

### 1.3. Derechos reales

## La protección registral del tercero hipotecario en el ámbito penal

### *The land registry protection of the third party in the criminal area*

por

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

*La verdad es lo que es,  
y sigue siendo verdad aunque se piense al revés.*

Antonio Machado

**RESUMEN:** Con alguna excepción anómala, tanto la Sala Civil como la Penal del Tribunal Supremo mantienen la doctrina consolidada y acertada de proteger, sin necesidad de transmisión intermedia, al adquirente que confía en el Registro de la propiedad, aunque la inscripción a favor del disponente resulte de un acto o contrato nulo o delictivo, aplicándose el artículo 34 y no el 33 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, el deber general de restitución del inmueble litigioso no procede en los delitos patrimoniales, tampoco en el delito de estafa, cuando el tercero de buena fe haya adquirido la propiedad de forma irrevindicable (art. 111,2 del Código Penal).

**ABSTRACT:** *With some anomalous exception, both Civil and Criminal Supreme Court support the consolidated and guessed right doctrine of protecting, without need of intermediate transmission, to the acquirer who trusts in the Land Registry, though the registration of seller comes from an invalid or criminal act or contract, implementing article 34, not 33 of Land Registry Law. Consequently the general statutory duty of restitution of the contentious real property does not applicable in the property offences, neither in the swindle offence, when a good faith third party has acquired the property irrevocably (article 111,2 of Criminal Code).*

**PALABRAS CLAVE:** Legislación registral. Protección judicial del adquirente de buena fe. No restitución de la propiedad irrevocable. Delito de estafa.

**KEY WORDS:** *Land Registry Law. Judicial protection of the good faith acquirer. Not restitution of the irrevocable property. Swindle offence.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA CONSOLIDADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO: 1. VIRTUALIDAD DEL ARTÍCULO 34 LH SIN NECESIDAD DE TRANSMISIÓN INTERMEDIA EN LA QUE CONFÍE EL TERCERO HIPOTECARIO. 2. ALCANCE DEL ARTÍCULO 33 LH EN ESTA SEDE.—III. REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL DEL ARTÍCULO 34 LH: 1. EXISTENCIA DE TERCERO. 2. LEGITIMACIÓN REGISTRAL DEL DISPONENTE. 3. ADQUISICIÓN ONEROSA QUE NO GRATUITA. 4. ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD O DERECHO REAL SOBRE INMUEBLE. 5. BUENA FE DEL TERCERO ADQUIRENTE. 6. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TERCERO ADQUIRENTE. 7. VALIDEZ INTRÍNSECA DEL TÍTULO ADQUISITIVO INSCRITO DEL TERCERO.—IV. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL ÁMBITO PENAL. 1. EMBARGO Y TERCERO HIPOTECARIO: A) *El anotante de embargo no tiene la consideración de tercero hipotecario del artículo 34 LH.* B) *Ineficacia del embargo no anotado frente al tercero hipotecario.* 2. DEBER DE RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO (EX ART. 111 CPE): A) *La restitución como regla general.* B) *La irreivindicabilidad a favor del tercero adquirente y sus consecuencias.* 3. LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO EN EL DELITO DE ESTAFA: A) *Preliminar.* B) *Existencia de legitimación registral del disponente.* C) *La concurrencia de buena fe del tercero adquirente* D) *Supuesta aplicación del artículo 33 LH en esta sede de delito de estafa.* E) *El posible juego del artículo 1305 del Código Civil en estas hipótesis.* F) *Referencia a la plausible justicia de la nulidad de los contratos realizados por el estafador.*—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las variadas cuestiones relativas a la protección registral del tercero hipotecario del artículo 34 LH no solo surgen en la jurisdicción civil, sino que también son frecuentes en el ámbito penal. En consecuencia, en este estudio voy a tratar diversas problemáticas relativas al juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH en la esfera de la jurisprudencia penal, a saber y esencialmente, la eficacia del embargo no anotado respecto del tercero adquirente que tenga la condición de tercero hipotecario, el deber de restitución del inmueble adquirido por tercero en los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito patrimonial, salvo en los supuestos de irreivindicabilidad a favor del tercero hipotecario (básicamente, *ex art. 111 CPe*) y los presupuestos para la posible salvaguarda específica del tercero hipotecario en el delito de estafa.

Pues bien, cabe preguntarse, ante todo, si son o no idénticos los criterios empleados por las Salas Primera y Segunda de nuestro Tribunal Supremo para la defensa del tercero hipotecario del artículo 34 LH. Por ello, comenzaré exponiendo, a grandes rasgos, cuál es la doctrina consolidada por la Sala Primera, de lo Civil, de nuestro Alto Tribunal, acerca de la virtualidad protectora del susodicho artículo 34 LH, y cuáles son los requisitos cardinales que derivan de dicha posición jurisprudencial. Posteriormente, en los distintos apartados tratados, se analizará si tal posición judicial ya diáfana en la Sala Primera se asume o no por la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo en sede de delitos patrimoniales en general, y, especialmente, en el delito de estafa.

## II. LA DOCTRINA CONSOLIDADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO

### 1. VIRTUALIDAD DEL ARTÍCULO 34 LH SIN NECESIDAD DE TRANSMISIÓN INTERMEDIA EN LA QUE CONFÍE EL TERCERO HIPOTECARIO

Conforme a la fundamental STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007<sup>1</sup> —seguida por las de 16 y 20 de marzo y 7 de septiembre de ese mismo año, y confirmada por las de 5 y 14 de mayo, 8 de octubre, 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2008 y 6 de marzo de 2009 (todas de la Sala Primera)—, en sede de venta judicial, aunque el criterio fijado es también aplicable a las adquisiciones voluntarias —como se comprueba en las SSTS, Sala Primera, de 30 de abril y 20 de julio de 2010 y 31 de marzo de 2011—, confirmada tabularmente la cualidad dispositiva del transmitente, en cuyo título confía de buena fe el tercero adquirente, y no siendo nula o inválida la adquisición realizada (*ex art. 33 LH*), prevalecerá esta por el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH. En esta misma línea, la indicada STS, Sala Primera, de 31 de marzo de 2011 dice que la doctrina jurisprudencial que se fija es que el artículo 34 LH «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 mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o se 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». Esto es, puede quedar protegido el tercero hipotecario por confiar de buena fe en el contenido del Registro de la Propiedad, aunque este no coincida exactamente con la realidad extrarregistral, y sin necesidad de que exista una transmisión intermedia respecto de la que sea verdadero tercero. Así, la misma citada STS, Sala Primera, de 31 de marzo de 2011, expone que el tercero «otorgó hipoteca, como acreedor hipotecante, sobre las fincas cuya titularidad de los contratantes deudores hipotecarios constaba inscrita en el Registro de la Propiedad; dándose la buena fe de aquel y habiendo inscrito su derecho, queda protegido por la aludida presunción de exactitud registral llegando incluso a la posible adquisición *a non domino*, pese a que la sentencia de instancia ha anulado las adquisiciones de aquellos titulares (por simulación absoluta), lo que contempla expresamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; y la indicada STS, Sala Primera, de 30 de abril de 2010 indica que distinto «es el caso de la ineficacia *stricto sensu* por falta de poder de disposición, como es el de la venta de cosa ajena. Los hermanos concedentes del derecho de opción carecían de poder de disposición sobre la finca objeto del mismo, pese a lo cual la vendieron a un tercero y este resulta ser tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y así lo expuso con detalle la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de marzo de 2007 seguida por una larga serie de sentencias posteriores. Por tanto, la compraventa no es nula y el adquirente está protegido como tercero hipotecario»<sup>2</sup>.

Como concluye, por ejemplo, la relevante STS, Sala Primera, de 23 de abril de 2010, la consecuencia fundamental y directa de la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 LH es la adquisición definitiva del tercero hipotecario, lo que supone que «no pueda condenarse a indemnizar al adquirente

de buena fe (respecto del propietario afectado), cuya posición es inatacable en todos los aspectos porque se realiza en virtud de la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 34 LH, consolidando su adquisición *a non domino*».

## 2. ALCANCE DEL ARTÍCULO 33 LH EN ESTA SEDE

La configuración causal y no abstracta del sistema inmobiliario español justifica la existencia del artículo 33 LH, que destaca la necesidad de la validez del acto o contrato inscribible, dado que la inscripción no purifica los vicios intrínsecos de dicho acto o contrato. El acto o contrato constituye la causa de la inscripción, de ahí la necesidad de calificar registralmente la validez del susodicho acto o contrato antes de proceder a su registración. Como advierte, por ejemplo, la ya aludida STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, el artículo 33 LH, que establece que la *«inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»*, «podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento (simulación absoluta, por ejemplo) pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ha vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición...». Recalca la ya indicada STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, que en la venta de cosa ajena no «hay nulidad, contemplada en el artículo 6.3 del Código Civil, sino que la falta de poder disposición del que no es propietario y vende la cosa ajena puede caer directamente bajo el supuesto del artículo 34». En efecto, como ya había dicho la STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001, la «fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no las del propio título adquisitivo del tercero». Es decir, el principio de fe pública registral consagrado por el artículo 34 LH queda sin efecto si el tercero adquirente protegible recibe la propiedad de lo comprado por título nulo, de modo que dicha nulidad no queda sanada por la inscripción de la adquisición y el juego del postulado indicado. Como concluye, acertadamente, algún autor<sup>3</sup>, no opera la protección registral del artículo 34 LH en caso de nulidad absoluta o inexistencia del negocio en que intervenga el tercero adquirente, conforme al aludido y específico artículo 33 LH, ya que respecto a dicho negocio jurídico, el indicado tercero no es ajeno a las causas de nulidad concurrentes. También en el ámbito penal concluye claramente, por ejemplo, la STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001, que lo «que quiere decir (el art. 33 LH) es que mientras el derecho continúe según el Registro en la misma persona que inscribió el acto nulo tiene pleno vigor, pero si lo adquiere un tercero dicha adquisición se registrará por la norma del artículo siguiente (art. 34 LH), es decir, la nulidad del acto anterior produce sus efectos entre las partes que lo otorgaron pero no perjudica al tercero adquirente mediante un acto aparentemente válido. Desde luego tampoco un acto nulo en sí mismo puede quedar purgado del vicio que lo invalida por el hecho de inscribirle si el tercero ha participado en dicha causa de nulidad».

