

EL TERCERO OBLIGADO A RESTITUIR LA COSA.  
ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL:  
DECLARACION DE NULIDAD DE TITULOS  
POR LA JURISDICCION PENAL E  
INDEMNIZACION DE DAÑOS (A propósito de la  
STC 278/1994, de 17 de octubre)

M.<sup>a</sup> ANGELES PARRA LUCAN  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

*SUMARIO:* I. LA STC 278/1994, DE 17 DE OCTUBRE (SALA 1.<sup>a</sup>). 1. La sentencia. 2. Algunas precisiones. 3. Delimitación de los problemas suscitados (y sólo en parte resueltos por el TC). II. POSICION JURIDICA DEL TERCERO AJENO AL DELITO PERO OBLIGADO A RESTITUIR. 1. La obligación de restituir y la declaración de nulidad de la compraventa. A) La obligación de restituir y el derecho a la tutela judicial efectiva. B) Objeto de la acción civil en el proceso penal. 2. La repetición a favor del tercero. A) El tercero obligado a restituir, ¿es un perjudicado por el delito? Ejercicio de la acción civil en el proceso penal. B) Ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal.

I. LA STC 278/1994, DE 17 DE OCTUBRE (SALA 1.<sup>a</sup>) (\*)

*1. La sentencia*

El 6 de octubre de 1986, el Ayuntamiento de Bell-lloc d'Urgell (Lérida) adquiere de don José Taixá una finca rústica que fue destinada a vertedero de basura de la población. La compra se formaliza en escritura pública pero no resulta claro del texto de la sentencia si llegó a inscribirse o no en el Registro de la Propiedad (sólo en el n.º 6 de los Antecedentes, al

---

(\*) BOE, de 22 de noviembre de 1994.

exponer las alegaciones del Ministerio Fiscal, y de pasada, se hace referencia al Ayuntamiento como "propietario y titular registral de la finca").

El 18 de marzo de 1993 se notifica al Ayuntamiento el Auto del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Lérida en que se le requiere a retirar las basuras depositadas en la finca que adquirió a don José Taixá en 1986, y a acondicionar el terrero en el estado en que se hallaba al adquirirlo. El Ayuntamiento interpone recurso de reforma solicitando personarse en las actuaciones y solicitando que le fuera dada vista de las mismas, pero el recurso es desestimado por Auto del Juzgado de 13 de abril de 1993.

El 24 de abril de 1993, en nombre y representación del Ayuntamiento, se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 14 de diciembre de 1992, dictada en apelación, en cuanto confirmaba el pronunciamiento del Juzgado sobre responsabilidad civil derivada de delito en causa seguida por falsedad y estafa. Se solicita la declaración de nulidad de las sentencias en las que se declara la responsabilidad civil, que se deje sin efecto la nulidad de la escritura de compraventa, así como el derecho a la indemnización que en dichas resoluciones se reconoce a su favor. Considera el actor que la resolución recurrida vulnera el art. 24 de la Constitución, por desconocer su derecho a la defensa, por más que se condenara al acusado y condenado por estafa (que le vendió la finca) a indemnizarle en una cantidad igual al precio de venta pagado en su día.

La Sala Primera del TC estima el recurso de amparo y declara la nulidad parcial de la condena civil del fallo de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, pero sólo en lo referente a la cuantía de la indemnización reconocida en favor del Ayuntamiento.

Es ponente de esta sentencia el magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

## *2. Algunas precisiones*

La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida es una sentencia penal, dictada en un proceso penal en causa sobre delitos de falsedad y estafa, pero que contiene pronunciamientos sobre aspectos civiles. En particular:

a) Declara la nulidad de una escritura de compraventa celebrada entre el condenado por estafa y un tercero (el Ayuntamiento), así como la obligación de este último de restituir la finca objeto del contrato en el estado en que se hallaba al adquirirla a su legítimo propietario.

b) Condena al acusado y condenado por estafa a indemnizar al Ayuntamiento en la cantidad de 1.150.000 pesetas, que es el precio pagado en su día por la compra de la finca (en realidad, también a su padre, pero no entro en este detalle por ser irrelevante a los efectos de este comentario).

Uno y otro pronunciamientos son llevados a cabo por el juez penal dentro del proceso civil acumulado que está previsto en nuestro ordenamiento. Se trata, como la doctrina ha dicho de la acumulación heterogénea de acciones que, por razones de conveniencia o de economía procesal, introdujo nuestro legislador (1). De forma tal que su objeto lo constituye, precisamente, una pretensión civil, aunque se atribuya competencia derivada o adhesiva a un órgano del orden penal para conocer de la misma (arts. 19 a 22, 101 a 111 y 117 CP; arts. 108 a 117 LECr).

A este respecto, importa insistir en que la sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario pone fin al recurso de amparo interpuesto contra una sentencia penal pero sólo en lo que se refiere al objeto civil. Como explica el apartado 1.º de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia, el objeto del recurso de amparo se circunscribe a la pretendida infracción del art. 24 de la Constitución por las resoluciones impugnadas, en la medida en que no se dio cuenta al Ayuntamiento de la pendencia de un proceso penal incoado contra los que, en su día, le vendieron la finca, obstaculizando el derecho a defenderse y a hacer alegaciones de quien, como adquirente y poseedor de la finca, podía quedar afectado por los resultados del proceso.

Por otra parte, las normas que establecen el contenido de la llamada "responsabilidad civil derivada de delito" son de Derecho civil. Su ubicación en el Código penal, explicable por razones históricas —fundamentalmente porque la codificación penal precedió a la civil (2)—, no debe inducir a confusión sobre su naturaleza o su contenido (3).

(1) AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923, t. I, pág. 595; GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1951, T. II. vol. 1, pág. 368; FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, pág. 17; MONTON REDONDO, en MONTERO AROCA y otros, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Barcelona, 1994, pág. 626; MORENO CATENA, en MORENO CATENA y otros, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, 1993, pág. 157.

(2) PACHECO, *Código penal, concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1848, pág. 295. GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, recogiendo a su vez la opinión de Vizmanos y Alvarez, critican la ubicación de estas normas en el Código penal (*Elementos del derecho civil y penal de España*, 5.ª ed., t. III, Madrid, 1855, págs. 74 y 75).

Lo cierto es que estas reglas se han mantenido, desde el CP de 1822, en los sucesivos Códigos promulgados (cuyos textos pueden ser consultados en BARRA DE QUIROGA, RODRIGUEZ RAMOS y RUIZ DE GORDEJUELA LOPEZ, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, 1988). Incluso el proyecto de Código penal de 24 de septiembre de 1994 contiene en sus arts. 102 a 122 unas reglas sobre "responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas" semejantes a las vigentes en el actual CP (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 77-1).

(3) Repitiendo argumentos similares, la opinión es común entre los procesalistas (por todos, GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10 ed., Madrid, 1987, pág. 93), los civilistas (por todos, DIAZ ALABART, *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, en ADC 1987, pág. 796) y los penalistas actuales (por todos, RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 17 ed., Madrid, 1994, pág. 1033).

