

Roj: STS 4768/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4768  
Id Cendoj: 28079120012016100835

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 264/2016

Nº de Resolución: 845/2016

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso Nº: 264/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 845 /2016

**Fecha Sentencia** : 08/11/2016

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Cándido Conde Pumpido Tourón

**Segunda Sentencia**

**RECURSO CASACION Nº** : 264/2016

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia estimatoria parcial

**Señalamiento:** 27/10/2016

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

**Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**Escrito por** : AMM

Recurso Nº: 264/2016

**ESTAFA.- Negocio jurídico criminalizado.-** Cuando una de las partes contractuales disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que se obliga y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado. Y ésto es precisamente lo que hizo el acusado, que se comprometió con el matrimonio perjudicado para actuar de forma reservada como mandatario suyo en la adquisición de una serie de propiedades inmobiliarias con el fin de ocultar la identidad de los verdaderos compradores y obtener un mejor precio, así como en la solicitud de créditos bancarios destinados a la financiación de estas compras, convenciéndoles de la conveniencia de figurar asimismo como titular fiduciario de una serie de fincas, que le donarían para simular una suficiencia solvencia y facilitar así las operaciones inmobiliarias y de financiación, con el compromiso de no utilizar los títulos de propiedad mas que con dicho fin (lo que los contratantes denominaban "meter los títulos en un cajón") y devolverles la titularidad de las fincas una vez consumadas las operaciones inmobiliarias previstas.

Lo que constituye la estafa, como negocio jurídico criminalizado, es que el acusado, hoy recurrente, engañó a los donantes porque no tenía intención alguna de cumplir lo convenido y devolverles las fincas. El acusado disimuló su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que verbalmente se obligaba, que constituían la base del negocio, y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumplió lo pactado

y realizó una serie de actos de disposición de los que se lucró y benefició el acusado, que no tenía intención alguna de devolver las fincas sino de aprovechar el traspaso patrimonial mediante escritura pública para hacerlas suyas de manera definitiva, por lo que nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado. ESTAFA EN NEGOCIO FIDUCIARIO.-Nos encontramos ante un negocio jurídico fiduciario, en su modalidad de "Fiducia cum amico", que es la que concurre cuando se utiliza una persona de confianza para actuar como titular fiduciario de unos bienes, con la finalidad de no revelar la identidad de sus verdaderos propietarios. Una figura que en el caso actual incluye el mandato al acusado para que realizase determinadas gestiones inmobiliarias y financieras en nombre de los demandantes, el traspaso fiduciario de una serie de bienes inmuebles en escritura pública para dotarle de una aparente solvencia que facilitase la ejecución del mandato, y el compromiso del fiduciario de conservar los bienes y devolverlos al finalizar el período de ejecución del mandato. El condenado recibió las fincas a través de una serie de donaciones simuladas (simulaciones relativas), que disimulaban un acuerdo de fiducia fundado en la confianza y en la buena fe de ambas partes (Fiducia cum amico), para la conservación de los bienes a disposición de sus propietarios, que continuaron en la posesión de los mismos, siguiendo en la práctica actuando como verdaderos propietarios, figurando el condenado como titular formal o aparente, pero sin intención real de devolverlos. En estos casos se trata de transmitir ficticiamente la propiedad, con un fin (causa fiduciae) pactado entre las partes (en este caso facilitar el mandato de adquisición de una costosa finca destinada a los donantes) mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (negocio interno o disimulado) al negocio aparente (negocio externo o formal), a lo que se añade un pacto entre las partes (pactum fiduciae) para reconocer la titularidad real de la cosa, que en este caso fue un pacto verbal por el que los donantes estaban convencidos de que el acusado les devolvería las fincas una vez concluidas las operaciones inmobiliarias que pretendían.

Esta Sala ha señalado, que la "fiducia cum amico" en la que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de confianza a través de la acción típica de apropiación del bien, es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida. Y, en los casos como el presente, en los que la acción típica no consiste en la apropiación "a posteriori", sino en el engaño previo para obtener los bienes con el pretexto de mantenerlos a disposición de los titulares reales y devolverlos una vez cumplida la finalidad convenida, pero sin intención alguna de cumplir esta obligación de devolución, nos encontramos ante un delito de estafa, ya que el desplazamiento patrimonial se ha conseguido induciendo a error a los titulares de los bienes recibidos.

**PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO.** - Intereses moratorios.- No cabe apreciar razón alguna por la que en una cuestión civil como es el resarcimiento por parte del partícipe lucrativo de las cantidades de las que se ha beneficiado en perjuicio de las víctimas del delito, deba privilegiarse su conducta liberándole del abono de unos intereses que son de naturaleza civil. La jurisprudencia de esta Sala parte del criterio de que la acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en el proceso penal, ya que el tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil. Y este mismo criterio, debe aplicarse a la restitución impuesta al partícipe a título lucrativo en el art 122 CP, que no deja de ser una consecuencia civil del delito aplicable al que se ha beneficiado del mismo.

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Cándido Conde Pumpido Tourón

**Fallo:** 27/10/2016

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº:** 845 /2016

**Excmos. Sres.:**

**D. Cándido Conde Pumpido Tourón**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

**D. Juan Saavedra Ruiz**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Ezequiel Tomas y por Rocio Ofelia, contra sentencia de fecha dieciséis de diciembre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, en causa seguida a Ezequiel Tomas y a Manuel Obdulio, por delitos de estafa y blanqueo de capitales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, estando los recurrentes representados, respectivamente por los Procuradores, D<sup>a</sup> Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles y D. Argimiro Vázquez Guillén, y como recurridos la Acusación Particular Armando Obdulio y Irene Gabriela, representados por el Procurador D. Julián Caballero Aguado.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 6 de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 1900/2011 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Primera, que con fecha 16 de diciembre de 2.015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- El acusado Ezequiel Tomas, mayor de edad, cuyos antecedentes penales no constan, privado que ha estado de libertad por razón de la presente causa los días 26 y 27 de julio de 2011, actuando con ánimo de enriquecerse injustamente, procedió a llevar a cabo los siguientes hechos:

A.- Aprovechando el prestigio social que de antiguo venía disfrutando la familia Rosselló en el término municipal de Llucmajor, en el que el abuelo del acusado Ezequiel Tomas había sido médico de reconocida solvencia social y profesional, e incluso médico de la familia Armando Obdulio, y sabedor aquél de la credulidad y enorme patrimonio de Don. Armando Obdulio y Irene Gabriela -de escasísima preparación, por otro lado-, y sabiendo asimismo que éstos -en concreto el Sr. Armando Obdulio - era propietario de la vivienda unifamiliar aislada sita en el n<sup>o</sup> NUM000 de la AVENIDA000 de S'Estanyol -enclavada en la de mayor cabida denominada FINCA000 -, en el mes de febrero de 2011 se ofreció al expresado matrimonio venderles la casa sita en el n<sup>o</sup> NUM001 de la expresada AVENIDA000 de S 'Estanyol (Finca registral

NUM002 ), también denominada en el lugar como " CASA000 o CASA001 " pretendidamente propiedad de su madre Rocio Ofelia -de la que, manifestó ser apoderado-, y al tiempo gestionar ante la Caja De Ahorros del Mediterráneo (CAM) la venta de la casa sita en el n<sup>o</sup> NUM003 de la misma avenida (Finca registral NUM004 ); denominada " CASA002 o la CASA003 ", debiendo pagar por

la primera 30.000 € y y 1.000.000 € por la segunda si él gestionaba dicha compra, mejor precio que podría negociar con la expresada entidad de ahorros argumentando, a sabiendas de su mendacidad que su madre Rocio Ofelia ostentaba un derecho de adquisición preferente respecto de dicha casa n<sup>o</sup> NUM003 frente a dicha Caja por habérsela adjudicado en un procedimiento seguido con la entidad VALERY KARPIN S.L., que la había adquirido de la propia Sra. Rocio Ofelia en el año 2007.

La CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, a través de la empresa del grupo PARTICIPACIONES INMOBILIARIAS 2006, S.L., se había adjudicado la expresada finca NUM004 en méritos de Auto de fecha 13 de abril de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 17 de los de Palma de Mallorca, en proceso de ejecución hipotecaria 762/2008, seguidos con la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO (CAM) contra la mercantil VALERY KARPIN S.L., a quien, como se ha dicho, la Sra. Rocio Ofelia se la había vendido en el año 2007.

El 14 de marzo de 2011, el acusado Ezequiel Tomas, actuando en nombre y representación de su madre, Rocio Ofelia, haciendo uso del poder a su favor conferido el 15 de diciembre de 2010 ante el Notario de Palma D. Andrés Isern Estela (protocolo 2797), vendió a Doña Irene Gabriela y a D. Armando Obdulio por precio de 30.000.-€ la finca sita en la AVENIDA000 N<sup>o</sup> NUM001 de S'Estanyol, urbana consistente en "casa

corral, señalada con el número NUM005 de la c/ DIRECCION000 (hoy AVENIDA000 nº NUM001 ) del Caserío de S 'Estanyol, del término de Llucmajor, cuya superficie según consta en el Registro de la Propiedad es de doscientos setenta y cinco metros cuadrados, si bien reciente medición practicada tiene una superficie de ciento noventa y tres metros cuadrados con dieciocho metros cuadrados", finca inscrita en el Registro de la Propiedad Nº 4 de los de Palma, al tomo NUM006 , libro NUM007 de Llucmajor, folio NUM008 , finca NUM002 ", escritura de compraventa autorizada por el Notario de Palma D. Francisco-Javier Company Rodríguez-Monte, Nº 634 de su protocolo.

Dicho inmueble es contiguo al nº NUM000 de la misma calle AVENIDA000 propiedad. de D. Armando Obdulio -propietario de la finca de mayor cabida denominada FINCA000 en la que aquella está enclavada-, además de ser, asimismo, colindante con la señalada como NUM003 , ésta, a su vez, es contigua con el nº NUM009 de la misma AVENIDA000 de S, Estanyol.

Ezequiel Tomas llevó a cabo la expresada compraventa a sabiendas de que la expresada casa nº NUM001 habla sido objeto de una transacción extrajudicial con un anterior tercer adquirente, PROJECTES LLOBETS S.L., sociedad unipersonal administrada por y propiedad del coacusado Manuel Obdulio , mayor de edad y sin antecedente penales, haciéndose así constar en la escritura de fecha 14 de marzo de 2011, al expresarse que el título de adquisición de su poderdante (su madre Rocio Ofelia ) lo fue por transacción extrajudicial autorizada ante el mismo Notario Sr. Isern el 18 de diciembre de 2009, nº 2.869 de su protocolo , y firmada por el propio acusado Ezequiel Tomas en nombre de su madre Rocio Ofelia haciendo uso de un poder a su favor conferido por la primera ante el mismo Notario el 8 de septiembre de 2009, nº 2.021 de su protocolo.

Efectivamente, el 24 de abril de 2009, ante el Notario D. Francisco Javier Company Rodríguez-Monte, nº 1146 de su protocolo, Rocio Ofelia enajenó la expresada, finca nº NUM001 de la AVENIDA000 a PROJECTES LLOBETS S.L. - representada en el acto\ por su administrador único Manuel Obdulio -, por título de permuta, valorándose el inmueble indicado en la suma de 110.000.-€, transmitiendo PROJECTES LLOBETS S.L. a Rocio Ofelia la finca urbana quince-A de orden, consistente en local comercial a nivel de planta baja y sótano, sito en la calle Ronda Migjorn nº 2, con una superficie construida de 53,10 metros cuadrados, más un patio con una superficie de 105,85 metros cuadrados, y a nivel planta sótano 56,03 metros cuadrados, inscrita en el Registro de la Propiedad Nº 4 de los de Palma, al tomo 5353, libro 1196 de Llucmajor, folio 216, finca 50.145, finca que fue valorada en la misma cantidad que la finca NUM002 objeto de permuta. Pocos meses después, el 18 de diciembre de 2009, las mismas partes, de un lado PROJECTES LLOBETS S.L. representada por Manuel Obdulio , y otro Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , otorgaron ante el Notario de Palma D. Andrés Isern Estela, Nº 2.869 de su protocolo, escritura de "Resolución parcial de permuta y de transacción extrajudicial", exponiéndose en el Expositivo II "Que la finca anteriormente descrita (registral NUM002 de Llucmajor) ha resultado estar doblemente inmatriculada en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, Número Cuatro, toda vez que Doña Rocio Ofelia en fecha 29 de septiembre del año dos mil seis inscribió al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y del artículo 298 del Reglamento Hipotecario , la finca cuya descripción, datos registrales y catastrales y título de adquisición son los siguientes: descripcion.- urbana.-Casa sita en caserío de Es Estañol, término de Llucmajor, señalada con el número NUM010 de la DIRECCION000 hoy AVENIDA000 , números NUM001 NUM003 (...)".

Dicha finca comprensiva de los inmuebles nº NUM001 y NUM003 de la AVENIDA000 consta inscrita en el Registro de la Propiedad Nº 4 al Tomo NUM011 , Libro NUM012 , folio NUM013 , finca registral número NUM004 , finca que, como asimismo se refiere en el Expositivo III de dicha escritura, "Doña Rocio Ofelia en fecha 3 de enero de 2007 la enajenó a la entidad mercantil VALERY KARPIN S.L., en virtud de escritura autorizada por el Notario de Vigo (Pontevedra) D. Antonio Andrés Salgueiro Armada, número 20 de Protocolo, causante de la inscripción 2ª en el Registro de la Propiedad, de fecha 7 de marzo de 2007".

