

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 449/2013 de 22 mayo

ESTAFA: existencia: se gana la confianza de propietarios de inmuebles para que le otorguen amplios poderes, solicitando importantísimos préstamos para sí y que gravaban las fincas de aquéllos; **RESPONSABILIDAD CIVIL:** nulidad de los contratos realizados por inexistencia de consentimiento, pues los contratos provienen de un apoderamiento nulo por delictivo; no es aplicable la figura del tercero hipotecario: estamos ante un negocio radicalmente nulo, como lo son los préstamos hipotecarios que consumaron los delitos de estafa, por ilicitud penal de la causa, que no deviene válido por la inscripción en el registro. VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 866/2012

Ponente:Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón

Voto particular que formulan los magistrados don Andrés Martínez Arrieta y don José Manuel Maza Martín.

El TS **declara no haber lugar** a los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de fecha 23-11-2011, dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, en causa seguida por delito continuado de estafa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de precepto constitucional por **Augusto** , por quebrantamiento de forma e infracción de ley por Emilio y DISTRIBUCIONES MOB S.A., y por infracción de ley por **Enriqueta** , **Leocadia** , **Montserrat** , **Rosario** , **María Luisa** , **Ana Y Marcelino** , contra [sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011 \(PROV 2012, 10089\)](#) dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda , en causa seguida a Samuel por delito continuado de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tournon, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el primero de los

recurrentes representado por el Procurador D. Ignacio Argos Linares; Emilio y Distribuciones Mob S.A., representados por el Procurador D. Alfonso Murga Florido, y Enriqueta , Leocadia , Montserrat , Rosario , María Luisa , Ana y Marcelino , representados por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón; y como recurridos la Acusación particular en nombre de Eusebio representado por la Procuradora D^a Dolores. Martín Cantón, y Carmela representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén; y el acusado Samuel representado por la Procuradora D^a Beatriz Castelo Gómez de Barreda.

Asume la Ponencia el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, al haber decidido formular voto particular el ponente inicial Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento Abreviado 4464/2005 contra **Samuel** , por delito continuado de estafa, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que con fecha [23 de noviembre de dos mil once \(PROV 2012, 10089\)](#) dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS.- El acusado Samuel , nacido el NUM000 /1977, ejecutoriamente condenado el 27 de junio de 2002 por un delito de estafa a seis meses de prisión, causa en la que se le concedió la suspensión de la condena por dos años; el 2 de noviembre de 2004; el 16 de julio de 2004 por otro delito de estafa a un año y seis meses de prisión y multa de 1.080 euros; el 2 de marzo de 2007 por un delito de tráfico de drogas a la pena de tres años de prisión, causa en la que también se le concedió, el 23 de noviembre de 2007, la suspensión de la condena por tiempo de tres años. En libertad provisional por esta causa y cuya solvencia económica no consta. En Palma de Mallorca, en el periodo comprendido entre finales del año 2002 y septiembre de 2005 consiguió ganarse la confianza de determinadas personas, que sabía poseían bienes tales como viviendas, parcelas o solares y con las promesas de gestionar el alquiler, o la venta de los mismos, consiguió que estos titulares le otorgasen poderes generales para administrar sus propiedades, incluyendo la realización de cualquier operación mercantil con dichos bienes gravámenes, ventas, cobros de débitos, etc... sin limitación alguna.

La verdadera intención del acusado, como así hizo, era conseguir mediante préstamos hipotecarios, dinero en metálico, dando como garantía de tales préstamos los bienes cuya plena disponibilidad poseía en virtud de los poderes otorgados por sus titulares, ocultando a dichos titulares tales hipotecas. O bien, como así también hizo, gestionar otras operaciones mercantiles, entre ellas una venta, para quedarse exclusivamente para sí el beneficio obtenido, sin tampoco informar a los propietarios de la operación realizada. El dinero que recibía, en metálico y en concepto de préstamo lo destinaba a sus propias atenciones; en algunos supuestos consiguió devolver el dinero prestado y cancelar la hipoteca, en otros no, lo que dio lugar a que se iniciaran las correspondientes ejecuciones hipotecarias, las cuales se encuentran

actualmente suspendidas por interposición del presente procedimiento penal. En otras ocasiones constituía hipotecas para cubrir deudas personales, así como su falta de solvencia y credibilidad en el ámbito mercantil.

Las personas que prestaban el dinero desconocían las verdaderas intenciones del acusado, e igualmente las desconocían quienes contactaban con los prestamistas e intervenían, como intermediarios en la constitución de los préstamos hipotecarios u otras operaciones comerciales que realizaban con el acusado, creyendo erróneamente que era plenamente solvente y que los titulares de los bienes, conocían y aceptaban todas las actuaciones que el acusado realizaba, utilizando los poderes generales que se le habían otorgado.

Siendo las actuaciones que el acusado realizó, conforme a su plan defraudatorio las siguientes:

A. El 4 de febrero de 2004; Eusebio , le otorgó al acusado, ante notario, un poder general, confiando plenamente en él y creyendo que únicamente lo utilizaría para gestionarle la venta de una parcela que Eusebio poseía en la localidad de Inca, tal como acordaron. Seguidamente el acusado, en ejecución de su plan, concertó varios préstamos hipotecarios gravando la totalidad de los bienes que poseía Eusebio , con los prestamistas y cuantía que a continuación se detallan:

-El día 4 de junio de 2004, otorgó mediante escritura pública un préstamo hipotecario por importe total de 162.300 euros, hipotecando en garantía; una finca propiedad de Eusebio sita en Inca, nº registral NUM001 . Siendo las personas que actuaron como prestamistas Ruperto por importe de 137.955 € y Enriqueta por importe de 24.345 €. Si bien esta hipoteca se canceló el 1 de agosto de 2004.

-El 3 de junio de 2004, también en escritura pública, hipotecó en garantía de un préstamo de 96.200 €, otra finca de Eusebio , sita en Inca, nº registral NUM002 siendo los prestamistas; Piedad , apoderada de Leocadia , por un importe de 50.024 €; Montserrat por un importe de 26.455 € y Rosario por importe de 19.721 €. Sin que conste la cancelación de tal hipoteca, ni tampoco que a los prestamistas se les haya devuelto el dinero.

-El 25 de julio de 2005, por el mismo sistema, obtuvo un préstamo por importe de 24.500 €, con garantía hipotecaria sobre otra finca, sita en Inca, nº registral NUM002 , perteneciente a Eusebio . Siendo en este procedimiento los prestamistas Leocadia por 12.740 € Montserrat por 6.737,50€ y Rosario por 5.022 €. La hipoteca no está cancelada y no se ha devuelto el préstamo.

-El 1 de agosto de 2005, por igual procedimiento, obtuvo un préstamo por importe de 300.000 euros, hipotecando otra finca sita en Inca nº registral NUM001 de Eusebio , siendo los prestamistas Enriqueta por 138.000 euros; María Luisa por 35.520 euros; Ana por 58.080 euros

y Marcelino por 68.400 euros. La hipoteca no está cancelada y los prestamistas no han recuperado su dinero.

B. En las mismas condiciones e igual forma de actuar, consiguió que el 15 de septiembre de 2004; Visitacion le otorgara un poder general. Utilizando dicho poder el 20 de septiembre del mismo año consiguió un préstamo hipotecario, que también formalizó en escritura pública, por valor de 331.500 € fijando como garantías tres fincas sitas en Artá pertenecientes a Visitacion . Y el 28 de octubre del mismo año, otra hipoteca, con garantía de las mismas tres fincas, por un importe de 237.560 euros. En ambas operaciones actuó como prestamista Eusebio , en calidad de apoderado de distribuciones Mob S.A. Las hipotecas no se han ejecutado y no se ha reintegrado el dinero prestado.