En relación a la responsabilidad civil por los daños derivados de delito o falta, la doctrina ha insistido en que su fundamento no es el delito, sino el daño. Afirmación semejante debe hacerse, a lo que creo, en relación a la obligación de restituir la cosa objeto de delito: pese a lo dispuesto en el art. 19 CP (“*Toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente*”) la obligación de restituir recae en quien tenga la cosa, que puede no ser el responsable criminal (art. 102.II CP) (4). Además, la restitución procede siempre que la cosa no haya sido adquirida por un tercero con las condiciones previstas en las leyes para hacerla irreivindicable (art. 102.III CP) (5), y para fijar esas condiciones es preciso acudir a las normas de Derecho privado.

La razón que explica las escasas referencias doctrinales a la naturaleza de esta pretensión de restitución es doble (6). De una parte, la menor

---

(4) El art. 93 del CP de 1822, después de aludir al resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios derivados del delito, establecía: “*Del propio modo se hará en todos los casos la restitución libre de lo robado o sustraído, y la reparación de lo dañado, destruido o alterado, siempre que se pueda verificar.*” El precedente de este precepto era lo dispuesto en las *Partidas*: “*Otrosí decimos que los ladrones o los herederos dellos deben tornar la cosa furtada, con los esquilmos que pudiera llevar a su señor, e aun con todos los daños é menoscabos que le vinieren por razon de aquella cosa que le furtaron*” (L. 20, tít. 14, P. VII).

Es en el CP de 1848 donde, por primera vez, se hace referencia expresa a la obligación de restituir del tercero que tenga la cosa en su poder, aun cuando la hubiera adquirido por un medio legal. Esta regla, que se mantuvo ya en las sucesivas reformas de los Códigos penales, venía explicada por la doctrina en clave de sanción. Así, explicaba la regla GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA (en *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, Burgos, 1872, pág. 530): “*Ante el riguroso derecho del damnificado a ser cumplidamente reparado, inexcusable es que cedan todos los demás; a parte de que si en cada uno de los casos entráramos a hacer un minucioso análisis, raros serían los casos en que no halláramos, de parte de los tenedores de las cosas que habrían de restituirse, alguna culpa o descuido en averiguar la procedencia de ellas antes de adquirirlas; de todo se deduce, en último término, ser más justo que el perjuicio venga a recaer en ellos y no en quienes fueron víctima de las asechanzas de los malhechores.*”

(5) El art. 116 del CP de 1848, establecía como excepción a la obligación de restituir del tercero cuando éste “*hubiera prescrito la cosa, con arreglo a lo establecido por las leyes civiles*”. La regla se mantuvo en el CP de 1850, pero el CP de 1870 introdujo en el precepto equivalente (art. 122) una modificación, en el sentido de excluir la procedencia de la restitución “*el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable*”. La variación del texto se explica por la necesidad de amoldar el texto penal a las modificaciones operadas en el ordenamiento en materia de reivindicación: en particular, por la ley de 1861 sobre efectos al portador y en la ley hipotecaria de 1861, que introdujeron la posibilidad de que el adquirente de buena fe de una cosa hurtada o robada no se viera obligado a restituir la cosa, aun cuando no hubiera transcurrido el tiempo preciso para la prescripción (VIADA y VILESCA, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, 4.ª ed., t. I, Madrid, 1890, págs. 541 y 542).

(6) Los autores que hacen expresa referencia a la naturaleza de la “restitución” a que se refiere el art. 102 CP tampoco profundizan en la cuestión, sino que se limitan a

frecuencia con que se plantea ante los tribunales —no cabe duda de que, pese a la generalidad con que se introduce en el art. 101 CP, sólo procede en determinados delitos: hurtos, estafas...—. De otra, su posición sistemática en el ordenamiento, que casi la convierte en “tierra de nadie”: para los penalistas es “evidente” que la cosa sustraída por el delincuente debe ser devuelta a su dueño, y ésta es una regla de “responsabilidad civil” de la que no se ocupan, tanto por su “obviedad” como por su carácter civil; los civilistas no la estudian porque requiere el manejo de textos legales inusuales (CP y LECr), así como el análisis de la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que, después de todo, no es “doctrina legal”.

No cabe duda, sin embargo, de que la obligación de restituir la cosa prevista en el art. 102 CP como objeto de la “responsabilidad civil” derivada de delito no tiene su fundamento en el delito, y que si se permite al juez penal que se pronuncie sobre ella es por razones de economía procesal salvo renuncia o reserva expresa del perjudicado para ejercitarla después de terminado el juicio criminal (art. 112 LECr).

Hay varios argumentos que demuestran que la obligación de restituir prevista en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es consecuencia del delito. En primer lugar, y fundamentalmente, porque, como ya he dicho, condenado civil a restituir puede ser un tercero no responsable penalmente (art. 102.II y III CP); en segundo lugar, porque el juez penal puede pronunciarse sobre la obligación de restituir en supuestos en que la sentencia es absolutaria (art. 20.II CP: ejercicio de la acción civil en el proceso penal y sentencia penal absolutaria por concurrir alguna de las causas de exención citadas en el precepto, es decir, enajenación, menor de edad penal, alteración de la percepción, estado de necesidad); además, porque, aunque se paralice la causa criminal por rebeldía del procesado, se reserva a la parte ofendida la acción que le corresponda para la restitución de la cosa (art. 843 LECr) o, incluso, se contempla la posibilidad de que el juez, de oficio, proceda a la restitución a los dueños de los efectos o instrumentos del delito o las demás piezas de convicción pese al sobreseimiento (arts. 367, 634 y 635 LECr) o a la rebeldía de todos los

---

calificarla: para unos se trata, sin más, “del medio más sencillo de reparar civilmente el mal ocasionado” (GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *op. cit.*, pág. 185; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, Murcia, 1947, pág. 369; QUINTANO RIPO-LLES, *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Madrid, 1946, pág. 445) mientras que para otros se trata de una acción reivindicatoria (L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, pág. 384; GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, pág. 319; *Acción civil. El tercero obligado a restituir es perjudicado por el delito. Código penal*, arts. 102, párrafos 2.º y 104, en RDPr. 1950, pág. 83).

procesados (art. 844 LECr) si no son reclamados por un tercero que ejercite la acción civil.

En definitiva, no resulta difícil aceptar que el fundamento y finalidad de la obligación de restituir prevista en el art. 102 CP es la defensa de la propiedad y que su naturaleza es civil, por cuanto ni es sanción del delito ni tiene carácter represivo.

Más compleja resulta sin embargo, como se pondrá de manifiesto en este comentario, una serie de cuestiones que se plantean a la vista de la interpretación y aplicación por la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Supremo del mencionado precepto:

— En primer lugar, la propia determinación de los supuestos en los que procede esta “restitución” (en hurtos, estafas, pero también en alzamientos de bienes, cuando producida, por ejemplo, la simulación de un contrato, se ordena por el juez penal reintegrar los bienes enajenados al patrimonio del propio condenado, de donde salieron indebidamente, en concepto de una especie de “restauración económica” del “orden jurídico” alterado por el delito).