En el Expositivo IV de la misma se refiere, asimismo, "Que la entidad mercantil PROJECTES LLOBETS S.L., dedicada en el tráfico mercantil a la promoción y a la construcción de edificios, como consecuencia de la adquisición por permuta de la finca registral NUM002 de Llucmajor, descrita en el Expositivo I que antecede, y que ha resultado estar doblemente inmatriculada, ha promovido de buena fe la demolición de la edificación existente y la construcción de una de nueva planta que tenía proyectada levantar sobre dicha finca, cuyas expectativas han resultado truncadas como consecuencia de la doble inmatriculación de dicha finca, y todo lo cual, imputable a la negligencia de la Sra. Rocio Ofelia , ha causado unos daños y perjuicios a la entidad mercantil PROJECTES LLOBETS S.L. que se cuantifican en la suma de sesenta y ocho mil euros (68.000€) (...)".



En la expresada Resolución parcial de permuta y transacción extrajudicial de fecha 18 de diciembre de 2009, PROJECTES LLOBETS S.L. y Rocio Ofelia, representada por Ezequiel Tomas, acordaron, entre otros extremos, y por lo que aquí interesa:

a) La nulidad por doble inmatriculación de la escritura de 24 de abril de 2009, por la que PROJECTES LLOBETS S.L. adquirió por permuta la finca NUM002 (Casa NUM001 de la AVENIDA000), deviniendo la Sra. Rocio Ofelia titular de cuantos derechos puedan corresponderle sobre la finca urbana expresada, así como propietaria de la finca sita en la CALLE000 de Palma que fue, asimismo, objeto de la permuta del 24 de abril de 2009.

b) La transmisión por título de permuta a PROJECTES LLOBETS S.L. de cuatro locales, Números 3, 4, 5 y 6 orden, consistentes en locales comerciales sitos en la calle San Cristóbal de El Arenal, procedentes de la división horizontal del edificio conocido como "Apartamentos Bella Gracia", fincas números 33.073, 33.074, 33.075 y 33.076, valorados cada uno de ellos en la suma de 52.000 €.

En consecuencia, el acusado Ezequiel Tomas, en la creencia que la casa volvía a ser propiedad de su madre, vendió a los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela la expresada finca NUM002, el día 14 de marzo de 2011. Consta acreditado que el acusado informó a dichos compradores que sobre la mencionada casa existían unos problemas, si bien éstos los creían solucionados porque así se lo había manifestado el acusado. El día

30 de mayo de 2011 so pretexto de que era un documento sin importancia y alegando razones de urgencia y premura, acudió a la vivienda de éstos y les presentó a la firma un documento, en el que los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela manifiestan conocer las "discrepancias sobre la titularidad de la finca respecto a la venta a la entidad VALERY KARPIN S.L.", y que si de resultados de las mismas "la Sra. Rocio Ofelia no recuperare la propiedad del inmueble, 1a vendedora no tendrá obligación de devolver la cantidad pagada por la compraventa, conservando íntegramente el precio pagado".

SEGUNDO.- El día 14 de Marzo de 2011, el mismo día de la compraventa de la finca NUM002 anteriormente reseñada, ante el mismo Notario, y con num. de Protocolo correlativo Irene Gabriela permutó, también con Rocio Ofelia, de nuevo representada por el acusado Ezequiel Tomas, dos apartamentos sitos en la PLAZA000 de Palma por dos despachos sitos en el edificio Torre de Palma, galería comercial que enlaza la Av. Jaime III con el Paseo Mallorca, en concreto, las fincas números de orden 23 y 24, más la suma de 200.000 euros entregados al acusado en el acto por parte de la Sra. Irene Gabriela. No consta suficientemente acreditado que la entrega de dicha cantidad fuera para pagar dos plazas de aparcamiento que se iban a dar junto con los dos despachos adquiridos.

TERCERO.- En orden a pagar el 1.000.000€ que pretendidamente debían abonarse a la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO/PARTICIPACIONES INMOBILIARIAS 2006, S.L., por la casa del nº NUM003 de la AVENIDA000, los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela, libraron y entregaron al acusado Ezequiel Tomas los siguientes cheques al portador, girados contra la cuenta corriente de su titularidad de COLONYA CAIXA POLLENSA, cuenta corriente NUM014:

A.- Cobrados por Rocio Ofelia en la propia CAIXA POLLENSA:

1.-Cheque nº NUM015, por importe 127€, libramiento 13.5.2011.

2.-Cheque no NUM016, por importe de 6.243,12€, libramiento 13.5.2011

B.-Ingresados y abonados en la cuenta corriente de BANCA MARCH, oficina de Lluçmajor, nº NUM017, titularidad de Rocio Ofelia, siendo autorizado de la misma el acusado Ezequiel Tomas:

1.- Cheque NUM018, de 10.000.-€, abonado el 7.4.2011.

2.- Cheque NUM019, de 5.500.-€, abonado el 20.4.2011.

3.- Cheque NUM020, de 11.000.-€, abonado el 2.5.2011.

4.- Cheque NUM021, de 8.327.-€, abonado el 16.5.2011.

5.- Cheque NUM022, de 11.847.-€, abonado el 16.5.2011.

6.- Cheque NUM023, de 12.128.-€, abonado el 16.5.2011.

7.- Cheque NUM024, de 26.208.-€, abonado el 20.5.2011.

8.- cheque NUM025, de 38.745.-€, abonado el 20.5.2011.

- 9.- Cheque NUM026 , de 15.000.-€, abonado el 24.5.2011.
- 10.- Cheque NUM027 , de 25.000.-€, abonado el 24.5.2011.
- 11.- Cheque NUM028 , de 15.000.-€, abonado el 25.5.2011.
- 12.- Cheque NUM029 , de 62.000.-€, abonado el 30.5.2011.
- 13.- Cheque NUM030 , de 62.000.-€, abonado el 30.5.2011.

C.- Ingresados y abonados en la cuenta corriente de BANCA MARCH, oficina de Lluçmajor, nº NUM031 , titularidad de Rocio Ofelia , siendo autorizado de la misma el acusado Ezequiel Tomas :

- 1.- Cheque NUM032 , de 16.000.-€, abonado el 2.5.2011.
- 2.- Cheque NUM033 , de 30.532.-€, abonado el 16.5.2011.

Estos diecisiete cheques suman un total de trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos cincuenta y siete euros y cincuenta y cinco céntimos (355.657,55.-€).

D.- Asimismo, con la misma finalidad de atender el pago frente a la CAM, los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela libraron y entregaron a Ezequiel Tomas los siguientes cheques respecto de los que, no habiendo obtenido financiación, el acusado fue requerido para que no los presentara al cobro:

- 1.- Cheque nº NUM034 por 66.000.-€ de fecha 12.6.2011.
- 2.- Cheque nº NUM035 por 66.000.-€ de fecha 12.6.2011.
- 3.- Cheque nº NUM036 por 66.000.-€ de fecha 12.6.2011.
- 4.- Cheque nº NUM037 por 66.000.-€ de fecha 12.6.2011.
- 5.- Cheque nº NUM038 por 66.000.-€ de fecha 12.6.2011.
- 6.- Cheque nº NUM039 por 5.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 7.- Cheque nº NUM040 por 30.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 8.- Cheque nº NUM041 por 5.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 9.- Cheque nº NUM042 por 57.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 10.- Cheque nº NUM043 por 57.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 11.- Cheque nº NUM044 por 57.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 12.- Cheque nº NUM045 por 57.000.-€ de fecha 20.6.2011.
- 13.- Cheque nº NUM046 por 57.000.-€ de fecha 20.6.2011.

Todos estos cheques, salvo los indicados en los números 6 y 7, fueron entregados por el acusado a la GESTORIA PIZA para la tramitación de las escrituras de donación que más adelante se indicarán. El acusado no destinó en absoluto el pretendido pago a la CAM del precio de la casa nº NUM003 de la AVENIDA000 , tal y como mendazmente hizo creer a los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela .

D.- El cheque NUM047 fue ingresado el 24.5.2011 por Teodoro Norberto en la cuenta de su titularidad del Banco de Santander por importe 3.496,78.-€, haciendo suyo el expresado importe.

CUARTO.- Vista la imposibilidad de los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela de obtener financiación bancaria para atender el pretendido pago a la CAM de 1.000.000€ para la compra de la casa nº NUM003 de la AVENIDA000 , el acusado Ezequiel Tomas , continuó en la ficción de que estaba negociando con la expresada entidad dicha compra

y que el importe de los efectos librados los destinaba a dicha finalidad, y bajo el argumento de que si no atendían completamente dicho pago total perderían las sumas, pretendidamente abonadas a cuenta del precio fijado por dicha entidad de ahorros, siguió aprovechándose de la vulnerable y peculiar personalidad del matrimonio, encontrándose además la Sra. Irene Gabriela convaleciente de un reciente proceso de neumonía, y les convenció para que, junto con unos pretendidos bonos de los que él sería titular y que supuestamente se encontraban depositados en dicha Caja, instrumentaran simuladamente donación a su favor de varios inmuebles a los solos efectos de aparentar solvencia frente a la CAM, de suerte que esta entidad se aviniera a renegociar y financiar la venta de la casa nº NUM003 ya referida al propio acusado a la vista de la notoria

solvencia inmobiliaria que exhibirla y aparentaría frente dicha entidad, lo que, unido a sus dotes negociadoras y persuasivas, haría que la expresada Caja de Ahorros se aviniera a llevar a cabo dicha operativa, todo ello con el compromiso de que dichas donaciones quedarían "guardadas en un cajón" sin alcanzar eficacia jurídica alguna, de suerte que, una vez cerrada la compraventa y su financiación, Ezequiel Tomas les cedería la expresada casa nº NUM003 y les retomaría las escrituras de donación quedando las sumas entregadas mediante los cheques indicados en poder de la CAM como parte del precio por la expresada compra. Les advirtió que debían guardar extrema confidencialidad sobre dicho pacto, por cuanto si se hacía público, y la Caja llegara a saber que no iba a ser él, titular de la operación sino el matrimonio Armando Obdulio - Irene Gabriela, podría bien frustrarse el buen fin de la operación, y se perderían las cantidades ya entregadas a cuenta, o bien, la Caja exigiría un mayor precio y no el "precio de favor" que le hacía al acusado Ezequiel Tomas, resultando el primero absolutamente inalcanzable para el matrimonio, lo cual desembocaría asimismo en la pérdida inexorable de las sumas entregadas a cuenta, cantidades que, ignorándolo los Sres. Armando Obdulio - Irene Gabriela, estaban siendo o bien cobradas en ventanilla de CAIXA COLONYA (2 cheques) por Rocio Ofelia, o bien ingresadas en dos cuentas titularidad de ésta en BANCA MARCH, oficina de Lluçmajor (15 cheques), e incluso lo ingresado por Teodoro Norberto en su cuenta del BANCO DE SANTANDER, otros 13 entregados a la GESTORIA PIZA para atender los gastos de tramitación de la escrituras de donaciones simuladas que se relacionarán más adelante.

A tal efecto, en los meses de Mayo y Junio de 2011, Irene Gabriela -en primer lugar- y Armando Obdulio -en segundo- donaron simuladamente a Ezequiel Tomas y a la madre de éste, Rocio Ofelia -por indicación del acusado Ezequiel Tomas y por éste representada en el otorgamiento de las escrituras públicas que se dirán- un total de quince inmuebles, valorados en su conjunto en la suma de treinta y ocho millones novecientos sesenta y ocho mil doscientos noventa y un euros con ochenta y tres céntimos (38.968.291,83.-€), incluyendo incluso su propio domicilio sito en la C/ DIRECCION001 nº NUM048 de Lluçmajor, sin que ni siquiera en relación con éste se reservasen los aparentes donantes su usufructo. Tampoco se reservaron el usufructo de otros bienes (lo cual implicaba dejar de percibir diversas rentas, que es el único medio de vida del matrimonio) ni se impuso deber alguno a los donatarios de cuidar, en el presente o en el futuro, a los donantes. Las donaciones simuladas eran puras, simples e irrevocables. Además, las donaciones realizadas generaban una importantísima carga fiscal de entre 324.625,45.-€ y 5.844.103,65.-€ para los donantes por el impuesto de sucesiones y donaciones, más 89.967,63 por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza con más 1.704.714,30.-€ por el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Todas las escrituras de donación las otorgaron Don. Armando Obdulio y Irene Gabriela en el convencimiento de que, en realidad, nada se donaba, pues únicamente se pretendía crear la apariencia de solvencia frente a la CAM en los términos indicados más arriba, y no perder las sumas que ellos creían erróneamente que so habían entregado ya a cuenta a dicha Caja de Ahorros.

Efectuadas las donaciones, por parte de Irene Gabriela en fechas 12, 16 y 20 de mayo de 2011, y vista la verificada vulnerabilidad y credulidad del matrimonio, Ezequiel Tomas, con igual ánimo de enriquecerse injustamente, siguió fingiendo negociaciones y contactos con la CAM, informando a los primeros que esta entidad también era propietaria de la casa núm. NUM009 de la AVENIDA000 de S'Estantol, que formaba, con la sita en en el núm. NUM003 de dicha vía, un lote que debían adquirir conjuntamente, por el precio añadido de 600.000.-€ al 1.000.000.-€ inicialmente fijado para la casa nº NUM003, pasando, por tanto, el precio total a ser la suma de 1.600.000.-€.

Dado que su valor era de 600.000 euros, el precio del conjunto era de 1.600.000 euros, mostrándose de acuerdo Armando Obdulio y Irene Gabriela en adquirir ambas fincas a fin de no romper el lote. Además, les habla insistido también Ezequiel Tomas que no podían echarse atrás en su decisión de comprar, pues, en tal caso, perderían todo el dinero entregado y el propio acusado perdería el dinero de sus bonos.