## III. REFERENCIA A LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL DEL ARTÍCULO 34 LH

El artículo 34 LH dice que el *«tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para trans-*

mitirlo, 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 consten en el mismo Registro...»<sup>4</sup>. Este precepto se basa en la idea de confianza, como nota fundamental de la seguridad jurídica, pues basa su protección en el tercero que adquiere fundándose en la previa inscripción del transmitente, y de ahí la calificación de principio de fe pública registral. En consecuencia, como señala la ya aludida STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, «se mantienen, aun contra la realidad extrarregistral, las adquisiciones que por negocio jurídico oneroso haya realizado un tercero confiado en el contenido del Registro de la Propiedad. Lo cual implica que si el transmitente era titular registral y tenía inscrito a su favor el derecho real, pero no era verdadero titular (por ejemplo y como caso frecuente, lo había transmitido a otro en documento no inscrito), careciendo por tanto de poder disposición y, pese a ello, lo transmite a título oneroso a un tercero de buena fe y este inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad va a quedar protegido registralmente y mantenido materialmente en su adquisición, pese a ser *a non domino*...». En definitiva, como entiende también en el ámbito penal la STS, Sala Segunda, de 23 de noviembre de 1998, «la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico» inmobiliario. Veamos someramente cuáles son las condiciones para que tenga virtualidad el principio de fe pública registral derivado del artículo 34 LH.

#### 1. EXISTENCIA DE UN TERCERO

Aunque el tercero protegido por la fe pública registral es quien cumple todos los requisitos derivados del artículo 34 LH, debe concretarse su definición, empezando desde su concepción en el Derecho Civil. Así, civilmente hablando, tercero es quien no es parte, ni originaria ni sobrevenidamente —artículo 1257 del CC: «*Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*»—, ni se identifica materialmente con quien efectivamente lo es. Partiendo de esta idea, el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil, en cuanto debe compartir la anterior nota negativa, esto es, la de ser ajeno a la constitución de una situación jurídica cuyos efectos podrían llegar a afectarle<sup>5</sup>.

#### 2. LEGITIMACIÓN REGISTRAL DEL DISPONENTE

Este presupuesto para la protección del tercero hipotecario, explícitamente exigido por el artículo 34 LH —adquisición de derecho «*de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*» dice el precepto—, es consecuencia necesaria del propio sistema registral pues, primero, solo el titular registral<sup>6</sup> se encuentra legitimado para disponer de los derechos inscritos (*ex art. 38 LH*), y, segundo, es un corolario imprescindible del principio hipotecario de tracto sucesivo contenido en el artículo 20 LH<sup>7</sup>. El fundamento cardinal de este requisito es, pues, la legitimación registral de disposición que tiene el que figura en el Registro de la Propiedad como titular; lo que, en caso de no coincidir con la realidad extrarregistral, provocará la adquisición *a non domino* a favor del tercero hipotecario que adquiere confiado en esa legitimación aparente de disponer que publica el asiento de inscripción correspondiente.

### 3. ADQUISICIÓN ONEROSA QUE NO GRATUITA

Para que proceda la salvaguarda del tercero hipotecario es preciso también que este haya adquirido mediante contraprestación por su parte, esto es, a título oneroso y no a título gratuito. Este presupuesto de la onerosidad de la adquisición lo confirma, en forma negativa, el párrafo 3.º del propio artículo 34 LH: «*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente*», o sea, «*su dante causa registral*»<sup>8</sup>.

La exigencia de onerosidad para la aplicación del principio hipotecario de fe pública registral del artículo 34 LH se ha querido fundar en que es razonable que en el conflicto entre quien ha realizado un sacrificio patrimonial y quien nada ha dado en contraprestación debe ser preferido aquel<sup>9</sup>.

### 4. ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD O DERECHO REAL SOBRE INMUEBLE

Es llamado tercero hipotecario aquel que adquiere onerosamente un inmueble o derecho real de quien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, y que inscribe después. El tercero a quien protege la fe pública registral es un tercero que adquiere algún derecho real. En efecto, como declara, por ejemplo, la STS, Sala Segunda, de 13 de diciembre de 1991, la «protección no solo se reconoce al adquirente del bien, sino a quien con los requisitos del artículo 34 de la Ley hipotecaria adquiere un derecho real sobre él, como el de hipoteca». Por otra parte, el Registro publica solo la propiedad o derecho real sobre inmuebles, por lo que es tercero hipotecario solo el adquirente de aquellos a título oneroso que inscribe, no el que anota un crédito o quien obtiene una mención registral de su derecho. En consecuencia, como se verá más adelante, el anotante de embargo en el Registro de la Propiedad no goza de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH.

### 5. BUENA FE DEL TERCERO ADQUIRENTE

Otro requisito básico en esta sede de protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH es la exigencia de su buena fe, buena fe que, no se olvide, se presume salvo prueba en contrario (art. 34, 2 LH), por lo que para desvirtuarla ha de ser con «probanzas auténticas y fehacientes», y no con simples afirmaciones o deducciones infundadas (STS, Sala Primera, de 16 de febrero de 1981), de manera que la buena fe del artículo 34 LH «tiene una formulación ciertamente presuntiva y desplaza la carga probatoria al contradictor» (STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 1998). El tercero adquirente debe desconocer o ignorar la inexactitud del Registro o, según otros autores, tener una «creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que este es el titular real y puede disponer (libremente) de dicho derecho» real<sup>10</sup>. Naturalmente, si el tercero actúa fraudulentamente o es cómplice en el fraude, también incurre en mala fe.

Respecto del momento en que debe existir la buena fe del tercero, frente a la tesis de que solo debe exigirse a la perfección del contrato<sup>11</sup>, este autor ha defendido<sup>12</sup> su exigencia hasta el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, esta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro de

la Propiedad para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada —fundamentador de la doctrina del título y el modo—, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito —uno más— del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a este una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) —negligencia en la constancia registral de su derecho—, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjettiva) hasta el momento en que se completa su protección registral, la inscripción.

#### 6. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TERCERO ADQUIRENTE

La adquisición *a non domino* que implica el artículo 34 LH —«una vez que haya inscrito su derecho», dice el precepto—, requiere la inscripción del título del adquirente en el Registro de la Propiedad, tesis que se confirma, por ejemplo, en el artículo 36, b LH, que, refiriéndose al tercero del artículo 34 LH, habla del «adquirente inscrito». La seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se quiere fortalecer a través del instrumento del Registro de la Propiedad, de modo que si se protege al adquirente que de buena fe confía en la publicidad registral, aunque no coincida con la verdad extrarregistral, debe también exigírsele que inscriba su derecho para evitar la inexactitud que supondría, a su vez, la falta de registración de su adquisición. El requisito de la inscripción, pues, es un añadido registral a las exigencias esenciales de la protección de la apariencia jurídica, que, en principio, solo requiere la actuación del tercero confiando en lo que objetivamente aparece como expresión de la realidad. Además de adquirir al amparo de una apariencia jurídica creíble de titularidad, la que le proporciona el Registro de la Propiedad, el tercero hipotecario del artículo 34 LH necesita el presupuesto complementario de la inscripción de su propio derecho real como corolario ineludible de su especial adquisición *a non domino*. Como acertadamente declara, en el ámbito penal, la ya citada STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001, «sin inscripción no hay protección, y debe operar la regla general del artículo 111.1 CP», esto es, procede la restitución del inmueble litigioso en cuestión.

#### 7. VALIDEZ INTRÍNSECA DEL TÍTULO ADQUISITIVO INSCRITO DEL TERCERO

El ya aludido y cardinal artículo 33 LH dice que la «inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Ejemplos de la nulidad o vicio intrínseco al que se refiere este precepto serían la falta de consentimiento —así la violencia o intimidación realizada por el tercero o la concurrencia de simulación absoluta—, de objeto o causa —o ser esta ilícita— del negocio o contrato correspondiente (*ex arts. 1261 y 1275 del CC*). De entrada, no obstante, téngase en cuenta que este presupuesto de la validez intrínseca de la adquisición del tercero no viene contemplado expresamente en el artículo 34 LH, aunque la doctrina unánime lo considera esencial, indicándose que por la «propia definición

del concepto de tercero, consistente en ser ajeno a las causas de ineficacia del negocio jurídico, resulta en términos generales el requisito de la validez de la propia adquisición en que interviene el tercero»<sup>13</sup>.

#### IV. LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL ÁMBITO PENAL

##### 1. EMBARGO Y TERCERO HIPOTECARIO

###### A) *El anotante de embargo no tiene la consideración de tercero hipotecario del artículo 34 LH*

Coincide la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con la de la Sala Primera respecto de la virtualidad de la anotación preventiva de embargo en cuanto a la condición registral del anotante. Como indica, por ejemplo, en el ámbito penal, la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2003, debe partirse de la idea fundamental de que la anotación preventiva de embargo «no modifica la naturaleza del crédito anotado y menos lo convierte en real o hipotecario, la acción no tiene tal condición, ni tampoco atribuye al anotante la consideración de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En efecto, como ya consagró, anteriormente, en el ámbito civil, la Sala Primera del Alto Tribunal<sup>14</sup>, el anotante de embargo no puede ser considerado tercero hipotecario «porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas (por el art. 34 LH) ningún derecho real sobre la cosa y, en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible... que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito» (STS, Sala Primera, de 19 de noviembre de 1992, confirmada, entre otras, por las SSTS, Sala Primera, de 22 de septiembre de 2001 y de 4 de noviembre de 2005); en consecuencia, el favorecido por la anotación preventiva de embargo no goza, respecto de los actos dispositivos anteriores del inmueble, «de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la LH, y solo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no están inscritos, ni atribuya por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes» (STS, Sala Primera, de 14 de diciembre de 1968).

###### B) *Ineficacia del embargo no anotado frente al tercero hipotecario*

Mantiene también la Sala Primera del Tribunal Supremo que el embargo no inscrito no perjudica al tercero adquirente que reúne todas las condiciones del artículo 34 LH (por ejemplo, SSTS de 9 de abril de 1997 y la ya citada de 22 de septiembre de 2001). En efecto, aunque la anotación registral de embargo no tiene valor ni eficacia constitutiva —a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho real de hipoteca—, de manera que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta, con independencia, repito, de su anotación en el Registro —que no puede condicionar su virtualidad—, no obstante, la existencia



de un embargo no anotado no perjudica al tercero del artículo 34 LH. En realidad, adquirido ya conforme a nuestro ordenamiento jurídico un derecho real por la concurrencia del título y el modo —originado este por la posesión real o por el otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado (ex art. 1462, 2 del CC)—, elementos exigidos por el artículo 609 del Código Civil, la salvaguarda definitiva del tercero hipotecario aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos del principio de fe pública registral contemplados en el artículo 34 LH. Por tanto, entre otros requisitos, se requiere la buena fe del tercero, que no existirá, por ejemplo —caso recogido por la STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2001— si se adquiere estando un embargo anotado y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer su existencia, y se pospone la inscripción del derecho real adjudicado hasta que aquel asiento preventivo caduca. Frente a la postura de la indicada sentencia que protegió a este adquirente malicioso con el argumento de que «la caducidad de los asientos que nacen con duración predeterminada actúa de modo automático, llegado el día prefijado», debe alegarse que se olvida la exigencia de que el adjudicatario que inscribe debe contar, como ya se ha dicho, con buena fe para merecer la protección registral derivada del principio de fe pública del susodicho artículo 34 LH<sup>15</sup>.

