles, con resultado infructuoso, a finales del año 2013 D. Modesto contactó, a través de un anuncio en un periódico, con D. Inocencio , dedicado a la intermediación inmobiliaria, con el fin de hallar algún medio para hacer frente a sus numerosas deudas. El Sr. Modesto explicó al Sr. Inocencio que su idea era hipotecar los inmuebles que tenía en Mallorca, pagando el crédito que le dieran con lo que se obtuviera de la venta de los inmuebles de Menorca. D. Inocencio trató de obtener financiación a través de varias entidades bancarias, y ante la imposibilidad de obtener esa financiación, las únicas opciones viables para D. Modesto pasaban, o bien por vender algún inmueble de los que tenía en Menorca, o bien por acudir a la financiación privada.

En caso de optar por esta segunda alternativa, D. Inocencio comentó a D. Modesto que tendría que hacer frente a unos intereses del 40% sobre la cantidad objeto de préstamo. Para facilitar el que pudiera llevar a cabo sus gestiones, D. Modesto entregó al Sr. Inocencio toda la documentación referida a las deudas que pesaban sobre sus bienes. Teniendo en cuenta el poco tiempo que había para poder vender los inmuebles, pese a que D. Modesto trató de encontrar un comprador contactando para ello con algunas personas de Menorca, los resultados fueron infructuosos, por lo que el Sr. Inocencio contactó, con el acusado D. Edemiro , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, con quien D. Inocencio ya había trabajado en, al menos, una ocasión anterior en el marco de otra operación similar de financiación a terceros.

El Sr. Inocencio explicó al acusado la situación financiera del Sr. Modesto , y el Sr. Edemiro planteó la operación a la entidad DIRECCION001 , (en adelante, DIRECCION001) de la que es administrador único el acusado D. Jacinto , mayor de edad y sin antecedentes penales.

El acusado D. Edemiro era colaborador externo de dicha sociedad a la hora de facilitarle clientes residentes, especialmente, en la zona de Palma o de Barcelona que necesitaran financiación privada. De hecho, la



operación en la que anteriormente ya habían colaborado D. Inocencio y el acusado D. Edemiro, también la financiación se había llevado a cabo con la entidad DIRECCION001. La empresa DIRECCION001 era una empresa cuyo objeto social era en esa época la compra de inmuebles para su posterior venta y reventa a terceros, la intermediación en la compra, venta, construcción, rehabilitación y arrendamiento (no financiero activo) de inmuebles; la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, y la intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito con cualquier finalidad.

D. Inocencio fue quien se encargó de tomar fotos de los inmuebles y de recopilar del Sr. Modesto la documentación necesaria para enviársela al Sr. Edemiro a Barcelona, provincia en la que también tenía y sigue teniendo su domicilio social la entidad DIRECCION001. Tras revisar esa documentación el Sr. Edemiro vio viable la operación, a la cual dio finalmente el visto bueno el acusado Sr. Jacinto, en su condición de administrador de dicha sociedad. Unas dos semanas más tarde, ya en el mes de noviembre de 2013, D. Inocencio contactó con D. Modesto, a quien informó de que iría a visitarle en compañía de otra persona que podría estar interesada en ayudarle económicamente.

El acusado Sr. Edemiro viajó una primera vez a Palma para entrevistarse con D. Modesto. En esa primera reunión estuvo también presente D. Inocencio, que era quien habitualmente se encargaba de recoger al Sr. Edemiro en el aeropuerto, y de llevarle al lugar donde se debía entrevistar con quien quisiera obtener financiación a través de éste.

En esa primera reunión, que tuvo lugar en el bar que explotaba D. Modesto, éste explicó al Sr. Edemiro que tenía deudas con la Seguridad Social, con el Ayuntamiento de Palma, con el Ayuntamiento de DIRECCION000 y con Bankinter -en fin, todas las deudas que tenía- haciéndole entrega de la documentación pertinente. En ese mes de noviembre de 2013 tuvo lugar una nueva reunión entre D. Modesto, D. Inocencio y el acusado Sr. Edemiro en la que se concretó el dinero que precisaría el Sr. Modesto -que rondaba en torno a los 145.000,00 euros-, y la forma en que éste querría que se materializara la operación, esto es, mediante la constitución de hipotecas sobre los inmuebles de Palma, dejando libre los inmuebles de Menorca, a cambio de recibir un préstamo por parte de la empresa a la que representaba el acusado D. Edemiro.

En cualquier caso, en ese momento no se llegó a confirmar la operación, quedando a la espera el Sr. Modesto de la contestación del Sr. Edemiro. A primeros de diciembre de 2013 D. Modesto tuvo noticias del acusado Sr. Edemiro, quien le confirmó que se llevaría a cabo la operación de préstamo por parte de la empresa DIRECCION001 como prestamista. Dicha operación se concretó en que dicha empresa prestaría a D. Modesto una suma de aproximadamente unos 145.000,00 euros, préstamo que se garantizaría con una hipoteca sobre los bienes inmuebles de D. Modesto y su esposa sitos en Mallorca -la casa y el local destinado a bar anteriormente mencionados. Ese préstamo debería devolverse en el plazo de un año con el producto, según los planes de D. Modesto, de lo que se obtuviera de la venta de los inmuebles sitos en Menorca.

El acusado D. Edemiro comunicó al Sr. Modesto que, sobre el día 13, 14 o 15 de enero siguiente, acudirían a Palma para llevar a cabo la operación. Finalmente, la operación se concertó para el día 13 de enero de 2014. Sin embargo, ese mismo día, unas pocas horas antes de la cita en la Notaría para la firma de la operación, D. Edemiro mantuvo una tercera reunión en el bar que regentaba D. Modesto, reunión en la que estuvieron también presentes el Sr. Inocencio, D. Fidel -hijo menor de D. Modesto- y el acusado D. Jacinto. En el transcurso de esa reunión, el acusado Sr. Edemiro, puesto de común acuerdo con el acusado Sr. Jacinto, y aprovechándose de la situación de apuro económico por la que atravesaba el Sr. Modesto, le informó de que la operación de crédito se formalizaría, no en la manera en que ya se había hablado con éste, sino mediante la suscripción de una escritura pública de compraventa respecto de los inmuebles sitos en Palma, en la que la entidad DIRECCION001 sería la parte compradora, y con la suscripción de un simultaneo contrato de opción de recompra sobre dichos bienes otorgado en favor de D. Inocencio, y a ejercer en el plazo de un año. Además, se constituiría un préstamo hipotecario a favor de D. Modesto garantizado con los inmuebles que éste y su mujer tenían en Menorca, anteriormente referidos.

No obstante, en todo momento los acusados hicieron creer al Sr. Modesto que, en cualquier caso, lo que él habría firmado siempre sería una operación de préstamo con terceras personas inversoras, y que el dinero recibido, en todo caso, lo sería en concepto de préstamo, aun cuando la operación fuera revestida de otra figura jurídica, y en los términos que se habían acordado, esto es, la suma de 145.000,00 euros más unos intereses del 40%, a devolver en un año. El Sr. Modesto solicitó un tiempo para poder consultar la operación tal y como los acusados se la acababan de proponer, entre otras cosas porque que en sus planes no estaba la venta de sus propiedades sitas en la isla de Mallorca. Sin embargo, el Sr. Edemiro le comentó que la operación se tenía que firmar ese día, o no se firmaba, ya que ellos tenían que regresar a Barcelona por la tarde.



A continuación, abandonaron el bar para dirigirse a otro lugar, quedando en verse después en la Notaría. Previamente el Sr. Modesto había solicitado al acusado D. Edemiro, que fue en todo momento el interlocutor en esa reunión, que le enviara por correo electrónico los términos de la recompra, facilitando la dirección de correo electrónico de su hijo Fidel. Pese a los recelos iniciales, el Sr. Modesto, precisamente por la necesidad que tenía de obtener el dinero del préstamo para frenar la ejecución hipotecaria que estaba en el Juzgado en relación a su vivienda y a su local de negocio en Mallorca, se vio obligado a aceptar los términos de la operación en la forma que le había indicado el Sr. Edemiro, y acudió más tarde a la Notaría, confiando, al carecer de cualquier tipo de formación o preparación financiera, en que, tal como le había dicho éste, la esencia de lo que habían hablado desde un principio, esto es, el préstamo por una determinada cantidad, seguía siendo la misma, aunque cambiaran las formas en que se materializaría la cuantía del dinero que le iban a prestar.

Con el fin de reforzar la confianza del Sr. Modesto en la operación, y para asegurarse de que aceptaría los términos de la misma, desde un principio el Sr. Edemiro se comprometió a que él y la entidad prestamista le ayudarían a encontrar financiación con los bancos, si Modesto no podía atender la devolución del préstamo.

TERCERO.- Una vez en la Notaría, la firma de los documentos se demoró durante algunas horas debido a que, después de que por orden de D. Edemiro se hubiera enviado a D. Fidel una plantilla del contrato privado de opción de recompra, ésta se tuvo que rectificar en varias ocasiones. En la plantilla inicialmente enviada a D. Fidel no se identificaba más que el nombre de quien ofrecía la opción, la finca objeto del contrato de opción, las cargas de la misma, el plazo para el ejercicio de esa opción y las demás condiciones de la misma, fijándose como fuere en caso de litigio, los Juzgados de Barcelona. Lo que no se indicaba era el importe de la opción ni el nombre del optante, a quien en algunos lugares de esa plantilla se identificaba como "Dña. Virtudes".

Tal fue el ritmo de modificaciones de los términos del contrato, y la demora que ello supuso en la Notaría, que, en un momento determinado, el Sr. Modesto propuso a los acusados aplazar un día la firma por si ellos no tenían las cosas claras, y así poder aquél consultar la operación. Sin embargo, el Sr. Edemiro insistió en que la operación debía firmarse ese día.

Después de unas tres horas de espera, y sin saber el Sr. Modesto con suficiente antelación hasta la lectura por el Notario, cuáles eran los concretos términos en que se materializaría la operación de compraventa y de posterior opción de recompra, D. Modesto procedió a la firma de la escritura pública de compraventa de fecha 13-1-2014, Protocolo nº 33/2014, en virtud de la cual éste y su esposa vendían a la entidad DIRECCION001 el piso y el local de Palma anteriormente referidos, fijándose un precio de venta por un importe total de 183.196,95 euros.

Dicho precio lo abonaría la parte compradora de la siguiente manera: - La parte compradora retenía 71.696,95 euros para hacer frente a los pagos de la hipoteca que gravaba las dos fincas, gastos que, según la escritura, debía abonar a partir de entonces la compradora. - Dos talones de 10.000 euros, uno de 6.500 euros y otro de 3.000 euros. - Otros 40.000 euros quedarían retenidos en poder de la parte vendedora para hacer frente al pago y cancelación de los embargos trabados en la finca por parte de la Seguridad Social. - El pago de otros 42.000 euros se aplazaba para ser abonados a razón de 2000 euros cada mes a lo largo de 12 meses, y produciéndose otro abono de 18.000 euros más, antes del día 15 de enero de 2015, sin que dicho aplazamiento conllevara condición resolutoria, ni intereses. Se decía también que todos los gastos e impuestos de esta escritura irían a cargo de la compradora, aunque luego esto no fue finalmente así. Respecto a la vivienda y local supuestamente vendidos, el mismo día 13 de enero de 2014 se firmaron sendos contratos privados de opción de compra en los que la entidad DIRECCION001, como adquirente de ambas fincas, otorgaba a favor del hijo del matrimonio vendedor, D. Fidel, un derecho de opción de compra sobre la vivienda y sobre el local objeto de la anterior compraventa. Como precio para el ejercicio de la opción se fijó la cantidad de 160.000,00 euros, respecto de la vivienda; y de 136.000,00 euros, para el local.

En ambos contratos se fijaba el plazo máximo de un año para el ejercicio de la opción, finalizando, por tanto, el día 13 de enero de 2015. De igual forma, se procedió a la firma en la misma Notaría, de una escritura de crédito hipotecario con Protocolo nº 34/2015, de la misma fecha. En virtud de dicha escritura, D. Gabino y su esposa recibían un préstamo por importe de 60.700,00 euros concedido por la entidad DIRECCION001, y que se garantizaba hipotecariamente con los tres inmuebles de que los prestatarios eran propietarios en Menorca. Conforme a la escritura, el préstamo se abonaría de la siguiente forma:

- Un cheque nominativo a favor de los prestatarios por importe de 28.000,00 euros. - Un cheque nominativo a favor de los prestatarios por importe de 8.000,00 euros. - Dos cheques al portador por importe de 3.000,00 y 1.500,00 euros para hacer frente a los gastos de la escritura. - 15.000,00 euros que retenía DIRECCION001 para abonar la deuda del Ayuntamiento de Palma. - La cantidad de 5.200 euros que retenía DIRECCION001 para abonar la deuda que los prestatarios tenían con el Ayuntamiento de DIRECCION000. Respecto a las condiciones de la hipoteca, la misma se firmaba a un año, formalmente escriturada a un interés del



12% nominal anual, a devolver de una sola vez con un pago de 67.984 euros. Se establecía que no habría comisiones de ningún tipo, pero si llegado el vencimiento no se liquidaba la deuda, habría una penalización de 3.000,00 euros más. Finalmente, en lugar del talón de 8.000,00 euros nominativo y el de 1.500,00 al portador, DIRECCION001 libró un solo cheque al portador por importe de 9.500,00 euros, de forma que no quedaba claro quién sería la persona que cobraría finalmente ese talón, ya que en ningún momento se facilitó tal información al Sr. Modesto , quien finalmente cobró esos cheques.