La ampliación del objeto de compra, conformado ahora por el citado lote constituido por las casas indicadas en los números NUM003 y NUM009 de la AVENIDA000, obligó, por exigencia de Ezequiel Tomas, a realizar nuevas donaciones para verificar ante la CAM una aún mayor solvencia patrimonial del propio acusado en atención a que el precio del conjunto, como se ha dicho, era superior (1.600.000.-€), siendo en esta ocasión Armando Obdulio el que es persuadido para que otorgue simuladamente dos donaciones puras, simples e irrevocables a favor de Ezequiel Tomas, en los mismos términos acordados para las efectuadas por Irene Gabriela, esto es, que se trataba de donaciones simuladas, a los solos efectos de su exhibición ante la CAM y que después se "guardarían en un cajón", siendo reintegradas una vez se hubiese alcanzando el buen fin de la operación, cediendo Ezequiel Tomas la propiedad de las casas NUM001, NUM003 y NUM009 al matrimonio formado por los Sres. Armando Obdulio y Irene Gabriela.



Las donaciones efectuadas por Irene Gabriela son las siguientes:

1.- Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1281 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION002 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM049 , Libro NUM050 , folio NUM051 , finca NUM052 , con un valor de donación de 210.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donante, incluida la plusvalía. La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 1.332.575,74 euros.

2.- Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1279 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION003 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM053 , Libro NUM054 , folio NUM055 , finca NUM056 , con un valor de donación de 32.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 184.934,85 euros.

3.- Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1280 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION004 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM057 , Libro NUM058 , folio NUM059 finca , NUM060 con un valor de donación de 60.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía (F. 727 y ss.).

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 465.019,87 euros.

4.- Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1278 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION005 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM061 , Libro NUM062 , folio NUM063 , finca NUM064 , con un valor de donación de 52.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 532.019,86 euros.

5. - Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1308 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION006 Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM065 , Libro NUM066 , folio NUM067 , finca NUM068 , con un valor de donación de 28.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 190.712,97 euros.

6.- Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1310 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica sita en el Camí DIRECCION007 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM061 , Libro NUM062 , folio NUM069 , finca NUM070 , con un valor de donación de 28.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 211.864,39 euros.

7.- Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1311 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica sita también en el Camí DIRECCION007 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM053 , Libro NUM054 , folio NUM013 , finca NUM071 , con un valor de donación de 25.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 199.546,29 euros.

8.- Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1309 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca urbana sita en la CALLE001 núm. NUM072 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM065 , libro NUM066 ; folio NUM073 , finca NUM074 , con un valor de donación de 160.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 512.984,79 euros.



9.- Escritura pública de 20 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1238 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION008 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM075 , Libro NUM076 , folio NUM077 , finca NUM078 , con un valor de donación de 240.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donante, Incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 1.591.923,45 euros.

10.- Escritura pública de 20 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1237 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a las tres fincas siguientes:

1. Apartamento, urbana, núm. NUM079 de orden del Edificio sito en la CALLE002

3. DIRECCION009 , Calviá, inscrita en el Registro de la Propiedad de Calviá 1, al folio NUM080 . Tomo NUM081 , Libro NUM082 de Calviá, finca núm. NUM083 , con un valor a efectos de donación de 300.000 euros.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 380.603,76 euros.

II.- Casa y corral, urbana, de la CALLE003 núm. NUM001 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, al folio NUM084 , Tomo NUM085 , Libro NUM086 , finca núm. NUM087 , con un valor a efectos de donación de 300.000 euros.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 583.389,34 euros.

III.- Caseta guardabotes sita en DIRECCION010 de Campos, no constando inmatriculada, con un valor a efectos de donación de 3.000 euros.

Las donaciones efectuadas por Armando Obdulio son las siguientes:

1.- Escritura pública de 3 de junio de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1369 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a las siguientes fincas:

I.- Rústica, llamada FINCA000 y DIRECCION011 , alta en la Marina de Lluchmajor , inscrita en el Registro de la Propiedad de Palma núm. 4, al folio NUM088 , Tomo NUM089 , Libro NUM089 , finca NUM090 , con un valor de donación de 4.300.000 euros.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 28.275.036,25 euros.

II.- Urbana, DIRECCION012 , alta en la calle DIRECCION001 de Lluchmajor, que constituía -y constituye- el domicilio del matrimonio Armando Obdulio - Irene Gabriela , inscrita en el Registro de la Propiedad de Palma núm. 4, al folio NUM091 , Tomo NUM089 , Libro NUM092 , finca NUM093 , con un valor de donación de 1.300.000 euros.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 2.219.473,83 euros. Asumió los gastos la donante, incluida la plusvalía, respecto de la finca DIRECCION012 , mientras que asumió los correspondientes a la parte donataria los relativos a la FINCA000 .

Finalmente, ambos cónyuges, Armando Obdulio y Irene Gabriela , otorgaron, en fecha 20 de Junio de 2011, la escritura de donación, ante el Notario Alvaro Delgado Truyols, núm. 1632 de su Protocolo, a favor de Ezequiel Tomas , relativa a la finca urbana, chalet, alta en la Cala de San Vicente, AVENIDA001 núm. NUM001 de Pollença, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pollença, Tomo NUM094 , Libro NUM095 , folio NUM069 , finca NUM096 , con un valor de donación de 565.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donataria, incluida la plusvalía.

La expresada finca ha sido tasada pericialmente en 2.288.206,44 euros.

El importe total de las fincas objeto de las donaciones puras, simples e irrevocables que se simularon asciende a la suma de 38.968.291,83 euros.

QUINTO.- El día 20 de mayo de 2011, ante el Notario Andrés Isern Estela, y justo a continuación del otorgamiento de la descrita escritura pública de donación de la finca DIRECCION008 (núm. 1238 de su Protocolo), y bajo el correlativo núm. 1239 del Protocolo del expresado Notario, el acusado Manuel Obdulio , actuando en su condición de administrador único en nombre y representación de PROYECTES LLOBETS S.L., cuyas participaciones eran y son de su titularidad, adquirió de Ezequiel Tomas por título de permuta la expresada DIRECCION008 , valorada en 1.591.923,45 euros, a cambio de tres locales sitos en los bajos del Edificio conocido como Apartamentos Bellagracia de la calle San Cristóbal del Arenal, fincas registraba

33074, 33075 y 33076, valorándose a efectos de la operación los dos primeros en la suma de 66.668 euros y el último 66.666 euros, con más la suma de 40.000 euros en efectivo metálico, al valorarse la tan traída finca DIRECCION008 en la suma de 240.000 euros. Dichos tres locales con más un cuarto (finca 33073) habían sido valorados cada uno de ellos en la suma de 52.000 euros en la Escritura de Resolución Parcial de Permuta y Transacción Extrajudicial de fecha 18 de diciembre de 2.009 referida más arriba.

El acusado Manuel Obdulio, vecino de Llucmajor y residiendo en la calle DIRECCION001 núm. NUM059 NUM097 de la expresada localidad, arquitecto técnico, promotor inmobiliario y conocedor de dicho mercado y de las pautas ordinarias que lo rigen, en el ejercicio del objeto social de su sociedad PROJECTES LLOBETS SL, a quien el acusado Ezequiel Tomas días antes le había ofrecido la casa por 400.000 euros, habiendo rehusado a comprarla, renunció a obtener información registral previa alegando razones de urgencia no explicitadas en la escritura, adquirió la finca DIRECCION008 sin adoptar las más mínimas cautelas sobre la procedencia del bien, por el irrisorio precio de 240.000 euros, apartándose de las pautas de normalidad de la operación a realizar, y de las suyas propias pues, amén de la expresada urgencia y de no adquirirlo del titular registral, lo adquirió sin haberlo visitado previamente y pese a conocer que estaba arrendada ni se preocupó de conocer el contrato de arrendamiento en vigor, ni el importe de la renta, ni de comunicárselo al inquilino. Pese a que la escritura especificaba que la transmisión se verificaba libre de ocupante, de precarista y de arrendamiento, la operación seguía siendo inusitadamente ventajosa a la vista de lo desproporcionado del valor real del inmueble y el valor de la contraprestación dada por el acusado Manuel Obdulio. Dicha permuta no cursó entrega de la posesión del inmueble a PROJECTES LLOBETS S.L. ni al acusado Manuel Obdulio, puesto que la misma venía siendo ostentada por el arrendatario, Vicente Teodulfo, con contrato en vigor desde el día 1 de mayo de 2.010. En realidad, la alegada urgencia no era más que un pretexto que obedecía únicamente a posibilitar la puesta a salvo del inmueble DIRECCION008 ante el eventual descubrimiento de la actividad delictiva previa desplegada por Ezequiel Tomas, haciendo de este modo inalcanzable el indicado inmueble a posteriores acciones de los perjudicados por el delito de estafa previo. La DIRECCION008 se halla situada en un enclave único y privilegiado de Mallorca, en DIRECCION010, construida en un extremo de la Playa Des Trenc, en primera línea del mar. Consta de una superficie de 967 metros cuadrados de solar y 233,48 metros cuadrados de construcción, lindando al sur con zona marítimo-terrestre, playa, con acceso directo a la misma.

SEXTO.-No consta suficientemente probado que el acusado Ezequiel Tomas dispusiera en su propio beneficio del mobiliario, utensilios, recuerdos familiares y ajuar doméstico propiedad de los Sres. Armando Obdulio Irene Gabriela, ni que los trasladara a su domicilio sito en la finca denominada DIRECCION013.

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "1.- Debemos absolver y absolvemos a Ezequiel Tomas del delito de estafa impropia del que venía acusado por la acusación particular, declarando 1/3 parte de las costas de oficio.

2.- Debemos Condenar Y Condenamos A Ezequiel Tomas como autor responsable de un delito continuado de estafa en su modalidad agravada de recaer sobre vivienda de especial gravedad y en atención al valor de la defraudación sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y le imponemos la pena de siete (7) años de prisión, la accesorio de especial para el derecho de sufragio pasivo y multa de veintinueve (21) meses con cuota diaria de dieciocho (18) euros, así como al pago de una parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En responsabilidad civil se condena al acusado a que abone a Armando Obdulio y a Irene Gabriela la cantidad total de 389.154,33 euros, los intereses moratorios de la citada cantidad desde la fecha del pago y los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia.

De dichas cantidades deberá responder Rocio Ofelia como responsable civil a título lucrativo.

Declaramos la nulidad de las siguientes escrituras públicas, así como los actos y contratos en las mismas recogidos y de las inscripciones y asientos registrales que tengan causa en las mismas:

1- Nulidad de la compraventa otorgada el 14 de marzo de 2011, en mérito de la cual el acusado Ezequiel Tomas, actuando en nombre y representación de Rocio Ofelia, vendió a Doña Irene Gabriela y a D. Armando Obdulio por precio de 30.000.-€ la finca sita en la AVENIDA000 N° NUM001 de S'Estanyol, urbana consistente en "casa corral, señalada con el número NUM005 de la c/ DIRECCION000 (hoy AVENIDA000 n° NUM001) del Caserío de S'Estanyol del término de Lluchmajor, cuya superficie según consta en el Registro de la Propiedad es de doscientos setenta y cinco metros cuadrados, si bien reciente medición practicada tiene una superficie de ciento noventa y tres metros cuadrados con dieciocho metros cuadrados inscrita en el Registro

de la Propiedad N° 4 de los de Palma, al tomo NUM006 , libro NUM007 de Lluchmajor, folio NUM008 , finca NUM002 ", escritura de compraventa autorizada por el Notario de Palma D. Francisco Javier Company Rodríguez-Monte, N° 634 de su protocolo.

2.- Nulidad de la Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1281 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION002 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM049 , Libro NUM050 , folio NUM051 , finca NUM052 , con un valor de donación de 210.000 euros y asunción de gastos de la donación para la parte donante, incluida la plusvalía (P. 709 y ss.).

3.- Nulidad de la Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1279 de su Protocolo en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION003 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM053 , Libro NUM054 , folio NUM055 , finca NUM056 .

4.- Nulidad de la Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1280 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION004 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM057 , Libro NUM058 , folio NUM059 , finca NUM060 .

5.- Nulidad de la Escritura pública de 12 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1278 de su Protocolo, en la que aparece como donataria Rocio Ofelia , representada por el acusado Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION005 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM061 , Libro NUM062 , folio NUM063 , finca NUM064 .

6.- Nulidad de la Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1308 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica DIRECCION006 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM065 , Libro NUM066 , folio NUM067 , finca NUM068 .

7.- Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1310 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica sita en el Camí DIRECCION007 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM061 , Libro NUM062 , folio NUM069 , finca NUM070 .

8.- Nulidad de la Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1311 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca rústica sita también en el Camí DIRECCION007 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM053 , Libro NUM054 , folio NUM013 , finca NUM071 .

9.- Nulidad de la Escritura pública de 16 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Francisco Javier Company Rodríguez Monte, núm. 1309 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca urbana sita en la CALLE001 núm. NUM072 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM065 , Libro NUM066 , folio NUM073 , finca NUM074 .

10.- Escritura pública de 20 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1238 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a la finca DIRECCION008 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, Tomo NUM075 , Libro NUM076 , folio NUM077 , finca NUM078 .

11.- Nulidad de la Escritura pública de 20 de mayo de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1237 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a las tres fincas siguientes:

I.- Apartamento, urbana, núm. NUM079 de orden del Edificio sito en la CALLE002 , Calviá inscrita en el Registro de la Propiedad de Calviá, al folio NUM080 , Tomo NUM081 , Libro NUM082 de Calviá, finca núm. NUM083 , con un valor a efectos de donación de 300.000 euros.

II.- Casa y corral, urbana, de la CALLE004 núm. NUM001 de Campos, inscrita en el Registro de la Propiedad de Felanitx, al folio NUM084 , Tomo NUM085 , Libro NUM086 , finca núm.

NUM087 ; con un valor a efectos de donación de 300.000 euros.



III.- Caseta guardabotes sita en DIRECCION010 de Campos, no constando inmatriculada, con un valor a efectos de donación de 3.000 euros.