— En segundo lugar, la posibilidad de que, al amparo del art. 102 CP el juez penal tenga competencia para declarar la nulidad de contratos, escrituras públicas e inscripciones registrales realizadas en el marco del delito enjuiciado. Ejercitada la acción civil solicitando la restitución de la cosa, la jurisprudencia penal no tiene inconvenientes en extender su pronunciamiento sobre “responsabilidad civil” a este ámbito incluso de oficio (haciendo uso de las “facultades” que le concede el art. 742.II LECr que, en realidad, se limita a ordenar que la sentencia resuelva “todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto de juicio”) y prescindiendo de los presupuestos y requisitos que, para obtener el mismo resultado se derivarían de la aplicación de otros preceptos (en función, por ejemplo, de que el actor civil en el proceso penal sea o no parte del contrato impugnado, de la legitimación para pedir la nulidad, de las diferencias de régimen entre nulidad y anulabilidad según el vicio de que adolezca el contrato...).

— Finalmente, las relaciones de esta obligación de restituir del art. 102 CP con otros supuestos semejantes en los que se hace referencia a la obligación de restituir o en relación a los cuales se deduce que sólo es posible la restitución de la cosa al propietario a través del ejercicio de una acción reivindicatoria (arts. 1897, 1295, 1302, 1305 y 1307 CC). En particular, cuando se observa que algunos casos resueltos por la jurisprudencia civil *parecen* revelar una conducta delictiva y sin embargo no ha habido una actuación penal (por ejemplo, en las hipótesis de doble venta y de venta de cosa ajena).

### 3. Delimitación de los problemas suscitados (y sólo en parte resueltos por el TC)

A) *¿Es necesario demandar al tercero obligado a restituir la cosa objeto de delito?* Si se repara en los procedimientos civiles contenidos en la sentencia recurrida en amparo y que he resumido en el apartado anterior, se observará que el primero de ellos condena al Ayuntamiento a devolver la finca a su legítimo propietario. De este último se dice en la sentencia que era "causahabiente de un propietario anterior". No se aclara sin embargo cuál es el supuesto concreto calificado como estafa encuadrable en el art. 531.I CP (7). En cualquier caso, no cabe duda de que ese "legítimo dueño" a quien el Ayuntamiento debe restituir la finca adquirida a don José interpuso querrela por estafa contra este último, por lo que se trata del acusador particular (ejercita la acción penal, arts. 101 y 270 LECr) *stricto sensu* (es ofendido por el delito) y al mismo tiempo actor civil (ejercita la acción civil *ex delicto*, art. 104 CP) (8).

El contenido de esa acción civil comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (art. 101 CP). Según el art. 102 CP la restitución incumbe a cualquiera que tenga la cosa en su poder: también al tercero que la haya adquirido por un medio legal ("salvo su repetición contra quien corresponda"), a menos que "el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable".

De esta forma, el agraviado por el delito ("el legítimo propietario"), al ejercitar la acción civil solicita la devolución de la cosa objeto de la estafa (la finca de su propiedad) vendida por el estafador a un tercero. Ese ter-

---

(7) El precepto se refiere, en su párrafo 1.º, a quien "fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare" y en su párrafo 2.º a quien "dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado". Con anterioridad a la Reforma del CP de 1983 el art. 531 sólo se refería a quien *fingiéndose dueño*. Ahora resulta necesario delimitar los casos que están comprendidos en el párrafo 2.º sin que se produzca el supuesto del párrafo 1.º. Con anterioridad a la reforma HUERTA TOCILDO estudió sistemáticamente los distintos supuestos a los que se califica de estafa en *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980. Tras la reforma, *vid.* CASTIÑEIRA PALOU, CORCOY BIDASOLO y SILVA SANCHEZ, *La reforma del art. 531 del Código penal (Ley Orgánica 8/1983)*, en la Ley, 1985, págs. 1142 y ss.; BAJO FERNANDEZ, PEREZ MANZANO y SUAREZ GONZALEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 333 y ss. Entre los supuestos que se admite que resultan subsumibles en el art. 531.I CP pueden señalarse los siguientes: enajenación en escritura pública, o seguida de tradición, y posterior venta a otra persona; enajenación de cosa inexistente o sobre la que el autor no ha ostentado nunca la propiedad.

(8) Un análisis claro y detallado de las partes en el proceso penal en MUERZA ESPARZA, en ANDRES DE LA OLIVA y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1993, págs. 132 y ss.

cero que tiene la cosa en su poder (el Ayuntamiento en este caso), sin ser autor del delito, puede verse condenado a restituir la cosa si no logra demostrar su irreivindicabilidad. Dentro del proceso civil acumulado, puede llegar a ser condenado como “responsable civil”. Desde este punto de vista, parece necesaria su presencia en el proceso, y la Ley Procesal exige su individualización para darle traslado de los escritos de calificación (arts. 650.II.2 y 652 LECr), pues de lo contrario se produciría indefensión (art. 24 CE).

B) *El obligado a restituir, ¿es un perjudicado por el delito?* Aceptando la procedencia de la condena a restituir la finca por el Ayuntamiento, queda pendiente otra cuestión. Es la relativa a si ese tercero, obligado a restituir (responsable civil, pero no criminal) es un perjudicado por el delito en el sentido del art. 104 CP cuando establece, en su párrafo 1.º que “la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito a un tercero”.

La sentencia del Juzgado, confirmada por la Audiencia, objeto del recurso de amparo ante el Constitucional entiende, en la línea mantenida por la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS, que el Ayuntamiento es un perjudicado por el delito y que, por tanto, la acción de repetición contra el vendedor condenado por estafa —art. 102.II *in fine* CP: “Salvo su repetición contra quien corresponda”— puede ejercitarse dentro del proceso penal. De forma tal que ésta sería una segunda acción civil en la que el Ayuntamiento figuraría, no como demandado al que se le requiere la restitución de la cosa, sino como demandante que solicita la reparación de los daños que le ha ocasionado el delito y, en particular, precisamente, la mencionada restitución.

Y, desde este punto de vista, el TC sí estima el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento contra las sentencias penales que condenaron al procesado a devolverle la cantidad recibida en virtud del contrato de compraventa por el solar. En el caso concreto, y conforme a lo dispuesto en el art. 108 LECr, fue el Ministerio Fiscal quien ejercitó esta acción civil, sin que previamente se hiciera al Ayuntamiento, por parte del órgano judicial, el oportuno ofrecimiento de acciones a que se refiere el art. 109 LECr, cuando sus datos constaban en el expediente.

El dato alegado por el Ayuntamiento de que sólo la tarea de retirar los residuos depositados en la finca durante el tiempo que estuvo destinada a vertedero municipal supone un gasto superior a la indemnización concedida parece ser relevante en la interpretación del TC. Es cierto, desde luego, como dice el TC, que al perjudicado debe dársele la posibilidad de acreditar los daños sufridos y su alcance, y que si no se le da esta oportunidad se está violando el acceso al proceso y el derecho a la defensa de sus intereses. Pero, y prescindiendo de que esa violación se ha producido ya

previamente en el ejercicio de una acción civil en la que ha sido condenado a restituir la finca que adquirió sin ser demandado, se dejan planteados otros problemas.