Los distintos contratos fueron leídos por el Notario en presencia de los dos acusados y de D. Modesto , quien se encontró ante cuatro documentos referidos al préstamo que había solicitado a DIRECCION001 por mediación del acusado Sr. Edemiro . Ante la necesidad de recibir el préstamo para saldar las deudas, el Sr. Modesto suscribió las escrituras, pese a lo cual, en ese momento, no percibió cantidad ni cheque alguno por parte de la entidad prestamista ni del Sr. Edemiro , ni entendió qué cantidades iba realmente a percibir, ni qué cantidad tendría que devolver. El Sr. Modesto firmó toda la documentación en la creencia de que, como le habían dicho los acusados, las condiciones iniciales del préstamo -una cantidad aproximada de 145.000,00 euros, más un 40 % de interés sin comprometer la totalidad de su patrimonio- no sufrirían variación, a pesar de la modificación del instrumento jurídico a través del cual se iba a materializar. Tal fue la confusión y la ignorancia del Sr. Modesto ante lo que había sucedido en la Notaría que, nada más salir de ella, pidió al Sr. Edemiro que le explicara qué había pasado y cómo había quedado finalmente todo.

Entonces el acusado anotó en un papel de forma manuscrita una serie de cantidades expresivas, primero, del importe de recompra de cada uno de los inmuebles sites en Palma; segundo, de la cantidad total que restaba por pagar en concepto de hipoteca que gravaba ambos inmuebles -importe que se había incluido en la escritura dentro del precio de compra de los mismo-; y tercero, de la cantidad resultante de restar ambas cantidades, arrojando un resultado de 220.000,00 euros, cantidad que venía a coincidir con la que, según las conversaciones que había mantenido con el Sr. Edemiro , tendría finalmente que pagar para devolver a DIRECCION001 el importe del préstamo. El acusado también le dijo que, si adelantaba los pagos, la cantidad a devolver sería menor. CUARTO.- Al día siguiente de la firma, el Sr. Gabino , junto al Sr. Edemiro y a D. Inocencio , que continuaba haciendo de chófer del acusado, acudieron a diversas entidades bancarias para cobrar los talones a que hacían referencia las distintas escrituras públicas anteriormente firmadas, y que estaban en poder de dicho acusado.

En concreto, se entregó a D. Modesto el talón nominativo por valor de 28.000,00 euros que, ese mismo día, fue ingresado para el pago de las cuotas hipotecarias pendientes de pago que gravaban las fincas de Palma, y que habían motivado el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria que estaba en marcha y que el Sr. Modesto quería parar. De hecho, ése había sido, principalmente, el motivo de la solicitud del préstamo. D. Modesto también cobró ese día los dos talones por importe de 10.000,00 euros cada uno, si bien en relación a uno de ellos, el acusado Sr. Edemiro se quedó con la suma de 5.000,00 euros en concepto de comisiones y gastos de intermediación que constituyó la comisión cobrada por D. Inocencio por su labor mediadora entre el Sr. Modesto y los acusados. Igualmente, cobró sendos cheques por importe de 9.500,00 euros y por importe de 6.500,00 euros.

En fechas posteriores, la entidad DIRECCION001 hizo frente al pago de la mayoría de las obligaciones asumidas en la escritura. Así, abonó la cantidad de 24.000,00 euros mediante transferencias mensuales de 2.000,00 euros, tal como había quedado reflejado en la escritura de venta de los inmuebles de Palma. Dichas cantidades se ingresaban en la cuenta titularidad del Sr. Modesto en la que también se cargaban las cuotas del préstamo hipotecario suscrito con la entidad BANKINTER que gravaba los inmuebles objeto de la compraventa. La cantidad de 18.000,00 euros con la que el Sr. Modesto tenía pensado realizar obras de reforma en uno de los inmuebles de Menorca, fue abonada en varios plazos mediante distintas transferencias realizadas por DIRECCION001 por diferentes cantidades.

Así, tras el pago de 3.000,00 euros efectuado mediante un talón entregado meses después de la firma, se realizó una primera transferencia por importe de 4.000,00 euros, en fecha 19-6-2014 a la cuenta en la que se cargaba el préstamo hipotecario; otra transferencia por ese mismo importe efectuada a la misma cuenta, en fecha 13-11-2014; y una tercera transferencia por importe de 7.000,00 euros efectuada a dicha cuenta en fecha 12-3-2015. Este último pago tuvo lugar dos meses después del plazo fijado para ello en la escritura de compraventa para llevar a cabo el pago de la cantidad total antes referida, y una vez expirado el plazo para ejercitar la opción de recompra de los inmuebles.

De la misma forma, asumió el pago de las deudas contraídas por D. Modesto . Así, tras haber obtenido D. Modesto y el Sr. Edemiro las correspondientes cartas de pago, en fecha 15 de enero de 2014 la entidad DIRECCION001 abonó a la Seguridad Social las cantidades de 37.643,45 euros y de 1.387,29 euros, cancelando la Seguridad Social en fecha 21-1-2014 la deuda que motivó las cargas sobre los inmuebles de Palma. En fecha 15 de enero de 2014, DIRECCION001 abonó la cantidad de 14.290,95 euros al Ayuntamiento de Palma en



concepto de IBI y de tasa de residuos urbanos adeudados. En fecha 28 de mayo de 2014, DIRECCION001 abonó las cantidades adeudadas por el Sr. Modesto al Ayuntamiento de DIRECCION000, de Menorca, haciendo un pago por importe de 6.811,07 euros.

En total, DIRECCION001 entregó realmente al Sr. Modesto, directa o indirectamente en beneficio de éste, la cantidad de 169.200,00 euros, de los cuales, 88.200,00 euros se corresponden con el importe de las deudas que, hasta esa fecha, mantenían D. Gabino y su esposa con BANKINTER, la Seguridad Social, y los Ayuntamientos de Palma y de DIRECCION000. El importe de los dos talones que, por valor de 3.000,00 euros cada uno, se mencionaban tanto en la escritura de compraventa como en la escritura de préstamo hipotecario, respectivamente, no fueron cobrados por el Sr. Modesto, pese a que en la estipulación Tercera de la primera de las escrituras se decía que serían a cargo de la entidad DIRECCION001, como compradora, los gastos e impuestos dimanantes del otorgamiento de la escritura.

El importe de esos dos talones librados por DIRECCION001 fue cobrado en fecha 20-1-2014, por el Notario autorizante de sendas escrituras. Pese a que en la escritura de compraventa se indicaba que el comprador retenía del precio de compra, la cantidad de 71.696,95 euros para hacer frente al importe pendiente de amortización de la hipoteca que gravaba las dos fincas objeto de dicha escritura, la realidad es que la entidad DIRECCION001 no ha abonado cantidad alguna en tal concepto. Durante el año siguiente a la firma de dicha escritura, los gastos de la hipoteca que gravaba los dos inmuebles objeto de esa escritura se fueron haciendo efectivos con cargo a las cantidades que, mensualmente, transfería DIRECCION001 al Sr. Modesto por importe de 2.000,00 euros, y que integraban los 24.000,00 euros que se recogía en la escritura como parte del precio de la compraventa. A partir de una fecha no determinada D. Modesto no pudo seguir abonando las cuotas hipotecarias, desconociéndose qué ha sucedido después.

QUINTO. La entidad DIRECCION001 ha abonado los gastos derivados de la titularidad que ostenta sobre la vivienda y el local sitos en la CALLE000 NUM000, en concepto de IBI correspondiente a los ejercicios 219 y 2020, y en concepto de la tasa de residuos sólidos urbanos correspondientes al ejercicio 2020, no constando quien hizo efectivo el pago de esos gastos durante los ejercicios anteriores. También ha hecho frente a los gastos de comunidad de dichos inmuebles desde abril de 2017. No obstante, a fecha 24-7-2017 la entidad DIRECCION001 presentaba un saldo deudor con la comunidad de propietarios en relación a esos inmuebles por importe de 3.414,86 euros. No consta quien ha hecho el pago en los años anteriores. La entidad DIRECCION001, ante el impago por parte del Sr. Gabino de la cantidad objeto del préstamo hipotecario otorgado en virtud de escritura pública de fecha 13-1-2014, ha instado la ejecución de dicho préstamo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION002 (Procedimiento Ejecución Hipotecaria 42/2016), procedimiento que se encuentra en la actualidad suspendido por prejudicialidad penal a raíz de la querrela presentada por D. Modesto contra la entidad DIRECCION001, y origen de las presentes actuaciones.

SEXTO.- La entidad DIRECCION001 no ha reclamado hasta la fecha al Sr. Gabino la entrega de la posesión de los dos inmuebles objeto de compraventa en la escritura de fecha 13-1-2014, ni ha instado procedimiento judicial alguno contra él en tal sentido.

SÉPTIMO.- Pese a las promesas iniciales, los acusados no han ayudado a D. Modesto para que éste pudiera obtener financiación en las entidades bancarias cuando éste se lo solicitó.

OCTAVO.- Aunque en la escritura de compraventa la entidad compradora retenía del precio la cantidad de 40.000,00 euros para hacer frente a las deudas que el Sr. Modesto mantenía con la Seguridad Social, el importe de esas deudas realmente satisfecho por DIRECCION001 ascendió a 39.030,74 euros, sin que DIRECCION001 haya reintegrado al Sr. Modesto la cantidad sobrante. Igualmente, aunque en la escritura de préstamo hipotecario la entidad prestamista retenía la cantidad de 15.000,00 euros para hacer frente al pago de las deudas que el Sr. Modesto mantenía con el Ayuntamiento de Palma, el importe de esas deudas realmente satisfecho por DIRECCION001 ascendió a 14.290,95 euros, sin que DIRECCION001 haya reintegrado al Sr. Modesto la cantidad sobrante. De la misma forma, en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13-1-2014 se hacía constar que serían de cargo del prestatario deudor los gastos de aranceles notariales, registrales, de tramitación de la escritura para su inscripción e impuestos que se derivaran de dicha escritura y los de su posterior cancelación (FOLIO 59 vuelto).

A tal fin, con cargo al importe objeto de préstamo se libró un cheque por importe de 3.000,00 euros para hacer frente a esos gastos, cheque que, como hemos indicado anteriormente, fue cobrado por el Notario autorizante de la escritura. La factura correspondiente a dichos gastos notariales y de tramitación de la escritura ascendió finalmente a 2.160,20 euros, existiendo un saldo a favor del Sr. Modesto, en calidad de prestatario, por importe de 839,08 euros que la entidad DIRECCION001 no ha devuelto a D. Modesto. Sin embargo, no se ha acreditado que la entidad DIRECCION001 haya tenido la voluntad de apropiarse de ese dinero, ya que los acusados comunicaron a D. Modesto que esas cantidades debían compensarse con las pagadas por DIRECCION001



para saldar la deuda de aquél con el Ayuntamiento de DIRECCION000 , cuyo importe final fue superior al inicialmente calculado en el momento de la firma de las escrituras públicas de compraventa y de préstamo hipotecario.

NOVENO.- D. Modesto no ha devuelto cantidad alguna a la entidad DIRECCION001 . DÉCIMO.- La vivienda de la CALLE000 NUM000 , de Palma, fue tasada a efectos hipotecarios en noviembre de 2014 en la cantidad de 184.444,14 euros. El local comercial sito en la planta baja del mismo edificio, fue tasado a efectos de hipoteca en noviembre de 2014, en la cantidad de 138.441,67 euros".

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

"Que debemos condenar y condenamos a D. Edemiro y a D. Jacinto , cuyas circunstancias personales ya consta, como autores responsables de un delito de estafa agravada, previsto y penado en los artículos 248 y 250.1.1º del Código Penal vigente en la fecha de los hechos (anterior a la reforma LO 1/15), no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS de prisión, para cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades mercantiles y de comercio, así como para la administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena.

Y la pena de multa por tiempo de OCHO MESES, con una cuota diaria de diez euros (10,00), lo que hace un total de 300,00 euros al mes, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no pagadas. En concepto de responsabilidad civil, se declara la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de Marratxí D. Fernando Javier León Soteras con nº 33 de protocolo. Se declara la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de Marratxí D. Fernando Javier León Soteras con nº 34 de protocolo. Se declara la nulidad del contrato de opción de recompra suscrito el día 13 de enero de 2014 entre D. Fidel y la entidad DIRECCION001 . Este pronunciamiento anulatorio debe completarse en ejecución de sentencia a los efectos de restituir al momento anterior a la firma de dichas escrituras, las situaciones jurídicas y económicas preexistentes.