12.-Nulidad de la Escritura pública de 3 de junio de 2011, otorgada ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1369 de su Protocolo, en la que aparece como donatario Ezequiel Tomas , relativa a las siguientes fincas:

I.- Rústica, llamada FINCA000 y DIRECCION011 , sita en la Marina de Lluchmajor, inscrita en el Registro de la Propiedad de Palma núm. 4, al folio NUM088 , Tomo NUM089 , Libro NUM089 , finca NUM090 , con un valor de donación de 4.300.000 euros.

II.- Urbana, DIRECCION012 , sita en la calle DIRECCION001 de Lluchmajor, que constituye el domicilio del matrimonio Armando Obdulio - Irene Gabriela , inscrita en el la Propiedad de Palma núm. 4, al folio NUM091 , Tomo NUM089 , Libro NUM092 , finca NUM093 , con un de donación de 1.300.000 euros.

13.- Escritura pública de fecha 20 de junio de 2011 otorgada ante el Notario Álvaro Delgado Truyols, núm. 1632 de su Protocolo, por Irene Gabriela y Armando Obdulio a favor de Ezequiel Tomas , relativa a la finca urbana, chalet, sita en la Cala de San Vicente, AVENIDA001 núm. NUM001 de Pollença, inscrita en el Registro de la Propiedad de Pollença, Tomo NUM094 , Libro NUM095 , folio NUM069 , finca NUM096 .

3.- Debemos condenar y condenamos a Manuel Obdulio , como autor responsable de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y le imponemos la pena de seis (6) meses de prisión, la accesorio de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de doscientos cuarenta mil euros (240.000 euros), con responsabilidad personal subsidiaria de un día en caso de impago.

Pago de 1/3 parte de las costas del proceso incluidas las de la acusación particu1ar.

Declaramos la nulidad de la escritura de la permuta otorgada mediante escritura de 20 de mayo de 2011, ante el Notario Andrés Isern Estela, núm. 1239 de su Protocolo entre el acusado Manuel Obdulio , actuando en su condición de administrador único en nombre y representación de PROJECTES LLOBETS S.L., cuyas participaciones eran y son de su titularidad, y el acusado Ezequiel Tomas , consistente en la permuta la finca DIRECCION008 , a cambio de los locales sitos en los bajos del Edificio conocido como Apartamentos Bellagrancia de la calle San Cristóbal del Arenal, fincas registrales 33074, 33075 y 33076, con más la suma de 40.000 euros en efectivo metálico.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Projectes Llobets S. L. Remítase a las respectivas Notarías y al Registro de la Propiedad correspondiente testimonio de esta resolución a los efectos oportunos. Los gastos y costas que se deriven serán a cargo de los acusados".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de los recurrentes que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de Ezequiel Tomas , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes a los autos, al declarar que los Sres. Armando Obdulio y Irene Gabriela donaron "todo o casi todo su patrimonio" quedando "en la ruina", cuando solo fue parte de su patrimonio que no llegaba a la mitad. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución , alegando la carencia de valoración de la prueba por la Sala. TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española . CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución , por falta de valoración de la prueba. QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución , al haber sido condenado el recurrente con falta de pruebas. SEXTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.2 de la Constitución , alegando la parte recurrente la falta de dolo ya que el condenado había incurrido en un error al creer que los denunciantes efectuaban una donación en atención a sus relaciones personales. SÉPTIMO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y del art. 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24.1 de la Constitución , derecho a la tutela judicial efectiva. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim ., por vulneración del art. 242 del Código Penal ( art. 248 del Código Penal ), y en su caso inaplicación del art. 634 del



Código Civil y demás concordantes, al haberse condenado erróneamente por un delito de estafa, al no existir engaño. NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 242 del Código Penal e inaplicación de los fundamentales arts. 1215, 1305, 1306, 1261 del Código Civil y demás concordantes, reiterándose nuevamente la falta de engaño. DÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 16.1 del Código Penal en relación con el aplicado art. 248, alegando el recurrente, que la Sala entendió erróneamente la concurrencia de un delito consumado de estafa, cuando habría sido un delito de tentativa de estafa, al no llegar a producirse el perjuicio patrimonial.

La representación de Rocio Ofelia, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: Con carácter previo, renuncia a los motivos primero y sexto de los anunciados en su día. PRIMERO (enumerado como segundo): Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la C.E., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener una sentencia motivada ex artículo 120.3 de la C.E. SEGUNDO: (enumerado como tercero): Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 24 de la C.E., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haber omitido la sentencia la valoración de pruebas de descargo. TERCERO (enumerado como cuarto): Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., derecho a la presunción de inocencia. CUARTO (enumerado como quinto): Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 122 del Código Penal, definidor de la figura de partícipe a título lucrativo.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el veintisiete de octubre pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca con fecha 16 de diciembre de 2016, condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa a la pena de siete años de prisión y multa, siendo responsable civil a título lucrativo la segunda recurrente. Frente a la misma se alzan los dos presentes recursos, fundado el primero en diez motivos y el segundo en cuatro.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que el acusado Ezequiel Tomas, aprovechando el prestigio social que de antiguo venía disfrutando su familia en el término municipal de Llucmajor (Mallorca), en el que su abuelo había sido un médico de reconocida solvencia social y profesional, y sabedor de la credulidad, escasa preparación y enorme patrimonio de sus vecinos, el matrimonio integrado por Armando Obdulio y Irene Gabriela, se ofreció para gestionarles la adquisición de dos viviendas contiguas a su casa de la playa en S' Estanyol, por las que tenían sumo interés y consiguió, con diversos pretextos, que para aparentar la solvencia que decía precisar para conseguir la hipoteca necesaria para realizar dicha adquisición, le donasen en sucesivas escrituras públicas un total de quince inmuebles, valorados en treinta y ocho millones novecientos sesenta y ocho mil doscientos noventa y un euros (38.968.291,83 €), incluyendo su propio domicilio sito en Llucmajor.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE Ezequiel Tomas.

**SEGUNDO** .- El primer motivo del recurso interpuesto, por error de hecho en la valoración de la prueba basado en documento auténtico al amparo del art 849 2º de la Lecrim, se apoya en una certificación del catastro sobre las fincas que aparecen en el mismo como propiedad de los perjudicados, con la finalidad de complementar el relato fáctico expresando que a los recurrentes todavía les quedan 29 fincas tras las donaciones realizadas al recurrente.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia

recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso actual lo que se pretende es adicionar el relato histórico con la subsistencia de estas fincas, y concluir que son erróneas una serie de valoraciones realizadas en la fundamentación jurídica, relativas a que los perjudicados se desprendieron de todo o casi todo su patrimonio, quedando en una situación de clara desprotección para hacer frente a la vejez.

**TERCERO .-** El motivo no puede ser estimado. Es cierto que la documentación aportada es hábil para acreditar que los recurrentes conservan un número relevante de fincas de su propiedad, y en este sentido no habría inconveniente en complementar con este dato el relato fáctico. Pero lo que pretende la parte recurrente a través de este motivo no es meramente este complemento, sino que en base al mismo se efectúen una serie de valoraciones para modificar determinados aspectos de la fundamentación jurídica.

Y esta pretensión no puede prosperar por dos razones esenciales.

Una de técnica casacional. Este motivo solo es hábil para modificar el relato fáctico y en ningún caso para alterar la fundamentación jurídica. Para ello sería necesario, en todo caso, un motivo adicional de infracción de ley, en el que con la base del nuevo relato se interesase la modificación de la subsunción, a través de las valoraciones que fuesen procedentes, que no tienen cabida en este cauce casacional dirigido únicamente a modificar los hechos.

Otra de fondo. Este motivo solo puede prosperar cuando el dato de hecho contradictorio tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo y el documento que lo acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. Pues bien, en el caso actual el complemento documental interesado podría ser relevante a los efectos de la impugnación de la agravación de grave entidad del perjuicio en relación con la situación en que deja a la víctimas, impugnación que por cierto no consta entre los motivos casacionales formulados. Pero para la apreciación de esta agravación la Sala sentenciadora ha valorado otras pruebas, y específicamente el hecho de que a los perjudicados no solo se les ha privado de sus propiedades mas relevantes, entre ellas su casa, sino también se les ha dejado en una gravísima situación frente a la Hacienda Pública, con una deuda impositiva elevadísima, superior a los nueve millones de euros, a la que no pueden hacer frente en su situación actual, además de quedarse sin efectivo alguno pues todo lo que tenían se lo llevó el acusado.

En definitiva para concluir que la estafa enjuiciada ha dejado a los perjudicados en una situación económica muy delicada, no solo debe tomarse en consideración el hecho de que les restan otras fincas, sino que concurren otras pruebas, por lo que un motivo casacional por error de hecho no puede prosperar.

**CUARTO .-** El segundo motivo, por presunción de inocencia, alega que la prueba no ha sido valorada racionalmente, en primer lugar porque el Tribunal sentenciador copia los hechos probados del apartado fáctico de la calificación de la acusación particular, y en segundo lugar porque ha declarado probado que el matrimonio perjudicado era fácilmente influenciado sobre la base de una prueba pericial psicológica, sin tomar en consideración las declaraciones de los Notarios.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

**QUINTO .-** En el caso actual, aplicando la doctrina expuesta procede desestimar el recurso interpuesto. En efecto, en primer lugar, el hecho de que el Tribunal sentenciador haya seguido en gran medida, no en todo caso, el hilo del relato fáctico de la calificación de la acusación particular, para confeccionar los hechos probados de la sentencia constituye indudablemente una mala práctica, pero no implica una vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, siempre que se hayan aportado y practicado pruebas de cargo suficientes y válidas para acreditar dicho relato. Es claro que en aquellos temas que el Tribunal sentenciador no ha estimado suficientemente acreditados, se ha apartado drásticamente del relato fáctico de la acusación particular, por lo que el hecho de que en los aspectos que la Sala considera suficientemente acreditados se siga fielmente dicho relato es una irregularidad que la Audiencia debe evitar en el futuro, pero no constituye una vulneración constitucional.

Por lo que se refiere a la valoración acerca de la facilidad de influenciar al matrimonio perjudicado, la Sala ha tomado razonablemente en consideración el dictamen de un perito experto, especializado en psicología, analizándolo conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo ha valorado otras pruebas, tanto de carácter testifical, como su propia valoración directa de las declaraciones de los perjudicados, que le ha permitido a las Magistradas obtener sus propias conclusiones sobre la formación y carácter de las víctimas.

Las manifestaciones de los Notarios no desvirtúan estas pruebas pues únicamente pueden acreditar que, a su juicio, los perjudicados estaban capacitados para contratar, pero no sobre su influenciabilidad y vulnerabilidad, fuera del marco del despacho notarial. En cualquier caso, la propia declaración de los Notarios reafirma el criterio del Tribunal, pues reconocen que se extrañaron de las operaciones realizadas, y que advirtieron a las víctimas, sin resultado positivo, sobre las graves cargas fiscales que les provocarían las donaciones, por lo que ratifican que los perjudicados eran personas poco duchos para la realización de este tipo de operaciones.

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo, sin perjuicio de lo que se expondrá en el análisis de los siguientes, en la medida en que en varios de ellos se reproduce la misma argumentación básica.



**SEXTO** .- El tercer motivo, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, es subsidiario del anterior, planteado para el supuesto de que la Sala estimase que el defecto en que incurre la sentencia no es de insuficiencia de prueba sino insuficiencia de motivación. Ya que no cabe apreciar ninguna de las dos, el motivo debe ser desestimado.

**SÉPTIMO** .- El cuarto motivo, nuevamente por presunción de inocencia, se refiere ahora a que aun admitiendo que los perjudicados fuesen personas influenciables, la Sala ha prescindido de forma irracional de que los propios perjudicados han declarado reiteradamente que su intención era donar los bienes recibidos por el acusado. Para ello se hace referencia a diversas declaraciones de las víctimas de la estafa que se refieren a la donación de las fincas.

El motivo carece de fundamento, pero permite efectuar unas consideraciones sobre la naturaleza del engaño en la estafa realizada, que refuerzan lo ya expresado en el motivo segundo.

Los perjudicados hablan de donaciones porque efectivamente estaban donando, y lo sabían. Pero lo hacían engañados, y en eso consiste la estafa. No es que el matrimonio perjudicado no supiese lo que hacía, sino que lo hacía incitado a ello dolosamente, es decir con un vicio esencial del consentimiento que anula los contratos. El matrimonio perjudicado, engañado por el acusado, creía que la única forma para poder obtener el objetivo que pretendían, adquirir determinada finca contigua a sus posesiones por la que tenían gran interés, era convertir al acusado en un titular fiduciario de diversas fincas de su propiedad, para que éste pudiese mostrar ante una entidad bancaria la solvencia necesaria para obtener una hipoteca que los perjudicados no podían obtener por sus escasas relaciones, influencias o dotes sociales, todo ello reforzado por la carencia de fuentes de ingresos fijos para abonar las cuotas. Y, para ello, el acusado les convenció de que las escrituras que le hacían se "mantendrían en un cajón", es decir no tendrían efectividad alguna mas allá de mostrar su solvencia a efectos del crédito. Y que, una vez obtenido el objetivo pretendido, les devolvería las fincas, pues la operación era una mera fiducia, basada en la confianza, una donación temporal, con devolución comprometida, y sin pretensión alguna de transferir de modo definitivo la propiedad de sus inmuebles al recurrente.

En consecuencia, las advertencias de los Notarios caían en saco roto, pues el matrimonio perjudicado, confiando plenamente en el acusado, y plenamente absorbidos por el engaño, eran inmunes a las consideraciones sobre el riesgo que entrañaban las donaciones. Riesgo que conocían pero no les asustaba porque estaban confiando en una persona en la que creían ciegamente. Las normas de experiencia ponen, desgraciadamente, de relieve que en esta capacidad de generar confianza se encuentra la esencia de la estafa.