C. También en idénticas condiciones y forma de actuar, consiguió que Cesareo el 24 de diciembre de 2003, le otorgara un poder general con el que el acusado hipotecó en garantía de un préstamo por importe de 59.520 euros, una finca sita en C/ DIRECCION000 nº NUM003 - NUM004 de Palma, perteneciente a Cesareo , luego el 20 de mayo de 2004 canceló la hipoteca anterior y volvió a hipotecar la misma finca en garantía de otro préstamo por importe de 84.200 euros. Siendo el prestamista de la primera hipoteca Pelayo en representación de Navaser S.L. y de la segunda Sixto . Figurando en la cancelación de la primera hipoteca Pelayo en representación de Navaser S.L. y de la segunda Sixto . Figurando en la cancelación de la primera hipoteca en representación de Navaser S.L.; Artemio . Sein que la segunda hipoteca se haya ejecutado, ni reintegrado el dinero a los prestamistas.

D. Con anterioridad, pero de la misma forma, con fecha 31 de diciembre de 2002, consiguió que Noemi le otorgará un poder general, con el cual el acusado obtuvo un préstamo hipotecario por importe de 76.200 euros, fijando como garantía la vivienda sita en C/ DIRECCION001 de Palma, perteneciente a Noemi . Siendo el prestamista Valeriano y la entidad Ferritja S.A. si bien esta hipoteca fue cancelada el 24 de junio de 2003.

-El 19 de junio de 2003 utilizando el poder otorgado por Noemi , vendió la descrita vivienda de Noemi , a Pablo Jesús , formalizando en escritura pública dicha venta. Al mismo tiempo, en la misma fecha, Luisa , actuando en representación de su hermano Pablo Jesús , hipotecó dicha vivienda, cuya ejecución se inició, siendo inicialmente suspendido el acto de la subasta al entregar Luisa 8.800 euros. Si bien finalmente la vivienda salió a pública subasta y se la adjudicó la entidad bancaria ejecutante. Siendo estimado el valor de la vivienda en 300.000 euros".

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

" **FALLAMOS** Que debemos condenar y condenamos al acusado Samuel como autor penalmente responsable de un delito continuado de estafa, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y de la circunstancia atenuatoria, por analogía, de

toxifrenia, a la pena de tres años y seis meses de prisión y multa de nueve meses a razón de seis euros diarios.

En materia de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a Noemi en la cantidad de 239.000 euros más los intereses del [art. 576 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

Se declara la nulidad de los siguientes negocios jurídicos, así como de las inscripciones y asientos registrales que consten, sobre los mismos, en el Registro de la Propiedad:

A/Sobre bienes de Eusebio :

A. 1- La hipoteca firmada en fecha 3 de junio de 2004 por la cantidad de 96.200 €, siendo los prestamistas Piedad , apoderada de Leocadia , por un importe de 50.024 €; Montserrat por un importe de 26.455 € y Rosario por importe de 19.721 €.

A.2- El préstamo por importe de 24.500 € firmado el 25 de julio de 2005 siendo los prestamistas Leocadia por 12.740 €, Montserrat por 6.737,50 € y Rosario por 5.022 €.

A.3- El préstamo por importe de 300.000 € firmado el 1 de agosto de 2005 siendo los prestamistas Enriqueta por 138.000 €, María Luisa por 35.520 €, Ana por 58.080 € y Marcelino por 68.400 €.

B/ Sobre bienes de Visitacion :

B.1- El préstamo hipotecario por valor de 331.500 € firmado el 20 de septiembre de 2004, fijando como garantía tres fincas sitas en Artá pertenecientes a Visitacion .

B.2- El préstamo hipotecario por valor de 237.560 € firmado el 28 de octubre de 2004 sobre los mismos bienes (tres fincas de Artá).

En ambas operaciones actuó como prestamista Pelayo en calidad de apoderado de Distribuciones Mob S.A.

C/ Sobre los bienes de Cesareo , la hipoteca firmada el 20 de mayo de 2004 por importe de 84.200 € siendo prestamista Sixto . Y sobre la finca sita en la C/ DIRECCION000 , NUM003 - NUM004 de Palma.

Todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros.

Notifíquese la presente resolución a las partes".

Con fecha 24 de enero de dos mil doce, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dicta Auto de aclaración con la siguiente PARTE DISPOSITIVA: SE ACUERDA LA ACLARACIÓN de la [Sentencia núm. 133/11 de fecha 23 de noviembre de 2011 \(PROV 2012, 10089\)](#) en el sentido siguiente:

Incluyendo en el Fallo la condena en costas de las devengadas por las acusaciones particulares, tal y como se dispuso en el Fundamento de Derecho quinto.

Completar la resolución en el sentido de pormenorizar que las fincas, propiedad de Eusebio que garantizaron los préstamos declarados nulos son las siguientes:

Número NUM002 , NUM005 , NUM006 , NUM001 , NUM007 , NUM008 y NUM009 , todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Inca.

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados.

Los plazos para los recursos que proceden contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente".

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Augusto , Emilio , DISTRIBUCIONES MOB S.A., Enriqueta , Leocadia , Montserrat , Rosario , María Luisa , Ana y Marcelino** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos

CUARTO .- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de **Augusto** formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Al amparo del art. 852 de la [LECRim. \(LEG 1882, 16\)](#) , en relación con el del [art. 5.4º](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , por vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la [constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) .

La representación de Emilio y DISTRIBUCIONES MOB S.A., formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la L.E.Crim ., por contradicción en el relato fáctico de la sentencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de los [arts. 19 , 110 y 111](#) del [Código Penal de 1995 \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) .

La representación de Enriqueta , Leocadia , Montserrat , Rosario , María Luisa , Ana y Marcelino , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del [art. 248.1º](#) del Código Penal de 1995 . SEGUNDO: Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción de los [artículos 1305 y 1857](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) . TERCERO: Por infracción de Ley, al amparo del [artículo 849.1](#) de la [LECRim \(LEG 1882, 16 \)](#) ., por infracción del [art. 111.2º](#) del Código Penal , en relación con los [arts. 33 y 34](#) de la [Ley Hipotecaria \(RCL 1946, 886 \)](#) .

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

SEXTO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de mayo de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia impugnada condena al acusado como autor de un delito de estafa, declarando la nulidad de los negocios jurídicos que constituyen el instrumento de la estafa, así como de las inscripciones y asientos registrales que consten sobre los mismos en el Registro de la Propiedad. Frente a ella se alzan los recursos de los responsables civiles, interesando se deje sin efecto dicha nulidad.

SEGUNDO

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D. Emilio y Distribuciones MOB SA, por quebrantamiento de forma, se formula al amparo el art 851 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), por supuesta contradicción en el relato fáctico. Alega la parte recurrente que la sentencia condena por delito de estafa omitiendo todo pronunciamiento sobre la idoneidad del engaño antecedente frente al alcance y extensión del deber de autoprotección.

Una reiterada doctrina jurisprudencial estima necesario para que se produzca el vicio "in iudicando" de contradicción en los hechos probados que concurren los siguientes requisitos: a) que se trate de una contradicción interna, es decir entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; b) que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; c) que sea insubsanable, es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato y d) que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida (Sentencias, entre otras muchas, de [13 de abril de 1998 \(RJ 1998, 3772\)](#), y entre las más recientes, [610/2008, de 8 de octubre \(RJ 2008, 5709\)](#)).

En el caso actual es evidente que no concurren los referidos requisitos. La alegación del recurrente acerca de la supuesta insuficiencia del relato fáctico sobre la idoneidad del engaño podría fundamentar un motivo de casación por infracción de ley, pero es absolutamente irrelevante en este cauce casacional, ya que en el relato fáctico no se denuncia, ni se aprecia,

ninguna contradicción interna .

TERCERO

El segundo motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), alega indebida aplicación de los [arts. 109 , 110 y 111 del CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#).95.