En definitiva, el único sujeto a quien podría perjudicar la falta de anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad es al propio ejecutante, lo que implica que solo él podría exigir la eventual responsabilidad surgida del incumplimiento del específico artículo 43, 2 LH. Si no solicita tal registración, oportunamente, el ejecutante habrá de estar y pasar por las consecuencias desfavorables que eventualmente puedan surgir de dicha falta de anotación preventiva de embargo, como que un tercero hipotecario del artículo 34 LH adquiriera el inmueble amparado en los datos registrales y obtenga por ello una propiedad irreivindicable.

Esta misma doctrina se mantiene, sin contradicción alguna, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la ya aludida y cardinal STS de 12 de noviembre de 2003 que mantiene que no constando sobre el bien adquirido ninguna anotación preventiva de embargo, el tercero adquirente del inmueble goza «de la protección que al tercer (*sic*) adquirente de buena fe le confiere el artículo 606 del Código Civil, del que es transcripción literal el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, trasunto de la protección del tercero por el principio de la fe pública registral, al que también se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»<sup>16</sup>.

## 2. DEBER DE RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO (EX ART. 111 CPE)

### A) *La restitución como regla general*

Indica el artículo 111,1 CPe que: «*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 este 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*». Téngase en cuenta en este punto que este precepto penal vigente presenta como novedad esencial sobre su precedente del derogado

Código Penal de 1973, la mención expresa de que la buena fe en la adquisición del tercero no excluye la restitución del bien indebidamente salido del patrimonio del autor del delito. Por consiguiente, para el tercero adquirente que no puede ampararse en una adquisición irreivindicable del bien en cuestión (*ex art. 34 LH* respecto de los inmuebles), «la restitución constituye un supuesto de evicción, pues el propietario actual, adquirente del bien anteriormente sustraído, se ve privado de él por sentencia judicial en virtud de un derecho anterior a su adquisición: el derecho al resarcimiento que ostenta la víctima del delito»<sup>17</sup>.

Cuando se declara, pues, la responsabilidad civil derivada de delitos contra el patrimonio<sup>18</sup> —con especial relevancia en el delito de alzamiento de bienes—, la regla general es que procede «la restauración del orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos así otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de la disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando de esta forma al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo» (STS, Sala Segunda, de 15 de octubre de 2002). En particular, el bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes «lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos y viene a ser la contrapartida a la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1911 del Código Civil, en el que se reconoce al acreedor el derecho a satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas» (STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, siguiendo, entre otras, a la STS, Sala Segunda, de 9 de mayo de 1986). En efecto, como destaca la doctrina especializada<sup>19</sup>, el criterio jurisprudencial sobre la responsabilidad civil en el concreto delito de alzamiento de bienes responde, claramente, a una idea distinta a otros supuestos de exigencia de responsabilidad patrimonial, puesto que la «sentencia ordena que los bienes que salieron ilegalmente del patrimonio del autor del delito vuelvan a él, es decir, que sean restituidos precisamente al autor del delito para quedar sometidos a la acción de sus acreedores, objeto este último que se alude como finalidad ulterior del pronunciamiento judicial, sin que la sentencia penal alcance a decretar el resarcimiento efectivo de los acreedores defraudados, que deberán conseguirlo después a través del procedimiento civil». Como señala la STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013 (criterio compartido por la reciente STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015), «la restitución a que obliga la consecuencia jurídica civil derivada del delito de alzamiento de bienes es la nulidad de los contratos que han posibilitado la acción delictiva, lo que se concreta en la declaración de nulidad de los actos de despatrimonialización». Por tanto, debe procurarse, en primer lugar, como primera vía de reparación, *ex* artículos 110 y 111 del CP, la restitución de los bienes alzados o afectados por el delito correspondiente, de manera que «la forma de restaurar el orden jurídico perturbado es declarar la nulidad de los negocios jurídicos concertados como medio para vaciar de contenido el patrimonio del deudor... con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables, como establecía el artículo 102 del CP/1973 reproducido en lo esencial en el artículo 111 del CP vigente... (en este sentido sentencias de 14 de marzo de 1985, 20 de febrero de 1987, 15 de junio de 1990 y 12 de julio de 1996)» —STS, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2000—. Como añade, más recientemente, la ya citada STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, «la responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en

la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos»; confirmando la también aludida STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, que la «restauración del orden jurídico perturbado debe restablecerse... incluso con la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor».

Ahora bien, como señala la STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, «el proceso penal y el enjuiciamiento de lo que es su objeto propio no justifica que en él se incluyan cuantas cuestiones propias del Derecho Civil pudieran suscitar los hechos, actos y comportamientos integrados en el relato histórico, para proceder a clarificar las relaciones jurídico-civiles mediante pronunciamientos judiciales de validez o invalidez de las mismas, salvo en la medida, y solo en la medida, que ello sea necesario para juzgar las responsabilidades penales y las civiles que del delito pudieran derivarse. Por ello, extendiéndose la responsabilidad civil derivada del delito a la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios (art. 110 CP) y comprendiendo aquella la de la misma cosa cuando sea ello posible, en los términos que establece el artículo 111 (con relación a la hipótesis de encontrarse en poder de tercero) cabe que en los delitos en los que haya habido un desplazamiento patrimonial que constituya el instrumento del delito o se encuentre en íntima conexión con él, la restitución que proceda acordar (como responsabilidad del delito, insistimos en ello) pueda conllevar la declaración del negocio jurídico subyacente (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de febrero de 1995 y la ya citada de 12 de julio de 1996). En definitiva, los Tribunales penales tienen competencia en orden a disponer la adopción de las medidas necesarias, incluidas las que exceden en significación a la simple entrega material, para la restitución de la cosa a quien legítimamente le corresponda como víctima del delito o falta cometido; pero teniendo presente: A) que las medidas decretadas deben ser necesarias para la restitución, pues solo así pueden considerarse incluidas en el párrafo segundo del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y B) que en la adopción de las medidas debe estarse a lo dispuesto en el Derecho Privado» (*vid.*, también, en este sentido y entre otras, la importante y ya citada STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001).

Por otro lado, debe tenerse muy en cuenta que a virtud de la figura del litis consorcio pasivo necesario, deben llamarse al proceso todas las personas que pudieran verse afectadas por la nulidad de los contratos que ocasionaron, en su caso, el alzamiento de bienes o el delito patrimonial en cuestión<sup>20</sup>, pues contra todas ellas «ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando solo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles» (STS, Sala Segunda, de 19 de febrero de 2001, seguida por la STS, Sala Segunda, de 16 de junio de 2003); en idéntico sentido, la STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997 consideró ya que la «declaración de nulidad de las operaciones de transmisión efectuadas sobre (el inmueble objeto de la controversia)... afectarían directamente a los derechos e intereses legítimos de personas a las que no consta se les haya dado la posibilidad de defenderlos en la presente causa penal, y ello impide cualquier pronunciamiento en el sentido pretendido por la recurrente». Criterio este confirmado, más recientemente, por la ya aludida e importante STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, cuando se declara que en el supuesto resuelto judicialmente no se ha procedido a las declaraciones de nulidad de los negocios jurídicos fraudulentos «porque no eran solicitadas por

ninguna de las acusaciones: rige el principio de rogación. No hubiese sido posible, además, pues no habían sido llamadas al proceso como partes las entidades que habían intervenido en las operaciones de compraventa, exigencia insoslayable para esa anulación que, por afectarles de manera directa, no puede acordarse sin su previa audiencia para que puedan ejercer su derecho de defensa».

*B) La irreivindicabilidad a favor del tercero adquirente y sus consecuencias*

El artículo 111, 2 Código Penal dice que: «*Esta disposición no es aplicable (la restitución de los bienes) cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*». Como recuerda la ya indicada STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013 (criterio compartido por la también citada STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015), la «restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación, con carácter general, en los delitos contra el patrimonio, pero no la única (art. 101 CPe 1973, hoy 110 del Código vigente). Su fracaso por imposibilidad puede dar lugar a la indemnización de una cantidad pecuniaria». En consecuencia, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible —porque la adquisición del tercero es irreivindicable, por la vía del artículo 464 del CC o del artículo 85 Cco, tratándose de bienes muebles, o por virtualidad del artículo 34 LH, respecto de los bienes inmuebles—, nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el nuevo artículo 110 del Código Penal, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales causados. En efecto, como declara la citada STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, procede la declaración de nulidad de los negocios jurídicos de disposición realizados ilícitamente por el deudor, «salvo cuando los bienes se encuentren en poder de terceras personas que no hayan participado en el *consilium fraudis* y sean irreivindicables». Así, en esta misma línea, la cardinal y ya aludida STS, Sala Segunda, de 29 de diciembre de 2000 (siguiendo el mismo criterio que la STS, Sala Segunda, de 14 de julio de 1986), mantiene que si la enajenación hecha a terceros no puede invalidarse, «toda vez que los adquirentes gozaban de la fe pública que les ofrecía la inscripción registral», esto es, «no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones»; confirmando la ya citada e importante STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012 que la «reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios»; de manera que «ante la imposibilidad de restituir se debe transformar tal pretensión en la indemnización de daños y perjuicios» causados (STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 2015).