El motivo, en consecuencia, carece de fundamento, pues el Tribunal sentenciador dispuso de pruebas suficientes para apreciar la concurrencia del engaño, entre ellas las propias declaraciones de las víctimas, que fueron absolutamente concluyentes y que el Tribunal ha apreciado directa y personalmente. Declaraciones que aparecen ratificadas por múltiples elementos de corroboración, como se destaca en la propia sentencia.

**OCTAVO** .- El quinto motivo de recurso, también por presunción constitucional de inocencia, alega falta de valoración de la prueba de descargo. Argumenta que las manifestaciones exculpatorias del acusado no son rebatidas con argumentos sino rechazadas como absurdas sin valorarlas racionalmente

La doctrina de esta Sala (STS 63/2016, de 8 de febrero , entre las mas recientes) establece que el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige ponderar los distintos elementos probatorios, tanto de cargo como de descargo, aunque no impone que esa ponderación se realice necesariamente de un modo pormenorizado, abordando todas las alegaciones de descargo expuestas por la defensa, incluso las más inverosímiles, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo el control casacional verificar que se ha sometido a valoración la prueba de descargo practicada a instancia de la defensa y que se aprecie una explicación razonable para el rechazo de su resultado, en contraste con las pruebas de cargo ( SSTC 242/2005, de 10 de octubre ; 187/2006, de 19 de junio ; 148/2009, de 15 de junio ; y 172/2011, de 19 de julio , STS 25 de septiembre de 2013, núm. 1527/2013 , de 9 de julio de 2012, núm. 1372/2012 y 30 de noviembre de 2015, núm. 757/2015 ).

Desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que incluye la motivación racional de las sentencias, ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 665/2015, de 29 de octubre y 10/2015, de 29 de enero , entre otras) que la sentencia debe contener una suficiente y razonable motivación no solo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a los puntos jurídicos del debate que sean relevantes para el fallo. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración



concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada.

Por lo cual, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis solo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE ( SSTS 485/2003, de 5-de abril ; 540/2010, de 8 de junio ; 1016/2011, de 30 de septiembre ; y 249/2013, de 19 de marzo ).

En la sentencia 1.016/2011, de 30 de septiembre , se ratifica este criterio al recordar que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar - como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

En la sentencia 486/2.006, de 3 de mayo , se incide en que toda sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de únicamente la prueba de cargo, o sólo de la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE ; la parte concernida que viese silenciado, y por tanto no valorado el cuadro probatorio por ella propuesto, no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación.

En el mismo sentido, la sentencia 2027/2001, de 19 de noviembre , subraya que la condena dictada en la instancia lo había sido con base, exclusivamente, en la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa. En ella se remarca que "...tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebidamente y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo...lo que en modo alguno resulta admisible es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un prejuicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada....".

En términos similares se pronuncia la sentencia 258/2010, de 12 de marzo , al incidir en que "...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto *sine qua non* para la racionalidad del desenlace valorativo". Su toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional.

**NOVENO.-** El Tribunal Constitucional también ha afirmado reiteradamente que el control que le corresponde realizar sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo ( SSTC 242/2005, de 10 de octubre ; 187/2006, de 19 de junio ; 148/2009, de 15 de junio ; y 172/2011, de 19 de julio ).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al análisis de la prueba como proceso específico y diferenciado, señala, por ejemplo en la STC 139/2000, de 29 de mayo , que "los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados", que es lo que permite examinar "la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante ( SSTC 220/1998 , de

16 de noviembre; 117/2000, de 5 de mayo ) (...) al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo ( SSTS 140/1985, de 21 de octubre , 169/1986, de 22 de diciembre , 44/1989, de 20 de febrero , 283/1994, de 24 de octubre , 49/1998, de 2 de marzo ), o si los criterios empleados conculcan o no valores, principios o derechos constitucionales ( SSTC 47/1986, de 21 de abril , 63/1993, de 1 de marzo ), o si se ha dejado de someter a valoración la versión del inculpado o la prueba de descargo en el juicio oral ( SSTC 145/1985, de 28 de octubre , 151/1990, de 19

de octubre ) o, más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba ( SSTC 174/1985, de 17 de diciembre , 41/1991, de 25 de febrero , 283/1994, de 24 de octubre , por todas)".

**DÉCIMO.-** Al trasladar los criterios precedentes al caso enjuiciado, conviene subrayar que la parte recurrente considera infringido expresamente en este motivo el derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que obliga a comprobar que existen medios de prueba suficientes, constitucionalmente obtenidos, legalmente practicados y valorados racionalmente, en el sentido de que el cuadro probatorio, visto tanto en detalle como en conjunto, conduzca racionalmente a la prueba de los hechos objeto de acusación.

Para ello es imprescindible que la sentencia de instancia contenga, con la objetividad y expresividad necesarias, una exposición suficiente de las distintas aportaciones probatorias, unidas o previas a su valoración, con la autonomía formal suficiente en el cuadro de la sentencia respecto de las conclusiones estrictamente jurídicas, para poder diferenciar, en el análisis casacional, las cuestiones fácticas de las cuestiones de subsunción.

Pues bien, en el caso actual la sentencia impugnada cumple estrictamente estos criterios pues dedica un amplio y específico apartado a analizar la "prueba valorable y fundamento probatorio de los hechos probados" (sesenta folios), en el que se relaciona extensamente el resultado apreciado por la Sala de las declaraciones testificales, las pruebas periciales, la prueba documental y las manifestaciones de los acusados, dedicando expresamente quince folios de los fundamentos jurídicos de la sentencia a relacionar y resumir la declaración exculpatória del acusado Ezequiel Tomas , tal y como se ha apreciado por la Sala, incluyendo todos sus argumentos de descargo. Seguidamente la Sala relaciona también las declaraciones de la otra acusada, Rocio Ofelia , a lo largo de otros tres folios, incluyendo sus manifestaciones exculpatórias, tanto de su propia conducta como la de su hijo.

Posteriormente la Sala sentenciadora, en un apartado específico ("Valoración de la prueba"), procede a efectuar un análisis valorativo de la prueba reflejada con gran fidelidad en el apartado anterior, contrastando las dos hipótesis contrapuestas, la de las acusaciones y la de las defensas, para fundamentar su convicción, obtenida racionalmente a lo largo de varias sesiones de juicio oral, en el sentido de que es la primera hipótesis la que aparece avalada por la prueba y la única que es congruente con el conjunto de circunstancias puestas de manifiesto por ésta.

La Sala, ejerciendo su responsabilidad última como Tribunal sentenciador que ha contemplado la totalidad de la prueba practicada y al final tiene que decidir entre las versiones contrapuestas, realiza un juicio comparativo de credibilidad entre la versión ofrecida por el acusado Ezequiel Tomas y la de los perjudicados, expresando razonada y razonablemente porqué resuelve este juicio en favor de la versión de los perjudicados.

**UNDÉCIMO.-** Expone la Sala en primer lugar, haciendo uso de las ventajas valorativas de la prueba directa que le proporciona la inmediación, que el juicio comparativo de credibilidad entre la versión ofrecida por el acusado y la de los perjudicados, ha de resolverse en favor de éstos, por la mayor fuerza de convicción mostrada en las declaraciones prestadas en la vista oral por ambos perjudicados, pese a su deterioro cognitivo fácilmente apreciable. Dispone, por tanto, la Sala sentenciadora de las declaraciones de dos víctimas del delito, que se han prestado en su presencia, que han podido ser apreciadas de modo directo, tras un interrogatorio contradictorio, sometido a la "cross examination", es decir al interrogatorio cruzado, libre e inmediato, de todas las partes, lo que constituye un modo muy relevante de conseguir determinar la fiabilidad de una declaración y la verdad de unos hechos.

No es necesario reiterar la abundante doctrina jurisprudencial que considera que la declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Ello no supone que baste la existencia de esta declaración, pues es necesario un examen minucioso de su contenido y su credibilidad, junto a la existencia de otros datos que puedan robustecer su verosimilitud, ya que lo relevante es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria.

Un elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también por su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, la coherencia interna y externa de su declaración, es decir la persistencia y ausencia de contradicciones internas unida a la congruencia con otros elementos probatorios o simples corroboraciones de carácter periférico, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Es cierto que la inmediación no puede constituirse en un blindaje del Tribunal sentenciador para liberarse de la motivación, pero tampoco debe devaluarse, y es fácil constatar que los sistemas de enjuiciamiento mas respetuosos con los derechos fundamentales son los que han optado por la "cross examination" como sistema de práctica de la prueba, y por la inmediación como requisito indispensable para su valoración.

En el caso actual, la Sala sentenciadora se apoya en la inmediación, pero no la utiliza como un blindaje para liberarse de la obligación de motivar, sino que razona extensamente su valoración probatoria, apoyando su criterio en una multiplicidad de razones adicionales.

Razona el Tribunal sentenciador que las declaraciones prestadas por los dos perjudicados, que se refuerzan mutuamente pues no debemos olvidar que no nos encontramos ante la declaración de una víctima sino de dos, "*indican buena fe y un desconcierto tan grande ante lo sucedido que en ningún modo podría ser simulado*". En efecto al Tribunal le compete, ejerciendo sus normas de experiencia, valorar si la versión de los perjudicados, en el sentido de que las donaciones obedecían a la confianza depositada en el acusado para la realización como mandatario verbal suyo de unas determinadas gestiones inmobiliarias, sin vocación de transmisión definitiva de la propiedad, puede constituir una invención "a posteriori" o responde a la realidad. En esta valoración, debe contrastar las declaraciones de ambos, para apreciar si existen contradicciones, pues "*la mentira tiene las patas cortas*" y una versión inventada de unos hechos complejos es difícil que pueda mantenerse en un interrogatorio contradictorio ante hábiles abogados por dos personas diferentes, de escasa formación, sin incurrir en graves contradicciones entre ellos y en la coherencia interna de su propia declaración. Por eso el Tribunal destaca que ha apreciado en la declaración de los perjudicados "*una serenidad de talante, una ausencia de especial animosidad, una firmeza en la actitud y una mesura en el lenguaje corporal*", que no considera compatibles con la alegación de la defensa de que están narrando una versión inventada. Son cuatro cualidades de la declaración, que el Tribunal explicita para razonar su valoración, y que es al Tribunal sentenciador, y solo al Tribunal sentenciador, a quien corresponde constitucionalmente valorar.

Añadiendo expresamente, como valoración de la declaración exculpatoria del acusado, que estas cuatro cualidades han estado "ausentes o deficientes" en la declaración del acusado, hoy recurrente.

**DECIMOSEGUNDO.-** Ahora bien, el Tribunal sentenciador no se limita a efectuar una valoración de la prueba directa basada en la inmediación, sino que acude a corroboraciones objetivas que refuerzan dicha convicción.

Para ello contrasta las declaraciones de los perjudicados con las del acusado, hoy recurrente, que consideran "**intrínsecamente inverosímiles**".

Así, valora el Tribunal sentenciador como escasamente razonable, y por ello inverosímil, que dos personas de mediana edad con mucha vida por delante se desprendan de una buena parte de su patrimonio, para dárselo a un joven vecino con el que no les une ninguna relación familiar, por el mero hecho de que sea "su misma cuerda", "de su misma clase" o de su mismo "status social", que es lo que afirma el acusado. Una valoración llena de sentido común y que responde plenamente a las reglas de la experiencia, que son las que debemos aplicar los jueces para evaluar las versiones contradictorias de las partes, y cuyo acertado uso define la utilidad y la profesionalidad de un Juez.

En segundo lugar razona el Tribunal que la versión del acusado resulta aun mas inverosímil, y "*adolece de una total credibilidad*" por el hecho de sostener que estas donaciones no respondían a las razones utilitarias expuestas por los propios donantes (una "fidutia cum amico", como razonaremos mas adelante), sino a mera liberalidad, con ánimo de transmisión efectiva y definitiva de la propiedad de fincas valoradas en millones de euros, cuando el beneficiario ni siquiera es familiar directo, ni ahijado ("fillol"), ni pariente por vía política, ni amigo, ni cuidador, sino una persona con la que no ha existido ninguna relación íntima ni de amistad profunda, ni siquiera de afecto verdadero pues los perjudicados no lo han tratado con frecuencia, ni le han visto crecer, ni han asistido a los eventos o celebraciones familiares habituales y representativas (cumpleaños, bautizo o comunión).

Y, en tercer lugar, el Tribunal razona, con buen criterio, que la versión del acusado resulta aun mas inverosímil si a ello añadimos que las donaciones se realizaron sin reserva alguna, es decir a cambio de nada, ni siquiera de alimentos o de cuidados, y debiendo abonar los donantes unos elevados impuestos, por lo que considera que la versión exculpatoria del acusado carece del más elemental sentido lógico.

Junto a estos tres argumentos racionales, la Sala sentenciadora aplica como cuarto fundamento racional de su convicción sus propias reglas de experiencia en relación con su conocimiento de las "arraigadísimas" costumbres de la isla de Mallorca "donde el patrimonio se queda en la familia". Conforme a estas reglas de



experiencia, avaladas expresamente por la declaración de uno de los Notarios, que manifestó que conforme a los conocimientos adquiridos por el ejercicio profesional en las zonas rurales de la isla, "la donación se hace a cambio de alimentos o reserva del usufructo", si no se tiene familia se dona a quien otorga cuidados y alimentos y finalmente se dona a la Iglesia. Este argumento, indudablemente, no es definitivo, pues toda regla tiene su excepción, y no se puede excluir que los perjudicados utilizaran su libertad contractual para apartarse de las costumbres locales en un supuesto concreto, pero si constituye un indicio adicional, que, en conjunción con los demás, refuerza racionalmente el criterio valorativo que la Sala obtiene de su valoración directa de las pruebas personales.