En consecuencia, y por vía de responsabilidad civil como consecuencia de la nulidad declarada, Gabino deberá reponer la cantidad de 169.200,00 euros, cantidad que devengará los intereses del artículo 576 LEC. Los acusados deberán hacer frente, en su caso, al pago de los gastos de la cancelación de las distintas inscripciones registrales generadas por las escrituras anuladas y por la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones. Del pago de estos gastos será responsable civil subsidiaria la entidad DIRECCION001 . Que debemos absolver y libremente absolvemos a ambos acusados del delito de apropiación indebida de que venía acusados por la acusación particular, declarando de oficio la mitad de las costas de dicha acusación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Jacinto y de la mercantil DIRECCION001 , y de D. Edemiro , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Jacinto y la mercantil DIRECCION001 , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley a tenor del artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 248.1 y 250.1º y 250.5º del CP.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Edemiro** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de ley a tenor del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aplicación indebida de los artículos 248.1 y 250.1º y 250.5º del Código Penal. A tenor de los hechos declarados probados no se puede entender cometido el delito de estafa por el que ha sido condenado mi representado.

Segundo.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia que ampara a mi patrocinado. Inexistencia de prueba suficiente, obtenida con respeto a los principios y garantías procesales, que permitan afirmar la participación de mi representado como autores del delito de estafa del artículo 248 y siguientes del código penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su desestimación, dándose asimismo por instruida la representación del acusado Jacinto y de la mercantil DIRECCION001 , que se adhirió



al recurso del acusado Edemiro , y la también instrucción de la Acusación Particular, quien impugnó los dos recursos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 21 de diciembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones procesales de Jacinto y DIRECCION001 y de Edemiro , contra la sentencia nº 3/21, de 13 de enero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

RECURSO DE Edemiro

SEGUNDO.- 1.- INFRACCIÓN DE LEY a tenor del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aplicación indebida de los artículos 248.1 y 250.1º y 250.5º del Código Penal.

Se expone que a tenor de los hechos declarados probados no se puede entender cometido el delito de estafa.

Ahora bien, habiéndose planteado el motivo por error iuris exige el respeto de los hechos probados, y a tenor de los que constan en la sentencia el Tribunal de instancia ha entendido la adecuada subsunción de los hechos probados en el delito de estafa agravada por el que ha sido condenado previsto y penado en los artículos 248 y 250.1.1º del Código Penal.

Pues bien, el recurrente sostiene que no concurre el requisito del engaño, y que las operaciones contractuales de compraventa sobre los bienes de Palma y de préstamo hipotecario sobre los de Menorca era lo que las partes habían pactado y que la mercantil pagó las cantidades correspondientes pactadas.

Apunta que "El relato de hechos probados destaca que DIRECCION001 entregó realmente al Sr. Modesto directa o indirectamente en beneficio de éste la cantidad de ciento sesenta y nueve mil doscientos euros (169.200, - €). Los querellantes precisaban de liquidez para solventar su delicada situación financiera, y esa liquidez fue facilitada por mi representado, con lo que, sobre el particular no podemos hablar de la existencia de engaño".

Añade que "todo se recogió en la notaría y se leyó por el notario y que en colaboración con la mercantil DIRECCION001 , se facilitó todo ese proceso, si bien, la discrepancia final es en definitiva sobre la cantidad a reintegrar a DIRECCION001 ."

Refiere que el querellante "sabía que firmaba una compraventa, lo cual es incompatible con la firma de un préstamo, pues cualquier persona (el querellante había ya otorgado préstamos hipotecarios -uno de ellos es la consecuencia directa de su necesidad de financiación-) conoce cabalmente la diferencia entre un negocio jurídico (compraventa) y otro (préstamo).

Por otro lado, no tiene sentido que la operación se articule mediante un préstamo (sobre los bienes de Palma), dados los antecedentes de poca solvencia que tenía el querellado y que le habían llevado a la situación que se intentaba solventar."

Que lo que se pactó y firmó fue "una venta con contrato de recompra y préstamo hipotecario), y el único problema radica en la diferente interpretación que hacen querellante y querellados de la cantidad a reintegrar".

Añade que no hay desplazamiento patrimonial, porque "el querellante deba reintegrar a DIRECCION001 por vía de responsabilidad civil la suma de ciento sesenta y nueve mil doscientos euros (169.000,- €), lo cual se nos antoja sorprendente y contradictorio con el concepto de desplazamiento patrimonial inherente a la estafa".

Pues bien, dado que se plantea el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM hay que señalar que de los hechos probados está perfectamente configurada la subsunción de los hechos en el tipo penal objeto de condena del art. 248 CP y 250.1.º CP.

Veamos el extracto sistemático resumido que podemos llevar a cabo de los hechos probados que permiten la subsunción de los mismos en el delito de estafa.

Relación del contenido de los hechos probados que permiten el proceso de subsunción:

1.- Situación declarada probada del perjudicado respecto de bienes sujetos a cargas y deudas. Embargos existentes y ejecución hipotecaria.



a.- Vivienda habitual, sita en la CALLE000 NUM000 , de la localidad de Palma, y un local ubicado en la planta baja de la dirección anterior, destinado a la actividad de bar, y que era regentado y explotado por el propio D. Modesto .

Sobre dichos inmuebles pesaban diversos embargos a favor de la TGSS, la Comunidad Autónoma de Illes Balears y el Ayuntamiento de Palma, así como dos hipotecas a favor de Bankinter, que ya había presentado la correspondiente demanda de ejecución hipotecaria.

b.- Mitad de una finca (local en planta baja) sita en la CALLE002 nº NUM002 , de la localidad de DIRECCION000 (Menorca), y de una finca (cochera en planta baja) sita en la CALLE001 nº NUM001 , también de la localidad de DIRECCION000 (Menorca), y de una vivienda sita en la CALLE003 NUM003 , de la misma localidad. Estas fincas estaban también gravadas con una hipoteca en favor de la entidad Bankinter, y se habían anotado preventivamente embargos a favor de la Tesorería General de la Seguridad social y del Ayuntamiento de DIRECCION000 , entre otros.

2.- Objetivo probado del Sr. Modesto en su reunión con el Sr. Inocencio , persona dedicada a la intermediación inmobiliaria, con el fin de hallar algún medio para hacer frente a sus numerosas deudas y que es quien le pone en contacto con los recurrentes.

Su idea era hipotecar los inmuebles que tenía en Mallorca, pagando el crédito que le dieran con lo que se obtuviera de la venta de los inmuebles de Menorca.

3.- Opciones que le plantea el Sr. Inocencio al perjudicado.

Vender algún inmueble de los que tenía en Menorca, o bien por acudir a la financiación privada. En caso de optar por esta segunda alternativa, D. Inocencio comentó a D. Modesto que tendría que hacer frente a unos intereses del 40% sobre la cantidad objeto de préstamo.

4.-Tras realizar gestiones oportunas para encontrar comprador de bienes en Menorca para pagar las deudas de los inmuebles no se encuentra comprador.

5.- Intervención de contacto inicial de los recurrentes Sr. Edemiro y Sr. Jacinto .

El Sr. Inocencio explicó al Sr. Edemiro la situación financiera del Sr. Modesto , y el Sr. Edemiro planteó la operación a la entidad DIRECCION001 de la que es administrador único Jacinto , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Edemiro era colaborador externo de dicha sociedad a la hora de facilitarle clientes residentes, especialmente, en la zona de Palma o de Barcelona que necesitaran financiación privada

6.- Traslado al Sr. Edemiro del estado de deudas del Sr. Modesto .

Se le traslada las deudas con la Seguridad Social, con el Ayuntamiento de Palma, con el Ayuntamiento de DIRECCION000 y con Bankinter -en fin, todas las deudas que tenía- haciéndole entrega de la documentación pertinente.

7.- Objetivo declarado probado que era el que tenía el Sr. Modesto para dar salida a su situación de débitos.

En noviembre de 2013 tuvo lugar una nueva reunión entre D. Modesto , D. Inocencio y el acusado Sr. Edemiro en la que se concretó el dinero que precisaría el Sr. Modesto -que rondaba en torno a los 145.000,00 euros-, y la forma en que éste querría que se materializara la operación:

IMPORTANTE:

El objetivo del perjudicado y es lo que habla con el intermediario y lo que se pactó hasta el día de la escritura que se iba a hacer:

Constitución de hipotecas sobre los inmuebles de Palma, dejando libre los inmuebles de Menorca, a cambio de recibir un préstamo por parte de la empresa a la que representaba el acusado D. Edemiro . En cualquier caso, en ese momento no se llegó a confirmar la operación, quedando a la espera el Sr. Modesto de la contestación del Sr. Edemiro .

8.- Confirmación probada de cómo se llevaría a cabo la operación.

1.-145.000 euros.

2.- Préstamo hipotecario sobre los bienes de Palma.

3.- Devolución en un año con la venta de bienes de Menorca.



En diciembre de 2013 D. Modesto tuvo noticias del acusado Sr. Edemiro , quien le confirmó que se llevaría a cabo la operación de préstamo por parte de la empresa DIRECCION001 como prestamista. Dicha operación se concretó en que dicha empresa prestaría a D. Modesto una suma de aproximadamente unos 145.000,00 euros, préstamo que se garantizaría con una hipoteca sobre los bienes inmuebles de D. Modesto y su esposa sitios en Mallorca -la casa y el local destinado a bar anteriormente mencionados-. Ese préstamo debería devolverse en el plazo de un año con el producto, según los planes de D. Modesto , de lo que se obtuviera de la venta de los inmuebles sitios en Menorca. El acusado D. Edemiro comunicó al Sr. Modesto que, sobre el día 13, 14 o 15 de enero siguiente, acudirían a Palma para llevar a cabo la operación.

9.- IMPORTANTE: Cambio de las condiciones pactadas, *aunque hacen creer al perjudicado que la operación real era la que habían pactado. Se le dice que "solo habría un cambio en las formas de las escritura, pero que todo sería conforme a lo pactado". Sin embargo, la realidad fue otra.*

En Notaría.

Cambio de lo que iban a firmar:

- a.- Escritura pública de compraventa respecto de los inmuebles sitios en Palma, en la que la entidad DIRECCION001 sería la parte compradora.
- b.- Suscripción de un simultáneo contrato de opción de recompra sobre dichos bienes otorgado en favor de D. Fidel , y a ejercer en el plazo de un año.
- c.- Préstamo hipotecario a favor de D. Modesto garantizado con los inmuebles que éste y su mujer tenían en Menorca, anteriormente referidos.

Día 13 de enero de 2014. Ese mismo día, unas pocas horas antes de la cita en la Notaría para la firma de la operación, D. Edemiro mantuvo una tercera reunión en el bar que regentaba D. Modesto , reunión en la que estuvieron también presentes el Sr. Inocencio , D. Fidel -hijo menor de D. Modesto - y el acusado D. Jacinto . En el transcurso de esa reunión, el acusado Sr. Edemiro , puesto de común acuerdo con el acusado Sr. Jacinto , y aprovechándose de la situación de apuro económico por la que atravesaba el Sr. Modesto , le informó de que la operación de crédito se formalizaría, no en la manera en que ya se había hablado con éste, sino mediante la suscripción de una escritura pública de compraventa respecto de los inmuebles sitios en Palma, en la que la entidad DIRECCION001 sería la parte compradora, y con la suscripción de un simultáneo contrato de opción de recompra sobre dichos bienes otorgado en favor de D. Fidel , y a ejercer en el plazo de un año. Además, se constituiría un préstamo hipotecario a favor de D. Modesto garantizado con los inmuebles que éste y su mujer tenían en Menorca, anteriormente referidos. No obstante, en todo momento los acusados hicieron creer al Sr. Modesto que, en cualquier caso, lo que él habría firmado siempre sería una operación de préstamo con terceras personas inversoras, y que el dinero recibido, en todo caso, lo sería en concepto de préstamo, aun cuando la operación fuera revestida de otra figura jurídica, y en los términos que se habían acordado, esto es, la suma de 145.000,00 euros más unos intereses del 40%, a devolver en un año.

10.- Hacen creer al perjudicado que lo que firmaba era lo que inicialmente habían pactado.

Se vio obligado a aceptar los términos de la operación en la forma que le había indicado el Sr. Edemiro , y acudió más tarde a la Notaría, confiando, al carecer de cualquier tipo de formación o preparación financiera, en que, tal como le había dicho éste, la esencia de lo que habían hablado desde un principio, esto es, el préstamo por una determinada cantidad, seguía siendo la misma, aunque cambiaran las formas en que se materializaría la cuantía del dinero que le iban a prestar.

11.- El perjudicado sr. Modesto no supo con suficiente antelación hasta la lectura por el Notario, cuáles eran los concretos términos en que se materializaría la operación de compraventa y de posterior opción de recompra.

12.- Forma de la operación de la compraventa sobre bienes de Palma.

El Sr. Modesto y su esposa vendían a la entidad DIRECCION001 el piso y el local de Palma anteriormente referidos, fijándose un precio de venta por un importe total de 183.196,95 euros.

Dicho precio lo abonaría la parte compradora de la siguiente manera:

- La parte compradora retenía 71.696,95 euros para hacer frente a los pagos de la hipoteca que gravaba las dos fincas, gastos que, según la escritura, debía abonar a partir de entonces la compradora.
- Dos talones de 10.000 euros, uno de 6.500 euros y otro de 3.000 euros.
- Otros 40.000 euros quedarían retenidos en poder de la parte vendedora para hacer frente al pago y cancelación de los embargos trabados en la finca por parte de la Seguridad Social.



- El pago de otros 42.000 euros se aplazaba para ser abonados a razón de 2000 euros cada mes a lo largo de 12 meses, y produciéndose otro abono de 18.000 euros más, antes del día 15 de enero de 2015, sin que dicho aplazamiento conllevara condición resolutoria, ni intereses.