Comienza la parte recurrente negando la concurrencia del engaño integrador del delito de estafa, y analizando la declaración testifical de la perjudicada Sra. Dª Visitacion en el plenario para cuestionar que hubiese sido engañada.

Esta alegación carece del menor fundamento. En primer lugar el cauce casacional empleado, infracción de ley, impone el respeto del relato fáctico, sin que pueda cuestionarse la concurrencia del engaño recogido en dicho relato a través de un análisis de la prueba testifical. Y, en segundo lugar, la sentencia se dictó por conformidad entre acusación y acusado, limitándose el debate a la responsabilidad civil, por lo que no puede la parte recurrente cuestionar dicha calificación.

Las alegaciones referidas a la indebida aplicación de los [arts. 109 , 110 y 111 del CP 95](#) coinciden sustancialmente con las realizadas en el siguiente recurso, por lo que se analizarán conjuntamente.

CUARTO

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de los prestamistas Dª Enriqueta , Dª Leocadia , Dª Montserrat y Dª Rosario , Dª María Luisa , Dª Ana y D. Marcelino , por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), alega infracción del art 248 1º [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#).95. Considera la parte recurrente que los hechos no constituyen un delito de estafa, sino de apropiación indebida, que no debe determinar la nulidad de los contratos de préstamo e hipoteca.

Como ya hemos señalado, la sentencia se dictó de conformidad, subsistiendo el debate exclusivamente en lo que se refiere a la responsabilidad civil, por lo que no corresponde a los responsables civiles cuestionar la responsabilidad penal conformada. Pero, en cualquier caso y en la medida en la que la calificación delictiva pueda afectar a su responsabilidad civil, podemos analizar y descartar esta alegación para evitar la eventual indefensión de la parte recurrente, comprometida por una conformidad en la que no fue parte.

Los hechos objeto de enjuiciamiento, tal y como se declaran probados, narran una conducta indudablemente constitutiva de estafa. El acusado, timador experto, ya ejecutoriamente condenado en dos ocasiones por delito de estafa, consiguió ganarse la confianza de determinadas personas del ámbito rural mallorquín, que sabía poseían parcelas, viviendas y

solares valiosos, y con la promesa de gestionar el alquiler o la venta de bienes específicos, consiguió que dichos titulares le otorgasen poderes generales para administrar sus propiedades, incluyendo la realización de cualquier operación mercantil con dichos bienes, gravámenes, ventas etc., sin limitación alguna.

Una vez conseguido, mediante dicho engaño, el otorgamiento de los poderes, los utilizó para ofrecer los bienes inmuebles de sus víctimas a diversos prestamistas mallorquines, que por importes muy elevados, y con fuertes intereses, otorgaron con el acusado, y sin tener contacto alguno con los verdaderos propietarios, diversas escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, comprometiendo la práctica totalidad de los bienes de sus víctimas. En concreto hipotecó la totalidad de los bienes de D: Eusebio , obteniendo préstamos por importe de 583.000 euros, y diversas fincas de D^a Visitacion , obteniendo dos préstamos por importe total de 569.060 euros, aunque la responsabilidad patrimonial para los propietarios víctimas del engaño era muy superior a dichas cantidades dado que las hipotecas no solo garantizaban el principal del préstamo, sino también intereses, incluidos los de demora, costas, gastos y prestaciones accesorias.

En consecuencia, concurren en el comportamiento del acusado los elementos típicos integradores de la estafa. Es cierto que la Sala sentenciadora, dada la conformidad penal, no desarrolla de modo extenso el análisis de dichos elementos, pero es claro que el plan defraudatorio incluía un primer y principal engaño, a los titulares de los bienes para que otorgasen el poder al acusado. El poder, fruto de un error, generado por el engaño, fue aprovechado por el acusado para generar un segundo error en los prestamistas, ofreciéndoles condiciones extremadamente ventajosas, determinando así el desplazamiento patrimonial, que fue doble, la entrega del dinero, por parte de los prestamistas, y la constitución de cargas hipotecarias que gravaban los bienes inmuebles de las iniciales víctimas, provocándose con ello el perjuicio patrimonial para las víctimas y el beneficio ilícito para el acusado, conseguido a través de la maniobra fraudulenta.

Por tanto los contratos fraudulentos otorgados por el acusado, y que la Sala de instancia anula en su sentencia, **constituyen precisamente el instrumento mediante el cual se consume la estafa, pues en ellos se concreta el desplazamiento patrimonial** que completa el plan defraudatorio.

QUINTO

La estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición ([STS núm. 700/2006 de 27 de junio \(RJ 2006, 5176 \)](#) , [182/2005 de 15 de febrero \(RJ 2005, 5214 \)](#) y [1491/2004 de 22 de diciembre \(RJ 2005, 494 \)](#) , entre otras muchas).

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado

como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así se ha hecho extensivo el concepto legal a " *cualquier falta de verdad o simulación* ", cualquiera que sea su modalidad, o apariencia de verdad que determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no se hubiese realizado ([STS. 27 de enero de 2000 \(RJ 2000, 446\)](#)).

Como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004 , [29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000 \(RJ 2000, 8105\)](#) , 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000 , [25 de junio de 2007, núm. 564/2007 \(RJ 2007, 6973\)](#) , y [162/2012 , de 15 de marzo \(RJ 2012, 4064\)](#) , entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala ([Sentencias de 17 de noviembre de 1999 \(RJ 1999, 8714\)](#) , [26 de junio de 2000, núm. 634/2000 \(RJ 2000, 5794\)](#) , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012 , de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

A la vista de los elementos concurrentes en el caso enjuiciado ha de considerarse el engaño articulado como perfectamente idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. **En efecto, el acusado aprovechó su experiencia y la escasa formación de sus víctimas, para generar su confianza, y una vez alcanzada, convencerles para que le otorgasen un poder, supuestamente para gestiones menores, pero que por su extensión le permitía disponer libremente de todo el patrimonio de las víctimas** . Posteriormente, la exhibición del poder, engañosamente conseguido, servía para inducir a error a los otros contratantes, sobre el consentimiento de sus víctimas para contraer los préstamos e hipotecar los bienes, **consentimiento que nunca existió**.

Por tanto el engaño empleado en el caso actual, delimitado tanto por la característica de ser bastante como por la idoneidad para generar el error en otra persona, es claramente subsumible en el tipo penal de la estafa.

Procede, en consecuencia, desestimar este primer motivo de recurso, **ratificando que nos encontramos ante un delito de estafa, y no de apropiación indebida , estafa en el que los contratos anulados constituyeron el instrumento de consumación del desplazamiento patrimonial, y por tanto se integran de forma determinante y esencial en la acción**

defraudatoria.

SEXTO

El segundo motivo de recurso, también por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), alega infracción de los [arts. 1305 y 1857 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#). Considera la parte recurrente que, a tenor de dichos preceptos, los contratos donde se articularon los préstamos hipotecarios no son civilmente nulos por concurrencia de una causa ilícita, como declara la sentencia de instancia.

El motivo no puede ser estimado. La [STS de la Sala Primera de 27 de Marzo de 2007 \(RJ 2007, 1616\)](#), entre otras, señala que "*La ejecución de un hecho -contrato- que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275: la causa debe ser lícita; es ilícita -como dispone esta norma - la que es contraria a la ley - como en el caso extremo de ser delictiva-* y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del [artículo 6.3 CC](#) ".