La Sala aun introduce un nuevo argumento al resaltar un hecho que consideran que merece ser destacado, y es que los denunciados al desposeerse de su ingente patrimonio inmobiliario, valorado en casi 40 millones de euros, se quedan sin su propia vivienda habitual, sin las rentas que generaba dicho patrimonio, con unas deudas millonarias con Hacienda y también con el Banco donde solicitaron el préstamo y por tanto en una clara situación de desprotección para hacer frente a la vejez, lo que supone un verdadero suicidio "financiero- patrimonial".

Puede alegarse por la defensa que este argumento debe matizarse si tenemos en cuenta la prueba documental aportada en el primer motivo de recurso, acreditativa de que a los perjudicados todavía les queda un cierto patrimonio inmobiliario, según el Catastro. Pero, como ya se ha señalado, el hecho de que los perjudicados todavía tengan mas fincas a su nombre, no excluye que hayan quedado en una delicada situación patrimonial, al perder un patrimonio valorado en casi 40 millones de euros, perder su vivienda habitual, sin reservarse siquiera el usufructo, perder las rentas que generaba dicho patrimonio, adquirir unas deudas millonarias con la Hacienda Pública, para cuyo pago no disponen de fondos y deberían vender buena parte del patrimonio que les resta, y también con deudas en el Banco donde solicitaron un préstamo.

Es por ello por lo que la Sala sentenciadora llega a la razonable conclusión de que este resultado solo se explica aceptando como verídica la versión de los hechos proporcionada por los propios donantes. Que el acusado apareció en las vidas de los denunciados, después de muchos años sin tener noticias de él y con un claro objetivo: ganarse su confianza para engañarles y conseguir su patrimonio a cambio de nada.

En definitiva, no corresponde a la realidad la alegación en la que se fundamenta el motivo, en el sentido de que la Sala sentenciadora no ha valorado la prueba de descargo. En realidad, no hay prueba de descargo, y la parte recurrente solo se refiere a la versión exculpatoria del acusado, que no constituye prueba en sentido estricto, pues el acusado ni presta juramento, ni tiene obligación alguna de decir verdad. Ahora bien, referida la impugnación de la parte recurrente a la versión exculpatoria proporcionada por el acusado, lo cierto es que esta versión ha sido analizada minuciosamente, y valorada razonadamente por el Tribunal sentenciador, Cuestión distinta es que la parte recurrente no comparta esa valoración, pero a este Tribunal casacional no le compete revisar la valoración objetiva e imparcial del Tribunal de Instancia para sustituirla por la mas subjetiva y parcial de la parte recurrente, sino unicamente constatar que la valoración del Tribunal es razonable y se apoya en prueba de cargo suficiente, criterio que cumple sobradamente la sentencia de instancia.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

**DECIMOTERCERO.-** El sexto motivo de recurso, nuevamente por infracción del derecho a la presunción de inocencia, alega inexistencia de prueba sobre la concurrencia del dolo exigible para tipificar el delito de estafa. Alega el recurrente que no está probado que la actuación del recurrente fuese dolosa, y que, en cualquier caso, concurre un error de tipo, pues el acusado se fió de los Notarios para confirmar la licitud de los negocios jurídicos concertados con el matrimonio titular de las fincas donadas. Alega que, una vez firmadas las escrituras, los propios Notarios le confirmaron que las fincas ya eran suyas y podía hacer lo que quisiera con ellas, por lo que su voluntad de apropiárselas definitivamente viene avalada por una fuente fiable como es la Notarial.

El motivo carece del menor fundamento.

En relación con la primera cuestión planteada, la inexistencia de prueba de la voluntad de engañar, ha de atenderse a que los hechos subjetivos, y en concreto el ánimo o voluntad de engañar, por ser de carácter interno, únicamente pueden declararse probados a partir de un juicio de inferencia racional sobre los datos objetivos acreditados. Es decir que si el comportamiento realizado por el acusado es objetivamente engañoso, y el acusado realizó dicho comportamiento de forma consciente y voluntaria, ha de estimarse que concurre el dolo, es decir el elemento intelectual y volitivo (conocimiento y voluntad) que califica su comportamiento como doloso.



Por ello, lo que le corresponde a este Tribunal de casación es constatar si la inferencia del Tribunal de instancia es razonable, a partir de los datos objetivos acreditados, y de la dinámica y funcionalidad de las diversas operaciones constatadas documentalmente.

Pues bien, en el caso actual la inferencia del Tribunal sentenciador es plenamente razonable, pues las cosas hablan por sí mismas (*Res ipsa loquitur*): atendiendo a la dinámica de las operaciones realizadas, y de las declaraciones de los perjudicados la finalidad fraudulenta es manifiesta, pues los datos objetivos acreditados no permiten otra interpretación alternativa, razonable y realista. **Sólo una perspectiva ilusoria permitiría no apreciar lo que resulta manifiesto.**

No debe confundirse el debate sobre el sustrato fáctico de los elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo, propio del ámbito de la presunción de inocencia, con el debate jurídico sobre la concurrencia y valoración de dichos elementos, a partir de unos determinados hechos probados, propio de la infracción de ley, pues se corre el riesgo de trasladar al ámbito exclusivamente fáctico, lo que constituye un problema jurídico de subsunción.

**DECIMOCUARTO.** - Pues bien esta inferencia, a partir de los datos objetivos, para constatar el elemento subjetivo del engaño, aparece correctamente realizada en la sentencia de instancia.

La Sala sentenciadora analiza una docena de hechos diferentes de los que infiere en cada caso la concurrencia del engaño, pergeñado de forma consciente y voluntaria, es decir dolosa, por el acusado, hoy recurrente. Hechos relevantes de los que se deduce el engaño, o que avalan la versión de los denunciados en el sentido de que nunca tuvieron intención de desprenderse de su patrimonio regalándoselo al acusado, sino que las donaciones se hicieron para que éste aparentara solvencia frente a la CAM con el fin de adquirir un determinado inmueble.

La declaración de los perjudicados y la valoración de las circunstancias concurrentes permite inferir que el acusado convenció a los perjudicados de que su madre tenía un derecho de adquisición preferente sobre la casa que ellos deseaban adquirir (ya que anteriormente había sido de su propiedad) y que podía conseguírsela a un mejor precio (1.000.000 euros) con preferencia a cualquier otro comprador, pero para ello necesitaba mostrar a la entidad bancaria que poseía bienes suficientes. Para ello propuso engañosamente que se realizaran unas donaciones meramente instrumentales, de pantalla, para facilitar la adquisición de la finca. Luego prolongó el engaño, con el pretexto de que tenían que comprar por 600.000 euros otra vivienda más porque iba en el mismo lote, pues en caso contrario perderían todo lo invertido.

La Sala sentenciadora enumera varios datos de los que puede inferirse este ánimo de engañar, a partir de la versión de los hechos objetivos que se ha declarado probada:

1º.- El matrimonio perjudicado se desprendió de gran parte de su patrimonio, incluido su domicilio habitual, renunciando a todas las garantías legales, comportamiento que puede calificarse de absurdo e incomprensible. Y se lo donaron a una persona que no había hecho nada por ellos, ni se había comprometido a cuidarlos ni a alimentarlos, al que solo conocían por ser el nieto de su médico de cabecera, y por pertenecer a una familia de su confianza, con la que habían mantenido amistad, de su mismo pueblo y vecinos en la época estival, al que no veían desde hacía años, y con el que no tenían ninguna relación especial.

El acusado, conociendo y sabiendo que eran propietarios de una enorme fortuna, fue a visitarlos en varias ocasiones a su domicilio, aprovechando que se desplazaba a Lluçmajor. La amistad con su familia hizo que los perjudicados le abrieran las puertas de su casa y propició un clima de confianza, gracias al cual el acusado se fue ganando poco a poco su voluntad.

2.- El acusado comenzó convenciendo al matrimonio vecino para que compraran una casa colindante con la de los donantes por un precio barato (30.000 euros), con la condición de que también compraran la casa grande. Este hecho, que también fue objeto de acusación pues el acusado vendió la casa diciendo que era de su madre, cuando ya no lo era, sin embargo no ha sido objeto de condena, pero la Sala sentenciadora, con buen criterio, lo considera como el pórtico o inicio de la maquinación llevada a cabo por el acusado, sin entidad penal independiente.

El matrimonio perjudicado tenía mucho interés en comprar las casas de primera línea de playa colindantes con la suya, para estar solos, sin vecinos y sin que nadie les construyera, para lo cual ya habían comprado las cocheras (sitadas en la parte trasera de la parcela) a la madre del acusado. Por tanto necesitaban seguir comprando tres casas colindantes. El recurrente que conocía esa necesidad y deseo, se aprovechó de ello para urdir su proyecto y actuar conforme al mismo. Y así, les vendió primero la casa mas barata, que actuaba como señuelo, compra vinculada a la posterior de la CASA003 . Tras ganarse su confianza,

abusando de su credulidad, les convenció para que creyeran que podía conseguirles ésta por un millón de euros, con carácter prioritario a cualquier otro interesado y a un precio mejor (de favor) con el argumento de que su madre tenía unos derechos de adquisición preferente por haber sido propietaria.

Y, para hacer efectiva esta compra como mandatario suyo, les convenció que le donaran - simuladamente- su patrimonio pues con la solvencia, posición y garantía económica que ello supondría, iría al Banco a negociar la compra y la financiación. Estas donaciones, les dijo el acusado según la declaración del matrimonio donante, debían ser solo para aparentar potencial económico y convencer a la CAM que accediera a venderle la casa en condiciones ventajosas, exigiendo extremo sigilo, discreción y silencio, a fin de que nadie pudiera frustrar el negocio ya que en caso de que la CAM se enterara de que los verdaderos compradores eran el matrimonio donante, podría malbaratarse la operación, perdiendo el dinero entregado o exigiendo la CAM un mayor precio.

Y el recurrente hizo creer a los perjudicados que una vez cerrada la compraventa les cedería la casa y les devolvería las donaciones, quedando el importe de lo abonado (mediante los cheques que el entregaron) como parte del precio de la compra. Mas tarde les hizo creer que también debían comprar otra casa contigua, por el precio añadido de 600.000 euros con la misma advertencia de que si no compraban todo el lote perderían el dinero que habían anticipado. De ese modo consiguió que el matrimonio le donara más fincas.

NUM003 .- La ausencia de explicación coherente acerca de la fragmentación de las donaciones. Se donaron 15 inmuebles, en cinco días distintos, y la mayoría se otorgaron en escrituras individuales, una para cada donación, siendo el acusado quien acudió a la Notaría a hablar con los Oficiales para que prepararan las escrituras, y quien solicitó que se hicieran en escrituras separadas. De ser cierto que los perjudicados querían donar su patrimonio al acusado, carece de lógica que no le dieran todo de una vez o en dos veces, pues no tiene ningún fundamento ese peregrinaje de Notarías. Estimando razonablemente la Sala que fue una manera de disfrazar el engaño para que no trascendiera, y por eso el acusado no eligió ninguna Notaría en el pueblo de Lluçmajor.

4.- El importe de las cargas fiscales, que era muy elevado, hace inconcebible que los perjudicados utilizaran este procedimiento. Otra cosa es si creyeran que las escrituras iban a guardarse en un cajón, y utilizarse solo para aparentar solvencia.

5.- Dos declaraciones testificales desmintieron la afirmación del acusado de que acudió a la Gestoría para consultar la repercusión fiscal de una Escritura que iban a firmar con el Notario por indicación de éste. En realidad el acusado engañó al Notario diciendo que iba con los perjudicados a la Gestoría, pero no acudió.

6.-La urgencia en firmar las escrituras, la renuncia a la información registral y la rapidez y celeridad que el acusado mostró en inscribirlas en el Registro de la Propiedad.

7.- La confección por parte del acusado de varios documentos privados que hizo firmar a los donantes, que solo se explica desde la versión de éstos, de que las donaciones eran un instrumento.

8.- Los donantes siguieron ejerciendo actos de dominio sobre sus fincas, de modo ininterrumpido.

9.- El testamento de la perjudicada.

10- El hecho de que los perjudicados nunca pidieran al acusado ningún recibo del destino de los cheques que le entregaron, cuyo importe total asciende a

355.657,65 euros, cantidad que no han recuperado. No hay explicación al hecho de que teniendo dinero en efectivo se lo dieran al acusado para sus caprichos y que paralelamente tuvieran que acudir a la financiación bancaria para comprar una finca. La única explicación racional y convincente es que el dinero estaba destinado a las gestiones de compra que realizaba el acusado como mandatario verbal, y se lo apropió apoyándose en la absoluta confianza de los perjudicados.

11.- La declaración del Director de una sucursal bancaria que dijo que la perjudicada le solicitó un crédito para comprar inmuebles de la CAM.

12.- El hermetismo de la actuación del acusado y de las víctimas. La Sala infiere que la explicación razonable es que el acusado les dijo que guardaran silencio para evitar que descubrieran su engaño, con el pretexto de que se podría malbaratar la operación, y que perderían lo invertido.

13.- El hecho de que los perjudicados no reaccionaran hasta que se enteraron por una comisión judiciales de los problemas existentes con la casa que el acusado les decía que había comprado y que en realidad había sido adjudicada a un tercero.

A partir del análisis razonado de estos elementos probatorios deduce correctamente la Sala la concurrencia de una consciente y voluntaria intención de engañar por parte del acusado, inferida de los datos que integran su comportamiento objetivo. Puede discutirse alguno de ellos, o impugnarse su suficiencia, pero el conjunto es indiscutible que pone de manifiesto un comportamiento engañoso por parte del recurrente, consciente y voluntario.

Nos encontramos en consecuencia, ante un caso paradigmático de estafa, en el que se obtiene un desplazamiento patrimonial mediante engaño antecedente, sin ánimo alguno de cumplir la contraprestación comprometida.