Se decía también que todos los gastos e impuestos de esta escritura irían a cargo de la compradora, aunque luego esto no fue finalmente así.

Respecto a la vivienda y local supuestamente vendidos, el mismo día 13 de enero de 2014 se firmaron sendos contratos privados de opción de compra en los que la entidad DIRECCION001, como adquirente de ambas fincas, otorgaba a favor del hijo del matrimonio vendedor, D. Fidel, un derecho de opción de compra sobre la vivienda y sobre el local objeto de la anterior compraventa.

Como precio para el ejercicio de la opción se fijó la cantidad de 160.000,00 euros, respecto de la vivienda; y de 136.000,00 euros, para el local. En ambos contratos se fijaba el plazo máximo de un año para el ejercicio de la opción, finalizando, por tanto, el día 13 de enero de 2015.

13.- Segunda operación de préstamo hipotecario sobre tres inmuebles en Menorca.

Escritura de crédito hipotecario con Protocolo nº 34/2015, de la misma fecha. En virtud de dicha escritura, D. Gabino y su esposa recibían un préstamo por importe de 60.700,00 euros concedido por la entidad DIRECCION001, y que se garantizaba hipotecariamente con los tres inmuebles de que los prestatarios eran propietarios en Menorca.

Conforme a la escritura, el préstamo se abonaría de la siguiente forma:

- Un cheque nominativo a favor de los prestatarios por importe de 28.000,00 euros.
- Un cheque nominativo a favor de los prestatarios por importe de 8.000,00 euros.
- Dos cheques al portador por importe de 3.000,00 y 1.500,00 euros para hacer frente a los gastos de la escritura.
- 15.000,00 euros que retenía DIRECCION001 para abonar la deuda del Ayuntamiento de Palma.
- La cantidad de 5.200 euros que retenía DIRECCION001 para abonar la deuda que los prestatarios tenían con el Ayuntamiento de DIRECCION000.

Respecto a las condiciones de la hipoteca, la misma se firmaba a un año, formalmente escriturada a un interés del 12% nominal anual, a devolver de una sola vez con un pago de 67.984 euros.

Se establecía que no habría comisiones de ningún tipo, pero si llegado el vencimiento no se liquidaba la deuda, habría una penalización de 3.000,00 euros más.

Finalmente, en lugar del talón de 8.000,00 euros nominativo y el de 1.500,00 al portador, DIRECCION001 libró un solo cheque al portador por importe de 9.500,00 euros, de forma que no quedaba claro quién sería la persona que cobraría finalmente ese talón, ya que en ningún momento se facilitó tal información al Sr. Modesto, quien finalmente cobró esos cheques.

14.- Creencia del perjudicado de que la operación era otra, que fue la inicialmente pactada.

Ante la necesidad de recibir el préstamo para saldar las deudas, el Sr. Modesto suscribió las escrituras, pese a lo cual, en ese momento, no percibió cantidad ni cheque alguno por parte de la entidad prestamista ni del Sr. Edemiro, ni entendió qué cantidades iba realmente a percibir, ni qué cantidad tendría que devolver.

El Sr. Modesto firmó toda la documentación en la creencia de que, como le habían dicho los acusados, las condiciones iniciales del préstamo -una cantidad aproximada de 145.000,00 euros, más un 40 % de interés sin comprometer la totalidad de su patrimonio- no sufrirían variación, a pesar de la modificación del instrumento jurídico a través del cual se iba a materializar.

15.- Cantidad entregada por DIRECCION001 y pagos realizados.

DIRECCION001 entregó realmente al Sr. Modesto, directa o indirectamente en beneficio de éste, la cantidad de 169.200,00 euros, de los cuales, 88.200,00 euros se corresponden con el importe de las deudas que, hasta esa fecha, mantenían D. Gabino y su esposa con BANKINTER, la Seguridad Social, y los Ayuntamientos de Palma y de DIRECCION000.

16.- Incumplimiento de DIRECCION001.

Pese a que en la escritura de compraventa se indicaba que el comprador retenía del precio de compra, la cantidad de 71.696,95 euros para hacer frente al importe pendiente de amortización de la hipoteca que gravaba las dos fincas objeto de dicha escritura, la realidad es que la entidad DIRECCION001 no ha abonado cantidad



alguna en tal concepto. Durante el año siguiente a la firma de dicha escritura, los gastos de la hipoteca que gravaba los dos inmuebles objeto de esa escritura se fueron haciendo efectivos con cargo a las cantidades que, mensualmente, transfería DIRECCION001 al Sr. Modesto por importe de 2.000,00 euros, y que integraban los 24.000,00 euros que se recogía en la escritura como parte del precio de la compraventa.

A partir de una fecha no determinada D. Modesto no pudo seguir abonando las cuotas hipotecarias.

17.- Consta en los hechos probados cantidades abonadas por DIRECCION001 por la propiedad de los inmuebles de Palma.

18.- Impago del préstamo hipotecario por el Sr. Modesto y ejecución hipotecaria.

La entidad DIRECCION001 ante el impago por parte del Sr. Gabino de la cantidad objeto del préstamo hipotecario otorgado en virtud de escritura pública de fecha 13-1-2014, ha instado la ejecución de dicho préstamo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION002 (Procedimiento Ejecución Hipotecaria 42/2016), procedimiento que se encuentra en la actualidad suspendido por prejudicialidad penal.

19.- Tasación de los inmuebles sitos en Palma objeto de la compraventa.

La vivienda de la CALLE000 NUM000, de Palma, fue tasada a efectos hipotecarios en noviembre de 2014 en la cantidad de 184.444,14 euros.

El local comercial sito en la planta baja del mismo edificio, fue tasado a efectos de hipoteca en noviembre de 2014, en la cantidad de 138.441,67 euros.

Pues bien, dado que se cuestiona por el recurrente tanto que existe infracción de ley y que se ha vulnerado la presunción de inocencia, motivos que reproduce el recurrente Jacinto en representación de DIRECCION001, vamos a sistematizar cuál ha sido la respuesta del Tribunal y que permite dar respuesta a la concurrencia de los elementos de la estafa.

En primer lugar, hay que recordar según tiene establecido esta Sala (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 226/2019 de 29 Abr. 2019, Rec. 10424/2018), en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto.

De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación se vea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3; y 421/2013, de 13-5).

Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. El engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión le imponía. Cuando el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del art. 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (SSTS 1013/1999, de 22-6; 980/2001, de 30-5; STS 686/2002, de 19-4; 2168/2002, de 23-12; 621/2003, de 6-5; 113/2004, de 5-2; 278/2010, de 15-3; 752/2011, de 26-7; y 421/2013, de 13-5).

La STS 928/2005, de 11 de julio, subraya que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto, y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Y en la sentencia 1024/2007, de 30 de noviembre, se afirma que es comprensible que la jurisprudencia de esta



Sala, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa.

Los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal son:

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.
2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.
3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.
4. Es necesario el ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero.

Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.

5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6.- En el presente caso existe idoneidad en el medio engañoso llevado a cabo para conseguir el fin, que no era otro que quedarse con el patrimonio del perjudicado Sr. Modesto, quien no podía, de ninguna manera, poder devolver lo que se había pactado, tanto para recuperar los bienes vendidos como la escritura de hipoteca y su importe.

Veremos en el desarrollo de la correcta argumentación jurídica expuesta por el Tribunal que concurren los elementos de la estafa, por cuanto:

1.- Hay un engaño bastante por los recurrentes, y concertados para ello, para que el perjudicado lleve a cabo una disposición de los dos bienes inmuebles de Palma y un préstamo hipotecario sobre los de Menorca sin necesidad de llevar a cabo esta operación. Lo que se pactó fue distinto a lo finalmente formalizado y se le señala que "la forma es otra pero se trata de un préstamo sobre los bienes de Palma. Y no fue así. Se hace compraventa sobre esos dos bienes y sin hacer falta le hipotecan los de Menorca con un préstamo hipotecario que no le hacía falta, habida cuenta que con lo pactado sobre el préstamo sobre los de Palma le sobraba.

Al finalizar la operación con los recurrentes el Sr. Modesto se había endeudado más de lo que estaba antes. Pero es más. No podía devolver ese importe de la opción de recompra que habían fijado para recuperar los bienes de Palma, porque de forma sorpresiva ponen en el documento como obligado al pago al hijo del Sr. Modesto que no tenía ninguna capacidad para devolverlo. Como precio para el ejercicio de la opción se fijó la cantidad de 160.000,00 euros, respecto de la vivienda; y de 136.000,00 euros, para el local. En ambos contratos se fijaba el plazo máximo de un año para el ejercicio de la opción, finalizando, por tanto, el día 13 de enero de 2015.

Era imposible que el hijo del Sr. Modesto pudiera devolver ese importe. Cambian las condiciones y se introducen otras de imposible cumplimiento por el perjudicado y su hijo. Había perdido sus inmuebles de Palma e hipotecado los de Menorca sin ser esto último necesario.

2.- Para el fin y necesidad que tenía el perjudicado no era preciso llevar a cabo el operativo que se refleja en los hechos probados.

3.- Los recurrentes le modifican lo que él quería y necesitaba llevar a cabo para hacer frente a sus deudas perjudicándole en los actos de disposición patrimonial que realiza.

4.- Existe desplazamiento patrimonial por la constancia en las escrituras de operaciones exorbitantes negativamente para el Sr. Modesto y positivas para el beneficiario prestamista al quedarse con sus bienes finalmente como objetivo final.

5.- Hay evidente ánimo de lucro. Le cambian "las reglas del juego" bajo la excusa de ventajas fiscales, o que era la mejor forma de llevar a cabo la operación de préstamo. Y se lleva a cabo al final cambiando lo pactado, aunque se le dice que la forma no importa, porque quedaba todo igual como lo habían pactado, lo que no era cierto. Eso lo creyó el perjudicado, siendo más tarde cuando se da cuenta del engaño cuando consulta la operación con terceros y le advierten de lo que había firmado.



El Sr. Modesto había vendido las dos fincas de Palma, cuando no lo quería realmente, e hipotecado las de Menorca, cuando no lo necesitaba.

6.- Los recurrentes le inducen a error para llevar a cabo el desplazamiento patrimonial. No se trata solo de que el Sr. Modesto deba ahora devolverles dinero recibido, porque ello es una consecuencia de la responsabilidad civil dimanante del delito. El perjuicio existió y el desplazamiento patrimonial también. De mantenerse las escrituras anuladas por la sentencia se quedaba sin patrimonio, siendo por ahora irrelevante a los efectos jurídicos ahora debatidos que todavía tenga la posesión.

La propiedad la había entregado y no podría ejercer nunca el derecho de recompra y ello lo sabían los recurrentes el mismo día de las escrituras. El hijo del perjudicado nunca hubiera podido pagar en un año esas cantidades sin posibilidad alguna para ello. Era una manipulación fraudulenta para quedarse con los inmuebles.

7.- Le insisten y convencen de llevar a cabo la hipoteca de los bienes de Menorca sin precisarlo.

8.- Le llevan a cabo a llevar unas operaciones que le despatrimonializan.

Vamos a elaborar, con ello, una sistematización de la respuesta dada por el Tribunal en la sentencia condenatoria ahora recurrida, dando respuesta en este punto tanto al motivo por infracción de ley, como al de la concurrencia de prueba bastante para enervar la presunción de inocencia.

Veremos y explicaremos, a tenor del correcto y acertado proceso de explicación y conclusividad, la respuesta dada por el tribunal, y el juicio de inferencia que se construye y que numeramos en cada uno de los extremos que han sido analizados con detalle para dar la respuesta que existe al admitir que todo el proceso llevado a cabo por los recurrentes constituye el delito de estafa por el que han sido condenados.

Pues bien, recordemos que, en base a los hechos probados y argumentación jurídica, se ha dictado sentencia condenatoria por el Tribunal de instancia por delito de estafa agravada, previsto y penado en los artículos 248 y 250.1.1º del Código Penal.

Y en concepto de responsabilidad civil fija que:

En concepto de responsabilidad civil, se declara la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de DIRECCION003 con nº 33 de protocolo.

Se declara la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de DIRECCION003 con nº 34 de protocolo.

Se declara la nulidad del contrato de opción de recompra suscrito el día 13 de enero de 2014 entre D. Fidel y la entidad DIRECCION001 .

Este pronunciamiento anulatorio debe completarse en ejecución de sentencia a los efectos de restituir al momento anterior a la firma de dichas escrituras, las situaciones jurídicas y económicas preexistentes. En consecuencia, y por vía de responsabilidad civil como consecuencia de la nulidad declarada, Gabino deberá reponer la cantidad de 169.200,00 euros, cantidad que devengará los intereses del artículo 576 LEC .

Los acusados deberán hacer frente, en su caso, al pago de los gastos de la cancelación de las distintas inscripciones registrales generadas por las escrituras anuladas y por la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones.

La condena lo ha sido por entender la Sala sentenciadora la concurrencia de los elementos de la estafa, en concreto, y de forma preferente, que es el punto de debate, la concurrencia de engaño en las operaciones llevadas a cabo entre los recurrentes condenados y el perjudicado querellante por inducirle y llevarle al error de que llevara a cabo unos actos de disposición patrimonial presididos y "anclados" en el engaño como circunstancia medial para conseguir el fin previsto de quedarse con el patrimonio del perjudicado Sr. Modesto .