Así, por ejemplo, ¿se produce indefensión en todos aquellos supuestos en que, ante las dificultades que puede suscitar la identificación de los perjudicados en las hipótesis, por ejemplo, de fallecimiento, el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de la obligación que le impone el art. 108 LECr, solicita una suma indemnizatoria para sus "herederos"? Es cierto que, en el caso concreto, los datos referidos al Ayuntamiento eran conocidos por el Juzgado desde el momento de la presentación de la querrela, puesto que la estafa se cometió a través de una venta en la que actuó como comprador. Pero, si se entiende producida la indefensión por no haber podido acreditar los daños efectivamente sufridos por el perjudicado por el delito, ¿significa ello que, en general, deberán extremarse las diligencias de la oficina judicial encaminadas a identificar en cada caso a los perjudicados por cada delito, ante la eventualidad de que con posterioridad aleguen indefensión por parte de la sentencia que les conceda una indemnización inferior a la que ellos estimen?

La cuestión, en definitiva, como expondré más adelante, remite al doble aspecto del ejercicio de oficio por parte del Ministerio Fiscal de la llamada responsabilidad civil por delito, así como a la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria respecto a las acciones civiles ejercitadas, o que se pudieron ejercitar, tanto por los perjudicados como por el Ministerio Fiscal.

## II. POSICION JURIDICA DEL TERCERO AJENO AL DELITO PERO OBLIGADO A RESTITUIR

### *1. La obligación de restituir y la declaración de nulidad de la compraventa*

#### A) La obligación de restituir y el derecho a la tutela judicial efectiva

La acumulación del proceso penal y del proceso civil en un único procedimiento, cuya competencia se atribuye al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal, no debe hacer olvidar que, junto a la penal por estafa, se ha ejercitado una auténtica acción civil, encaminada a obtener la restitución de la finca enajenada. Lo cual significa que, junto a las partes del proceso penal, existen unas partes en el proceso civil acumulado que, como sucede en el caso concreto, no coinciden con aquéllas en su totalidad. En particular, desde el punto de vista pasivo, el obligado a restituir no es el imputado-acusado en el proceso penal, sino un tercero

no responsable penalmente, que deberá ser demandado y convertido en auténtica parte civil para poder ser condenado.

En el caso concreto que da pie a la sentencia objeto de este comentario entiendo que es evidente la indefensión del Ayuntamiento, a quien se ha negado toda posibilidad de defensa, impidiéndole comparecer en un proceso en el que tan directamente se ven implicados sus intereses. En primer lugar, se condena al Ayuntamiento a restituir al querellante la finca que adquirió del condenado criminalmente, sin darle la oportunidad de demostrar que, quizás se encontraba en la situación a que se refiere el tercer y último párrafo del art. 102 CP, según el cual no procede la restitución (y se entiende que queda a salvo la acción de indemnización contra el delincuente) “en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable”. En segundo lugar, aunque de este aspecto me ocuparé específicamente en el apartado siguiente, se declara la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre el condenado por estafa y el Ayuntamiento, sin que éste haya intervenido en el proceso.

Ya he dicho antes que la STC no proporciona los datos suficientes para analizar si, por ejemplo, por aplicación del art. 34 LH, el Ayuntamiento debía ser mantenido o no en su adquisición. Pero el detalle da igual, porque el recurso de amparo no es una instancia en la que el TC deba decidir si procede la restitución. No es necesario, ni debe —ni puede— tampoco, analizar si el recurrente tendría o no la obligación de restituir para concluir, en caso afirmativo, que se ha producido indefensión. La vulneración del derecho fundamental establecido en el art. 24 CE tiene lugar desde el momento en que se niega por el juez penal al Ayuntamiento la oportunidad de comparecer para defenderse.

El TC, sin embargo, no se manifiesta en los términos expuestos y, al dar por supuesto que la condena por estafa lleva aparejada automáticamente la “restitución de la cosa” no declara la nulidad de la condena civil del fallo de las sentencias impugnadas en lo referente a la restitución de la finca e ineficacia de la escritura de compraventa. No es que el TC desestime la pretensión del Ayuntamiento en este sentido. En realidad [infringiendo su propia doctrina sobre la aplicación del art. 24 CE: incongruencia por omisión de pronunciamiento como violación del derecho a la tutela judicial efectiva (9)] parece no considerar necesaria la referencia a la cuestión expresamente planteada en el

---

(9) Para una exposición sistemática de la jurisprudencia del TC en relación al art. 24 CE: PULIDO QUECEDO, *La Constitución española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1993, págs. 537 y ss.; G. JIMENEZ-BLANCO en A. JIMENEZ-BLANCO y otros, *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, págs. 236 y ss. Una exposición de la jurisprudencia constitucional sobre incongruencia omisiva o incongruencia por omisión de pronunciamiento en DE LA OLIVA, en la obra junto a M. A. FERNANDEZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1994, pág. 166.

recurso de amparo. Posiblemente, dejándose llevar por la idea (implícita en el razonamiento del TC) de que la llamada “responsabilidad civil derivada del delito” equivale a indemnización de daños y suponiendo, equivocadamente, que la obtención de una suma más elevada elimina cualquier otro interés.

La necesidad de demandar al sujeto que tenga en su poder la cosa objeto del delito para poder obtener su condena se muestra como una exigencia de los principios procesales de audiencia, contradicción y derecho de defensa que, además, están cobijados bajo el rótulo “derecho a la tutela judicial efectiva” que proclama nuestra Constitución en su art. 24 (10). Por aplicación de este derecho fundamental parece evidente que cualquier clase de “responsable civil” necesariamente debería asumir la condición de parte civil a todos los efectos para poder ser condenado. Incluido, por tanto, el tercero obligado a restituir. Creo que, al no entenderlo así, la STC 278/1994 debe ser objeto de crítica.

El propio TC, expresamente para el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delito y, en relación al seguro voluntario, ha sostenido que la entidad aseguradora sólo podrá ser condenada si ha podido actuar como verdadera parte. Se mantiene, en cambio, que a las entidades que tienen concertado un seguro obligatorio (obligación *ex lege*) la propia ley las excluye como parte en el proceso penal, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación a su obligación de afianzar (art. 784.5.ª LECr y STC 57/1991, de 14 de marzo; la STC 4/1982, de 8 de febrero, afirma que hubo indefensión en la condena a indemnizar al responsable civil subsidiario — Fondo de garantía, obligación legal— cuando no fue requerido para afianzar). En definitiva, y esto no sé si es muy razonable, la entidad aseguradora, en virtud del seguro obligatorio, puede ser condenada sin ser oída. Por el contrario, la exigencia de la responsabilidad derivada del seguro voluntario requiere, incluso para la fianza (art. 615) petición del actor civil, por lo que a la entidad hay que convertirla en parte civil a todos los efectos para que pueda ser condenada (STC 43/1988, de 20 de febrero).

#### B) El objeto de la acción civil en el proceso penal

En las líneas anteriores se ha venido haciendo referencia, como de pasada, a la declaración por parte del Juzgado y de la Audiencia de la nulidad de la escritura de compraventa otorgada entre el condenado por estafa y el Ayuntamiento. Son complejos los problemas que plantea la declaración de nulidad de contratos por un juez penal, presentada en ocasiones aparentemente como una consecuencia más del hecho delictivo, y casi como exigencia de la condena a restituir la cosa.