**DECIMOQUINTO.-** Alega el recurrente la concurrencia de un error de tipo pues el acusado se fió de los Notarios para confirmar la licitud de los negocios jurídicos concertados con el matrimonio titular de las fincas donadas. Argumenta que, una vez firmadas las escrituras los propios Notarios le confirmaron que las fincas ya eran suyas y podía hacer lo que quisiera con ellas, por lo que su voluntad de apropiárselas definitivamente viene avalada por una fuente fiable como es la Notarial.

Esta alegación no puede ser estimada.

La alegación de un error sobre un hecho constitutivo de la infracción, constituye un error de tipo, de los prevenidos en el párrafo primero del art 14 del CP 95. Esta modalidad de error sobre un elemento del tipo, en caso de considerarse acreditado, determinaría la impunidad de la conducta, tanto si es vencible como invencible, ya que el delito de estafa solo se puede cometer por dolo, pero no por imprudencia.

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 incurriendo en "error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal".

En el caso actual no queda muy claro que modalidad de error se plantea, pues es difícil que se refiera a un error de tipo sobre la concurrencia de engaño, como elemento del tipo de estafa, ya que teniendo en cuenta que era el propio acusado quien diseñaba y ejecutaba el comportamiento engañoso, no puede asumirse que sufriese error alguno sobre su propio engaño.

La alegación de que fueron los Notarios los que le indujeron a error al confirmarle que las fincas eran suyas, una vez firmada la escritura de donación, y que podía hacer lo que quisiera con ellas, parece mas bien conducir a un error de prohibición, como error invencible sobre la ilicitud del hecho: si los Notarios lo avalaban es que era lícito.

Pero en cualquier caso es claro que no concurre ni uno ni otro error. Los Notarios dan fe de la capacidad de los contratantes y de lo que estos manifiestan en su presencia, pero no pueden transmutar, con su mera intervención fedataria, un hecho delictivo en un hecho lícito. Y eso le consta al acusado, que dispone de una cultura media. Si el Notario ignora que el contrato es nulo por vicio del consentimiento, porque uno de los contratantes ha sido engañado, siendo un negocio jurídico criminalizado constitutivo de una estafa, su intervención no legaliza la actuación del estafador. La estafa consiste, en estos casos, en la intención deliberada y previa de una de las partes de no cumplir lo convenido. El Notario puede advertir a las partes de las consecuencias de lo que firman, pero si una de las partes ha engañado a la otra, y ésta acude al Notario confiada en que la contraparte cumplirá en su día lo convenido, las advertencias del Notario sobre la naturaleza de la donación caen en saco roto. En el caso actual, era precisamente el acusado el que había engañado al matrimonio que realizaba las donaciones, en realidad fiduciarias, por lo que la intervención de los Notarios no pudo inducir a error al acusado, que sabía perfectamente lo que hacía.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**DECIMOSEXTO.-** El séptimo motivo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se articula *ad cautelam* por si la Sala estima que en la denuncia anterior no concurre insuficiencia de prueba sino insuficiencia de motivación. Ya hemos señalado, al resolver el motivo anterior, que no concurre ninguna de ambas vulneraciones, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**DECIMOSEPTIMO.-** El octavo motivo, por infracción de ley, alega aplicación indebida del art 242 CP , y en su caso inaplicación del art 634 Ccivil y concordantes, por estimar que no nos encontramos ante un delito de estafa, sino ante una cuestión civil, que podría haberse resuelto en el ámbito de la regulación civil de las

donaciones. Considera la parte recurrente que no concurre el delito de estafa porque en éste el engaño debe recaer sobre un hecho, y no sobre una actitud o futuro, y en el caso actual, según la parte recurrente, el error de los perjudicados recae sobre el comportamiento futuro del acusado, que creen que les va a devolver las fincas cuando el recurrente no tenía intención alguna de ello.

Por fin se alcanza el contenido mas propio de la casación, que es la infracción de ley, tras una hipertrofiada fase de denuncia de supuestas infracciones constitucionales. Ello nos obliga a definir los contornos de la estafa objeto de sanción en la sentencia impugnada, precisando la naturaleza de la relación jurídica entre las partes, así como en que consistió el engaño y el error de los perjudicados.

Nos encontramos en el caso actual ante la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado", en la cual el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales o legales.

En la variedad de estafa denominada "negocio jurídico criminalizado" el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, y desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo ( STS 12 de mayo de 1998 , 23 y 2 de noviembre de 2000 y 16 de octubre de 2007 , entre otras).

Cuando una de las partes contractuales disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que se obliga y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado ( STS 26 de febrero de 1990 , 2 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003 , entre otras).

Y ésto es precisamente lo que hizo el acusado, que se comprometió con el matrimonio perjudicado para actuar de forma reservada como mandatario suyo en la adquisición de una serie de propiedades inmobiliarias con el fin de ocultar la identidad de los verdaderos compradores y obtener un mejor precio, así como en la solicitud de créditos bancarios destinados a la financiación de estas compras, convenciéndoles de la conveniencia de figurar asimismo como titular fiduciario de una serie de fincas, que le donarían para simular una suficiente solvencia y facilitar así las operaciones inmobiliarias y de financiación, con el compromiso de no utilizar los títulos de propiedad mas que con dicho fin (los que los contratantes denominaban "meter los títulos en un cajón") y devolverles la titularidad de las fincas una vez consumadas las operaciones inmobiliarias previstas.

Lo que constituye la estafa, como negocio jurídico criminalizado, es que el acusado, hoy recurrente, engañó a los donantes porque no tenía intención alguna de cumplir lo convenido y devolverles las fincas. En todo momento los perjudicados insisten en que confiaban en que el acusado les iba a devolver las fincas, porque era lo que les había dicho, es decir a lo que se había comprometido. Y este compromiso constituye el engaño, que generó el error en los perjudicados y constituyó la causa del desplazamiento patrimonial, que no se habría producido en caso de conocer los donantes que el recurrente tenía previsto quedarse con las fincas, y en consecuencia les estaba engañando.

El acusado disimuló su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que verbalmente se obligaba, que constituían la base del negocio, y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumplió lo pactado y realizó una serie de actos de disposición de los que se lucró y benefició el acusado, que no tenía intención alguna de devolver las fincas sino de aprovechar el traspaso patrimonial mediante escritura pública para hacerlas suyas de manera definitiva, por lo que como hemos señalado, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado.

**DECIMOCTAVO .-** Siendo ésta la modalidad de estafa, conviene también analizar la naturaleza de la relación jurídica entre las partes, es decir del negocio jurídico que se criminalizó al utilizarse por el recurrente como vehículo de la estafa. Debe, ante todo precisarse que, como es conocido, la naturaleza de un contrato depende de lo convenido y no del nombre que le den las partes, que pueden calificarlo indebidamente o no reconocerlo como una modalidad contractual específica, lo que es indiferente, porque **un negocio jurídico es**



**lo que es, en función del contenido de las contraprestaciones pactadas** y de la finalidad perseguida por los contratantes, incluso si se acuerda verbalmente, o si los contratantes desconocen la propia existencia de la figura contractual pactada. El nombre no hace al contrato, sino que la esencia de éste está más allá de la autonomía individual y depende de la naturaleza de las cosas. La naturaleza de los contratos no puede cambiar por el solo hecho de que los contratantes los denominen de modo diverso al que legalmente les corresponda o no los denominen de manera alguna; en otras palabras, para determinar la naturaleza de los contratos no hay que atenerse a como lo califican o nombre las partes, sino a las prestaciones y al objeto convenidos

En el caso actual nos encontramos, por la naturaleza de las relaciones contractuales, ante un negocio jurídico fiduciario, en su modalidad de "*Fiducia cum amico*", con independencia de que los contratantes desconociesen esta antiquísima figura jurídica. Esta modalidad contractual es la que concurre cuando se utiliza una persona de confianza para actuar como titular fiduciario de unos bienes, con la finalidad de no revelar la identidad de sus verdaderos propietarios. Una figura que en este caso incluye el mandato al acusado para que realizase determinadas gestiones inmobiliarias y financieras en nombre de los demandantes, el traspaso fiduciario de una serie de bienes inmuebles en escritura pública para dotarle de una aparente solvencia que facilitase la ejecución del mandato, y el compromiso del fiduciario de conservar los bienes y devolverlos al finalizar el período de ejecución del mandato.

El condenado recibió las fincas a través de una serie de donaciones simuladas (simulaciones relativas, en realidad), que disimulaban un acuerdo de fiducia fundado en la confianza y en la buena fe de ambas partes (*Fiducia cum amico*), para la conservación de los bienes a disposición de sus propietarios, que continuaron en la posesión de los mismos siguiendo en la práctica actuando como verdaderos propietarios, figurando el condenado como titular formal o aparente, pero sin intención real de devolverlos.

En estos casos se trata de transmitir ficticiamente la propiedad, con un fin (*causa fiduciae*) pactado entre las partes (en este caso facilitar el mandato de adquisición de una costosa finca destinada a los donantes) mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (negocio interno o disimulado) al negocio aparente (negocio externo o formal), a lo que se añade un pacto entre las partes (*pactum fiduciae*) para reconocer la titularidad real de la cosa, que en este caso fue un pacto verbal por el que los donantes estaban convencidos de que el acusado les devolvería las fincas una vez concluidas las operaciones inmobiliarias que pretendían.

El Código Civil español no contiene referencia alguna a la fiducia, por lo que la regulación de los efectos del negocio fiduciario debe seguir necesariamente pautas doctrinales o jurisprudenciales, pero en cualquier caso es claro que el titular fiduciario (en este caso el acusado) carece de facultades autónomas de disposición y tiene por ello la obligación de conservar los bienes y devolverlos en su momento, conforme a lo acordado, sin poder incorporar el bien recibido a su propio patrimonio, porque la titularidad fiduciaria, que es la que recibió el acusado de los donantes, es una titularidad aparente, puramente externa y formal, provisional y transitoria, para el cumplimiento de un fin previsto y determinado.

Así ha declarado la Sala Primera de este Tribunal Supremo que "*la figura de la fiducia "cum amico" ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria*" ( Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000 ; 5 de marzo y 16 de julio de 2001 ; 17 de septiembre de 2002 ; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003 ; 30 de marzo de 2004 ; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 ).

" *En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza*" ( SSTs Sala Primera de 13 julio 2009 y 1 de diciembre de 2010 ).

**DECIMONOVENO.-** Esta misma Sala, en la STS 262/2012, de 2 de abril ha señalado, que la "*fiducia cum amico*" en la que el transmitente conserva la propiedad, es un título de los que producen obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, que en caso de quebrantamiento de la relación de confianza a través de la acción típica de apropiación del bien, **es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida.**

Y, en los casos como el presente, en los que la acción típica no consiste en la apropiación "a posteriori", sino en el engaño previo para obtener los bienes con el pretexto de mantenerlos a disposición de los titulares reales y devolverlos una vez cumplida la finalidad convenida, pero sin intención alguna de cumplir esta obligación de devolución, nos encontramos ante un delito de estafa, ya que el desplazamiento patrimonial se ha conseguido induciendo a error a los titulares de los bienes recibidos.

En consecuencia, el supuesto enjuiciado constituye un delito de estafa, por lo que las interesantes reflexiones que aporta el motivo sobre la posibilidad de resolver la cuestión de la devolución de las fincas por la vía civil no pueden ser tomadas en consideración.

**VIGÉSIMO.-** El noveno motivo, también por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega también infracción del art 242 CP, en relación con la inaplicación de los arts 1215, 1305, 1306 y 1261 Ccivil, al estimar que al ser las donaciones simuladas no se produjo desplazamiento patrimonial, y en consecuencia no puede haber estafa.

La parte recurrente realiza en este motivo un muy interesante y documentado análisis civilista sobre los efectos de la nulidad contractual, que sin embargo no consideramos aplicable al caso.

Sostiene la parte recurrente, en síntesis, que nos encontramos ante un contrato con causa ilícita, porque las donaciones pretendían engañar a la CAM, y en consecuencia, conforme al art 1275 Ccivil, no producía efecto alguno. Lo que implica la invalidez de los contratos de donación y determina, que no haya existido desplazamiento patrimonial, ni perjuicio, elementos típicos sin los que no puede concurrir la estafa. Considera que debe aplicarse lo establecido en el art 1306 Ccivil, ya que nos encontramos ante un supuesto civil de nulidad, pero sin que los contratantes, donantes y donatarios puedan reclamarse tampoco nada civilmente entre sí porque la culpa de la ilicitud de la causa es de ambos (art 1306 1º Ccivil). En definitiva, no hay delito, porque las donaciones son nulas, pero las fincas han pasado a la propiedad del acusado y no pueden ser reclamadas por sus anteriores propietarios, por haber contribuido los perjudicados a la ilicitud de la causa del contrato.

En realidad la cuestión no puede plantearse en estos términos.

En primer lugar, resulta contradictorio negar la concurrencia de desplazamiento patrimonial y perjuicio, cuando se concluye alcanzando a través del art 1306 Ccivil la conclusión de que la nulidad de los contratos por causa torpe aplicable a ambas partes implica el mantenimiento de las fincas en la propiedad del acusado, sin que pudiesen reclamarlas sus anteriores propietarios por ser también culpables de la torpeza de la causa. En definitiva, si la normativa civil conduce, según la parte recurrente, a mantener las fincas en la propiedad del acusado, es evidente que ha existido desplazamiento patrimonial y perjuicio, y no puede negarse la concurrencia de la estafa, pues como ya hemos señalado, este desplazamiento patrimonial es consecuencia del error inducido por el engaño pergeñado por el condenado, hoy recurrente.