El art 6 3º del Código Civil establece tajantemente que "*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho*, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Con esta norma general se proclama la supremacía de la ordenación legal frente al arbitrio individual, y afecta de modo especial a los actos o negocios jurídicos constitutivos de delito, **que son las acciones más severamente prohibidas por el ordenamiento**. La sanción genera la ineficacia del acto, y en consecuencia la privación de todos los efectos que estaba llamado a producir. Por tratarse de nulidad de pleno derecho, puede ser declarada incluso de oficio, según una doctrina jurisprudencial inveterada (STS 27 de mayo de 1949, 29 de Octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y [14 de marzo de 1983 \(RJ 1983, 1475\)](#))

En consecuencia, la anulación de los contratos por la sentencia impugnada constituye una consecuencia necesaria de la unidad del ordenamiento, pues **dichos contratos son radicalmente nulos por aplicación directa de la normativa civil vinculante, al constituir el instrumento de consumación de un delito de estafa, integrándose de forma determinante y esencial en la acción defraudatoria, por lo que vulneran tajantemente la norma penal prohibitiva que sanciona el delito de estafa.**

Como señala la sentencia citada, (STS Sala Primera de 27 de Marzo de 2007), el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del [artículo 6.3](#) del Código Civil , y **el supuesto extremo de nulidad de la causa concurre en el caso de ser delictiva** , por lo que la **nulidad radical de los contratos de préstamo hipotecario que consumaron los delitos de estafa** es manifiesta.

SÉPTIMO

La parte recurrente alega supuesta vulneración del art 1305 del [Código civil \(LEG 1889, 27 \)](#), pero ni siquiera transcribe el precepto en su recurso porque dicho precepto, en realidad, confirma la resolución impugnada.

Dispone dicho **art 1305 CC** que " *Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta* común a ambos contratantes carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el [Código penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido".

En consecuencia, **el precepto prevé expresamente la nulidad de los contratos por ser ilícita la causa u objeto del contrato cuando el hecho constituye un delito o falta**, en concordancia con lo ya expresado en el art 6 3º CC , estimando aplicable dicha nulidad aun cuando sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes, como se ha estimado en el caso actual, previendo expresamente cual es la consecuencia en estos supuestos: **nulidad del contrato y posibilidad de que el no condenado pueda reclamar lo que hubiese dado** .

Pues bien, esto es precisamente lo que se ha hecho en la sentencia de instancia, declarar la **nulidad del contrato por causa ilícita y posibilitar a los prestamistas recurrentes para que puedan reclamar en el ámbito civil, si a bien lo tienen, las cantidades entregadas al responsable del delito**.

No cabe apreciar, en consecuencia, vulneración alguna de lo dispuesto en el art 1305 CC , por lo que procede desestimar este primer apartado del motivo.

OCTAVO

Alega también la parte recurrente la supuesta vulneración del art 1857 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) , por establecer la sentencia la nulidad de las hipotecas que garantizaban los préstamos establecidos en los contratos anulados.

El motivo carece de fundamento, en primer lugar porque del citado precepto civil se deduce la accesoriedad de la hipoteca, que está ínsita en la función auxiliar que cualquier garantía desempeña, por lo que no se vulnera el citado artículo por establecer en la sentencia como efecto accesorio la nulidad de la garantía como consecuencia de la nulidad de la obligación que garantiza.

Y, en segundo lugar, porque los contratos anulados no son exclusivamente los que establecen los préstamos, sino precisamente las escrituras hipotecarias en las que se reconocen

los préstamos y se gravan los bienes de las personas estafadas. **La contratación anulada se proyecta como una relación negocial compleja, pero desarrolla una unidad causal.** Es decir, el art 1857 del Código Civil no es de necesaria aplicación en este supuesto, pues la nulidad de las hipotecas es directa, no accesoria, **al venir determinada de forma inmediata por la causa ilícita que las fundamenta, que es el delito de estafa .**

NOVENO

.- Ha de tomarse en consideración que, en el caso actual, los referidos contratos no solamente son nulos de pleno derecho por vulneración de una norma prohibitiva (art 6 3º [CC \(LEG 1889, 27 \)](#)) y concurrencia de una causa ilícita penal (art 1.305 CC), como declara la sentencia de instancia, sino que son también inexistentes (o radicalmente nulos, según los sectores doctrinales que no admiten la *inexistencia* como categoría autónoma) por falta absoluta de consentimiento (art 1261 CC . "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes....").

Los prestamistas recurrentes en momento alguno contaron con el consentimiento de los propietarios estafados para el gravamen hipotecario de sus bienes inmuebles. No hubo concierto de voluntades, ni siquiera conocimiento por parte de los titulares registrales de que sus bienes pudiesen ser hipotecados en garantía de unos préstamos que ni conocían ni habían solicitado. No es que concurra en los contratos **un vicio del consentimiento, sino su absoluta inexistencia**, pues el hecho de que los recurrentes contratasen con quien disponía de un poder **procedente de un delito** implica que en ningún caso puede estimarse que las víctimas del delito hayan sido parte en los referidos contratos.

Nos encontramos ante una situación asimilable a la concurrente si el contrato se hubiese celebrado con quien ostentase un poder falso, o un poder obtenido mediante intimidación o violencia de carácter delictivo: **el poder delictivo , fruto de una estafa, impide considerar concurrente el consentimiento de las víctimas del delito en los contratos concertados por el autor del delito. En el ámbito delictivo no cabe la prestación de consentimiento por representación .**

En consecuencia, no hay contrato, sino una mera apariencia, fruto del acto delictivo, por lo que la nulidad declarada en la sentencia es la consecuencia necesaria de la condena delictiva. En los contratos contrarios a normas imperativas, o prohibitivas de naturaleza penal, la consecuencia de dicha contradicción es la carencia de efectos "ab initio" del acto. Pero puede ser necesaria, como sucede en este caso, la obtención de una sentencia que declare la nulidad, porque el acto delictivo ha creado una apariencia que es necesario destruir. Ello es lo que tiene que hacer la sentencia que condena la acción delictiva, para restaurar el orden jurídico perturbado por el delito. **Y es precisamente lo que realiza, con buen criterio y pleno acierto, la sentencia condenatoria impugnada .**

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

DÉCIMO

- El tercer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), alega infracción del art 111 2º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), en relación con los [arts. 33 y 34 de la Ley Hipotecaria \(RCL 1946, 886 \)](#). Alega la parte recurrente que los prestamistas son terceros protegidos por el art 34 de la Ley Hipotecaria, y por ello no procede declarar la restitución de las cosas a la situación anterior al concurrir un supuesto de irreivindicabilidad. Citan expresamente la [Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 \(RJ 2007, 723\)](#), para sostener que la condición de tercero hipotecario también es aplicable cuando no concurre una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el registro.

El motivo debe ser desestimado.

El **artículo 111 del Código Penal** dispone que: *1º.- Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. 2º.- Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.*

Este precepto no se ha vulnerado porque no se ha aplicado en relación con los recurrentes, ni tampoco resultaba aplicable, dado que los bienes no tienen que ser restituidos porque permanecen en la posesión de los perjudicados.

La comprensión de lo expresado se aprecia fácilmente observando el único supuesto en el que se ha hecho aplicación en la sentencia de lo de lo dispuesto en el art 111 2º CP, correctamente, y **su radical diferencia con la normativa aplicable a los recurrentes.**

En el caso de la vivienda propiedad de Noemi, relatado en el último párrafo de los hechos declarados probados, el condenado vendió la referida vivienda utilizando el poder delictivo fruto de la estafa, a Pablo Jesús. Si esta transmisión hubiese sido la única, como sucede con los prestamistas en lo referente a los préstamos hipotecarios, la situación del comprador sería equivalente a la de los recurrentes, por que dicho contrato integrado en la mecánica delictiva de la estafa, es nulo. Pero lo cierto es que, posteriormente, y una vez que dicho comprador inscribió su título, se procedió a la hipoteca de la vivienda, **no por el condenado estafador, sino por su nuevo titular registral.** Y dicha hipoteca fue objeto de un procedimiento ejecutivo, y como consecuencia del mismo la vivienda fue vendida **en pública subasta, siendo adquirida por un tercero, en cuyo poder se encuentra actualmente.**

Es claro que en este supuesto la devolución de la vivienda a su primitivo titular, perjudicado por la estafa, exigiría la aplicación de lo dispuesto en el art 111 del Código Penal al establecer la responsabilidad civil derivada del delito. Pero también lo es que al haber adquirido la vivienda un tercero en pública subasta, procedente de un nuevo titular registral, la vivienda es irrevindicable. Por ello el Tribunal de instancia, con buen criterio y absoluto respeto y conocimiento de la normativa civil aplicable, omite la restitución (civilmente inviable) y establece, **en este caso específico y diferenciado**, una indemnización para la reparación del daño sufrido por el perjudicado.