---

(10) *Vid. DE LA OLIVA*, en la obra junto a M. A. FERNANDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1994, pág. 206.

En primer lugar, es preciso preguntarse hasta dónde alcanza la competencia del juez penal en materia de "responsabilidad civil derivada del delito". En particular, si puede declarar la nulidad de contratos, sin que la ley se lo permita expresamente, como una consecuencia "natural" unida a la condena a restituir la cosa. En segundo lugar, y en la línea argumental suscitada por la sentencia del TC objeto de este comentario, conviene insistir en la ineludible aplicación del principio consagrado en el art. 24 CE que, por lo que ahora importa, requeriría la presencia en el proceso de todos los interesados en esa declaración de nulidad: desde luego, la de los intervinientes en el negocio que se ataca como nulo.

a) *La declaración de nulidad de un negocio jurídico como contenido de la "responsabilidad civil" derivada de delito.* Con carácter general, la doctrina procesalista que se ha pronunciado sobre la competencia del juez penal para declarar la nulidad de contratos y de inscripciones en los registros públicos se ha inclinado por la negativa (11). Parece claro que tales declaraciones de nulidad no se integran en la responsabilidad civil derivada de delito, y que se trata de pronunciamientos sobre consecuencias civiles del hecho delictivo distintas de la "restitución", "reparación" o "indemnización" (arts. 101 CP y 108 LECr) sobre las que la ley sí atribuye competencia al juez penal.

La jurisprudencia de la Sala 2.ª TS, sin embargo, ha venido defendiendo que la declaración de nulidad de los negocios jurídicos que fueron el instrumento válido para la acción fraudulenta e, incluso, la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, son la forma de responsabilidad civil dimanante del delito de alzamiento de bienes. Se niega, en cambio, la posibilidad de que los acreedores obtengan en la vía penal la efectividad de su crédito, el pago de lo que se les debe. Es decir, se excluye que forme parte de la responsabilidad civil derivada de delito en estos casos el montante de la obligación que el deudor quería eludir, porque se entiende que esa obligación no nace de delito, y es preciso reclamarla en la vía civil. En el delito de alzamiento de bienes el perjuicio vendría integrado, según esta doctrina, por la alteración delictiva del orden jurídico civil, y la función del juez penal es, en estos casos, reintegrar al patrimonio del deudor los bienes que indebidamente salieron del mismo, para que la situación de su caudal quede en el mismo estado que tenía antes de perpetrarse el delito. Esa reintegración se lleva a cabo, precisamente, a través de la declaración de nulidad de los actos de transmisión (STS, 2.ª, de 16 de noviembre de 1971, 4 de noviembre de 1981, 11 de junio de 1984, 14 de marzo de 1985, 25 de junio de 1985, 9 de mayo de 1986 y 26 de marzo de 1993).

---

(11) GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la LECr.*, t. II, vol. 1, pág. 353; *Derecho procesal penal*, pág. 73; *La acción civil del delito*, págs. 185; FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1960, t. I, págs. 428 y ss.; FONT SERRA, *La acción civil*, págs. 19 y ss.

Los pronunciamientos sobre declaración de nulidad, como modalidad integrante del concepto global de responsabilidad civil en los delitos de alzamiento de bienes: a) formalmente se cobijan en las facultades que concede al tribunal de lo penal el art. 742.II LECR, según el cual, en la sentencia penal se resolverán todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil objeto del juicio; y b) sólo se excluyen si “los bienes han sido enajenados en condiciones de irreivindicabilidad” (STS, 2.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 1988).

De forma similar, en los delitos de estafa, del tipo del que da pie a la STC 278/1994, objeto del presente comentario, la Sala 2.<sup>a</sup> declara la procedencia de un pronunciamiento sobre la nulidad de escrituras inscritas en el Registro de la Propiedad, en los casos en que se solicite la restitución de la cosa, tanto por el actor civil como por el Ministerio Fiscal, en aplicación de los arts. 101 y 102 CP. Es decir, la declaración de nulidad se produce como una exigencia de la “restitución” de la cosa, esto es, por vía de “responsabilidad civil”, sobre la que sí existe competencia del juez penal (STS, 2.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 1972 y 4 de abril de 1992).

Sin embargo, resulta bastante dudosa, a mi juicio, la competencia del juez penal para pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones de derecho civil relacionadas con la producción de un delito. La doctrina jurisprudencial expuesta, en ausencia de una atribución legal de competencia, responde más al deseo de la Sala 2.<sup>a</sup> de hacer justicia que a la aplicación de la estricta legalidad (art. 9 LOPJ). Porque, en efecto, es difícil de encajar en el concepto de “restitución de la cosa” las declaraciones de nulidad de contratos y, en general, la “restauración del orden jurídico civil alterado” (12).

En ocasiones, se hace referencia por parte de los tribunales a la necesidad de que las declaraciones judiciales de nulidad sean solicitadas por el actor civil o por el Ministerio Fiscal. Pero, hasta tal punto se vinculan por la jurisprudencia penal las declaraciones en cuestión a la restitución de la cosa que, requerida ésta, se procede a un pronunciamiento sobre la nulidad con independencia de que haya sido solicitada.

La declaración de nulidad de títulos por parte de la jurisprudencia penal sugiere, a su vez, otros problemas que sólo pueden ser apuntados en este comentario. Especialmente difícil es el relativo al Derecho que aplica el juez penal. No existen normas específicas que regulen en el

---

(12) Contra CASTEJON que, a partir de los arts. 101 y 102 CP extrae un “principio restitutorio” que permite al juez penal enjuiciar, junto a la restitución de la cosa la “restitución jurídica”, entedida como “recolocación de los derechos *ut antea*, es decir, en la forma, situación o disposición en que se encontraban cuando fueron objeto del ataque criminal”. Argumentando, equivocadamente, sobre la distinción entre “reparación del daño” e “indemnización” entiende este autor que, incluso, invocando la primera cabría “remediar la lesión jurídica, devolviendo el derecho de que se desposeyó al ofendido” (*La declaración de derechos civiles en la sentencia penal*, en RJC 1945, págs. 20 y 21).

Código penal la materia relativa a la eficacia e invalidez contractual (a diferencia de lo que sucede, como es sabido, en relación a la obligación de indemnizar los daños regulada en los arts. 20 a 22 CP, cuyo régimen es distinto del previsto en los artículos correspondientes del CC). El juez penal, sin embargo, no aplica las disposiciones del CC sobre nulidad o anulabilidad de los contratos —y posiblemente en la mayoría de los casos ni concurren los presupuestos necesarios para aplicar tal régimen ni puede deducirse el efecto de la restitución exigida por un tercero que no fue parte en el contrato (13)—. La declaración de nulidad se anuda automáticamente a la obligación de restituir cuando la cosa no se ha hecho “irreivindicable” [art. 102.III *in fine* CP], pero se prescinde de todo análisis relativo a la modalidad de invalidez, a la presencia o no de los requisitos contractuales (14). Podría decirse que la jurisprudencia penal considera que si el contrato se ha celebrado en el marco de un delito, necesariamente ha de calificarse como de ilegal o ilícito, y debe negársele la producción de cualquier efecto (“la consecuencia de constituir la escritura de fecha X el vehículo o instrumento para la comisión del delito de estafa es su ilicitud y consiguiente nulidad”: STS, 2.ª, de 4 de junio de 1993).