Elementos en los que basa la sentencia la concurrencia del engaño:

1.- Los recurrentes hacen creer al perjudicado que firma una operación distinta a la que se había pactado y lo hacen con el aprovechamiento de la situación de necesidad del perjudicado.

a.- Existió el engaño.

b.- La forma elegida hacía inviable el cumplimiento y la pérdida del patrimonio.

c.-Lo que se firma era distinto a lo pactado entre las partes.

d.- La forma elegida no daba salida real a lo que pretendía el Sr. Modesto y le suponía la pérdida patrimonial.

e.- Hacen creer al perjudicado que lo que él estaba firmando era un contrato de préstamo por el que percibiría las cantidades de que habían estado hablando en todo momento, unos 145.000,00 euros, gravando los inmuebles de su propiedad radicados en Palma, aunque "las formas" variasen.

Idearon una operación en la que, aprovechándose de las condiciones personales del deudor perjudicado, una persona que se había dedicado a la construcción y a la hostelería, y que se veía acuciado por las deudas que estaban asfixiando su situación económica hasta el punto de tener que acudir a vías privadas de financiación, debiendo asumir unos intereses muy elevados, le hicieron creer que firmaba un mero contrato de préstamo garantizado con alguno de sus bienes inmuebles cuando, en realidad, lo que estaba haciendo era comprometer de forma injustificada todo su patrimonio en condiciones tales que era irremediable la pérdida del mismo, al ser fácilmente previsible que no podría atender las condiciones económicas impuestas.

De esta forma, y gracias a la fórmula ideada por los acusados, hicieron creer a Modesto que, en todo momento, lo que él estaba firmando era un contrato de préstamo por el que percibiría las cantidades de que habían estado hablando en todo momento, unos 145.000,00 euros, gravando los inmuebles de su propiedad radicados en Palma, aunque "las formas" variasen. De esta forma consiguieron que éste firmara, en realidad, una operación que le abocaba irremediablemente a la pérdida total de su patrimonio, por cuanto suponía también la hipoteca de sus inmuebles en Menorca, patrimonio global de un valor muy superior al importe de las cantidades que él había percibido efectivamente en concepto de préstamo.

2.- *El importe de las deudas que mantenían Modesto y su esposa con organismos y entidades ascendía a un total de 88.200,00 euros.*

3.- *Posiciones que defendió cada parte de lo que se quiso firmar y se firmó para evaluar el engaño.*

a.- La parte querellante: Se trató de un contrato de préstamo encubierto conjuntamente por un contrato de compraventa y por un contrato de préstamo hipotecario.

b.- Recurrentes: Nunca existió tal préstamo, llevándose a cabo dos operaciones distintas por razón de las deudas que DIRECCION001 abonó por cuenta de Modesto, una compraventa, por una parte, y un préstamo hipotecario, por la otra.

4.- *Objetivo real trasladado por el perjudicado al intermediario que trató con él.*

Su intención era la de hipotecar las propiedades que tenía en Mallorca -la vivienda y el local de la CALLE000 - y pagar el importe del préstamo con lo que obtuviera vendiendo los inmuebles de Menorca

5.- *¿Cuál era la necesidad real que tenía el perjudicado y traslada a los condenados?*

El importe que él necesitaba oscilaba entre los 100.000,00 y los 150.000,00 euros, cantidad sobre la que le habían dicho que se aplicaría ese 40% de interés. Solo el importe de las deudas acreditadas ascendía a 88.200,00 euros, a lo que hay que añadir que, según Modesto, y como luego veremos, éste también había incluido en el préstamo el importe de las obras que tenía que hacer en un inmueble de Menorca por importe de 18.000,00 euros, y 24.000,00 euros para poder afrontar durante un año el importe de la hipoteca de BANKINTER que gravaba sus propiedades de Palma.

Su intención era pagar el préstamo vendiendo todo o parte de las propiedades de Menorca, y que, caso de no poder venderlo, al estar todo "limpio", pediría un préstamo por la cantidad que le faltara

6.- *Pacto al que se había llegado hasta el día antes de la escritura.*

Quedaron en que el préstamo (sobre inmuebles de Palma) se devolvería totalmente de una sola vez al cabo de un año, en enero de 2015, con un interés del 40% que, según sus cálculos, elevaba el préstamo a unos 200.000,00- 205.000,00 euros. Según explicó, esa cantidad se podría pagar vendiendo los inmuebles de Menorca, por los que podría obtener unos 350.000,00 euros.

7.- *Cambio surgido el mismo día de la escritura.*

El día 13 de enero se firmaría en la Notaría la operación. Sin embargo, ese mismo día 13 se pusieron en contacto con él para decirle que querían verle en el bar, personándose allí Inocencio, Edemiro y otras personas -una de las cuales resultó ser el acusado Jacinto porque fue la persona que, más tarde, intervino en la firma de la escritura como prestamista-. Modesto relató que, en ese momento, Edemiro le dijo que había que cambiar la forma de hacer la operación; que no podría ser a través de un préstamo hipotecario, sino que había que hacer una compraventa, una recompra y una hipoteca sobre los bienes de Menorca.

8.- *Se le insiste en que todo sigue igual a lo pactado, pero solo cambia la "forma".*

Edemiro le contestó (al perjudicado ante su extrañeza por el cambio) que esa forma de articular la operación era más beneficiosa fiscalmente, insistiendo en que lo único que cambiaban eran las formas porque en lo que se había acordado respecto del dinero, las cosas seguían igual.

El perjudicado dijo que, según le explicaron, lo que cambiaron fueron las formas, pero no el dinero que tenía que devolver más el 40% de lo que percibiera. Insistió en que tenía que percibir 145.000,00 euros para pagar al Ayuntamiento, a la Seguridad Social y a BANKINTER, más un dinero adicional (la cantidad para obras y para vivir desahogadamente un año).

9.- Lo que se firmó realmente.

Las escrituras que se firmaron eran la compraventa de los bienes de Mallorca y la hipoteca de los bienes de Menorca.

El perjudicado, al salir de la notaría les pidió que le explicaran lo ocurrido dentro y Edemiro le hizo números diciendo "mira, esto es la recompra, menos el dinero de la hipoteca, tienes que pagar 220.000,00". A preguntas de la acusación particular, Modesto reconoció las anotaciones que constan al folio 243 como las que hizo el acusado Edemiro para resumirle las cantidades del préstamo y lo que él tendría que pagar. (Pensaba que era lo que realmente habían pactado).

Más tarde es cuando se dio cuenta de que lo que él pensaba devolver por el préstamo, conforme a lo convenido, que eran unos 205.000,00 euros o, como mucho, 210.000,00 euros, no se correspondía con lo que realmente había firmado, sino que debía devolver mucho más.

Cuando fue a preguntar al director de DIRECCION004 éste le dijo que tenía que preguntar a quienes le habían prestado el dinero cuánto tenía que devolver, porque no le cuadraban las cantidades que él (Modesto) le estaba diciendo, ya que, conforme a esa misma documentación, debía más dinero, ya que la hipoteca de Menorca no estaba incluida en la recompra.

10.- Carácter injustificado de la hipoteca sobre los bienes de Menorca. Las necesidades de deudas sobre los mismos ya estaban contempladas en el importe del cálculo que se hizo al principio de 145.000 euros.

La hipoteca que se constituyó sobre las fincas de Menorca no se justificaba en la realización de dichas obras, porque el importe de esas obras, que ascendía a 18.000,00 euros, ya se habían tenido en cuenta en las negociaciones iniciales que había mantenido con Edemiro sobre el importe del préstamo que Modesto necesitaba, que incluía, repitió, 100.000,00 euros como importe de las deudas que hasta entonces tenía con diferentes entidades, los 18.000,00 euros para las obras de Menorca, más 24.000,00 euros para hacer frente a los gastos de hipoteca durante un año

11.- Carácter decisivo del recurrente Edemiro en la operación llevada a cabo.

Edemiro es una pieza clave en el desenvolvimiento de la actividad de DIRECCION001 , al menos desde el punto de vista de la actividad de financiación que llevaba a cabo en Mallorca. Inocencio proporcionaba clientes a Edemiro y éste, a su vez, los ponía en contacto con DIRECCION001 .

12.- Lo reconoce el recurrente Jacinto representante de DIRECCION001 .

Admitiendo implícitamente la vinculación entre Edemiro y DIRECCION001 , diciendo que "nos las ofrecía (las operaciones), las estudiábamos y si nos parecía bien seguíamos adelante". En todo caso, ha quedado probado que era Edemiro quien hacía de filtro entre Inocencio y DIRECCION001 . De hecho, Edemiro dijo que él asesoraba o aconsejaba a DIRECCION001 sobre las operaciones a realizar.

La operación y la responsabilidad fue tanto de Edemiro como de Jacinto , ambos condenados y recurrentes quienes idearon, con reparto de roles el operativo para despatrimonializar al perjudicado de su patrimonio sin precisar que fuera en la forma que se llevó a cabo y le dejaba sin salida para recuperar sus bienes.

13.- Consideración de la Sala de instancia sobre lo ocurrido.

La articulación de la operación financiera como una compraventa y como un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, aunque formalmente constituyeran dos operaciones jurídicas diferentes, lo que en realidad encubrían era una única operación de préstamo.

14.- Prueba que lleva al tribunal a entender concurrente la estafa y existencia de la inferencia deductiva determinante de la concurrencia del engaño para la estafa y argumentos expuestos que acreditan la conclusividad acerca de la existencia del engaño concurrente en el operativo llevado a cabo para la realización de las dos operaciones injustificadas para el fin pactado previamente y previsto por el perjudicado en la negociación previa llevada a cabo y alterada en su perjuicio y beneficio de los recurrentes.



a.- Testifical:

Gabino sostiene que en todo momento se habló de un préstamo por una determinada cantidad y por un determinado interés. Eso mismo ha manifestado su hijo Fidel, quien declaró que en todo momento su padre le había comentado que había conseguido una operación de préstamo mediante la hipoteca de las fincas de Palma.

b.- Conclusividad por la inferencia:

El hecho de que los acusados hubieran decidido articular formal y legalmente la operación como una compraventa, no excluye el hecho de que lo que encubría esa operación era, en realidad, un préstamo.

Abunda en esta idea, como segundo argumento, el hecho de que las dos operaciones formalizadas en escritura pública el día 13 de enero de 2014 no pueden considerarse independientes una de la otra, sino que responden, en conjunto, al mismo fin, proporcionar una serie de dinero a Modesto para que éste pudiera hacer frente, con carácter principal, al pago de las deudas que le acuciaban.

Razonamientos ante la existencia de los elementos de la estafa

Discordancia entre necesidad del perjudicado y operación llevada a cabo realmente con engaño al perjudicado y desplazamiento patrimonial con una compraventa no deseada por el que vendió.

1.- No hay correlación entre las distintas cantidades y conceptos que percibe el querellante en cada operación y la finalidad que, según los acusados, justificó el otorgamiento de cada una de esas escrituras.

2.- La escritura de compraventa no prevé que el dinero a percibir por Modesto, como vendedor de los inmuebles, se vaya a destinar al pago de una de las finalidades primordiales que motivaron la solicitud financiera de Modesto a Edemiro y, a través de éste, a DIRECCION001, que fue el pago de la deuda hipotecaria que Modesto tenía con BANKINTER, de inminente ejecución.

3.- Se lleva al final a cabo una operación en la que terminaba vendiendo las propiedades que, precisamente, había intentado salvar de la ejecución hipotecaria por importe de 28.000,00 euros, deteniendo ésta.

No se entiende que el pago de esa deuda se produjera mediante el embargo de las propiedades de Menorca (folio 58). Dicha escritura de préstamo, según dijeron los acusados, vino motivada exclusivamente por el interés de Modesto en realzar obras de reforma en su casa de Menorca por importe de 18.000,00 euros.

4.- La Sala considera más razonable que la ejecución hipotecaria que acuciaba al querellante fuera la que afectaba a los inmuebles en los que vivía y trabajaba, es decir, la que era objeto de ejecución en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palma, según la certificación de cargas de los folios 38 y 39. Por eso, no se acaba de entender, ni es lógico, que esa deuda se pague con el importe concedido a través de un préstamo que se otorgó, según dicen los acusados, por las obras a realizar en Menorca.

5.- Tampoco entiende el Tribunal que si, desde un principio, Modesto había pedido dinero para pagar las deudas que tenía con el Ayuntamiento, tampoco esas deudas se hicieran efectivas con el dinero que se decía que Modesto recibía por la venta de sus propiedades en Palma. Y es que como consta en la escritura de préstamo hipotecario (folio 58), la entidad prestamista retuvo del importe prestado la cantidad de 15.000,00 euros para pagar las deudas que tenían Modesto y su mujer con el Ayuntamiento de Palma.

No consta ni en la certificación de cargas, ni en la relación que de ellas se hace en dicha escritura, que las fincas de Menorca estuvieran afectas a ningún tipo de responsabilidad frente al Ayuntamiento de Palma. Por eso, si se incluyó el pago de esa deuda en una escritura que nada tenía que ver, en cuanto a su otorgamiento, con esas fincas de Menorca, es porque las dos operaciones respondían a una única finalidad, aunque para ello se fraccionara en dos instrumentos jurídico diferentes que no respondían más que al interés de los acusados por "vestir" y reforzar las garantías de esa operación única. Y es que, a más cantidad a financiar, es lógico que se adopten mayores garantías.