UNDÉCIMO

Distintos son los supuestos de los **préstamos hipotecarios declarados nulos**. En estos supuestos **la nulidad de los contratos no se acuerda para hacer efectiva la restitución, como prevé el art 111, sino como consecuencia directa de su nulidad civil por ilicitud delictiva de la causa, al constituir los referidos contratos el instrumento para la consumación de un delito de estafa.**

La reparación del daño por declaración de nulidad de los contratos en supuestos delictivos ha sido admitida reiteradamente por esta Sala, por ejemplo en supuestos de alzamiento de bienes, restaurando el orden jurídico perturbado mediante la nulidad de los contratos fraudulentos ([STS 25 de septiembre de 2001 \(RJ 2001, 9600\)](#) y [STS 13 de junio de 2002 \(RJ 2002, 7201\)](#)), entre otras).

Y también se ha acordado en supuestos de estafa, por ejemplo en la [STS de 23 de noviembre de 2011 \(RJ 2012, 567\)](#). En este último caso la nulidad se declara precisamente por el carácter delictivo del negocio, como sucede en el supuesto actual, **que lo hace radicalmente nulo**.

En consecuencia la alegación de vulneración del art 111 del Código Penal ([RCL 1995, 3170](#) y [RCL 1996, 777](#)) carece de fundamento.

DUODÉCIMO

En segundo lugar, lo dispuesto en la [Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 \(RJ 2007, 723\)](#), invocada por los recurrentes, no es aplicable al caso actual.

Dicha resolución resuelve que " *La doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria ([RCL 1946, 886](#)) que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque **salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente** que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo **no supone necesariamente una transmisión intermedia** que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a*

título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente".

Esta doctrina incluye en la tutela del art **34 de la Ley Hipotecaria** , en los supuestos de adquisiciones a non dómimo, a los adquirentes directos de los titulares registrales frente al defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. Pero **no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art 33 de la Ley Hipotecaria cuando el propio contrato de adquisición del bien sea radicalmente nulo, como sucede en este caso.**

En efecto, una cosa es que la tutela hipotecaria del art 34 no exija necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, como acertadamente resuelve la Sala Primera de este Tribunal, y otra que la inscripción convalide los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, en franca y directa oposición con lo expresamente prevenido por el art 33 de la Ley.

En definitiva, **un negocio radicalmente nulo, como lo son los préstamos hipotecarios que consumaron los delitos de estafa, por ilicitud penal de la causa, no deviene válido por la inscripción en el registro** . En consecuencia, un negocio nulo de pleno derecho, aun inscrito, no le sirve al tercero que ha sido parte en él para invocar, en su favor, la tutela del Registro, frente al titular real. Siendo radicalmente nulo su propio negocio, que es lo que sucede en el caso actual, no hay adquisición del tercero, pues en ese caso no juega la protección del asiento.

La propia Sentencia de la Sala Primera de 5 de marzo de 2007 , invocada por el recurrente, leída en su integridad, confirma lo que hemos expresado al señalar en su fundamento jurídico octavo que **en caso de ser nulo** el acto adquisitivo del tercero *"la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria "* .

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso.

DÉCIMO TERCERO

.- Desestimado el recurso, por las razones expuestas, conviene efectuar adicionalmente un análisis de los efectos que determinaría la pretensión de los prestamistas de que, pese a la condena penal por estafa, se dejasen subsistentes los **contratos de préstamo hipotecario, claramente abusivos**, que suscribieron con el estafador aprovechando que éste solo recibía el dinero sin contraprestación personal alguna, en perjuicio y manifiesta indefensión de los titulares dominicales de los bienes inmuebles hipotecados.

En el caso de que, pese a la condena por estafa, la sentencia penal no acordase la nulidad radical de los contratos constitutivos del delito, y mantuviese su vigencia, es obvio que los titulares de los inmuebles se verían obligados a cumplir las leoninas condiciones que el estafador acordó con los prestamistas, a cambio de un supuesto préstamo que los titulares de

los inmuebles en ningún momento solicitaron ni obtuvieron.

Dado que el estafador lo único que pretendía era obtener dinero rápidamente a costa de gravar los bienes de sus víctimas, y que los prestamistas atisbaron la oportunidad de efectuar un negocio muy lucrativo, incluyendo condiciones desproporcionadas en los contratos hipotecarios sin preocuparse en momento alguno en ponerse en contacto con los verdaderos titulares de los bienes, el resultado contractual fue verdaderamente abusivo. No siendo de extrañar que durante gran parte del procedimiento los prestamistas figurasen también imputados como coautores de los delitos de falsedad y estafa. Esta connivencia con el condenado, para estafar a los propietarios de los bienes inmuebles, fue finalmente descartada en la sentencia de instancia, pero mantenida por las acusaciones durante buena parte del proceso.

Tomemos como ejemplo la escritura de préstamo hipotecario suscrita ante el Notario de Marratxí el 20 de septiembre de 2004, entre el estafador Sr Samuel y el prestamista Pelayo , en el que se hipotecan varias fincas propiedad de D^a Visitacion , obrante en las actuaciones. En la estipulación primera de la escritura se establece que el préstamo asciende supuestamente a 331.500 euros, dinero que el estafador afirma haber recibido antes del acto. En las estipulaciones segunda, tercera y cuarta de la escritura se establece un interés del 7% durante el plazo de tres meses por el que se concede el préstamo, y una prórroga de un mes, al 8 % de interés.

A partir de ahí, **si el préstamo no se devuelve en los primeros cuatro meses**, la cantidad inicial, ya incrementada en los referidos intereses (5.801 euros por los primeros tres meses, más otros 2.248 euros por el mes de prórroga), **empezará a devengar un interés moratorio del 25% anual, el primer año (2005)**, interés que se incrementa al capital para el cálculo de los años sucesivos (estipulación quinta de la escritura de préstamo hipotecario).

En consecuencia el interés efectivo anual sobre el capital inicial del préstamo, ya incrementado en los intereses no moratorios de los primeros cuatro meses, se incrementa **en el segundo año (2006) hasta el 31,25 %** , (25% sobre el referido capital, al que hay que sumar los intereses moratorios del primer año), dado que la escritura prevé expresamente que **a efectos del cálculo de los intereses moratorios los intereses vencidos y demás pagos legítimos se considerarán capital en su totalidad** , es decir se incrementan al capital adeudado para el cómputo de los intereses sucesivos (**anatocismo**, estipulación quinta de la escritura notarial del préstamo hipotecario).

Siguiendo la misma regla establecida en la estipulación quinta de la escritura, e incrementando anualmente los intereses moratorios devengados al capital, el interés del tercer año (2007) sería del 39% sobre el capital referido (inicial más intereses no moratorios); el del cuarto año (2008) del 46,25 %; el del quinto año (2009) del 57,75 %; y el del sexto año (2010),

del 72% (s.e.u.o.).