Como el propio Código Penal reconoce, pues, en el párrafo 2.º de su artículo 111, la restitución del bien en cuestión no procederá «*cundo el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*», siendo el principal supuesto, para la hipótesis de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, el juego del principio de

fe pública registral del repetido artículo 34 LH a favor de tercero adquirente. Como ya declaraba la relevante y ya citada STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997 (criterio compartido, por ejemplo, por la STS, Sala Segunda, de 7 de julio de 2006), de «acuerdo con los anteriores preceptos, tiene declarado esta Sala que las cosas objeto de restitución (muebles sustraídos o inmuebles usurpados) pueden ser irreivindicables, atendiendo a determinados preceptos extrapenales. Como ha declarado la sentencia de 20 noviembre de 1972, el único límite que a la restitución le viene impuesto dentro del ordenamiento penal, lo está por el último párrafo del artículo 102 del Código Penal, y en los artículos 85, 86, 324 y 545 del Código de Comercio para determinar la irreivindicabilidad, y tratándose de bienes inmuebles habrá que atender a lo que dispone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que mantiene en su adquisición al tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez que haya inscrito su derecho». Precepto que «consagra el principio de fe pública registral emanado del de publicidad junto con el de legitimación» (STS, Sala Segunda, de 27 de octubre de 2001).

En esta misma línea, la ya indicada STS, Sala Segunda, de 15 de octubre de 2002, aplica este criterio de irreivindicabilidad en el supuesto fáctico de unos padres, que tenían deudas considerables, que donaron a sus hijos un inmueble —donación que fue declarada nula radicalmente por el Tribunal *a quo*—, finca que los vástagos inscriben a su nombre y después venden a un tercero, que cumple todos los presupuestos del artículo 34 LH. En tal caso, como establece la sentencia comentada, tal enajenación a tercero hipotecario, «hacía inviable la posibilidad de resolver las operaciones, toda vez que los adquirentes gozaban de la fe pública que les ofrecía la inscripción registral», de manera que, «no siendo posible retornar el patrimonio inmobiliario de los acusados a su estado inicial, resulta ajustado fijar monto indemnizatorio de conformidad con lo solicitado por las acusaciones. Esta doctrina no contradice (se concluye) lo manifestado por la Jurisprudencia a propósito de las consecuencias civiles del delito de alzamiento de bienes, que en todo caso es la regla general, sino se aplica al supuesto especial de que los bienes sustraídos hayan sido adquiridos por un tercero con carácter irreivindicable». Como puede comprobarse, pues, la declaración judicial de nulidad radical de la donación realizada, base de la adquisición patrimonial por parte de los segundos disponentes, no afecta a la adquisición del tercero hipotecario del artículo 34 LH, a quien le basta con cumplir todos los requisitos exigidos por tal precepto para ser propietario, *a non domino*, de forma irreivindicable, como confirma, en la propia legislación penal, el tenor literal del artículo 111, 2 del Código Penal. Igualmente, en esta línea, la ya citada y cardinal STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 2013, decreta la imposibilidad de la restitución, pues «la finca ha sido objeto de dos transmisiones y se encuentra ocupada por un tercero de buena fe que no puede ser perturbado en el ejercicio de su derecho, por lo que la forma de restitución es la indemnización...».

### 3. LA DEFENSA DEL TERCERO HIPOTECARIO EN EL DELITO DE ESTAFA

#### A) Preliminar

En principio hay que destacar que me refiero al delito de estafa mediante contrato realizado por el estafador con tercero ajeno al motivo ilícito del convenio, tercero hipotecario que cumple todos los presupuestos exigidos por el principio

de fe pública registral del artículo 34 LH<sup>21</sup>. Como indica la ya citada STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 1999, el delito de estafa «evidencia la exigencia de un engaño consistente en atribuirse falsamente sobre una cosa facultad de disposición de la que se carece, quien la enajena, grava o arrienda. Por lo tanto el engaño que esa falsa atribución representa no existe cuando el adquirente conoce que no es propietario quien la vende»<sup>22</sup>. Asimismo, la STS, Sala Segunda, de 22 de diciembre de 2014 (que sigue, por ejemplo, a la de 1 de febrero de 2011) manifiesta que conductas «como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código Penal, como constitutivos de estafas... Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones *a non domino*, no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional». Por su parte, la ya aludida STS, Sala Segunda, de 25 de mayo de 2012, considera que en el delito de estafa lo que pretende su autor «es incrementar ilícitamente su patrimonio a costa del perjudicado. En el desvalor de su acción ha de comprenderse por tanto el perjuicio patrimonial de la víctima. La comisión del delito implica ya el perjuicio patrimonial del perjudicado».

Por ejemplo, en la relevante —aunque errónea— STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 —ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón—, se trata de supuesto de que el condenado «consiguió ganarse la confianza de determinadas personas», que tenían inmuebles, consiguiendo «que estos titulares le otorgasen poderes generales para administrar», gravar y vender sus propiedades. «La verdadera intención del acusado, (sigue diciendo la susodicha Sentencia) como así hizo, era conseguir mediante préstamos hipotecarios, dinero en metálico, dando como garantía de tales préstamos los bienes cuya plena disponibilidad posea 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...». Esta aludida sentencia de 2013 condena al acusado como autor de un delito de estafa, declarando, erróneamente, la nulidad de los negocios jurídicos que constituían el instrumento de la propia estafa, así como de las inscripciones y asientos registrales que constaban sobre los inmuebles litigiosos en el Registro de la Propiedad, dando prioridad, repito, equivocadamente, al artículo 33 sobre el 34 de la LH.

Como resume algún autor<sup>23</sup>, la acertada declaración de nulidad de los contratos realizados utilizando un poder general obtenido mediante engaño, que da lugar a varios delitos de estafa, deriva, no solo de la ilicitud de su causa (*ex art. 1275 del Código Civil*), ya que esta es delictiva, sino también de su falta de consentimiento, ya que los otorgantes del poder general, titulares de los bienes inmuebles sobre los que recaen las hipotecas que garantizan los préstamos concedidos por los terceros hipotecarios, no dieron su consentimiento expreso para tal gravamen. Asimismo, sigue diciendo, es muy adecuada la decisión judicial de liberar los bienes inmuebles de las cargas hipotecarias que sustentaban los préstamos dados al estafador, ya que, si bien se inscribieron las hipotecas en el Registro de la Propiedad, estas devienen nulas por responder a causa ilícita y a esos contratos también nulos, sin que los prestamistas pudieran invocar la condición de tercero hipotecario, a pesar de su buena fe y del cumplimiento de

todos los presupuestos exigidos por el principio de fe pública registral, frente a los titulares registrales, que fueron estafados. No sería aplicable, pues, concluye dicho autor, el artículo 34 LH, sino el artículo 33 de ese mismo cuerpo legal, a cuyo tenor la *«inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»*, con lo que, pretendidamente, la comentada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 se saldría de la doctrina consolidada por la trascendental y ya apuntada STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, respecto de la protección registral del tercero hipotecario, según la cual dicho amparo no exige o supone una transmisión intermedia —en la que aquel no haya sido parte—, que se anule o resuelva por causas que no consten en el propio Registro de la Propiedad. No obstante, como se comprobará, no existe contradicción alguna en este punto entre la Sala de lo Civil y de lo Penal del Alto Tribunal respecto del juego del principio de fe pública registral, aunque, por otra parte, este autor discrepe, fundadamente, de la aplicación del artículo 33 LH y no del artículo 34 LH —como hace alguna Sentencia—, en el supuesto de delito de estafa en el que el tercero hipotecario es parte del contrato con finalidad ilícita pero, de ningún modo, cómplice en el delito.

Por ello, la repetida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, como ella misma explica, no va contra esta doctrina consolidada de la Sala Primera del Alto Tribunal, pues, con arreglo a su Fundamento Jurídico Décimo, que sigue expresamente lo indicado por la trascendental y también citada STS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, «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». No se mantiene, pues, que el tercero hipotecario no pueda quedar protegido por confiar directamente en el Registro, sin necesidad de una transmisión intermedia (*ex art. 34 LH*), sino que tal amparo registral decaerá irremediabilmente si su título adquisitivo, aun inscrito, es nulo, por ilícito (*ex arts. 33 LH y 1275 del Código Civil*). En esta misma línea, por ejemplo, ya la STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, también en la resolución de un delito de estafa, consideró que para el juego del relevante principio de fe pública registral del artículo 34 LH, «resulta irrelevante la nulidad o resolución del título en virtud del cual adquirió el transmitente su derecho dominical, pero no ocurre lo mismo con el negocio jurídico celebrado entre el titular registral y el comprador de buena fe (a él no se refiere con fines sanadores el artículo 34 LH), pues si se declara nulo tal acto de disposición, como lo ha declarado la sentencia combatida, nunca podrá prevalecer una inscripción posterior exigida por el artículo 34 LH, cuyo título se ha declarado nulo (véase art. 33 LH)... Consecuentemente cuando el artículo 34 LH nos habla de que el tercer (*sic*) adquirente de buena fe inscriba de nuevo el derecho adquirido, debe necesariamente referirse a una inscripción posible legalmente y no a través de un título nulo *a radice*, que no puede desplegar efecto alguno tabular sin perjuicio de la buena fe del tercero, que ya no poseería la consideración de hipotecario». De este modo, por ejemplo, en la STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 2012, relativa, igualmente, a un delito de estafa, a tenor del artículo 33 LH, no se concedió protección hipotecaria al tercero adquirente que inscribió su derecho procedente de una subasta judicial que se declaró nula, pues no había adquirido la propiedad legalmente, esto es, de forma irreivindicable, ya que su título de adquisición era nulo.

Veamos si se cumplen en esta sede de delito de estafa los requisitos esenciales necesarios para la protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH, teniendo en cuenta que, por ejemplo, la SAP de La Coruña de 26 de marzo de 2015 mantuvo que la «protección concedida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al

adquirente registral de buena fe no corresponde a quien adquirió fincas (objeto del litigio), algunas de ellas sin acceso a la oficina pública (falta de registración del disponente), otras en unas condiciones conocidas por los coimputados que permitían albergar serias dudas sobre su verdadera titularidad (inexistencia de buena fe por parte del adquirente) y sobre la que los derechos adquiridos no llegaron a acceder al Registro (falta de registración por parte del tercero)».

*B) Existencia de legitimación registral del disponente*

En la comentada y relevante STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, este primer presupuesto para la aplicación del mecanismo protector del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, la legitimación registral del disponente, se cumple estrictamente. Así, los poderdantes perjudicados tenían sus bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad y el apoderado disponente tenía un poder general, otorgado notarialmente, por el que podía realizar cualquier operación respecto de tales inmuebles, incluyendo la venta o el gravamen hipotecario. La existencia de este poder general, otorgado voluntariamente, aunque fuera con engaño —dice la STS arriba mencionada que 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»—, permitía al apoderado realizar las hipotecas que garantizaban los préstamos concedidos por los terceros hipotecarios que confiaban, además, en la legitimación registral de los poderdantes. Como consecuencia, no puede alegarse, de ningún modo, en esta sede que los titulares de los inmuebles registrados no dieron su consentimiento expreso para la constitución del gravamen hipotecario, pues, jurídicamente, no hacía falta, tratándose de una representación directa, pues es el representante el que emite autónomamente la declaración de voluntad constitutiva del negocio, ya que él tenía el encargo directo de adquirir a nombre y por cuenta del representado. Por ello, yerra la aludida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, cuando entiende que 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».