6.- No se ha dado una explicación coherente y convincente, por parte de los acusados al hecho de que la cantidad solicitada que por la realización de unas obras, (18.000 euros) según dicen, justificó la escritura de préstamo hipotecario sobre las fincas de Menorca, se incluyera, no en esa escritura, sino como parte del precio de compra de las fincas de Palma.

7.- Se quiso constituir una sobregarantía artificial no necesaria.

No parece justificada la existencia de una escritura de préstamo hipotecaria por la cantidad objeto de préstamo, sino que tampoco cabe hablar de una operación aislada y desvinculada de la anterior escritura de compraventa. Los acusados diseñaron la operación para justificar la entrega de un dinero a Modesto garantizada sobre una



serie de bienes inmuebles, distribuyéndose a su voluntad, entre las dos escrituras, el importe objeto préstamo, y ello con el fin de vincular un mayor número de bienes a efectos de garantía para los acusados.

8.- No considera la Sala creíble que la verdadera voluntad de Modesto fuera la de vender unos inmuebles que, precisamente, había querido salvar de la ejecución hipotecaria.

9.- No tiene sentido la compraventa sobre los bienes de Palma. Ese no era el fin del perjudicado.

Si el querellante y su esposa vivían y trabajaban en Mallorca, y si habían querido evitar a cualquier precio -y las operaciones litigiosas son un ejemplo- una ejecución que podía implicar la pérdida de esos bienes, no tiene sentido que, conscientemente y sabedores de las consecuencias hubieran querido despojarse de esos bienes. Si hubiera sido así, no tendría lógica que quisieran obtener un dinero para tratar de "enervar" la ejecución sobre unos bienes que ya no iban a ser de su propiedad.

Nunca estuvo en los planes de la familia el vender los inmuebles de Palma.

10.- Tampoco la actuación de DIRECCION001 posterior a la firma de la escritura de compraventa se corresponde con la de un verdadero propietario de los inmuebles de Palma .

De hecho, pese a que se comprometió a subrogarse en la hipoteca que gravaba los inmuebles de Palma, liberando al anterior deudor (Modesto) de las responsabilidades derivadas de ese préstamo, no hizo nada de eso con la entidad bancaria acreedora. Ninguna prueba de ello ha aportado la defensa.

11.- Se retiene un dinero de la compraventa que no se paga para el fin previsto.

Aunque del precio de compra, DIRECCION001 retenía la suma de 71.696,95 euros para hacer pago de la misma a la entidad acreedora, siendo ese importe el saldo adeudado en conjunto a la entidad acreedora a la fecha de la firma de la escritura de compra, a causa de los préstamos que gravaban las fincas objeto de compraventa, tampoco la entidad DIRECCION001 procedió al pago de dicha suma, la cual se retuvo y no se entregó al supuesto vendedor, por lo que éste vio reducido el precio de la supuesta venta por mor de la hipoteca pendiente, pese a que Modesto siguió pagando la hipoteca. Éste manifestó que estuvo pagando las cuotas hipotecarias hasta el año 2015, inclusive.

Si la intención de DIRECCION001 era la de subrogarse en la hipoteca en el lugar del deudor hipotecario, lo normal es que al acto de la firma de la compraventa hubiera acudido también algún representante del Banco para, además de percibir el importe de las cuotas atrasadas, suscribir esa escritura de subrogación.

12.- Se permite al perjudicado seguir tres o cuatro meses cuando se le dio un plazo para la recompra de un año.

Difícilmente es creíble la versión de Edemiro referida a que Modesto se iría al cabo de tres o cuatro meses desde el momento en que se había fijado un plazo de un año para que la parte compradora hiciera efectivo el importe de los 18.000,00 euros pedidos por Modesto para las obras en la casa de Menorca, por lo que esa estancia se podía prolongar un año, y no tres o cuatro meses como dijo Edemiro . Por esa razón, no comprendemos la necesidad de presionar a Modesto aplazando pagos para obligarle a que se fuera cuando, insistimos, ningún intento consta efectuado por parte de DIRECCION001 durante más de cinco años para recuperar la posesión de los inmuebles que, conforme a la escritura, había comprado.

13.- No tiene sentido de que el vendedor de inmuebles continúe pagando una hipoteca.

Si la verdadera intención del querellante hubiera sido la de vender a DIRECCION001 los inmuebles de Palma, no tendría lógica que siguiera abonando la hipoteca durante al menos un año más.

La Sala considera que el hecho de que Modesto percibiera mensualmente esos 2.000,00 euros durante un año, y que ingresado ese dinero, se fuera abonando con cargo a ello el importe de la hipoteca, demuestra que la voluntad de Modesto era seguir manteniendo el dominio de los inmuebles para evitar que el banco volviera a ejecutar la hipoteca.

14.- Discordancia entre el precio de venta de los inmuebles y la tasación de los mismos.

a.- El precio de venta de los dos inmuebles reflejado en la escritura, es bastante inferior al valor de los mismos desde el punto de vista de su tasación hipotecaria.

La acusación particular aportó en el juicio sendas tasaciones de los dos inmuebles de Palma propiedad de Modesto , efectuadas en noviembre de 2014, en las que se otorga a la vivienda, a efectos de hipoteca, un valor de 184.444,14 euros, frente a los 97.116,95 euros por los que se valoró en la escritura como precio de venta; mientras que el local comercial sito en la planta baja del mismo edificio fue tasada a efectos de hipoteca en 138.441,67 euros, frente a los 86.080,00 euros valorados en la escritura (folio 38). El precio de venta fijado es muy inferior al de tasación aun descontando el importe de la hipoteca pendiente de amortizar.



b.- La propia Agencia Tributaria Balear (ATIB), a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, consideró que la valoración que constaba en la escritura de compraventa sobre los inmuebles era baja, puesto que fijó el valor del piso en 133.332,83 euros, y el del local en 101.469,24 euros (acontecimiento 141 del Rollo de Sala). No parece tener lógica que el querellante hubiera querido vender sus inmuebles por un precio que, aun descontando lo que restaba por pagar de hipoteca, era inferior al que podía tener realmente vendiéndolo por otros canales.

15.- El perjudicado pactó en la creencia de que se suscribía un préstamo, -que era lo que le hacía falta- y no una compraventa más un préstamo hipotecario sobre bienes que no quería hipotecar.

Lo que en realidad se llevó a cabo fue un préstamo, y no tanto una verdadera compraventa junto con un contrato de préstamo hipotecario. De ahí lo que manifestaron Modesto y su hijo Fidel respecto a que Edemiro les dijo que lo que se había hablado de las condiciones económicas iban a ser las mismas, pese a que se cambiaran las formas.

La mecánica urdida finalmente por los acusados fue hacer creer al querellante que, cualquiera que fuera la forma jurídica que revistiera la operación, lo que en realidad estaban firmando era un préstamo por una determinada cantidad ya negociada, cuando en realidad la operación implicaba la devolución de una cantidad muy superior, al incrementarse con la cantidad resultante de un préstamo hipotecario carente de justificación respecto de las deudas existentes, de tal forma que, el impago de cualquier cantidad determinaría la pérdida de todos sus inmuebles.

16.- No hubo consenso ni pactó de firmarse lo que se firmó. Hubo cambio unilateral por los condenados del fin inicial de la operación.

La Sala considera acreditado que la decisión de formalizar el préstamo mediante una compraventa y un contrato de préstamo hipotecario no fue consensuada, sino que fue decidida unilateralmente por los acusados, y fue comunicada al querellante el mismo día en que ambas partes estaban citadas en el Notario para formalizar la operación, en concreto pocas horas antes de ello. Con ello no se concedió margen de reacción suficiente al deudor, quien ante la imperiosa necesidad de recibir financiación con la que saldar unas deudas que hacían inminente la pérdida de su domicilio y de su local de trabajo, se vio obligado a aceptar la operación tal y como habían decidido los acusados.

17.- La declaración de Fidel, hijo del perjudicado, Sr. Modesto.

Este testigo declaró que era conocedor de las deudas que acuciaban a sus padres y que, en relación a éstas, su padre le había comentado que tenía una posibilidad de obtener un préstamo para saldar dichas deudas. La mecánica consistiría en un préstamo hipotecario que, en principio, iba a ser sobre un inmueble de Palma pero que, luego, por un tema de garantías, fue de la vivienda y el local, sin meter los bienes de Menorca. Dijo que ese préstamo era la única opción que les quedaba.

18.- Ni tan siquiera Fidel sabía que se le iba a poner a él como quien "podría ejercer el derecho de recompra" sobre los bienes de Palma que se vendían cuando eso no fue de lo que habían hablado.

Señala Fidel que el recurrente les dijo que todo sería igual que lo que habían hablado ya que lo único que cambiaban eran las formas, porque era una operación fiscalmente más ventajosa para todas las partes. Aclaró que, en ese momento, todavía él no sabía que sería el titular de esa opción de compra. Confirmó que el importe del préstamo era de unos 150.000,00 euros.

19.- Declaración del testigo Fidel, que fue quien primero trató con el Sr. Fidel.

Comunicó a Modesto el día en que se llevaría a cabo la firma, porque así se lo indicó Edemiro, quien también le había dicho que se firmaría un préstamo hipotecario y que el día de la firma, acudiría con el representante de DIRECCION001 a ver el local.

Se conocía la tasación de las fincas. Dato importante a las resultas de entender el por qué se llevó la operación de forma distinta a como quería el Sr. Modesto y pensaba que realmente se llevaba a cabo.

En dichos correos, documentos 1 a 3, se constata que se llevó a cabo una tasación de los inmuebles de Modesto por parte del arquitecto técnico Prudencio, persona ésta de la confianza de Inocencio y a quien éste ya había encargado otras tasaciones en anteriores ocasiones. Inocencio admitió la posibilidad de que Edemiro le hubiera encargado la realización de esas tasaciones, y que lo debió hacer para saber el valor de las fincas. No albergamos duda alguna respecto a que esa tasación se hizo con el pretexto de llevar a cabo la compraventa.

20.- El perjudicado desconocía realmente qué estaba firmando y se le dijo que aunque la forma era otra la realidad era la que habían pactado.



La Sala valora el hecho de que Modesto tuviera que preguntar qué es lo que debía pagar como indiciario de que Modesto no sabía realmente las condiciones finales de lo que había firmado, aunque sí supiera que iba a firmar una compraventa y una opción de recompra, desconocimiento derivado del hecho de que poco antes se le había dicho cómo iba a quedar la operación, y de la existencia de diferentes contratos. Y es que, aunque previamente se le hubiera confirmado que las condiciones económicas iban a ser las mismas, la realidad es que Modesto se vio inmerso en una serie de contratos y documentos en los que se hablaba de diferentes cantidades, tanto a percibir, como a devolver.

21.- El borrador del contrato de opción de recompra donde ni tan siquiera figuraba el nombre del hijo del sr. Modesto .

El contrato de opción de compra que el día de la firma, a las 11:00 horas, el acusado Edemiro envió a Fidel sobre la opción de compra. Como dicen Modesto y su hijo Edemiro , en ese documento no figuran ni el nombre del optante ni las cantidades por las que se ejercería la opción, datos éstos esenciales cuya omisión no se justifica en un borrador o plantilla que, sin embargo, sí que contiene los datos referidos a la finca sobre la que se iba a ejercer la opción y sobre el plazo de ejercicio de dicha opción. Llama la atención el hecho de que, de tratarse ese documento de un borrador o una plantilla, como dice el acusado Edemiro , y de tratarse de un documento ya redactado en papel del que tenían conocimiento Modesto y Fidel , no figurasen ya los datos del optante y las cantidades de la opción, en lugar de dejar esos datos ocultos con "XXX". No tiene lógica que ese dato aparezca oculto o indefinido, pese a que sí se recogen todos los demás datos del contrato, insistimos, incluido el de la descripción de la finca sobre la que recaía la opción. Esta manea de actuar es compatible con la versión del querellante respecto a que el cambio de operación se produjo en el bar horas antes de acudir a la Notaría.

22.- Indefinición del precio de la opción.

La indefinición del precio de la opción creemos que es consecuencia de que la decisión de esa opción fue una modificación de última hora que, como toda la operación, se modificó dos horas antes de acudir al Notario.

23.- Documento que consta al folio 243, en el que aparecen una serie de cantidades manuscritas. Evidencian lo que realmente se pactó.

A este documento le da relevante importancia porque lo rellena el recurrente Edemiro a instancia del Sr. Modesto para saber realmente qué les debía.

Según Modesto , se trata de anotaciones efectuadas por Edemiro al salir de la Notaría para explicarle, a requerimiento de aquél, qué cantidad debía finalmente pagar para devolver el dinero que le habían prestado.

En ese documento se indican los precios establecidos en los dos contratos de opción de compra finalmente firmados por Fidel , y de la suma de ambos importes se resta la cantidad que, según la escritura de compraventa, debía abonar DIRECCION001 para liquidar las cantidades pendientes de amortizar de las hipotecas que gravaban los inmuebles de Palma, partida que, finalmente, DIRECCION001 no ha abonado en ningún momento.