El interés del séptimo año (2.011), siempre computado sobre el capital inicial del préstamo, incrementado en los intereses no moratorios, redondeado porque se enuncia a efectos meramente ejemplificativos, y salvo error de cómputo, sería del 90 %. El del octavo año (2012) sería del 112 % . **Y el interés del noveno año (2013), es decir el que estaría corriendo actualmente en el caso de revocar la acertada resolución del Tribunal sentenciador y revivir la eficacia de los contratos hipotecarios objeto de la estafa, sería del 140,5 % sobre el capital inicial incrementado en los intereses no moratorios.**

DÉCIMO CUARTO

- Aplicando una regla de interés compuesto para calcular el capital final a pagar, ($CF=CI(1+0,25)^n$, [siendo n igual a nueve años]), la deuda de 2004 por el capital inicial más intereses no moratorios (339.549 euros), se convertiría en una **cantidad final a abonar al cabo del noveno año (2013), de nada menos que 2.529.837 euros** , (salvo error numérico) que es la cantidad que estaríamos obligando a pagar a la Sra. Visitacion en caso de revivir la eficacia de los préstamos hipotecarios, solo por este leonino contrato suscrito entre el estafador y el prestamista, y del que la víctima no recibió absolutamente nada. Una cantidad ocho veces superior a la que recibió el autor de la estafa. Todo ello sin contar los 49.437 euros por costas y gastos de los que también responden las fincas hipotecadas según la referida escritura (estipulación sexta).

Y ha de tenerse en cuenta que el 28 de octubre siguiente, también en Marratxí, el estafador Sr Samuel y el prestamista Sr Pelayo suscribieron otro contrato similar, hipotecando fincas de la Sra Visitacion , sin su conocimiento, a través de un nuevo préstamo supuestamente recibido por el Sr Samuel de 237.560 euros. Préstamo que conforme a las estipulaciones pactadas, muy similares a las descritas en el contrato anterior (el Notario es el mismo) **se habría convertido en la fecha actual en una cantidad a devolver ocho veces mayor** .

Estipulaciones similares se contienen en los contratos de los demás perjudicados, D. Eusebio y D. Cesareo , cuyos préstamos hipotecarios también han sido anulados por la Audiencia.

Son **condiciones manifiestamente desproporcionadas**, que el estafador Sr. Samuel aceptaba fácilmente porque en definitiva no comprometía sus propios bienes y que los prestamistas, o usureros, imponían abusivamente porque les convenían, **sin la mínima diligencia de tener un simple contacto personal con los titulares de las propiedades hipotecadas, lo que en localidades rurales de la isla de Mallorca como Marratxí, donde se situaban las fincas hipotecadas y se otorgaron las escrituras notariales citadas, no puede ser tan difícil.**

En definitiva, como hemos señalado, los contratos son radicalmente nulos por la concurrencia de una causa ilícita delictiva al constituir el instrumento de consumación de delitos de estafa, y en aplicación del art 1305 del Código Civil (LEG 1889, 27), procede declara su nulidad, sin perjuicio de que los prestamistas puedan reclamar al condenado las cantidades efectivamente entregadas. La tutela judicial efectiva de los propietarios estafados exige que la condena penal vaya acompañada, como consecuencia civil ineludible impuesta incluso por razones de orden público dado que el delito no puede prevalecer (art 6 3º Código Civil), de la anulación de los contratos hipotecarios para que las víctimas no tengan que sufrir, pese a la condena penal, la pérdida de sus bienes al no poder hacer frente a los abusivos contratos, suscritos como fruto de la estafa y sin su conocimiento.

DÉCIMO QUINTO

- El recurso interpuesto por la representación de D. Augusto , fundado en un motivo único, se articula por el cauce del Art. 852 de la Lecrim (LEG 1882, 16), en relación con el 5 4º de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), y alega vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, garantizados por el Art. 24 CE (RCL 1978, 2836), argumentando que el recurrente es heredero de uno de los prestamistas, D. Sixto , y que ha resultado afectado por la sentencia, sin haber sido parte, al anularse el contrato de préstamo hipotecario suscrito por su causante.

Señala la parte recurrente que D. Sixto fue parte inicialmente en el procedimiento, por ser uno de los imputados, pero que en el auto de 5 de agosto de 2008 se decretó el sobreseimiento provisional respecto del mismo, y que aun cuando en ese mismo auto se acordó dar traslado a los acreedores hipotecarios para ejercitar su derecho de defensa frente a la petición de nulidad contractual efectuada por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, no se acordó expresamente la continuación de las actuaciones contra el mismo, por lo que no intervino en el acto del juicio oral, resultando condenado civilmente sin haber sido parte en el juicio.

Se oponen al recurso el Ministerio Público y las acusaciones particulares, alegando que el recurrente pretende aprovecharse de un mero error material, por el que se le omitió en una larga lista que incluye a todos los demás prestamistas, para defender una posición insostenible. Señalan que en el referido auto de apertura de juicio oral, al mismo tiempo que se declara el sobreseimiento provisional respecto de éste y de otros acusados, también se declara expresamente que todos los prestamistas o acreedores hipotecarios, entre los que figura el causante del recurrente, pasaban a constituirse en parte pasiva del procedimiento como presuntos responsables civiles, toda vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones solicitaban la nulidad de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, acordándose dar traslado a todos ellos para que pudiesen ejercitar su derecho de defensa. En consecuencia , **si el causante del recurrente era uno de dichos acreedores hipotecarios, y estaba ya personado en el proceso por su condición anterior de imputado, es obvio que estaba incluido en dicho**

traslado conjunto, y lo conoció al ser notificado expresamente del auto , sin que un error material por el que no se le incluya posteriormente en una larga lista de acreedores hipotecarios pueda afectar a su condición procesal de parte.

DÉCIMO SEXTO

- El recurso debe ser desestimado.

En primer lugar debe reseñarse que el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el causante del recurrente se encuentra materialmente en la misma condición que los de los demás prestamistas que contrataron con el condenado por delito de estafa Sr. Samuel : es nulo de pleno derecho por la concurrencia de una causa ilícita delictiva, al constituir el instrumento de consumación de un delito de estafa.

No existe, **ni se alega por el recurrente en la defensa de sus intereses que ha podido realizar en esta alzada conforme a lo prevenido en el Art. 854 1º de la [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#)**, elemento distintivo alguno por el que no se le deba aplicar la misma causa de nulidad que a los demás prestamistas, o por la que el perjudicado en esta estafa, D. Cesareo , deba resultar discriminado respecto de las demás víctimas de la estafa, manteniéndose, exclusivamente para él, las abusivas responsabilidades pecuniarias derivadas del contrato de préstamo suscrito sin su conocimiento ni consentimiento por el responsable del delito de estafa con el causante del actual recurrente.

DÉCIMO SÉPTIMO

- En segundo lugar, si bien es cierto que la declaración de nulidad del contrato en el proceso penal requiere la condición de parte de ambos contratantes, también lo es que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe ([Arts. 7 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) y 11 1º [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#)), máxime cuando nos movemos en el ámbito de la responsabilidad meramente civil, y que el causante del recurrente fue parte en este procedimiento y pudo defenderse en el mismo, primero como imputado, y más tarde como responsable civil al acordar el Tribunal el sobreseimiento provisional de los prestamistas pero acordando simultáneamente **dar traslado a todos ellos para que pudiesen ejercitar su derecho de defensa** (auto de 5 de agosto de 2008, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Palma de Mallorca , citado por el propio recurrente en su recurso).