La intención oculta del apoderado de defraudar a los poderdantes, esto es, el delito de estafa no perjudica al tercero hipotecario que cumple todas las exigencias del artículo 34 LH, pues a él solo le consta la existencia de un poder general legítimamente otorgado y unas fincas inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los poderdantes. La esencial seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y su protección a través del Registro de la Propiedad y los principios hipotecarios que lo rigen, entre ellos, el de fe pública, deben mantenerse so pena de quebrantar los cimientos del ordenamiento jurídico hipotecario. El requisito de la legitimación registral del disponente se cumple, pues, en estas hipótesis, a los ojos de los terceros hipotecarios. Es más, la nulidad del poder general otorgado mediante engaño no afectará a los terceros hipotecarios a los que no



le perjudica la ineficacia del negocio de apoderamiento si son de buena fe y no son cómplices en el fraude ocasionado. Como indica el voto particular formulado contra la estudiada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, «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... En consecuencia deben ser objeto de la protección dispensada por el Registro y el ordenamiento jurídico».

En este mismo sentido, la relevante y ya aludida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, en un supuesto de estafa consistente en que una madre y su hija lograron una fraudulenta declaración de heredero abintestato, logrando la inscripción de unas fincas que, posteriormente, vendieron a terceros hipotecarios, en perjuicio de los verdaderos propietarios, concluyó que la «adquisición de las fincas por tercero de buena fe y a título oneroso de quienes las vendieron teniendo su título inscrito, resulta inatacable una vez el adquirente inscribió su derecho en el Registro de la propiedad, como efecto de la protección que al tercero hipotecario concede el artículo 34 de la Ley Hipotecaria,... (quedando, por el contrario, desprotegido el tercero que adquirió una finca de las demandadas cuando todavía) «no eran titulares registrales de las fincas vendidas..., (por lo que) no hay tercero hipotecario, la restitución es obligada y en su virtud procede declarar la ineficacia de los contratos celebrados». Por su parte, la STS, Sala Segunda, de 19 de octubre de 2005 niega la existencia del delito de estafa porque ninguno de los acusados tenía conocimiento de que los inmuebles en pugna eran propiedad de los querellantes, sino que creían que pertenecían a una determinada empresa, como aparecían en el Registro de la Propiedad. De la misma manera, el ATS, Sala Segunda, de 23 de mayo de 2008, también en un caso de estafa, aferrándose a la evidente legitimación registral de los condenados, concluye que los «autores llegan a poner la propiedad en situación de poder realizar la venta por apoderado, perfeccionándose la pérdida en una siguiente transmisión (a tercero) de buena fe» e irreivindicable a tenor del artículo 34 LH.

### *C) Concurrencia de buena fe del tercero adquirente*

En las hipótesis de negocios jurídicos realizados para estafar a otras personas y en las que el propio tercero hipotecario es parte en tales contratos, su buena fe debe aquilatarse al máximo, comprobarse exhaustivamente, de manera que no haya sombra de duda sobre su concurrencia, pero, una vez acreditada, la protección del tercero hipotecario debe ser total y definitiva, en aras, de nuevo, de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, de la eficacia del sistema registral y del propio juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. En el caso resuelto por la repetida STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, se reconoce que 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...». Es más, como también se recoge en la indicada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, la «connivencia (de los contratantes) con el condenado, para estafar a los propietarios

de los bienes inmuebles, fue finalmente descartada en la sentencia de instancia». Como señala el voto particular formulado contra la STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, 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». En este mismo sentido, por ejemplo, en sendos casos de estafa, el ya citado ATS, Sala Segunda, de 23 de mayo de 2008, concluye que los «autores llegan a poner la propiedad en situación de poder realizar la venta por apoderado, perfeccionándose la pérdida en una siguiente transmisión (a tercero) de buena fe» e irreivindicable a tenor del artículo 34 LH; y la STS, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2010, declara la irreivindicabilidad de los inmuebles litigiosos, pues habían sido enajenados «a terceros adquirentes de buena fe» (*ex art. 34 LH*).

Queda, pues, fuera de toda duda la buena fe de los terceros hipotecarios que confían en la legitimación registral de los poderdantes y, por ende, del apoderado, que tiene un poder general, notarialmente otorgado, para gravar y vender, por lo que procede, irremediabilmente, la protección del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, aun en contra de los legítimos intereses de los perjudicados, titulares registrales de los inmuebles comprometidos. Téngase en cuenta que lo mismo ocurre cuando el titular registral vende la finca, todavía registrada a su nombre, a un tercero, cuando ya no le pertenece por haberla vendido con anterioridad a otra persona en la que se reúnen el título y el modo, esto es, la propiedad del inmueble. Como manifiesta la ya aludida STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2010, esto puede «parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Por todo ello, cuando se acredite la mala fe del adquirente —que tiene a su favor, no se olvide, la presunción de que actuó de buena fe, conforme al artículo 34,2 LH—, no procederá el amparo derivado del principio de fe pública registral. En este sentido, por ejemplo, la indicada STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, en un supuesto de estafa consistente en que una madre y su hija lograron una fraudulenta declaración de heredero abintestato, logrando la inscripción de unas fincas que, posteriormente, vendieron a terceros, en perjuicio de los verdaderos propietarios, determinó la desprotección de un tercero adquirente, pues «este conocía que (los inmuebles) no pertenecían a las vendedoras», de manera que no se trata de un tercero hipotecario del artículo 34 LH, «la restitución es obligada y en su virtud procede declarar la ineficacia de los contratos celebrados». Asimismo, la también ya citada STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, relativa a un delito de estafa mediante contrato realizado por el estafador y el presunto tercero hipotecario, destaca «la concatenada sucesión de circunstancias harto elocuentes, que evidenciaban la mala fe del adquirente o, cuando menos, la ausencia de buena fe (antes de la inscripción de su derecho). Así, ... que la finca se vendió a Infime el día 3 de noviembre y por esta a Club el día 12 del mismo mes; que al tiempo de la escritura a favor de Club el representante (Rubén) de la vendedora Infime aún no figuraba como tal en el Registro Mercantil; que el día 12 aún no estaba inscrita la titularidad de Infime (aunque sí presentada la escritura para inscripción mediante asiento de presentación); que el precio de la compra era extrañamente ventajoso para Club; que se detectó una cierta prisa en acceder al Registro; que el día 23 (antes de la definitiva inscripción) el representante de Club, José Enrique, declaró como perjudicado en Comisaría y ya estaban entonces en prisión el tal Rubén su transmitente y otro...». Asimismo, en otro supuesto de delito de estafa, en la STS, Sala Segunda, de 30 de abril de 2012, el demandado

realiza una autocontratación, para la que no estaba autorizado, y con un poder revocado, y después vende a terceros, cuya «posición de buena fé (*sic*) es dudosa, dado... que los recurrentes actuaban profesionalmente en el negocio inmobiliario, y consta en el hecho que la propietaria originaria continuaba con el pago de los servicios del inmueble, impuestos etc., y con el cobro del arrendamiento. Esa realidad hubiera llevado a los recurrentes a conocer que el inmueble adquirido por ellos tenía un propietario anterior que seguía en su disfrute y asumiendo las cargas y a sospechar sobre su posición de tercero de buena fé (*sic*) en la adquisición de la vivienda». En la misma línea, la STS, Sala Segunda, de 30 de octubre de 2012, respecto del caso de un abogado en ejercicio, que se aprovechó de la confianza que en él habían depositado dos de sus clientes para inducirles a que le traspasasen la propiedad de sus bienes inmuebles, haciéndoles creer que las ventas respondían a operaciones simuladas destinadas a resolver sus acuciantes problemas jurídicos, y que les devolvería sus bienes posteriormente, lo que no hizo, traspasándolos a sociedades pantalla que controlaba a través de testaferros; en este supuesto, digo, el Alto Tribunal permite la restitución de los inmuebles a los perjudicados pues los adquirentes eran de mala fe por participar conscientemente en los negocios delictivos. Recientemente, la STS, Sala Segunda, de 24 de febrero de 2015, en un supuesto de estafa consistente en operaciones de venta que se hacían figurando como apoderados del vendedor personas que nunca lo habían sido, en ocasiones incluso con identidades falsas, se condena a la restitución de los inmuebles adquiridos por la concurrencia de mala fe en los compradores que las habían adquirido por la mitad de su valor; mientras que, por el contrario, se mantiene la irreivindicabilidad de las adquisiciones realizadas por terceros hipotecarios de buena fe, con los requisitos del artículo 34 LH.

*D) Supuesta aplicación del artículo 33 LH en esta sede de delito de estafa*

Dejamos en último lugar este requisito de la validez del título adquisitivo inscrito del tercero hipotecario porque, según la repetida y relevante —aunque errónea— STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, en esta sede de delito de estafa, es la clave para desvirtuar el juego del principio de fe pública del artículo 34 LH, en base a la aplicación del ya citado artículo 33 LH.

La comentada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, 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. De este modo, no sería aplicable el artículo 34 LH al tercero adquirente, sino el artículo 33 LH. El contrato realizado sería nulo, pues como señala la susodicha STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013 (siguiendo a la STS, Sala Primera, de 27 de marzo de 2007), el contrato «que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275 del Código Civil: 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 del Código Civil... 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... 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».