No es ésta, sin embargo, la consecuencia que, de forma unívoca, se extraería en el orden civil. Ya he señalado que, de los datos ofrecidos por la STC, no puede afirmarse con seguridad el supuesto de hecho del caso concreto. La enajenación al Ayuntamiento por el condenado “fingiéndose dueño” de la finca (art. 521.I CP) hace pensar, sin embargo, en un supuesto de venta de cosa ajena, del que no suele mantenerse que sea un contrato con causa ilícita, ni un contrato carente de objeto, lo que sí daría lugar a la nulidad absoluta (15). En la vía civil la anulabilidad de ese contrato, en su caso, sólo podría solicitarla el Ayuntamiento, alegando error —es discutible si el art. 1266 CC cubre este supuesto—, o dolo (arts. 1269 y 1300 y ss. CC). Pero tampoco parece que hubiera sido éste el interés perse-

(13) En la doctrina, aunque sin entrar a analizar el régimen contenido en los arts. 1300 y ss. CC, pero dando por supuesto directamente que no pueden ser otras las reglas aplicadas por la jurisprudencia de la Sala 2.ª, CORDOBA RODA, *Art. 102 del Código penal*, en la obra junto a RODRIGUEZ MOURULLO; DEL TORO MARZAL y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1972, págs. 570 a 572.

(14) Sobre el régimen de los arts. 1300 y ss. CC son fundamentalmente los distintos trabajos de DELGADO ECHEVERRÍA y, en particular, por su mayor detalle, sus comentarios, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVII, vol. 2, Madrid, 1981.

(15) Son conocidas las divergencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a la doble venta y a la venta de cosa ajena. Deben consultarse los comentarios a la compraventa de GARCIA CANTERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, 2.ª ed., Madrid, 1991) y los trabajos de RODRIGUEZ MORATA (*Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990), y de RUBIO GARRIDO (*La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994).

guido por el Ayuntamiento, sino más bien el contrario, el de mantener la validez de su compra. El tercero en el contrato —el querellante-actor civil— no estaría legitimado para impugnar la validez de esa compraventa. Otra cosa es que, en la vía civil, el tercero ejerciera la acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento (16) y éste, privado de la cosa, ejercitara la acción de saneamiento por evicción contra el vendedor (art. 1475 CC), reclamando la indemnización a que se refiere el art. 1478 CC.

De esta forma, la restitución ordenada por el juez penal al amparo del art. 102 CP, unida a la declaración de nulidad del título del obligado a restituir, recuerda la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre ejercicio de la acción reivindicatoria, en la medida en que se establece, como regla general, la exigencia de solicitar también la declaración de nulidad el título del demandado. Este criterio admite excepciones como son, por lo que ahora interesa, los casos en que el ejercicio de la acción reivindicatoria “lleva claramente implícita la petición de nulidad del contrato o cancelación del correspondiente asiento registral, y no puede ser causa de que por razón de error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta; el art. 359 LEC no es tan absoluto ni tan rígido que impida a los órganos judiciales hacer las pertinentes declaraciones cuando los pactos y cláusulas que integran el contrato sean manifiestamente contrarias a la moral o ilícitos, ya que ello conduciría a que como consecuencia del silencio de las partes, los tribunales pudieran en sus fallos apoyar actos o hechos injustos o hasta delictivos” (STS, 1.<sup>a</sup>, 17 de julio de 1993 y 18 de mayo de 1994, con cita de otras anteriores).

b) *Legitimación pasiva*. La procedencia, en su caso, de la declaración de nulidad de un contrato por parte del juez penal exige la presencia en el proceso de todos los sujetos que fueron parte del contrato. Vuelve a plantearse aquí otra vez el principio de audiencia, contradicción de parte, el derecho a la defensa y, en definitiva, la aplicación del art. 24 CE. La sentencia de la Audiencia que confirmó la del Juzgado no sólo condena al Ayuntamiento a restituir, sino que, además, declara la nulidad de una escritura en la que intervino como comprador. También en este punto el Ayuntamiento debe ser considerado como un interesado, al que afecta la decisión del tribunal. Ejercida la acción civil por el quere-

---

(16) Recientemente, apuntan problemas sobre la distinción entre el ejercicio de la acción de restitución derivada de la nulidad contractual y la reivindicatoria, cuando el demandado ostenta un título y se pide su invalidez, VALPUESTA FERNANDEZ (*Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba. Estudio jurisprudencial*, Valencia, 1993, pág. 67) y LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA (*La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 268). Cabría preguntarse si, en estos casos, se está en presencia de uno de los supuestos que deberían introducirse dentro de la institución de la inoponibilidad estudiada por RAGEL SANCHEZ en su trabajo *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

llante solicitando la restitución de la finca y la nulidad de la escritura pública de compraventa, la presencia del comprador en ese proceso resulta ineludible. Al no entenderlo así el TC en su sentencia 278/1994, debe ser criticado.

El criterio que sostengo coincide, por otra parte, con el que se desprende de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo sobre nulidad del contrato declarada como consecuencia del ejercicio de la acción civil en el proceso penal (“no puede declararse la nulidad de contratos en cuyo otorgamiento intervinieron terceros de buena fe, que en modo alguno pueden ver alterados sus derechos por resoluciones recaídas en procesos en los que no fueron parte”, STC, 2.ª, de 4 de noviembre de 1981; “la anulación del juicio ejecutivo y del embargo decretado supondría la condena en el ámbito civil de personas, con manifiesta indefensión, puesto que no han sido parte del procedimiento, lo que violaría el art. 24 CE. La acusación particular tiene a su disposición la vía civil para conseguir sus pretensiones”, STC, 2.ª, de 4 de mayo de 1989; se estima el recurso de casación interpuesto por quien, sin haber sido parte en el procedimiento, ha resultado perjudicada por la sentencia que declara la nulidad de préstamo hipotecario, por entender que se ha producido una infracción de principios fundamentales, como el de “contradicción potencial o efectiva, presupuesto de la exigencia constitucional de que nunca se produzca la indefensión, art. 24 CE, y el reconocimiento a un proceso con todas las garantías, entre las que destaca en primer lugar la posibilidad de contradicción”, STS, 2.ª, de 13 de diciembre de 1991; “para poder hacer valer frente al comprador del inmueble la pretensión de nulidad de la venta era necesario que éste hubiera sido citado al juicio, lo que ni el recurrente ni el Ministerio fiscal solicitaron en sus escritos requiriendo la apertura del juicio oral”, STS, 2.ª, de 12 de marzo de 1993).