Según la acusación, la cantidad resultante, 220.000,00 euros, es la que finalmente debía restituir Modesto para devolver el dinero que había recibido de DIRECCION001 .

En el indicado documento se recoge una cantidad inferior, 178.000,00 euros, y una referencia a un mes, que podría ser marzo o mayo pero, en todo caso, meses posteriores a la firma de las escrituras y anteriores a la fecha de vencimiento del préstamo, por lo que es verosímil que fuera una cantidad indicada a modo de ejemplo por Edemiro , para el caso de que se devolviera anticipadamente el dinero.

Tal cantidad resultante viene a ser más o menos aproximada a las cantidades referidas en todo momento por Modesto ; esto es, solicitó un préstamo por importe de 145.000,00 euros más el 40% de interés. Hemos de recordar que tampoco el querellante ha precisado exactamente la cantidad solicitada, porque siempre ha hablado de una cantidad de 145.000-150.000,00 euros.

24.- El Tribunal considera creíble la totalidad de la versión ofrecida por Modesto y Fidel respecto a que, en todo momento, Edemiro les dijo que el cambio en la forma de la operación no alteraba los términos generales del acuerdo alcanzado inicialmente entre ambas partes en relación al dinero que iba a recibir y a devolver Modesto .

25.- El contenido del préstamo hipotecario sobre los inmuebles de Menorca era "innecesario".

El importe de las obras de Menorca ya estaba incluido en el total de la cantidad fijada en concepto de compraventa de los inmuebles de Mallorca que justificaba el otorgamiento de esta escritura. Pero es que, en



cualquier caso, y aun en la tesis de los acusados, consideramos que el supuesto gravamen por mor de esas obras no justifica la concesión de un préstamo por importe de 60.700,00 euros.

El importe de esas obras no precisaba de un préstamo por tal importe, ni siquiera calculando unos intereses del 40%. Pero es que tampoco se justificaría si incluyéramos las deudas que Modesto mantenía con el Ayuntamiento de DIRECCION000 -deudas con el Ayuntamiento, sin especificar de dónde, que Modesto ya indicó desde un principio cuando explicó a Edemiro que el préstamo que quería era para cancelar también las deudas con el Ayuntamiento. Ni siquiera encontraría justificación esa cantidad calculando también la cantidad de 8.000,00 euros que, según la escritura, se recogía en un cheque al portador, más los gastos de otorgamiento de escritura cantidades todas ellas cobradas efectivamente por el querellante. En ese caso estaríamos hablando de una cantidad a financiar por importe de 35.700,00 euros que, aun incrementado en un 40% de interés, ofrece una cantidad bastante inferior al importe del préstamo escriturado.

El resto de conceptos que supuestamente se abonaban con el importe de ese préstamo responde a deudas que no tienen que ver con los inmuebles de Menorca. Por ello consideramos que no parece razonable pensar que Modesto fuera consciente de que al firmar la escritura de préstamo hipotecario debía devolver la cantidad de 60.700,00 euros, máxime cuando él no precisaba tal suma y siempre le dijeron que las condiciones económicas no variaban.

Por eso *no tenía necesidad de hipotecar los inmuebles de Menorca.*

26.- La hipoteca sobre los bienes inmuebles de Menorca se hace por interés de los condenados recurrentes.

Ese "cambio de forma" de la operación que, como decimos, le llevó a firmar un préstamo que gravaba sus propiedades en Menorca, no responde sino al propio interés de los acusados de quedarse con el patrimonio del querellante sabedores de que el prestatario no podría restituir ese importe en el plazo de un año, y que ello le abocaría a la pérdida de todo su patrimonio.

Pero es que, además, el importe total de las deudas que, por los distintos conceptos, mantenía Modesto con diferentes organismos y entidades ascendía a 88.200,00 euros, esto es, prácticamente la cantidad que, según el querellante, constituía el importe de sus deudas, unos 100.000,00 euros, deudas que ya se cubrían con el importe de la cantidad recogida como precio de compraventa en la escritura, descontado el importe retenido por el comprador para cancelar la hipoteca que supuestamente iba a abonar.

27.- Además, del importe de las cantidades que percibió personalmente Modesto , 81.000,00 euros, nos encontramos con que el importe realmente percibido directa o indirectamente por Modesto ascendió a 169.200,00 euros.

28.-La realidad demuestra un engaño por el exceso de la resultante final firmada y results de lo que constó en las escrituras.

Importancia sobre la inferencia de la suma a devolver que realmente se había pactado, no como compraventa sobre los bienes de Palma e hipoteca de los de Menorca, sino de hipoteca sobre los primeros.

a.- DIRECCION001 fijó en concepto de recompra de los dos inmuebles de Palma la cantidad de 296.000,00 euros, cantidad de la que la propia entidad, según la propuesta que hizo al abogado de Modesto (folio 124), descontaba el importe de la cantidad que debería haber pagado para cancelar la hipoteca pendiente de amortización de ambas fincas objeto de compraventa, arrojando así una cantidad a devolver por el querellante por importe de 224.304,00 euros, cantidad no muy alejada de la suma que, al salir de la Notaria (folio 243) Edemiro indicó a Modesto que debía pagar para devolver el préstamo, 220.000,00 euros.

b.- Sin embargo, la entidad DIRECCION001 reclamaba también la devolución de la cantidad objeto del préstamo hipotecario que gravaba los inmuebles de Menorca, por importe de 67.984,00 euros (capital más los intereses al 12% anual).

c.- Por lo que la deuda reclamada ascendía a un total de 292.288,00 euros, lo que implicaría que Modesto debería devolver una cantidad más próxima al doble de la cantidad realmente percibida, y muy superior a la que resultaba de aplicar a la cantidad realmente recibida, el porcentaje de intereses que en todo momento se le dijo que abonaría (40%), y que ascendía a 236.880,00 euros.

29.- Dejaron al perjudicado Sr. Modesto sin posibilidades de cumplir lo pactado .

No solo compraban los dos inmuebles de Mallorca, sino que también se hipotecaban nuevamente los inmuebles de Menorca, dificultando con ello cualquier intento de Modesto por obtener financiación con la que saldar la deuda con DIRECCION001 .



No vemos justificación en la constitución del préstamo hipotecario sobre los bienes de Menorca, cuando la operación ya parecía garantizada con los bienes de Mallorca. Lo que hicieron los acusados fue dividir el importe del préstamo entre las dos operaciones, para así comprometer más inmuebles por mor de ese préstamo, sabiendo que, dada la situación del deudor, sería muy difícil que pudiera ejercer el derecho de recompra, recompra que, por otro lado, dejaba fuera el importe del préstamo hipotecario de Menorca, por lo que, aunque hubiera podido ejercer el derecho de recompra, todavía quedaba pendiente el contrato de préstamo y la hipoteca consiguiente.

30.- No se entregaron en el acto de la firma las cantidades pactadas.

Tras la firma, el querellante no percibió ningún dinero. La parte prestamista-compradora no le entregó cheque alguno, sino que fue Edemiro quien, al día siguiente, fue con él a cobrar una serie de talones con cargo a la cuenta de DIRECCION001 cuyo importe fue entregado a Modesto, bien para pagar deudas, bien para su uso propio. Además, la parte prestamista "administró" la entrega de otra parte del dinero que debía recibir Modesto, dirigiéndolo en el tiempo mediante pagos aplazados cuando ese aplazamiento no tenía justificación. No acabamos de entender esa necesidad por parte de DIRECCION001 de controlar el destino del dinero entregado cuando ya había establecido la garantía oportuna mediante la constitución de una nueva hipoteca sobre los bienes de Menorca.

31.- Su situación personal de débito se perjudicó notablemente a raíz de esta operación entre el perjudicado y los recurrentes.

Si antes de solicitar financiación a DIRECCION001 el Sr. Modesto no había podido obtener liquidez por los cauces bancarios normales para saldar una deuda de 88.200,00 euros, más difícil le resultaría poder abonar, al cabo de un año, la cantidad reclamada por DIRECCION001 por importe de 292.288,00 euros.

Difícilmente podría haber obtenido financiación, si ya había perdido legalmente la propiedad de dos inmuebles y había duplicado las cargas que gravaban los únicos inmuebles que le quedaban, los de Menorca.

32.- La verdadera finalidad de los recurrentes.

a.- Quedarse con los bienes del perjudicado. Ya hay paralizada la ejecución hipotecaria instada por la mercantil a consecuencia de este procedimiento penal.

La verdadera finalidad de los acusados a la hora de financiar a Modesto era la de quedarse con sus bienes haciendo lo posible para impedir que éste pudiera devolver el dinero del préstamo.

Le indujeron a engaño haciéndole creer, momentos antes de la firma de las distintas escrituras, que solo se producía un cambio en la forma de articular la operación, permaneciendo invariables las condiciones económicas de esa financiación cuando, conforme a las escrituras firmadas, ello no era así, sino que se le reclamaban cantidades muy superiores a las habladas, siendo muy previsible que no pudiera abonarlas, lo que le abocaría a la pérdida de su patrimonio, del que el único beneficiario eran los acusados a través de DIRECCION001.

b.- El perjudicado no podía estar en condiciones de pagar casi 300.000 euros para recuperar su patrimonio. Era inviable la operación para él y de ejecución imposible.

De haber sabido realmente que finalmente tendría que pagar casi 300.000,00 euros para recuperar parte de un patrimonio que no quería inicialmente vender y que, formalmente, había sido transmitido a un tercero, y de haber sabido que tendría que gravar hipotecariamente la otra parte de su patrimonio, el cual solo podía recuperar pagando el importe del préstamo, encareciendo así la operación, Modesto no habría aceptado la operación en esos términos. Firmó porque los acusados se aprovecharon de su imperiosa necesidad de dinero y de su escasa preparación financiera, puesto que por su actividad laboral no tenía formación necesaria para entenderlo, y porque en todo momento le dijeron que nada cambiaba respecto de lo hablado desde un principio.

33.- El Tribunal de instancia considera con acierto que los hechos declarados probados encajan en el supuesto 1º de dicho artículo vigente en el momento de comisión de los hechos. El engaño urdido por los acusados afectó a la vivienda habitual del querellante, el inmueble piso situada en la CALLE000 NUM000 en el que todavía sigue viviendo.

Se da respuesta en este motivo, tanto al motivo de ausencia de prueba de cargo que está explicado por la inferencia a la que llega el tribunal suficientemente explicada y a los motivos del siguiente recurrente.

Por todo ello, nos encontramos con que:

1.- Las deudas que tenía el Sr. Modesto no se corresponden con las obligaciones que le inducen a suscribir con claro perjuicio patrimonial. Se ha fijado la diferencia existente entre lo que se debía por esas deudas y lo que asume como pérdida a raíz de lo que pactaban.

2.- El objetivo real del Sr. Modesto era pedirles un préstamo para afrontar sus deudas, y pagar el préstamo vendiendo todo o parte de las propiedades de Menorca, y que, caso de no poder venderlo, al estar todo "limpio", pediría un préstamo por la cantidad que le faltara.

3.- Pero no quería vender los bienes de Palma (era su domicilio) ni hipotecar los de Menorca (no le hacía falta, porque con el préstamo sobre los de Palma le sobraba).

4.- Por los recurrentes se le insiste en que todo sigue igual a lo pactado, (solo un préstamo hipotecario sobre bienes de Palma nada más) pero solo cambia la "forma". La realidad fue otra a lo que pensaba el Sr. Modesto que pactó.

Existe un determinado momento en que la operación tal y como inicialmente se acordó se altera por los recurrentes, sin tiempo de reacción y sin exacto conocimiento del perjudicado Sr. Modesto, lo que ha determinado la firma de dos escrituras en las que ha incidido el elemento engaño.

5.- Carácter injustificado de la hipoteca sobre los bienes de Menorca. Las necesidades de deudas sobre los mismos ya estaban contempladas en el importe del cálculo que se hizo al principio de 145.000 euros.

6.- Ambos recurrentes llevaron a cabo las operaciones con su distinta función y rol. El Tribunal lo refleja con claridad en la sentencia.

7.- Las dos operaciones formalizadas en escritura pública el día 13 de enero de 2014 no pueden considerarse independientes una de la otra, sino que responden, en conjunto, al mismo fin, proporcionar una serie de dinero a Modesto para que éste pudiera hacer frente, con carácter principal, al pago de las deudas que le acuciaban. Pero la "forma" como la llevan a cabo en la notaría fue distinta a lo pactado, cambiándolo todo a última hora y sin capacidad de reaccionar al perjudicado que creyó que la realidad era que existía el préstamo sobre los bienes de Palma que era de lo que siempre se habló. Se aprovechan de la necesidad del Sr. Modesto para evitar perder sus bienes llevándole a firmar un estado de débito todavía peor del que tenía cuando decide acudir con los recurrentes.

8.- No hay correlación entre las distintas cantidades y conceptos que percibe el querellante en cada operación y la finalidad que, según los acusados, justificó el otorgamiento de cada una de esas escrituras.

9.- La escritura de compraventa no prevé que el dinero a percibir por Modesto, como vendedor de los inmuebles, se vaya a destinar al pago de una de las finalidades primordiales que motivaron la solicitud financiera de Modesto a Edemiro y, a través de éste, a DIRECCION001, que fue el pago de la deuda hipotecaria que Modesto tenía con BANKINTER, de inminente ejecución.