No comparto en absoluto estas argumentaciones del juzgador. De acuerdo con la doctrina civilista<sup>24</sup>, la causa ilícita del contrato, para serlo realmente y dar lugar a la nulidad del mismo, ha de ser compartida por ambas partes y dar sentido único al negocio. La causa objetiva del contrato celebrado existe, pues se trata de conceder un préstamo hipotecario a cambio de devolver el capital con el interés estipulado, en cambio, el motivo subjetivo de uno solo de los contratantes, el estafador, era burlar los derechos de sus representados, intención desconocida para los terceros hipotecarios y que en nada puede afectarles aquilatada al máximo su buena fe. También la jurisprudencia civil se ha manifestado en este punto desde hace mucho tiempo en el sentido de que cuando se pretende la nulidad del negocio por mala fe, fraude o abuso de derecho del transmitente, dichas circunstancias no trascienden al tercero de buena fe del artículo 34 LH, sin que quepa aplicar entonces el artículo 33 del mismo cuerpo legal sobre no convalidación de negocios nulos, pues si la causa de nulidad está relacionada con la mala fe, fraude, abuso de derecho del transmitente, el adquirente es tercero ajeno a esas circunstancias, y tiene plena aplicación el artículo 34 LH, como modalización del artículo 33 LH respecto a los terceros adquirentes de buena fe. Así, la STS, Sala Primera, de 24 de febrero de 1959 se refiere a un supuesto de una usufructuaria de unos bienes con facultad de disponer de los mismos en caso de necesidad, que apreciaría ella libremente, sin control ni fiscalización alguna, según el testamento, y dicha usufructuaria enajenó los bienes a unos terceros, con daño y perjuicio al derecho nudo propietario de los mismos bienes, sin estar necesitada del producto de la venta y con el solo fin o móvil de privar al nudo propietario de tales bienes por razones de enemistad surgida entre ellos. La sentencia recurrida había decretado la nulidad de los referidos contratos de compraventa, por haberse realizado con abuso de derecho por parte de la vendedora. Pero el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y casa la sentencia recurrida, entendiendo que «cuando los terceros sean ajenos a la voluntad torpe del titular del derecho y a su intención de dañar o perjudicar con el abusivo ejercicio de sus facultades, y concurren al negocio jurídico fiados en su normalidad externa, los derechos que adquieren son plenamente legítimos y exigibles y solo será dable al perjudicado promover el reconocimiento del daño de aquel que se lo causó»<sup>25</sup>. La STS, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1985 también consideró que «los móviles o motivos particulares pueden llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad... viniendo a constituir parte de aquella, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud..., como de su ilicitud..., siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes».

Obsérvese, además, que en el supuesto de venta hecha por el titular registral a un tercero de la finca registrada todavía a nombre de aquel, pero que ya no le pertenece por haberla enajenado con anterioridad a otra persona, que aún no ha inscrito su derecho, también hay un motivo ilícito —defraudar al nuevo propietario—, y, sin embargo, se protege la adquisición del tercero que cumple

todos los presupuestos exigidos por el artículo 34 LH. En esta línea, por ejemplo, la STS, Sala Primera, de 14 de julio de 1988, también se refiere a la mala fe del transmitente, en un supuesto de venta de cosa ajena, estableciendo que carece de trascendencia a efectos del artículo 34 LH, mientras no la tenga el adquirente, pues dice que «no exige el precepto (art. 34 LH), ni ello tendría sentido, la buena fe del transferente, pues aunque este sepa que enajena lo que no es suyo, en perjuicio de su verdadero dueño, el tercero que ignora tal circunstancia será protegido por el Registro»; y que «la carencia de buena fe en el transferente por conocimiento de que se le enajenaba lo que era de otra persona, no podía trascender a quien del mismo modo adquirió ignorando tal circunstancia».

En definitiva, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario propia del artículo 34 LH es una de las manifestaciones del principio constitucional de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9 CE. Así se pronuncia, de modo expreso, la STS, Sala Primera, de 20 de septiembre de 1993, cuando se refiere al principio de fe pública registral como «principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)». En la misma línea, la STS, Sala Primera, de 29 de enero de 1997, se refiere, en relación con un supuesto del artículo 34 LH, a «los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861, que son el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos», para así «favorecer la seguridad de los préstamos»<sup>26</sup>. Por todo ello, no puede desvirtuarse la aplicación del artículo 34 LH, por interferencia del artículo 33 del mismo cuerpo legal, en los casos en los que el tercero hipotecario no sea cómplice en el delito de estafa, de manera que los perjudicados tendrán acción contra el causante del perjuicio, pero no contra dicho tercero hipotecario, cuya posición jurídica será inmutable cumplidos escrupulosamente, repito, los presupuestos exigidos por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Así, la STS, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2010, en un supuesto de estafa en el que los inmuebles litigiosos habían sido enajenados «a terceros adquirentes de buena fe», solo se permite «indemnizar conjunta y solidariamente» el valor de las fincas a los perjudicados.

En esta línea, también ha sido constante la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así, ya la aludida STS, Sala Segunda, de 12 de mayo de 1997, resolvió el supuesto de un delito de estafa consistente en que una persona se hizo pasar por otra, exhibiendo un pasaporte falso, con lo que consiguió vender un apartamento ajeno a un tercero adquirente que cumplía todos los requisitos del artículo 34 LH. El Alto Tribunal impide que se produzca la nulidad de la venta realizada, dado que la operación realizada sobre el inmueble se había realizado «bajo garantía notarial y la fe pública registral» (expresión idéntica que acoge, posteriormente, la también STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999). Esta aludida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, establece que cuando se trata de «la adquisición de varias fincas mediante actos fraudulentos integradores de un delito de estafa, las consecuencias de la responsabilidad civil derivada del delito comprenden la restitución de estas fincas en cuanto jurídicamente sea posible con las declaraciones de nulidad precisas para la restitución; pero si la restitución no cabe, y se sustituye por una indemnización de daños y perjuicios, la efectividad de esta ya no exige tales declaraciones (de nulidad)... En tal caso de irreivindicabilidad la restitución no es posible como forma de responsabilidad civil según el artículo 111 del Código Penal, ni por tanto cabe declarar la nulidad de los contratos de adquisición, lo que resultaría incompatible con la inatacabilidad de la traslación dominical operada en ellos, quedando

sustituida la restitución como forma de responsabilidad civil por la consiguiente indemnización de daños y perjuicios». Por su parte, y en el mismo sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 2013. Una primera, la STS, Sala Segunda, de 7 de enero de 2013, relativa a un supuesto de condena por estafa a quienes lograron inscribir previamente una finca a su nombre, simulando una transmisión legal por un apoderado ficticio, entendió que la venta posterior de la finca a un tercero de buena fe era irreivindicable, de manera que no procedía la restitución del inmueble a los herederos de la víctima, sino únicamente la indemnización de los daños y perjuicios causados. En segundo término, la STS, Sala Segunda, de 23 de abril de 2013, solventó el caso de unos dueños de bienes inmuebles, hipotecados en garantía de un préstamo, que los agruparon e inscribieron como una finca distinta que, simulando una venta, donaron a un familiar cercano, quien, después de inscribir su derecho, la vendió a terceros. El Tribunal Supremo declaró la nulidad de la venta simulada —en realidad era una donación encubierta con la finalidad de defraudar a los acreedores hipotecarios—, y declaró probado el delito de estafa en perjuicio de dichos acreedores hipotecarios, que ya no podían cobrarse con los inmuebles hipotecados, pues la segunda venta del inmueble se «hizo a terceros en condiciones que la sentencia estimó como terceros hipotecarios y por lo tanto protegidos por la fe pública registral». Confirmando esta STS, Sala Segunda, de 23 de abril de 2013, que no resulta posible la nulidad de aquellos contratos «cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable, tratándose en este caso de unos nuevos adquirentes de los bienes que... han inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, gozando de la protección tabular».

*E) El posible juego del artículo 1305 del Código Civil en estas hipótesis*

Respecto de la aplicación en este supuesto del artículo 1305 del Código Civil, la STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, mantiene que el «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 artículo 6 3.º del Código Civil, estimando aplicable dicha nulidad aun cuando solo 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». En igual sentido, la ya indicada STS, Sala Segunda, de 13 de febrero de 2007, declara expresamente que si «el contrato de compraventa en el que se instrumentó la estafa (causa ilícita) es nulo, conforme al artículo 1305 del Código Civil... y así se declara en sentencia, no se nos alcanza a comprender cómo 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 y que el Registro no podría convalidar según el artículo 33 LH. La nulidad por la ilicitud de la causa sería de pleno derecho y con efectos *ex tunc*, al tratarse de una enajenación delictiva, en la que el tercer (*sic*) adquirente ha sido víctima de un delito (causa ilícita)» —yerra la sentencia, pues la verdadera víctima fue el titular inscrito—.

A mi juicio, no cabría distinguir, como hace el artículo 1305 del Código Civil, según que la ilicitud afecte a ambos o a uno solo, pues en este último caso —motivo o finalidad ilícitos para una parte, desconocidos para la otra y que no dan sentido al negocio—, el contrato sería válido y estaríamos fuera del campo de aplicación del precepto aludido. Es más, téngase presente que este artículo 1305 del Código Civil establece claramente que si «*solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes...el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado*», lo que implicará, necesariamente —por el principio de que donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros—, la subsistencia de las garantías hipotecarias prestadas en favor del tercero para hacer efectiva dicha reclamación que el precepto le reconoce. En este sentido, la fundamental y ya repetida STS, Sala Segunda, de 14 de diciembre de 1999, mantiene que en el delito de estafa no hay «cooperación necesaria al mismo por parte de quien en caso de ignorancia sería víctima del delito y no partícipe del mismo. Otra cosa sería la necesaria cooperación que, mediante la adquisición de lo que se sabe no pertenece a quien lo vende, pudiera prestarse a este y en concierto con él, en una operación defraudatoria en perjuicio del verdadero propietario».

F) *Referencia a la plausible justicia de la nulidad de los contratos realizados por el estafador*

Finalmente, en la trascendental y analizada STS, Sala Segunda, de 22 de mayo de 2013, el juzgador parece acudir a un criterio de equidad o de justicia en la aplicación de la nulidad a los contratos, en estos supuestos de delito de estafa, para proteger a los representados estafados, lo que comparte algún autor. En efecto, se mantiene que una solución contraria a la fijada por el Tribunal hubiera llevado a mantener los gravámenes hipotecarios y a un verdadero callejón sin salida para los estafados, titulares registrales de los bienes inmuebles gravados, dado que, si querían liberar sus bienes de las cargas hipotecarias, tendrían que devolver los préstamos a un interés aproximado de un 140,5% sobre el capital inicial incrementado en los intereses moratorios; algo, lógicamente, se dice, inasumible, desde la óptica jurídica<sup>27</sup>. En la misma línea, ya la STS, Sala Segunda, de 28 de febrero de 2006, ante la actuación negligente del notario autorizante de la escritura de venta —que, se dice, debería haberse dado cuenta del engaño— y el delito de estafa consumado por los condenados, considera que la «escritura debe ser anulada, por lo que el perjuicio causado no puede ser cargado sobre la vendedora ingenua sino que debe desaparecer de la realidad registral para adaptarse a la realidad extrarregistral con la consiguiente indemnización por parte de los condenados a la tercera adquirente».