Parecidamente, la Sala 1.ª del TS mantiene que quien ejercita la acción de nulidad de contratos ha de dirigirse contra todos los interesados en ellos, entendiéndose como tales, sin ninguna duda, los intervinientes en el negocio que se ataca (STS, de 9 de noviembre de 1961, 20 de marzo de 1964, 14 de junio de 1969, 31 de diciembre de 1979 y 4 de julio de 1986 —aunque en este último caso se entendió por el TS que no se había solicitado un enjuiciamiento sobre la eficacia o ineficacia del negocio—). De forma similar, la Sala 1.ª, en relación a la acción reivindicatoria y la necesidad, en su caso, de pedir también por el demandante la declaración de nulidad o ineficacia del título para poseer del demandado, afirma que se infringen los principios de contradicción y audiencia, si no han sido demandados también los demás intervinientes en el otorgamiento de ese título, apreciando de oficio la existencia de tilisconsorcio pasivo (STS de 25 de enero de 1963, de 19 de enero de 1965, de 16 de marzo de 1967, de 4 de julio de 1975 y de 9 de marzo de 1979).

## 2. La repetición a favor del tercero

### A) El tercero obligado a restituir, ¿es un perjudicado por el delito?

#### Ejercicio de la acción civil en el proceso penal

Supuesta la obligación de restituir del tercero que adquirió la cosa de forma legal, pero sin llegar a hacerla irreivindicable, el art. 102 CP deja a "savo su repetición contra quien corresponda". Esta acción de "repetición" debe entenderse que, en cada caso, variará de contenido según las circunstancias del supuesto de hecho que se plantee e incluso, aunque no sea lo más frecuente, puede proceder contra persona distinta del condenado criminalmente (por ejemplo, si el obligado a restituir es un subadquiriente que no se relacionó directamente con el condenado criminal).

Por otra parte, no es que el art. 102 CP esté atribuyendo al obligado a restituir un derecho de nueva creación. Por el contrario, el obligado a restituir podría ejercitar las acciones que le correspondieran aunque la ley penal no dijera nada a este respecto (17). Pero es, sin duda, este recordatorio el que plantea el problema al que me voy a referir ahora.

No cabe duda de que el tercero ajeno al delito y obligado a restituir tiene libre la vía civil para ejercitar su acción de repetición, tanto si a él se le condena en un proceso penal por ejercicio de la acción civil en el proceso penal —así se ha entendido en alguna ocasión por la Sala 2.<sup>a</sup>, dando por supuesta que quedaba expedita la vía ante la jurisdicción civil: STS de 11 de mayo de 1948, 20 de noviembre de 1972 y de 4 de abril de 1992— como si el actor civil se reserva la acción para un ulterior proceso civil. En el primer caso, ¿puede ese tercero ejercer también su pretensión dentro del proceso penal, como un perjudicado por el delito incluido en el art. 104 CP?

La jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS, en contra del criterio doctrinal (18), se ha venido inclinando, desde una sentencia de 6 de junio de

(17) La regla "salva su repetición contra quien le corresponda" se introdujo por primera vez en el CP de 1848 y los primeros comentaristas se limitaron a advertir que "la ley que sanciona lo que se debe al señor, y que dispone se le restituya lo que le pertenece, no ha de desconocer lo que se debe a otro, ni ha de igualar lo que es de buena fe y de legítimo origen con lo que procede de delitos o culpas" (PACHECO, *El Código penal*, t. I, pág. 506). Por cierto, ¿responde esta regla al mismo criterio que, para un caso distinto, recoge el incómodo art. 1305 CC, cuando para la nulidad de los contratos constitutivos de delito o falta, permite al no culpado reclamar lo que hubiese dado?

(18) GOMEZ ORBANEJA pone de manifiesto que se incluyen dentro de la acción civil derivada de delito unos daños sufridos por un tercero que no son ocasionados directamente por el delito. La causa del perjuicio del tercero, dice, no es el delito sino la restitución ordenada por el Tribunal, de la misma forma que la obligación de restituir no se funda en la adquisición sino en la mera tenencia (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*) t. II, vol. 1, págs. 386, ss. y 44). Le sigue FONT SERRA, *La acción civil*, pág. 31. En un sentido parecido, CORDOBA RODA, *Art. 104 del Código penal*, en la obra junto a

1949 (19), por la respuesta positiva, basándose en criterios pragmáticos y de economía procesal (STS, 2.ª, de 17 de marzo de 1951, 19 de diciembre de 1953, 9 de febrero de 1954, 23 de enero de 1957, 23 de febrero de 1965, 19 de diciembre de 1967 y 10 de marzo de 1983).

Este es, en definitiva, el criterio mantenido por las sentencias del Juzgado y de la Audiencia que dan pie al recurso de amparo a que pone fin la STC 278/1994 que ahora se comenta. En la misma línea, el propio TC afirma en el FJ n.º 2 de la sentencia que "como premisa de todo el razonamiento debe partirse de que el Ayuntamiento hoy actor es, sin duda, perjudicado por el delito". A partir de aquí, la consecuencia que se extrae es que la acción de responsabilidad civil del tercero obligado a restituir está sometida a todo el régimen de responsabilidad civil derivada de delito previsto en la Ley Procesal. En particular, deduce el TC, procede el ofrecimiento de acciones a que se refiere el art. 109 LECr.

Es en este punto en el que el TC entiende que se ha producido indefensión. Al no poner el tribunal en conocimiento de este tercero obligado a restituir la existencia de un proceso "en que tan directamente se encuentran implicados sus intereses" (art. 109 LECr), dice el TC, "se desconoce el derecho a la defensa del Ayuntamiento en la más básica de sus modalidades: el acceso mismo al proceso, con la consiguiente infracción del art. 24.1 CE". En definitiva, y con un criterio equivocado, el TC entiende que sólo se ha producido indefensión en la medida en que el Ayuntamiento estaba, a su vez, legitimado para ejercer dentro del proceso penal una acción de reclamación de daños contra el condenado criminal (por esto quizás también, pero no sólo por esto). Se aclara, además, que no obsta a lo anterior el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de esta acción civil, solicitando a su favor, y al amparo de los arts. 104 CP y 105 LECr, una indemnización equivalente al precio pagado en su día por la finca. El argumento definitivo a que hace referencia el TC en apoyo de esta tesis es la negación al Ayuntamiento "de la oportunidad real y efectiva de alegar y probar lo que estimase conveniente para cuantificar los daños que se deriven de la restitución de la cosa."

---

RODRIGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, págs. 575 y 578. Para FENECH la acción de repetición del tercero debe ejercitarse ante la jurisdicción civil, dado que es imposible determinar *a priori* si debe dirigirse contra el imputado penal o contra otro que no haya incurrido en responsabilidad criminal por el hecho (*Derecho procesal penal*, vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, 1952, pág. 525).

(19) El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que omitió pronunciarse sobre la indemnización a los compradores de buena fe de las cosas sustraídas, de quienes se recogieron para depositarlas y restituir las a su dueña. *Vid.* el comentario crítico de GÓMEZ ORBANEJA en la RDPPr 1950, págs. 76 y ss. (*Acción civil. El tercero obligado a restituir es perjudicado por el delito. Código penal, artículos 102, párrafo 2.º y 104*).