El causante de la parte hoy recurrente, que estaba personado como parte en las actuaciones, y al que le fue notificada dicha resolución que al mismo tiempo que acordaba su sobreseimiento como parte penal le constituía en parte civil, permitiéndole ejercitar su derecho de defensa, **decidió no hacerlo, manteniendo una actitud pasiva** , dejando que los demás prestamistas defendiesen sus intereses y aprovechando algún error material del Tribunal en las notificaciones para no intervenir activamente en las actuaciones. Por ello no se ha vulnerado su

derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por el hecho de que finalmente el Tribunal acordase la nulidad contractual sin oírle expresamente, pues **tuvo la oportunidad de defenderse expresamente y no quiso hacerlo.**

DÉCIMO OCTAVO

- Como señalan las [sentencias del Tribunal Constitucional 16/1990, de 1 de febrero \(RTC 1990, 16 \)](#), [104/1990, de 4 de junio \(RTC 1990, 104 \)](#) y [61/1992, de 23 de abril \(RTC 1992, 61 \)](#), un derecho fundamental, como todo derecho, también ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y así ocurre con el de tutela judicial efectiva, **porque la obligación de buena fe debe respetarse en todo tipo de procedimientos, y las partes deben actuar con la debida lealtad procesal.**

En el caso actual, al causante del hoy recurrente **se le dio la oportunidad de personarse como parte civil para ejercitar su defensa, frente a la pretensión de anulación de los contratos, y no lo hizo.** Consta asimismo que fue citado al juicio, del que en consecuencia tenía el debido conocimiento, y no acudió, presentando un certificado médico, seguramente porque el juicio se celebró en una época ya próxima a su fallecimiento. Pudiendo celebrarse el juicio en su ausencia, aun cuando fuese responsable civil, según previene el Art. 786 1º "in fine" de la Lecrim .

DÉCIMO NOVENO

Como señala la [STC 195/1990, de 29 de noviembre \(RTC 1990, 195 \)](#), *"si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento subsanando la posible infracción cometida por el órgano judicial.....pues el reconocimiento de la primacía absoluta del derecho a la tutela judicial efectiva equivaldría a hacer pagar a los titulares del derecho a un proceso sin las dilaciones indebidas, las consecuencia de una conducta ajena"*.

En el caso actual el prestamista causante del recurrente no solo tuvo conocimiento del proceso, sino que estando personado en el mismo se le notificó directamente una resolución en la que **se le emplazaba conjuntamente con los demás acreedores hipotecarios para que pudiese ejercitar su defensa. Si no lo hizo, y adoptó una posición omisiva, su alegada falta de audiencia solo es imputable a su ausencia de diligencia** , o a una falta de lealtad procesal que le determinó a permanecer ausente y a la expectativa, durante la tramitación del procedimiento. **En consecuencia, no puede apreciarse vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque no hay indefensión imputable al órgano judicial cuando la falta de audiencia deriva de la ausencia de diligencia y de la propia estrategia procesal omisiva .**

En cualquier caso, el recurrente ha sido oído en esta alzada, admitiéndose su recurso conforme a lo prevenido en el Art. 854 [Lecrim \(LEG 1882, 16\)](#), y no ha efectuado alegación alguna de la que pudiera deducirse, **en el plano material y no meramente formal**, que la posición de su causante como acreedor hipotecario presentase alguna singularidad respecto de la de los demás prestamistas que intervinieron directamente en el proceso. Singularidad que pudiese justificar un apartamiento de la resolución adoptada con carácter general para todos ellos.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por infracción de precepto constitucional por **Augusto**, por quebrantamiento de forma e infracción de ley por Emilio y DISTRIBUCIONES MOB S.A., y por infracción de ley por **Enriqueta, Leocadia, Montserrat, Rosario, María Luisa, Ana Y Marcelino**, contra [sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011 \(PROV 2012, 10089\)](#) dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, en causa seguida a Samuel por delito continuado de estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

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

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR

FECHA:13/05/2013

VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Sres. Don Andres Martinez Arrieta y D. Jose Manuel Maza Martin, a la Sentencia dictada en el recurso de Casación nº 866/2012.

A través del presente Voto particular exponemos los criterios de disensión que razonamos en la deliberación por los que consideramos que la impugnación opuesta por la defensa de los responsables civiles debió ser estimada.

Recordamos los hechos. El acusado es condenado por conformidad de la partes como autor de un delito de estafa. La conformidad expresada en el juicio oral refleja un hecho probado que se subsume en la estafa y declara, en síntesis, que el acusado tras hacer indagaciones respecto a

personas con valores inmobiliarios se ofreció a éstos para administrarlos. Logra ganarse su confianza y que le otorguen poderes amplios con facultades de disposición. Su verdadera intención era conseguir mediante préstamos hipotecarios dinero en metálico que incorpora a su patrimonio, ocultando las hipotecas a los propietarios. Añade el hecho que "**Las personas que prestaban el dinero desconocían las verdaderas intenciones del acusado** e, igualmente, lo desconocían quienes contactaban con los prestamistas e intervenían como intermediarios en la constitución de los préstamos hipotecarios u otras operaciones comerciales que realizaban con el acusado, creyendo, erróneamente, que era plenamente solvente y que los titulares de los bienes, conocían y aceptaban todas las actuaciones que el acusado realizaba utilizando los poderes generales que se le había otorgado". Incluso llega a vender un bien inmueble que administraba incorporando a su patrimonio el importe del precio de venta.

La sentencia condena al acusado por delito de estafa a la que se llega por conformidad de las partes, continuando el juicio por la responsabilidad civil. El Ministerio fiscal instó la nulidad de los contratos hipotecarios y así se acuerda en la sentencia que la dispone, así como el registro de las hipotecas, aunque no anula la venta del inmueble, a cuyo propietario se dispone una indemnización por su importe. **Los denominados prestamistas que son condenados a la pérdida de la garantía hipotecaria, formalizan una oposición en la que aducen su condición de terceros y denuncian el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 34 de la Ley hipotecaria (RCL 1946, 886) y 1473 del Código civil (LEG 1889, 27)**, además de la errónea calificación de los hechos en la estafa entendiéndolo que la correcta es la apropiación indebida que no dería lugar a la nulidad de los contratos garantizados.

A nuestro juicio debió estimarse la impugnación formalizada por los responsables civiles quienes, a pesar de la imprecisión terminológica de la sentencia, pues son considerados perjudicados en el hecho y responsables civiles, han sido condenados en la sentencia **y han visto anuladas las garantías hipotecarias con las que afianzaron los créditos concedidos**.

Expresamos los hitos de nuestra argumentación en pro de la estimación de la oposición.

1

La sentencia fue dictada por conformidad de las partes, acusadoras y defensa, calificando los hechos de estafa. A esa calificación ha de estarse pues no ha sido objeto de impugnación y la presentada por los responsables civiles no pueden atacar la calificación penal de los hechos.

2

Los hoy recurrentes, prestamistas que han garantizado el crédito con hipoteca, son calificados en la sentencia de perjudicados al referir que "las personas que prestaban el dinero desconocían las verdaderas intenciones del acusado... creyendo erróneamente que era plenamente solvente y que los titulares de los bienes conocían y aceptaban todas las

actuaciones que el acusado realizaba utilizando los poderes generales que se le habían otorgado" (Hechos probados).

Son, por lo tanto, perjudicados en el hecho y también terceros que han realizado un contrato real amparados en la resultancia registral, pues el acto de disposición realizado lo ha sido por quien actúa como ponderante del titular registral.

3

La sentencia, no obstante esa declaración de perjudicado, los condena, declarando la nulidad de los contratos de hipoteca y, además, realiza en su interés una expresa reserva de acciones civiles, lo que no deja de ser un contrasentido al condenarlos y declarar su condición de perjudicados a quienes reserva las acciones civiles.

4

Constatamos un hecho singular del relato fáctico que revela un tratamiento desigual. En el apartado D) de los hechos, párrafo segundo, se refiere que el acusado en uso de un poder de representación vende un inmueble que administra. El comprador lo hipoteca, siendo ejecutada esta garantía. Pues bien, en este supuesto, la sentencia protege al adquirente, al que considera tercero de buena fe protegido por la fé pública registral, disponiendo que el autor de la estafa indemnice al propietario del inmueble. Sin embargo, quienes constituyeron la garantía hipotecaria, son tratados desigualmente y son condenados a la pérdida de la garantía hipotecaria. Ese diferente trato no tiene, a nuestro juicio, apoyo jurídico que lo justifique cuando se encuentran todos bajo la misma situación jurídica.