Se olvida que la equidad —o la justa aplicación de las normas—, conforme al artículo 3,2 del Código Civil, «*habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*». Por tanto, a falta de norma expresa que lo autorice en este punto, no puede, a mi juicio, protegerse con la aplicación equitativa de las normas a una persona —por muy gravoso que sea el daño causado por el estafador—, frente a un tercero adquirente que cumple todos los requisitos del principio de fe pública registral contenidos en el artículo 34 LH, porque está en juego nada menos que la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario registral y la eficacia del sistema notarial y del Registro de la Propiedad, puntales de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario.

## V. CONCLUSIONES

Salvo alguna excepción, tanto en la jurisdicción civil como en la penal puede concluirse que:

I. Queda protegido el tercero hipotecario que cumpla todos los presupuestos del artículo 34 LH, a saber, confianza en la legitimación registral del disponente, adquisición válida, onerosa y de buena fe, e inscripción en el Registro de la Propiedad.

II. Confirmada la legitimación registral del disponente, aunque la registración derive de acto o contrato nulo o delictivo (*ex art. 33 LH*), se salvaguarda al adquirente de buena fe del artículo 34 LH, sin que haga falta una transmisión intermedia respecto de la que este sea verdadero tercero.

III. El anotante de embargo no es tercero hipotecario porque no ha adquirido con las condiciones del artículo 34 LH.

IV. El embargo no anotado no es oponible al tercero hipotecario del artículo 34 LH.

V. El deber general de restitución del inmueble litigioso no procede, tampoco en el delito de estafa, cuando el tercero lo haya adquirido de forma irreivindicable (*ex arts. 111, 2 CPe y 34 LH*).

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 31 de marzo de 2011
- Sentencia de 20 de julio de 2010
- Sentencia de 30 de abril de 2010
- Sentencia de 23 de abril de 2010
- Sentencia de 6 de marzo de 2009
- Sentencia de 18 de diciembre de 2008
- Sentencia de 20 de noviembre de 2008
- Sentencia de 8 de octubre de 2008
- Sentencia de 14 de mayo de 2008
- Sentencia de 5 de mayo de 2008
- Sentencia de 7 de septiembre de 2007
- Sentencia de 27 de marzo de 2007
- Sentencia de 20 de marzo de 2007
- Sentencia de 16 de marzo de 2007
- Sentencia de 5 de marzo de 2007
- Sentencia de 4 de noviembre de 2005
- Sentencia de 18 de diciembre de 2001
- Sentencia de 22 de septiembre de 2001
- Sentencia de 22 de junio de 2001
- Sentencia de 17 de febrero de 1998
- Sentencia de 9 de abril de 1997
- Sentencia de 29 de enero de 1997
- Sentencia de 14 de junio de 1996
- Sentencia de 10 de mayo de 1994
- Sentencia de 22 de abril de 1994
- Sentencia de 20 de septiembre de 1993



- Sentencia de 19 de noviembre de 1992
- Sentencia de 16 de febrero de 1990
- Sentencia de 14 de julio de 1988
- Sentencia de 30 de diciembre de 1985
- Sentencia de 16 de febrero de 1981
- Sentencia de 31 de enero de 1978
- Sentencia de 12 de junio de 1970
- Sentencia de 14 de diciembre de 1968
- Sentencia de 24 de febrero de 1959

#### SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 12 de mayo de 2015
- Sentencia de 24 de febrero de 2015
- Sentencia de 22 de diciembre de 2014
- Sentencia de 11 de junio de 2013
- Sentencia de 22 de mayo de 2013
- Sentencia de 23 de abril de 2013
- Sentencia de 7 de enero de 2013
- Sentencia de 20 de noviembre de 2012
- Sentencia de 30 de octubre de 2012
- Sentencia de 25 de mayo de 2012
- Sentencia de 30 de abril de 2012
- Sentencia de 1 de febrero de 2011
- Sentencia de 10 de noviembre de 2010
- Auto de 23 de mayo de 2008
- Sentencia de 13 de febrero de 2007
- Sentencia de 7 de julio de 2006
- Sentencia de 28 de febrero de 2006
- Sentencia de 19 de octubre de 2005
- Sentencia de 12 de noviembre de 2003
- Sentencia de 16 de junio de 2003
- Sentencia de 15 de octubre de 2002
- Sentencia de 27 de octubre de 2001
- Sentencia de 29 de diciembre de 2000
- Sentencia de 19 de febrero de 2001
- Sentencia de 14 de diciembre de 1999
- Sentencia de 23 de noviembre de 1998
- Sentencia de 12 de mayo de 1997
- Sentencia de 12 de julio de 1996
- Sentencia de 15 de febrero de 1995
- Sentencia de 13 de diciembre de 1991
- Sentencia de 15 de junio de 1990
- Sentencia de 20 de febrero de 1987
- Sentencia de 14 de julio de 1986
- Sentencia de 9 de mayo de 1986
- Sentencia de 14 de marzo de 1985
- Sentencia de 20 de noviembre de 1972

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. III, Derecho de Bienes, Madrid: Edisofer.
- CHICO ORTIZ, J. M.<sup>a</sup> (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario, I*, Madrid: Marcial Pons
- CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H: Comentario al artículo 1275 del Código Civil, <http://vlex.com/vid/231164>, (10/2/2016).
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: Comentario al artículo 1305 del Código Civil, <http://vlex.com/vid/232709>, (10/2/2016).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, III*, Madrid: Civitas.
- DOLZ LAGO, M. J. (2014). Posición del tercero hipotecario adquirente de buena fe ante una inscripción de su derecho real derivada de contrato nulo por delictivo, *Revista La Ley*, núm. 8367, 1-8.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, <http://vlex.com/vid/231978> (4/2/2016).
- (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, I*, Madrid: Civitas.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.
- MIR PUIG, S. (2009). Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18/2009, BIB 2009/731, 1-23.
- MONDÉJAR PEÑA, M.<sup>a</sup> I. (2005). Eficacia frente al embargo de la *traditio ficta* basada en un contrato privado. Comentario a la sentencia del TS de 12 de noviembre 2003. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 307-313.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1996). Comentario al artículo 111 del Código Penal. En: T. S. Vives Antón (dir.), *Comentario al Código Penal de 1995*, Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 594-626.
- MUÑOZ CUESTA, F. J. (2012). Algunas particularidades sobre la responsabilidad civil en delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, BIB 2012\1128, 1-18.
- ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario, II*, Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2006). La declaración de nulidad negocial en la jurisprudencia penal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, BIB 2006\2102, 1-36.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario, T. I*. Madrid: Reus.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). Delito de estafa y principio de fe pública registral. *Revista La Ley*, núm. 8502, 1-6.
- (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Revista La Ley*, núm. 7143, 6-13.
- (2009). *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.
- (2007). La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios. *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 67-118.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Id.*, VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. *Revista La Ley*, núm. 7143, 6-13, quien explica que el «principio de fe pública registral suple, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente ya inscrito», de manera que la «salvaguarda definitiva del tercero hipotecario aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos del principio de fe pública registral contemplados en el artículo 34 LH» (p. 7). Ya en La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 2007, p. 117, este mismo autor señalaba que el «Tribunal Supremo no puede olvidar que, tratándose de inmuebles inscritos, en estos supuestos es de preferente aplicación el artículo 34 LH y no el artículo 609 del Código Civil, precepto hipotecario que consagra una verdadera adquisición a *non domino*, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero...».

<sup>2</sup> El «tercero lo es, en todo caso, respecto a la causa de falta de legitimación civil del transmitente, por ser ajeno a ella, sin que sea aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, porque aquí no se trata de un supuesto típico de nulidad o anulabilidad del negocio, sino de un negocio válido pero ineficaz por falta de legitimación civil y eficaz para el tercero por la legitimación registral del transmitente, que aparece, según el Registro, con facultades para transmitir, a pesar de lo cual, se anula o resuelve su derecho por causas que no constan en el Registro, que es precisamente el supuesto típico del artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, <http://vlex.com/vid/231978>, p. 21).

<sup>3</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M.: *op. cit.*, p. 22.

<sup>4</sup> Para un estudio completo de los presupuestos derivados de este precepto, *vid.*, p. ej., VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters: «Para que la adquisición de titularidad jurídico-real llevada a cabo por tercero se haga inatacable por aplicación del artículo 34 LH —será «mantenido en su adquisición» concreta el precepto—, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el tercero protegido sea adquirente de la propiedad de inmuebles o de un derecho real limitativo del dominio de inmuebles; b) que dicha adquisición se realice de buena fe, esto es, desconociendo la divergencia existente entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; c) que el negocio adquisitivo se funde en un título oneroso, que no gratuito, presupuesto que se basa en el carácter excepcional de la adquisición a *non domino* que el artículo 34 LH supone, de ahí que el legislador exija también un sacrificio económico en el tercero adquirente; d) que el disponente o transmitente sea un titular inscrito, esto es, que el tercero registral debe adquirir de persona que, en el momento de la adquisición, aparece legitimado en el Registro para transmitir el derecho de que se trate; y e) que ese tercero inscriba, a su vez, su propia adquisición o adjudicación» (p. 95).

<sup>5</sup> Algún autor [SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T. I. Madrid: Reus, pp. 418-419], mantiene que el «concepto de tercero es, en efecto, privativo del Derecho Civil. Debe tenerse siempre presente que la Ley Hipotecaria no actúa con conceptos distintos, no crea por sí los conceptos jurídicos, sino que los recibe formados del Derecho Civil; por consiguiente, no existe un concepto de tercero en Derecho Hipotecario; el concepto será el mismo del tercero civil, sin ninguna alteración sustancial... Este concepto puramente civil del tercero es perfectamente aplicable en Derecho Hipotecario. Únicamente debe hacerse la salvedad de que el acto o contrato con referencia al cual se hace la determinación del tercero, ha de ser productor de efectos reales, ha de ser un acto traslativo de dominio o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles. El que no es parte en algún acto o contrato de esta naturaleza, es tercero». Destacando la nota de no ser parte, GARCÍA GARCÍA, J. M. (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid, Civitas, p. 53), define al tercero hipotecario o registral como «aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y

que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro». En esta sede también puede verse JIMÉNEZ PARIS, T. A. (2005). *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad.