El Ministerio fiscal que ejercitó la acción en interés del Ayuntamiento condenado a restituir solicitó del condenado por estafa una indemnización de daños igual al precio pagado en su día por la compra del solar. Supuesto que el Ayuntamiento es un perjudicado por el delito y que se está ejercitando una acción de "responsabilidad civil" por daños —que es lo que entiende el fiscal, el juez penal y el propio TC— es evidente que la simple devolución de lo pagado no le dejaría indemne. A conclusión semejante se llegaría prescindiendo de toda consideración de lo dispuesto en el art. 102 CP.

En el caso concreto que da pie a la sentencia que ahora se comenta, y aun cuando ya he advertido que no se recogen datos suficientes para conocer con exactitud los hechos, puede aventurarse que, privado el Ayuntamiento comprador de la finca en virtud de la sentencia que le condena a restituir, procedería el saneamiento por evicción contra su vendedor (en este caso, es condenado por estafa de acuerdo con el art. 531.I CP), de acuerdo con el art. 1475 CC. Al amparo del art. 1478 CC el Ayuntamiento tendría derecho a obtener, además de la restitución del precio que tuviera la cosa al tiempo de la evicción —y no la "restitución" de las prestaciones en la que parecía estar pensando el fiscal que ejercitó la acción civil en sustitución del Ayuntamiento— otros conceptos entre los que, con toda probabilidad, deberían incluirse los daños sufridos.

#### B) Ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal

Dejando a un lado todo el aspecto relativo a la condena al Ayuntamiento a la restitución, el planteamiento que se acaba de exponer no deja de suscitar a su vez nuevas dificultades. La consideración por parte de la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del tercero obligado a restituir como un perjudicado por el delito ha venido obedeciendo al deseo de permitirle el ejercicio de su pretensión dentro del proceso penal, sin que tenga que iniciar un proceso civil donde plantear sus pretensiones. Se olvida, entiendo yo, que la afirmación general de esta doctrina supone el sometimiento de la reclamación del tercero a todo el régimen contenido en la Ley Procesal sobre "responsabilidad civil" derivada de delito.

En este sentido, conviene recordar que los arts. 3.4 EOMF y 108 LECr establecen a cargo del ministerio público la obligación de ejercitar la acción civil en el proceso penal, salvo que el ofendido renunciare expresamente a su derecho. Por ello, precisamente el fiscal ejercitó en el caso concreto que da lugar a la STC 278/1994 la acción civil en sustitución del Ayuntamiento solicitando a su favor, y obteniendo condena, de una indemnización igual al precio pagado en su día por la finca. Es el hecho de que en esa indemnización parezca insuficiente la razón fundamental

que mueve al TC a estimar el recurso de amparo [“le obligaba a despejar la finca de los residuos que se acumularon cuando era vertedero, y ello con un coste presumiblemente alto, que desde luego no se tuvo en cuenta en el momento de dictarse la sentencia”, FJ 2; “la sola restitución del precio pagado por la finca puede no ser significativa reparación del conjunto de perjuicios causados o que se puedan causar. Claro es que la determinación final de la cuantía resarcitoria queda en manos de los Jueces y Tribunales, pero, en principio, no puede considerarse agotada la cuestión con el solo reconocimiento del derecho a percibir una determinada cantidad de dinero cuando no se le ha otorgado al perjudicado la posibilidad de acreditar los daños causados y su alcance”, FJ 4 *in fine*.. En consecuencia, cabe deducir, la omisión del preceptivo ofrecimiento de acciones supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24 CE aun cuando el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su deber legal, ejercite la acción civil en beneficio del perjudicado, porque no se le ofrece a éste “oportunidad real y efectiva de alegar y probar lo que estimase conveniente para cuantificar los daños que se derivan de la restitución de la cosa” (FJ 4)].

La pregunta que queda en el aire es la de si puede generalizarse esta afirmación para cualesquiera otros supuestos de responsabilidad civil derivada de delito, cuando no es fácil identificar a los perjudicados (por ejemplo, en caso de fallecimiento). Cumplida por el Ministerio Fiscal su función de entablar acción civil, conjuntamente con la penal, ¿podría después un perjudicado alegar violación del derecho de audiencia e indefensión? ¿Debe la oficina judicial incrementar toda la labor de búsqueda e identificación de todos los posibles perjudicados por los delitos de que conozca? El preceptivo ejercicio de la acción civil por el fiscal, peculiaridad de nuestro ordenamiento, alabada por parte de la doctrina y por el propio TC (en sentencia 98/1993, FJ 3), no deja de tener inconvenientes, y aquí se aprecia uno.

El criterio que se recoge en la STC 278/1994 no concide totalmente con el mantenido por el propio TC en sentencia 98/1993, de 22 de marzo, relativo a violación del art. 24 CE en relación con la omisión de advertencia legal preceptiva al perjudicado (art. 109 LECr). En esta ocasión, y en relación a daños derivados de accidente de tráfico, el órgano judicial instructor no intentó localizar al demandante, perjudicado por un delito, por lo que “le privó de una orientación preceptiva para el pleno ejercicio de su derecho a mostrarse parte en el proceso y pedir, si así le pluguiera, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos”. El fiscal ejercitó la acción civil en beneficio de otros perjudicados, pero no del demandante. Da la impresión de que el TC hubiera rechazado el amparo si esto no hubiera sido así: “Tal riesgo podía haber quedado paliado si el Ministerio Fiscal hubiera cumplido con su función de entablar la acción civil en bene-

ficio de todos" (FJ 4); "(el) menoscabo del derecho de defensa que ni siquiera pudo haber subsanado el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal" (FJ 5).

En la STC 98/1993 se entendió producida indefensión, aun cuando el perjudicado todavía tenía abierta la posibilidad de ejercitar las acciones indemnizatorias (20) ante la jurisdicción civil. En la STC 278/1994 se entiende producida indefensión, cuando, posiblemente, el ejercicio de una acción posterior por parte del Ayuntamiento ante la jurisdicción civil se hubiera encontrado con la aplicación del llamado "efecto consuntivo", según el cual, cuantas acciones tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio (21). Dado que el art. 112 LECr otorga al perjudicado por el delito (supuesto que el tercero lo sea, y no se trate de un perjudicado por la sentencia que le condena a restituir) la facultad de reservarse la acción civil para después de terminado el juicio criminal, entiendo que la violación del art. 24 CE se habría producido también por la negación al Ayuntamiento por parte del juez penal de la posibilidad de escoger el cauce procesal que considerara más adecuado para defender sus intereses.

---

(20) Entendiendo, como creo que debe hacerse, que la interpretación conjunta de los arts. 116 LECr y 1252 CC no precluye el ejercicio en la vía civil de las acciones que realmente no se ejercitaron en el proceso penal, por más que hubiera podido o debido hacerlo el perjudicado o el Ministerio fiscal (en este sentido, GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, vol. 1, págs. 375 y ss. y 702 y ss.; PANTALEON, Artículo 1902, en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 1977).

(21) STS, 1.ª, de 18 de octubre de 1988, comentada por RUBIO TORRANO en CCJC, n.º 18, marginal 470, págs. 895 y ss.