En segundo lugar, el acto de disposición patrimonial en la estafa no tiene que ser necesariamente válido desde el punto de vista civil, si produce un empobrecimiento efectivo de la víctima, ni el perjuicio tiene que ser obligatoriamente irreparable por vía del ejercicio de acciones de nulidad. La doctrina jurisprudencial admite la concurrencia de estafa en casos en que el sujeto pasivo pretendía obtener un beneficio ilícito (timo de la estampita), por lo que la causa torpe de la transacción es aplicable a ambas partes, sin que en estos casos el art 1306 Ccivil impida la condena por estafa ni la devolución de lo pagado a la víctima de la estafa. En realidad si el acto de disposición patrimonial en la estafa tuviese que ser definitivo, y no anulable civilmente, la estafa desaparecería pues estas disposiciones patrimoniales son siempre nulas civilmente por vicio del consentimiento. El perjuicio concurre aun cuando pueda alcanzarse su ulterior reparación o reintegro, que no hace desaparecer el delito y solo afecta a la esfera de la responsabilidad civil.

En tercer lugar, en el caso actual la nulidad de las donaciones no viene determinada por el art 1275 Ccivil, ilicitud de la causa, sino por el 1265, nulidad del consentimiento por dolo, imputable al acusado. La cesión de la titularidad de determinados bienes inmuebles a un titular fiduciario no tiene porque ser una causa ilícita, porque la solvencia que le proporciona es real y efectiva frente a terceros. Una vez que se firma la escritura pública se transmite civilmente la propiedad de los bienes, y una vez inscritos en el Registro de la Propiedad, el nuevo titular responde públicamente con esos bienes frente a cualquiera, pudiendo ser objeto de cualquier traba real, por lo que el compromiso interno entre las partes para su conservación y devolución, no afecta a los intereses de terceros, ni contraviene la ley ni la moral (art 1275 Ccivil).

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

**VIGÉSIMOPRIMERO.-** El décimo motivo, por infracción de ley, alega indebida aplicación del art 16 1º CP, en relación con el art 248 CP, al entender la Sala juzgadora que la estafa se encuentra consumada, cuando debió apreciarse como intentada, dado que el perjuicio no ha llegado a producirse. Considera la parte recurrente que dado que gran parte de las fincas no llegaron a inscribirse en el Registro a nombre del condenado, el mero cambio de titularidad formal permanece en el campo simbólico.

El motivo no puede ser acogido. La inscripción en el Registro de la propiedad no es constitutiva, como reconoce la propia parte recurrente, y la escritura pública constituye medio suficiente y hábil para transmitir la propiedad de las fincas donadas, por lo que el acto de disposición patrimonial se ha consumado y el delito también.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación de todos los motivos del recurso interpuesto, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente, por ser preceptivas.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE Rocio Ofelia .

**VIGESIMOSEGUNDO.** - El segundo motivo de recurso (se ha renunciado al primero) alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y cuestiona la escasa motivación que el fundamento jurídico decimoprimer de la sentencia impugnada dedica a fundamentar la responsabilidad de la recurrente como partícipe a título lucrativo.

Es cierto que el referido fundamento es escueto. Pero también que resulta suficiente. Al reproducir los requisitos exigidos legalmente por el art 122 CP para la condena del partícipe a título lucrativo, se establece expresamente que la recurrente se aprovechó de los efectos del delito porque se ingresaban en su cuenta particular las sumas procedentes de los cheques que su hijo obtuvo de modo fraudulento, y se utilizaban para hacer pagos y cobros. Además cuatro de las fincas donadas por los perjudicados están escrituradas a su nombre.

La parte recurrente admite el beneficio a título lucrativo respecto de las fincas pero no respecto del dinero en metálico, pues alega que aunque los cheques fueron ingresados en su cuenta no consta que el dinero fuese gastado por ella. Esta alegación carece de fundamento pues el dinero ingresado en la cuenta de la recurrente se incorporó a su patrimonio al ser la única titular de la cuenta aunque su hijo también figurase como apoderado. Ese dinero se utilizó para atender pagos que figuran domiciliados en su cuenta, como señala la sentencia impugnada. La sanción de resarcimiento establecida en este artículo no exige que se acredite a que dedicó el responsable lucrativo los bienes percibidos, solo exige que los haya aprovechado incorporándolos a su patrimonio. El motivo debe ser desestimado.

**VIGÉSIMOTERCERO.** - El tercer motivo, por vulneración de derecho constitucional, alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber valorado el Tribunal sentenciador la prueba de descargo.

Se refiere la parte recurrente a las manifestaciones del acusado, hijo de la recurrente, que afirmó que su madre no percibió dinero alguno de los perjudicados. Pero estas declaraciones, exculpatorias para su madre, no desvirtúan el hecho plenamente acreditado de que los cheques se ingresaron en su cuenta, y a partir de ahí el metálico podía ser controlado por ella, dándole el destino que estimase mas conveniente. Ha de tenerse en cuenta que la condena es exclusivamente como partícipe a título lucrativo, que debe restituir el dinero, sin que se le imponga responsabilidad alguna por el hecho delictivo. Pero esta restitución debe alcanzar todo el dinero ingresado en su patrimonio exclusivo, sin necesidad de acreditar el destino específico del mismo.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo

**VIGESIMOCUARTO.-** El cuarto motivo, por vulneración de derechos constitucionales, alega infracción del derecho a la presunción de inocencia. Insiste la parte recurrente en que la única prueba de cargo practicada, que es la constatación de que determinados cheques procedentes de los perjudicados se ingresaron en dos cuentas titularidad de la recurrente, es insuficiente para declararla partícipe a título lucrativo.

Reconociendo la realidad del hecho de que los cheques que recibió su hijo, el acusado Ezequiel Tomas , procedentes de los perjudicados se ingresaron y cobraron en dos cuentas titularidad de su madre, considera la parte recurrente que este solo dato unicamente acredita que el acusado utilizó la cuenta de su madre, de la que era apoderado, para cobrar los cheques, pero no implica que la recurrente se haya beneficiado en modo alguno. Ezequiel Tomas , por su juventud carecía de cuentas propias, y por ello al recibir los cheques de los acusados utilizó las cuentas de su madre, en las que era apoderado, para cobrarlos. Aunque la recurrente sea la actual titular de determinadas fincas procedentes de los perjudicados, y por ello no se cuestiona que se acuerde la nulidad de sus títulos, en cambio por lo que se refiere al dinero en efectivo estima que el mero hecho de que los cheques se ingresaran en sus cuentas no es determinante de que se haya beneficiado. No hay que olvidar que su hijo tenía poder para disponer de sus cuentas y consta en los extractos que retiró dinero en metálico de las mismas. Y el propio acusado manifestó en el juicio que "su madre no se ha llevado nada".

El motivo no puede ser estimado. Como ya se ha señalado al responder a los motivos anteriores, la recurrente era la única titular de las cuentas, y los cheques fueron ingresados en ellas, por lo que el dinero



se ingresó en su patrimonio. Consta acreditado documentalmente, por los extractos bancarios, que a través de esas cuentas se efectuaban pagos de gastos familiares de la recurrente, que por lo tanto se benefició de las cantidades ingresadas. La fungibilidad del dinero no permite diferenciar entre los fondos destinados a pagos de la propia recurrente y los que retiró el acusado, pero en todo caso la recurrente, como titular, era la que disponía de la totalidad del dinero, tenía que estar informada del saldo de la cuenta en cada momento y podía disponer del control de los fondos, autorizando, expresa o tácitamente, el destino de los mismos. Y, en consecuencia, una vez ingresados los fondos en su cuenta se incorporaron a su patrimonio, por lo que debe responder de ellos ante los perjudicados en la estafa, que son las exclusivas víctimas del delito, tanto si los aprovechó directamente para pagos propios, como si autorizó a otros familiares a disponer de ellos.

Es cierto que esta Sala, en ocasiones, ha estimado que el mero ingreso en una cuenta no determina sin más el aprovechamiento lucrativo, pero se trataba de supuestos de cuentas comunes entre cónyuges o en los que se acreditaba una finalidad transitoria, para dificultar el descubrimiento del fraude, lo que no ocurre en el caso actual. En efecto la cuenta tenía como única titular a la recurrente, y ella era la que autorizaba a su hijo a disponer de los fondos de la misma, que, por su fungibilidad, se incorporaban a su patrimonio desde su ingreso. Las cantidades ingresadas eran muy elevadas, y se prolongaron los ingresos en el tiempo durante dos meses, mezclándose con los fondos ingresados por la propia acusada, y respondiendo de sus deudas o de los recibos cargados en la cuenta, por lo que no puede negarse que se beneficiaba de las mismas. La juventud de su hijo no le impedía tener cuentas propias, ya que era mayor de edad, y el propio relato fáctico pone de relieve su destacada actividad negocial, lícita e ilícita.

El art. 122 CP no supone responsabilidad penal alguna, sino mera restitución civil, y su presupuesto se limita a la participación lucrativa de los beneficios de un delito o falta, lo que en el caso actual está plenamente acreditado, no solo respecto del dinero sino incluso respecto de determinados inmuebles, por lo que una vez ingresado el producto delictivo en el patrimonio de la recurrente a título lucrativo, debe responder civilmente frente a los perjudicados, sin que sea exigible, para el nacimiento de esta responsabilidad, acreditar el destino dado a los bienes percibidos, una vez incorporados al patrimonio del partícipe lucrativo.

Ha de tenerse en cuenta que los cheques de los que se benefició la recurrente fueron diecisiete, por importe total de 355.657,55 euros, fechados en días diferentes, a lo largo de dos meses, entre el 7 de abril de 2011 y el 30 de mayo del mismo año, ingresados en dos cuentas bancarias diferentes de dos sucursales distintas, e incluso dos de los cheques fueron cobrados personalmente por la propia recurrente en la misma entidad bancaria donde tenían su cuenta los perjudicados, por lo que carece de toda lógica negar que la recurrente se benefició de estos fondos.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**VIGESIMOQUINTO.-** El quinto motivo, por infracción de ley, al amparo de lo prevenido en el art 849 1º de la Lecrim , alega indebida aplicación del art 122 CP . Argumenta la parte recurrente que el precepto se ha aplicado indebidamente porque se ha extendido la responsabilidad a cantidades improcedentes. En concreto se refiere a Treinta mil euros que no fueron ingresados en ninguna cuenta de la recurrente y a un cheque de 3.496'78 euros, que no fue cobrado por la recurrente sino por su esposo. Cuestiona también la imposición de intereses moratorios, por estimar que éstos no pueden ser aplicados a los partícipes a título lucrativo.

El motivo debe ser estimado parcialmente. En efecto, uno de los cheques, por importe de 3.496'78 euros, no fue cobrado por la recurrente sino por su esposo, que no ha sido traído al proceso como partícipe a título lucrativo. Asimismo, no consta que la cantidad de treinta mil euros percibida por el condenado por la venta de la casa núm. 2 haya sido ingresada en el patrimonio de la recurrente. Es cierto que ésta figuraba como vendedora, mientras el condenado actuaba supuestamente como su apoderado. Pero también lo es que la conducta del condenado no permite asegurar que entregase a su madre el dinero de la venta y no se lo apropiase directamente, no constando que ese dinero se hubiese ingresado en ninguna de las cuentas de su madre y no estableciéndose como probado en el relato fáctico que dichos fondos hubiesen ingresado en el patrimonio de la recurrente.

No procede acoger, sin embargo, el submotivo relativo a los intereses moratorios. No cabe apreciar razón alguna por la que en una cuestión civil como es el resarcimiento por parte del partícipe lucrativo de las cantidades de las que se ha beneficiado en perjuicio de las víctimas del delito, deba privilegiarse su conducta liberándole del abono de unos intereses que son de naturaleza civil. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS núm. 618/2016, de 8 de julio , núm. 605/2009, de 12 de mayo y núm. 394/2009, de 22 de abril de 2009 , entre otras) parte del criterio de que la acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en el proceso penal, ya que el tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o

injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil. Y este mismo criterio, debe aplicarse a la restitución impuesta al partícipe a título lucrativo en el art 122 CP , que no deja de ser una consecuencia civil del delito aplicable al que se ha beneficiado del mismo.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso, limitando la cantidad líquida de la que debe responder Rocio Ofelia como responsable civil a título lucrativo a 355.657,55 euros, sin expresa imposición de las costas del recurso.

### III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de **Ezequiel Tomas** contra sentencia de fecha dieciseis de diciembre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera , en causa seguida a Ezequiel Tomas y a Manuel Obdulio , por delitos de estafa y blanqueo de capitales. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Declarar **HABER LUGAR , parcialmente** , al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por **Rocio Ofelia** , contra la anterior sentencia; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Luarda**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

**Juan Saavedra Ruiz**

Recurso Nº: 264/2016

**Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón**

**Fallo: 27/10/2016**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 845 /2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Cándido Conde Pumpido Tourón**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

**D. Juan Saavedra Ruiz**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

Recurso Nº: 264/2016

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Palma de Mallorca incoó Procedimiento Abreviado y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, con el número 199/2011, por delitos de estafa y blanqueo de capitales contra Ezequiel Tomas , con D.N.I. NUM098 , nacido en Barcelona el NUM099 /1991, hijo de Teodoro Norberto y Rocio Ofelia ; y contra Manuel Obdulio , con DNI NUM100 , nacido en Lluçmajor el día NUM101 /1971, hijo de Higinio Eutimio y Nieves Filomena ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 16 de diciembre de 2016, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón hace constar lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos limitar la cantidad líquida de la que debe responder Rocio Ofelia como responsable civil a título lucrativo a 355.657,55 euros, con los intereses previstos en la sentencia de instancia.

## III. FALLO

Recurso Nº: 264/2016

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, debemos limitar la cantidad líquida de la que debe responder Rocio Ofelia como responsable civil a título lucrativo a 355.657,55 euros, con los intereses previstos en la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Cándido Conde Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Larcía**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Alberto Jorge Barreiro**

**Juan Saavedra Ruiz**

**PUBLICACIÓN .-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.