5

La sentencia justifica la declaración de nulidad de los contratos de hipoteca en la siguiente argumentación "siendo nulo el contrato de préstamo garantizado con hipoteca, por adolecer de causa ilícita, en tanto constituyó el instrumento para la comisión de la estafa declarada, no puede consolidar tal título una inscripción eficaz a efectos de otorgar la condición de tercero hipotecario, por cuanto la inscripción última no estaría adornada de la condición jurídica de validez que la justificase. La nulidad por ilicitud de la causa sería de pleno derecho y con efectos *ex tunc*, al tratarse de un negocio jurídico delictivo de la que el tercer adquirente -en atención al relato de hechos aceptado por las partes- ha sido víctima de un delito. El art. 34 se refiere, necesariamente, a una inscripción posible legalmente y no a través de un título que adolece de nulidad radical que no puede desplegar efecto registral sin perjuicio de la buena fe del tercero- que ya no poseería la condición de hipotecario-".

En otro apartado añade que los efectos protectores del art. 34 [LH \(RCL 1946, 886 \)](#) no se extienden "al negocio jurídico entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores del art. 34LH), pues si de declara nulo tal acto de disposición nunca

podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el art. 34LH cuyo título se ha declarado nulo, mas al contrario, entra en juego el [art. 33 LH](#) ".

En consecuencia, concluye su argumento, habiéndose estimado que los contratos de préstamo con garantía hipotecaria eran nulos de pleno derecho procede declarar la nulidad de los siguientes contratos elevados a escritura pública, con la consiguiente cancelación registral de los mismos y ello sin que sea necesario, en este caso, demostrar la connivencia con el acusado de los terceros responsables civiles en tanto no nos encontramos en un supuesto en el que se trate de negocios verdaderos, sino nulos "*ex tunc*" y en el que los contratantes han intervenido como partes.

En otros términos, el tribunal que ha declarado la responsabilidad penal del acusado como autor de delito de estafa al que condena a la pena de prisión, señala una indemnización sólo para la víctima del hecho en el que el acusado vendió un inmueble y fue adquirido por un tercero, por importe de 239.000 euros. Para los demás, a los que la sentencia considera perjudicados, según hemos señalado, ajenos al engaño, los condena a la pérdida de la garantía que formalizaron con amparo en el registro de la propiedad.

6

Consideramos que la impugnación de los responsables civiles en la sentencia, también calificados de perjudicados, debió ser estimada.

En primer lugar hay que dar respuesta a la pretensión de la defensa de los propietarios de los bienes inmuebles sobre los que se han constituido las hipotecas en garantía de unos créditos recibidos por el autor confeso del hecho. Señalan que tratándose de responsables civiles no tienen legitimación para la interposición del recurso de casación. Esta argumentación también es empleada por el Ministerio fiscal en la impugnación al señalar que no siendo condenados no tienen un gravamen y que la sentencia les ha reservado acciones civiles.

Esta objeción es rechazable. Como expusimos en la [Sentencia 322/2012, de 30 de abril \(RJ 2012, 5972\)](#) el art. 854 de la [Ley procesal \(LEG 1882, 16\)](#) permite interponer la casación, además de al Ministerio fiscal, a los que hayan sido partes y a quienes sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y a los herederos de unos y otros. El recurso de casación está diseñado para la tutela de intereses propios y requiere que quien pretenda la revisión presente un gravamen a la sentencia. En esta casación los recurrentes presentan un indudable gravamen referido a la condena por responsabilidad civil, la nulidad de los contratos de préstamo garantizado con hipoteca en la que estos recurrentes eran parte, y esa nulidad las supone un perjuicio y, además, fueron parte del proceso. Por lo tanto, ostentan un gravamen contra la sentencia de la instancia y tienen legitimación para procurar su casación a través del presente recurso.

La cuestión objeto de la revisión que se insta es el alcance que debe darse en el orden jurisdiccional penal a la responsabilidad civil derivada del delito. Concretamente, si en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, la unidad del ordenamiento jurídico exige respetar la interpretación que resulta de la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, o si, por el contrario, la causalidad penal de la nulidad impone ciertas y particulares especificidades que aconsejan separarse de esa interpretación.

Entendemos que siendo nulos los contratos hipotecarios, por haberlo declarado la sentencia, los efectos de esa nulidad son los que resultan del ordenamiento jurídico, concretamente el caso arts. 111. 1 y 2 [Cp \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), y 33 y 34 Ley hipotecaria y que en su determinación ha de estarse a la interpretación que resulta del máximo intérprete de la jurisdicción civil, la Sala I del Tribunal Supremo.

Reproducimos el contenido de los arts. 33 y 34 de la Ley hipotecaria . Art. 33 "La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes". Este artículo tiene su complemento en el art. 34 [LH \(RCL 1946, 886\)](#), a cuyo tenor, "El tercero que de buena fe adquiere el título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades de transmitirla, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en el registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro". Un tercer párrafo se refiere a los adquirentes a título gratuito.

La sentencia impugnada realiza una interpretación literal del art. 33, "si se declara nulo tal acto de disposición nunca prodrá prevalecer una inscripción posterior", y no considera aplicable el art. 34LH, pues su previsión no es aplicable "al negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el artículo referido)".

Esta interpretación en cuya virtud el art. 34LH no protege a quien ha intervenido en el contrato que se declara nulo no es la que sigue la jurisprudencia de la Sala de lo Civil (Sala I) de este Tribunal Supremo, que, a nuestro entender, ha de ser observada para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico.

En efecto, ante las divergencias en la interpretación de los efectos de protección expresados por el art. 34LH, la Sala I en Sentencia de Pleno jurisdiccional de [5 de marzo de 2007, STS 255/2007 \(RJ 2007, 723\)](#), tras reseñar las distintas interpretaciones jurisprudenciales sobre el alcance de protección al tercero adquirente de un bien inmueble de acuerdo al Registro señala (fundamento jurídico séptimo), "La doctrina sobre el art. 34 de la Ley hipotecaria que procede

dejar señalada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el deficit de titularidad o de poder de disposición del trasmiteante que según el registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no constan en el registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscribe su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente".

Esta interpretación, que consideramos ha de ser aplicada a nuestro supuesto, es contraria a la mantenida por el tribunal de instancia que, recordamos, señala que los "prestamistas", que eran terceros y ajenos a la causa de nulidad, no están protegidos por el art. 34LH porque habían participado en el contrato declarado nulo. Por el contrario, sostiene la jurisprudencia que interpreta el precepto que en este se ampara a quien de buena fe adquiere a título oneroso del titular registral y a continuación inscribe su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente.

En el supuesto objeto de la casación, los denominados prestamistas que concedieron un crédito con garantía hipotecaria son ajenos al mandato en cuyo virtud actuaba el acusado, y actuaron en su contratación amparados por la titularidad registral, comprobando la regularidad de la inscripción y la capacidad para la realización de la hipoteca. Son terceros y actúan de buena fe, lo afirma la sentencia. En consecuencia deben ser objeto de la protección dispensada por el Registro y el ordenamiento jurídico.

Concluimos, los titulares del derecho registrado no debieron ser condenados, pues actuaron amparados por el Registro. Los estafados, perjudicados en la estafa, son los propietarios de los inmuebles y deberán ser indemnizados por quien les acechó su patrimonio mediante el engaño que se describe en el hecho probado. A tal efecto, deberán ser reservadas las acciones civiles que les corresponden, toda vez que no han instado una reclamación civil derivada del delito.

Esta solución que entendemos es la procedente al hecho, permite dar también respuesta al supuesto que plantea el recurrente Augusto que insta la nulidad del enjuiciamiento al no haber sido llamado a ejercer su defensa, como titular de un derecho por herencia de su padre fallecido, al satisfacer en cuanto al fondo la pretensión deducida en la impugnación.

Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin

PUBLICACION

.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