<sup>6</sup> La STS, Sala Primera, de 22 de abril de 1994 negó la aplicación del artículo 34 LH porque en «el momento de esa adquisición (esto es, con independencia del posterior en el tiempo acceso en el Registro, ...) no podía ser una persona (el transmitente) que según la constancia del mundo registral, apareciese con facultades para transmitirlo»; la ya citada STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001 indicó que la «finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva a la fecha del contrato traslativo» y la aludida STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2007 habla de «haber adquirido de quien en el Registro de la Propiedad aparecía como titular registral con poder de disposición».

<sup>7</sup> Que dice: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada...».

<sup>8</sup> Para ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho Civil*, T. III, Derecho de Bienes, Madrid: Edisofer, p. 901), la «ley ha estimado que al que, aun confiando (obrando, pues, de buena fe) en lo que el Registro dice, adquirió un derecho sin dar por él nada a cambio, no debe ser protegido en su adquisición sino cuando la realidad extrarregistral también ampare a esta».

<sup>9</sup> La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 lo explicaría claramente: «Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente». SANZ FERNÁNDEZ, A. (op. cit., p. 427), explica que la «Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el preámbulo no por razones de carácter técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad: la necesidad de evitar un quebranto económico a aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten tener algún derecho sobre los bienes... Esta razón de equidad justifica cumplidamente el sistema legal».

<sup>10</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid: Montecorvo, p. 363.

<sup>11</sup> Vid., p.e., CHICO ORTIZ, J. M.<sup>a</sup> (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario, I*, Madrid: Marcial Pons; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, III*, Madrid: Civitas, p. 460; y ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario, II*, Barcelona: Bosch, p. 391. También, p.e., la STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2001, considera que la «finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva a la fecha del contrato traslativo».

<sup>12</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad...*, cit., p. 163. «En conclusión, la buena fe ha de darse hasta la tradición —real o instrumental o ficticia— para quien adquiere a domino (ex art. 609 del Código Civil), y hasta el acceso al Registro de la Propiedad para el adjudicatario a non domino (ex art. 34 LH)» (ibídem, p. 164).

<sup>13</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M.: Comentario al artículo 34 LH, cit., p. 29. Por su parte, MIR PUIG, S. (2009). Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18/2009, BIB 2009/731, p. 8, considera también que aunque «el artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece que la inscripción en el Registro no impide la nulidad que pudiera existir, como en enajenaciones simuladas o en connivencia con el deudor, el artículo 34 de la misma ley impide afectar a terceros registrales de buena fe».

<sup>14</sup> Sentencias, Sala Primera, de 14 de diciembre de 1968 («en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando, con reiteración que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón en cuanto a los

actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado, y solo atribuye preferencia sobre las obligaciones contraídas a las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación», 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 16 de febrero de 1990, 19 de noviembre de 1992, 10 de mayo de 1994, 14 de junio de 1996, etc.

<sup>15</sup> Tratándose de anotaciones de embargo caducadas, «para practicar la inscripción a favor del segundo adjudicatario es preciso que el inmueble litigioso siga a nombre del deudor ejecutado, siendo correcta la actuación del Registrador que permite la inscripción, pues la existencia de una anotación preventiva caducada no impide la registración. La falta de tracto sucesivo —por la existencia de inscripción a favor de persona distinta al ejecutado— sí que paralizaría la registración de la finca a favor de aquel rematante» (VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009). *Adquisición de la propiedad...*, cit., pp. 166-167).

<sup>16</sup> Aunque «la anotación preventiva de embargo no tiene un carácter constitutivo de la traba, su falta puede reportar consecuencias muy desfavorables para el acreedor, no solo en orden al alzamiento del embargo *ex* artículo 658 LECiv, sino también si oportunamente el adquirente alega y resulta apreciada su condición de tercer adquirente de buena fe *ex* artículos 32 y 34 LH» (MONDEJAR PEÑA, M.<sup>a</sup> I. (2005). Eficacia frente al embargo de la *traditio ficta* basada en un contrato privado. Comentario a la sentencia del TS de 12 de noviembre 2003. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, p. 313).

<sup>17</sup> SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2006). La declaración de nulidad negocial en la jurisprudencia penal. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, BIB 2006\2102, pp. 9-10; quien añade que el «derecho a ser indemnizado por el responsable civil de la infracción punible ha venido dando lugar a que se le considere un perjudicado por el delito y a que el Ministerio Fiscal ejercite en su nombre la acción de indemnizatoria que por lo común se reduce al valor del bien que debe restituir, en general inferior a la indemnización procedente por evicción, si no se aplica —que no se hace en el ámbito penal— el artículo 1478 del Código Civil al calcular el montante de la indemnización procedente».

<sup>18</sup> No «existe una doctrina única o exclusiva para determinar la responsabilidad civil nacida del delito para los delitos patrimoniales o socioeconómicos, sino que a estos se les aplicaran las normas al caso incluidas en la parte general del Código Penal, pero siendo evidente... que habrá múltiples singularidades a la hora de reivindicar la restitución, la reparación o la indemnización de perjuicios en el proceso penal, aplicándose las normas citadas y los criterios generales recogidos en la legislación civil, porque en todo caso la responsabilidad civil no pierde su naturaleza privada por el hecho de que sea reclamada en el proceso penal» (MUÑOZ CUESTA, F. J. (2012). Algunas particularidades sobre la responsabilidad civil en delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, BIB 2012\1128, p. 11). Para MONTÉS PENADÉS, V. L. (1996). Comentario al artículo 111 del Código Penal. En: T. S. Vives Antón (dir.), *Comentario al Código Penal de 1995*, Tomo I, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 589, lo «que persigue en primer término la acción nacida del hecho punible a cargo de los civilmente responsables es la restitución del mismo bien del que fue privada la víctima».

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>20</sup> «La declaración de nulidad en la sentencia penal requiere, de una parte, que todos los afectados por ella hayan sido parte en el procedimiento —o hayan tenido ocasión de serlo, en virtud del ofrecimiento de acciones típico de la instrucción sumarial— dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución española en cuanto impide que nadie pueda ser afectado por una resolución judicial sin haber podido defender su derecho» (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *op. cit.*, p. 18).

<sup>21</sup> Puede verse una aproximación a esta cuestión en VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). Delito de estafa y principio de fe pública registral. *Revista La Ley*, núm. 8502, pp. 1-6.

<sup>22</sup> Sigue diciendo esta sentencia que la «venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento es en principio una compraventa válida y lícita por razón del carácter meramente obligacional del contrato como *título* de adquisición del dominio, y ser la *traditio* a través de sus distintas formas el *modo* de adquisición. Esto permite a quien vende lo que al contratar todavía no es suyo adquirir la propiedad para transmitirla con la entrega posterior de la cosa, cumpliendo la obligación asumida. Ahora bien: ello exige para su licitud el conocimiento de la ajenidad

por parte del comprador, porque si el vendedor se atribuye falsamente una disponibilidad de la que en realidad carece, la venta se constituye en un engaño que el Código Penal ha tipificado como figura de estafa dentro de las defraudaciones, por la idoneidad que aquel representa para inducir al comprador a pagar el precio de lo que erróneamente cree adquirir».

<sup>23</sup> DOLZ LAGO, M. J. (2014). Posición del tercero hipotecario adquirente de buena fe ante una inscripción de su derecho real derivada de contrato nulo por delictivo, *Revista La Ley*, núm. 8367, p. 2, quien concluye que esta sentencia «resuelve con impecable lógica jurídica lo que se deriva de una correcta interpretación de las normas civiles y penales aplicables al caso...».

<sup>24</sup> CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H. Comentario al artículo 1275 del Código Civil, <http://vlex.com/vid/231164>, p. 9, sostiene que el «Tribunal Supremo reputa causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo escogido, el móvil, lícito o ilícito, admitido por los dos contratantes si es verdaderamente impulsivo o determinante del consentimiento»; y DELGADO ECHEVERRÍA, J. («Comentario al artículo 1305 del Código Civil», <http://vlex.com/vid/232709>, p. 2), razona que la «causa ilícita o torpe que impide la restitución, no se refiere al contrato o al negocio, sino a la atribución realizada, a la *datio*. Por ello puede afectar a una sola de las partes —mientras que la causa del contrato implica necesariamente a ambas—, y así se explica que la regla que niega la restitución de lo dado por causa torpe se encuentre también en Ordenamientos que desconocen el concepto de causa del contrato o del negocio, como el romano (de donde procede) o el alemán».

<sup>25</sup> *Vid.*, GARCÍA GARCÍA, J. M. (Comentario al art. 34 LH, *cit.*, p. 29), quien cita también a DÍEZ-PICAZO, en un comentario de este a la susodicha STS, Sala Primera, de 24 de febrero de 1959, en el Anuario de Derecho Civil, en el que se dice que: «La orientación de que cuando la venta se ha efectuado de mala fe, o sea, interviniendo dolo o abuso por parte del usufructuario, con la finalidad maliciosa de burlar los legítimos derechos o intereses del nudo propietario, podía ser impugnada por aplicación de la doctrina del abuso del derecho, aparecía ya recogida en sentencias de 10 de julio de 1902 y 1 de febrero de 1927 y en resolución de 22 de febrero de 1933... El Tribunal Supremo puntualiza ahora que dicha impugnación solo puede afectar a terceros cuando estos sean cómplices del abuso, pero no cuando sean de buena fe. Cuando el abuso se canalice a través de un negocio jurídico será necesario el conocimiento, al menos, por el tercero de esta finalidad abusiva que daña a la causa del mismo (cfr. art. 1275 del Código Civil)».

<sup>26</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M. (Comentario al artículo 34 LH, *cit.*, pp. 6 y 19), quien apostilla: «la prevalencia de la seguridad del tráfico inmobiliario sobre la mera seguridad estática del derecho subjetivo..., es consecuencia de la necesidad de que se produzca el mercado inmobiliario mismo, y de que lleguen los capitales necesarios al mundo inmobiliario, sea en forma de dinero para las adquisiciones, sea en forma de créditos para mejorar las explotaciones o para realizar inversiones».

<sup>27</sup> DOLZ LAGO, M. J. (*op. cit.*, pp. 3-4), quien añade que «la situación a que se abocaba a los estafados en relación con los préstamos, de seguir el criterio expuesto en el voto particular, no era asumible desde ninguna perspectiva hermenéutica coherente con principios jurídicos tan básicos como el proclamado en el artículo 6.3 del Código Civil que decreta la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas prohibitivas o imperativas, como son las normas penales. Ya desde el Derecho romano, se decía que *nullum est negotium nulla obligatio; nihil agitur nihil actum est* (Gayo)».