10.- Se lleva al final a cabo una operación en la que terminaba vendiendo las propiedades que, precisamente, había intentado salvar de la ejecución hipotecaria por importe de 28.000,00 euros, deteniendo ésta.

No se entiende que el pago de esa deuda se produjera mediante el embargo de las propiedades de Menorca (folio 58). Dicha escritura de préstamo, según dijeron los acusados, vino motivada exclusivamente por el interés de Modesto en realzar obras de reforma en su casa de Menorca por importe de 18.000,00 euros.

11.- Se quiso constituir una sobregarantía artificial y no necesaria.

12.- No tiene sentido de que el vendedor de inmuebles continúe pagando una hipoteca.

Si la verdadera intención del querellante hubiera sido la de vender a DIRECCION001 los inmuebles de Palma, no tendría lógica que siguiera abonando la hipoteca durante al menos un año más.

13.- Discordancia entre el precio de venta de los inmuebles y la tasación de los mismos. El precio de venta de los dos inmuebles reflejado en la escritura, es bastante inferior al valor de los mismos desde el punto de vista de su tasación hipotecaria.

14.- El perjudicado pactó en la creencia de que se suscribía un préstamo, -que era lo que le hacía falta- y no una compraventa más un préstamo hipotecario sobre bienes que no quería hipotecar.

15.- Aunque por la parte recurrente se señale que se firmó por el Sr. Modesto en la notaría todo, el perjudicado desconocía realmente qué estaba firmando y se le dijo por los recurrentes que aunque la forma era otra la realidad era la que habían pactado.

16.- Ese "cambio de forma" de la operación que le llevó al Sr. Modesto a firmar un préstamo que gravaba sus propiedades en Menorca, no responde sino al propio interés de los recurrentes de quedarse con el patrimonio



del Sr. Modesto sabedores de que el prestatario no podría restituir ese importe en el plazo de un año, y que ello le abocaría a la pérdida de todo su patrimonio.

Lo cierto es que, sea como fuere hay una compraventa de los bienes de Palma a la otra parte y, además, los bienes de Menorca han sido objeto de una demanda de ejecución hipotecaria presentada por DIRECCION001 y que ésta se encuentra suspendida a resultas del presente procedimiento penal. Ese era el objetivo real que se perseguía, pero que se anula por la sentencia dictada que debe ser confirmada también en su pronunciamiento en la responsabilidad civil respecto de la nulidad de las escrituras que se citan en la parte dispositiva de la sentencia.

17.- La realidad demuestra un engaño por el exceso de la resultante final firmada y resultas de lo que constó en las escrituras.

18.- La deuda reclamada ahora al perjudicado ascendía a un total de 292.288,00 euros, lo que implicaría que Modesto debería devolver una cantidad más próxima al doble de la cantidad realmente percibida, y muy superior a la que resultaba de aplicar a la cantidad realmente recibida, el porcentaje de intereses que en todo momento se le dijo que abonaría (40%), y que ascendía a 236.880,00 euros. Dejaron al perjudicado Sr. Modesto sin posibilidades de cumplir lo pactado.

Ese cambio de la operación, con la alegada intranscendencia de la misma y la necesaria firma ese día, implicaba que debían devolver 136.000 euros por el local de Palma, más 160.000 euros por el piso de Palma, más otros 67.984 euros por la hipoteca, cantidad que los acusados sabían claramente que no podría devolver en el plazo de un año. La diseñada nueva operación jurídica dejaba al denunciante en una situación que no era la que creía el denunciante y que implicaba la posible pérdida de todos sus inmuebles.

Y, es más, lo que evidencia el engaño bastante y la idoneidad de lo llevado a cabo para apoderarse de los bienes del Sr. Modesto, y es que se pone como posible ejerciente de la recompra al hijo Fidel, que cuando declaró manifestó que cuando acompañó a sus padres a la Notaría, no sabía que tendría que firmar documento alguno, ni tenía intención, ni capacidad económica, para comprar la vivienda y el local de Palma. Resultaba imposible que Fidel pudiera ejercer nunca la recompra pactada. Ni por la cantidad fijada ni por cualquier otra. Resultaba imposible. Era una operación engañosa y perjudicial notoriamente para el Sr. Modesto.

19.- No solo compraban los dos inmuebles de Mallorca, sino que también se hipotecaban nuevamente los inmuebles de Menorca, dificultando con ello cualquier intento de Modesto por obtener financiación con la que saldar la deuda con DIRECCION001.

20.- Conclusión de relevancia:

Si antes de solicitar financiación a DIRECCION001 el Sr. Modesto no había podido obtener liquidez por los cauces bancarios normales para saldar una deuda de 88.200,00 euros, más difícil le resultaría poder abonar, al cabo de un año, la cantidad reclamada por DIRECCION001 por importe de 292.288,00 euros.

Difícilmente podría haber obtenido financiación, si ya había perdido legalmente la propiedad de dos inmuebles y había duplicado las cargas que gravaban los únicos inmuebles que le quedaban, los de Menorca.

21.- El perjudicado no podía estar en condiciones de pagar casi 300.000 euros para recuperar su patrimonio. Era inviable la operación para él y de ejecución imposible.

Por todo ello, se debe concluir que existe un adecuado proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal objeto de condena y una ponderación relevante acerca de la prueba expuesta por el Tribunal que le ha llevado al dictado de la condena, valorando tanto la de cargo como la de descargo. Así, que el tribunal no haya admitido y tenido en cuenta como exculpatoria la declaración de los recurrentes, o la pericial que refiere, ya que ello se desvanece con la racional explicación del tribunal acerca de cómo ocurrieron los hechos y el proceso de inferencia llevado a cabo que ha sido suficientemente detallado, como hemos expuesto.

El alegato del recurrente no desarticula que se entienda que la valoración de la prueba llevada a cabo sea acertada, tal cual hemos explicado con detalle y numerado la que se debe destacar en atención a tener pro enervada la presunción de inocencia.

22.- El quantum de devolución del perjudicado Gabino de reponer la cantidad de 169.200,00 euros recibida es correcto y ajustado a la prueba practicada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia.



Se ha reflejado en el FD precedente el listado de elementos de prueba que han sido tenidos en cuenta para tener por enervada la presunción de inocencia.

La inferencia a la que llega el tribunal es correcta y se han numerado en el FD anterior los puntos en concreto en los que se ha basado el Tribunal para el dictado de la condena.

La conclusividad orquestada por la numeración de los elementos y circunstancias que permiten construir la inferencia acerca de la concurrencia de los elementos de la estafa están perfectamente definidos y diferenciados según la relación numérica explicativa que hemos elaborado anteriormente.

No hay irracionalidad en la valoración de la prueba. El Tribunal ha tenido en consideración la prueba de cargo y descargo, tanto la declaración de los acusados, la testifical expuesta y documental.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Jacinto y DIRECCION001

CUARTO.- 1.-INFRACCIÓN DE LEY a tenor del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aplicación indebida de los artículos 248.1 y 250.1º y 250.5º del Código Penal.

Dado que este motivo es el alegado por el anterior recurrente nos remitimos a la extensa respuesta dada en el FD nº 2 en tanto en cuanto concurren los elementos de la estafa tal cual se ha desgranado en el citado fundamento jurídico.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 2.- A tenor del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia.

Dado que este motivo es el alegado por el anterior recurrente nos remitimos a la extensa respuesta dada en el FD nº 2. Los dos recurrentes intervienen en el operativo llevado a cabo.

Consta desde su inicio la intervención de contacto inicial de los recurrentes Sr. Edemiro y Sr. Jacinto . El Sr. Inocencio explicó al Sr. Edemiro la situación financiera del Sr. Modesto , y el Sr. Edemiro planteó la operación a la entidad DIRECCION001 de la que es administrador único Jacinto , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Edemiro era colaborador externo de dicha sociedad a la hora de facilitarle clientes residentes,especialmente, en la zona de Palma o de Barcelona que necesitaran financiación privada y entre ambos se llevó a efecto el operativo para acabar engañando al Sr. Modesto como se ha descrito con detalle.

Que no haya actuado contra el Sr. Inocencio es irrelevante.

La existencia de la estafa concurre aunque todo el desarrollo se haya ejecutado en la notaría, porque lo que le exponen al Sr. Modesto es que "cambian las formas, pero permanece la realidad del préstamo" cuando esa no era la realidad.

Llevan al perjudicado a firmar acuciado y agobiado por una situación de necesidad imperiosa de encontrar la financiación como fuera, pero no siendo consciente realmente de lo que estaba ocurriendo, ya que el objetivo que el Sr. Modesto había trasladado no era el que constaba en las escrituras que el tribunal de instancia anula como consecuencia civil derivada del ilícito penal.

En modo alguno se ha actuado de buena fe como sostiene el recurrente. Ha quedado perfectamente detallado en el FD nº 2 de la presente resolución que ello dista muy lejos de la realidad subyacente a lo que ocurrió y lo que quería el Sr. Modesto y pensó que se estaba llevando a cabo.

Pese a que lo niegue el recurrente resulta evidente la intervención en todo el operativo llevado a cabo y con el reparto de roles entre el primer recurrente, Sr. Edemiro , y la intervención del Sr. Jacinto .

Recordemos que consta en los hechos probados que:

"La operación se concertó para el día 13 de enero de 2014. Sin embargo, ese mismo día, unas pocas horas antes de la cita en la Notaría para la firma de la operación, D. Edemiro mantuvo una tercera reunión en el bar que regentaba D. Modesto , reunión en la que estuvieron también presentes el Sr. Inocencio , D. Fidel -hijo menor de D. Modesto - y el acusado D. Jacinto . En el transcurso de esa reunión, el acusado Sr. Edemiro , puesto de común acuerdo con el acusado Sr. Jacinto , y aprovechándose de la situación de apuro económico por la que atravesaba el Sr. Modesto , le informó de que la operación de crédito se formalizaría, no en la manera en que ya se había hablado con éste, sino mediante la suscripción de una escritura pública de compraventa respecto de los inmuebles sitos en Palma, en la que la entidad DIRECCION001 sería la parte compradora, y con la suscripción de un simultaneo contrato de opción de recompra sobre dichos bienes otorgado en favor



de D. Fidel , y a ejercer en el plazo de un año. Además, se constituiría un préstamo hipotecario a favor de D. Modesto garantizado con los inmuebles que éste y su mujer tenían en Menorca, anteriormente referidos."

Respecto de la responsabilidad civil y pericial se ha hecho constar anteriormente que el Tribunal ha analizado todas las pruebas concurrentes y ha llevado a cabo el cálculo diseñado y desglosado de las sumas reales que debe abonar el perjudicado Sr. Modesto a consecuencia de las nulidades de las escrituras acordadas, siendo correcta y acertada la determinación del quantum, según se ha explicado de forma extensa en la sentencia y fijado en el FD nº 2 antes expuesto y en base a la prueba practicada y a la extensa argumentación del tribunal en torno a las cantidades abonadas al perjudicado y que éste tiene que devolver. En el FD nº 13 de la Sentencia se motiva, además, acertadamente la cuestión atinente a la responsabilidad civil excluyendo la indemnización reclamada por la acusación. Y en el nº 13 la declaración de nulidad de las escrituras.

Respecto de la pericial expuesta por el recurrente hay que hacer constar que el desglose expuesto por el Tribunal finalmente lo ha sido teniendo en cuenta todos los datos expuestos en el plenario y, en concreto, también de la pericial. Nótese que se ha realizado un cálculo expresivo de las sumas recibidas analizada toda la prueba, lo que debe ser confirmado como se ha expuesto. La parte recurrente del Sr. Jacinto postula un incremento de la cuantía a devolver por el Sr. Modesto en base a la pericial aportada, pero el tribunal ha realizado una correcta motivación en cuanto al desglose. No se trata de que se haya olvidado de la pericial, sino que teniéndola en cuenta realiza una conjunta valoración de la prueba fijando el quantum a devolver, teniendo en cuenta la constancia documental de lo recibido y con obligación de entregar.

Se fija, así que:

"En concepto de responsabilidad civil, se declara la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de DIRECCION003 con nº 33 de protocolo.

Se declara la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en escritura pública el día 13 de enero de 2013 ante el Notario de DIRECCION003 con nº 34 de protocolo.

Se declara la nulidad del contrato de opción de recompra suscrito el día 13 de enero de 2014 entre D. Fidel y la entidad DIRECCION001 .

Este pronunciamiento anulatorio debe completarse en ejecución de sentencia a los efectos de restituir al momento anterior a la firma de dichas escrituras, las situaciones jurídicas y económicas preexistentes. En consecuencia, y por vía de responsabilidad civil como consecuencia de la nulidad declarada, Gabino deberá reponer la cantidad de 169.200,00 euros, cantidad que devengará los intereses del artículo 576 LEC.

Los acusados deberán hacer frente, en su caso, al pago de los gastos de la cancelación de las distintas inscripciones registrales generadas por las escrituras anuladas y por la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones.

Del pago de estos gastos será responsable civil subsidiaria la entidad DIRECCION001 ."

El motivo se desestima.

SEXTO.- Desestimándose los recursos, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados Jacinto y la mercantil DIRECCION001 . y Edemiro , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 13 de enero de 2021, que los condenó por delito de estafa agravada. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina