

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Máster. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

~El partícipe a título lucrativo en el proceso penal~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende analizar el concepto de partícipe a título lucrativo, tan desapercibido inicialmente y tan “de moda” en relación con la actualidad política de nuestro país, que incluso a dado pie al cambio de gobierno y del sentir político de nuestro parlamento. Se hará un análisis del artículo 122 del código penal, en que consiste esta figura, sus notas características. Ligado a este concepto, se hará una breve referencia comparativa con concepto de responsable civil subsidiario, para finalizar con un breve análisis jurisprudencial del concepto principal.

Palabras Clave.- Acusado, condenado, derecho de defensa, encausado, imputado, investigado, partícipe a título lucrativo, penado, procedimiento, proceso penal, responsabilidad civil subsidiaria.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de partícipe a título lucrativo, es una figura que ha pasado desapercibida inicialmente a todos los niveles, tanto doctrinal como jurisprudencialmente; no obstante, cobra gran actualidad, no solo ya en relación con la actualidad política de nuestro país, que incluso a dado pie al cambio de gobierno y del sentir político de nuestro parlamento, sino también a nivel doctrinal y jurisprudencial. Con la sentencia del caso Noos ya oímos hablar del partícipe a título lucrativo, ya que así fue declarada la infanta Cristina. Ahora la sentencia del caso Gürtel ha vuelto a traer a todos los medios de comunicación esta figura, ya que el Partido Popular ha sido condenado como partícipe a título lucrativo por los actos electorales que sufragaron las empresas del grupo Correa y, en consecuencia, debe abonar 133.628,48 euros por los actos llevados a cabo en Majadahonda y 111.864,32 euros por los de Pozuelo.

No debemos olvidar que los hechos de la trama Gürtel provienen de los años 1999 a 2005, cuando las personas jurídicas aún no podían ser responsables penalmente por los delitos cometidos en su seno, de ahí que el PP en este caso no estuviese imputado, pero a partir de 2012 hasta los partidos políticos pueden responder penalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 bis del Código Penal, y las consecuencias no son tan solo de un resarcimiento de lo enriquecido, sino que pueden acarrear importantes multas y llegar, incluso, a la disolución del partido, algo a lo que aún se enfrenta el PP, que sí está formalmente acusado en el caso del borrado de los ordenadores de Bárcenas.

II. CONCEPTO DE PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO.

1. Concepto: Se trata de una institución a la que se solía prestar poca atención, un tanto

olvidada, y, pese a resultar sumamente interesante, es bastante desconocida, no obstante es una figura de gran importancia en la práctica forense, principalmente en los delitos económicos y patrimoniales.

En una primera aproximación al concepto, el partícipe a título lucrativo es quien se beneficia del delito cometido por otra persona, sin conocer ni dicho delito ni que su beneficio procede del mismo. Así que el partícipe a título lucrativo, en principio, no es responsable penal de ningún delito, ni como autor ni como cómplice, sino que es responsable civil. Si conociera la procedencia ilícita de lo recibido sí estaría siendo responsable penal de un delito de receptación o de blanqueo de capitales.

Tiene su razón de ser en el hecho de que nadie puede enriquecerse con un delito (conozca o no el mismo). Si lo hace, debe devolver lo que recibió. Si se trata de dinero, deberá reembolsar idéntica cantidad. Por lo tanto, el partícipe a título lucrativo no está siendo sancionado con una multa, ni siquiera debe hacer frente a la totalidad de la responsabilidad civil derivada del delito, sino sólo debe abonar la misma cantidad con la que se enriqueció.

En palabras de TORRAS COLL¹, “*se denomina así a quien concurre al procedimiento penal, no como responsable criminal del ilícito penal investigado, sino en calidad de responsable civil directo por haber obtenido un beneficio o aprovechamiento ilícito derivado del comportamiento penalmente punible atribuido a otro*”.

El término "título lucrativo" es interpretado jurisprudencialmente en sentido estricto, ya que solo abraza los casos de adquisición lucrativa.

Es decir, sin contraprestación alguna, por lo que, en principio, parecen excluirse los supuestos en que el beneficio reportado lo es en forma onerosa².

2. Notas características: El escueto artículo 122 del Código Penal (CP) que se ocupa de esta figura, ha necesitado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para perfilar sus requisitos y para diferenciarlo del responsable civil subsidiario. Estas son las notas que la definen y lo diferencian del concepto de responsable civil subsidiario:

En primer lugar debe haberse beneficiado de los efectos de un delito. Para que se produzca

¹ TORRAS COLL, J.M.: Revista de Jurisprudencia, número 2, el 18 de julio de 2013.

² SSTS 22.11.1998; 14.03.2003 -EDJ 2003/4267- y 24.09.2004 -EDJ 2004/126776-

esta responsabilidad civil por la "participación de los efectos" de esta persona debe haber un uso o utilización en su más amplio término de estos efectos del delito para que el hecho merezca un castigo.

En segundo lugar, no debe haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice.

En tercer lugar, tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo es a título gratuito, es decir, lo recibido no tuvo contraprestación alguna a cambio.

Además, no se trata de una responsabilidad derivada del delito, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita del artículo 1305 Código Civil.

Por cuarto y último lugar, tal responsabilidad es solidaria con el autor, o cómplice, del delito; es decir, ambos deben responder conjuntamente, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado o enriquecido lucrativamente.

Por el contrario, la responsabilidad civil subsidiaria (artículos 120 y 121 CP) se trata de una responsabilidad derivada del delito; se amplía a personas que no participaron en él, a consecuencia de la especial relación que une al responsable penal con el responsable civil, como pueden ser casos de culpa a la hora de elegir a una persona o de vigilarla, una situación de dependencia, un beneficio para el responsable civil de lo efectuado por el responsable de la infracción o un mal funcionamiento defectuoso de los servicios públicos. Además, la cantidad a desembolsar coincide con la declarada para el responsable penal y debe abonarla si no paga dicho responsable penal.

3. Fundamento: Responde al clásico principio que veta el enriquecimiento injusto.

Se trata de la traslación del principio del derecho civil que declara la nulidad del negocio jurídico cuando la causa es ilícita (art. 1305 CC): "...nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se deriven de causa ilícita."

Su fundamento, como ya señalaba la STS de 21 enero 1993 radica en que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se deriven de causa ilícita.

4. Naturaleza jurídica: No existe una línea de posicionamiento definida al respecto, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, pues algunas resoluciones del Tribunal Supremo le otorgan

naturaleza civil, otras la consideran como una "arma penal", es decir, como un instrumento para combatir la lucha contra la criminalidad económica, siendo, por lo demás, evidente que propiamente no se trata de una pena pues no aparece en el catálogo de penas imponibles, ni tampoco es predicable una parte de la responsabilidad civil diferente de la responsabilidad general, de la reparación del daño causado.

Jurídicamente y, aun cuando algún sector doctrinal contempla esta figura como una suerte de "receptor civil", no se encuentra en la esfera de las obligaciones *ex delicto*, sino que es la proyección del principio del derecho civil que declara la nulidad de los negocios jurídicos por ilicitud de la causa, deviniendo obligada la restitución, so pena de amparar un inaceptable enriquecimiento injusto.

III. EL ART. 122 DEL CÓDIGO PENAL.³

El art. 122 del Código Penal, viene a recoger lo que la doctrina denomina recepción civil. También el art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴ contiene una referencia al partícipe a título lucrativo de los efectos del delito a fin de serle exigida fianza.

Su ubicación sistemática resulta desacertada, pues aparece tras la regulación de los responsables civiles subsidiarios, recogiendo aquí un supuesto de responsabilidad civil directa.

El precepto cumple una función de captación. No es aplicable al receptor penal al tratarse de un delito autónomo, respondiendo éste conforme al art. 116 CP.

Los sujetos mencionados en el precitado precepto sustantivo, en puridad, no son propiamente responsables civiles, si bien pueden ser compelidos a cumplir una obligación civil como lo es la de restituir o resarcir.

El partícipe a título lucrativo, es una tercera persona (física o jurídica o incluso un Partido Político) que aún cuando no se halle implicado, inculcado, como responsable criminal en el procedimiento penal puede ser llamado a responder civilmente, en el seno del propio proceso penal.

³ Artículo 122 Código Penal. *El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*

⁴ Artículo 615 Ley Enjuiciamiento Criminal. *Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el Secretario judicial embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios.*

La responsabilidad civil derivada es *directa, solidaria, pero relativa, limitada, restringida* en cuanto viene circunscrita a la cuantía de la participación.

Otro supuesto de responsabilidad civil directa y solidaria lo hallamos en el art. 117 CP referido a las aseguradoras.

La diferencia esencial con el receptor criminal radica en la ajenidad al hecho criminal. Esto es, el *receptor penal* conoce que los efectos proceden de una infracción penal, mientras que el *partícipe lucrativo* ignora la existencia del ilícito penal. Es decir, falta el elemento subjetivo, intelectual (STS 23.11.1998).

Siguiendo a Quintero⁵ las consecuencias del art. 122 son las siguientes:

1. La participación debe entenderse como aprovechamiento de rendimientos materiales, tangibles y evaluables de los delitos, lo cual puede suceder a causa de un delito contra el patrimonio o de cualquier otro. Lo único determinante es que se trate de productos generados por el delito, valorables y susceptibles de restitución (cosas) o de resarcimiento (el valor).

2. Dicha participación no se corresponde con la participación en el delito, pues de esta participación se deriva la responsabilidad civil directa. En caso de recepción, como tales autores, responden personal y directamente y no como partícipes a títulos lucrativo.

La esencia de la responsabilidad que se contempla en art. 122 no es la estrictamente derivada del delito como la que se establece para los responsables directos o subsidiarios, sino más bien la traslación de la nulidad civil de las obligaciones sin causa o con causa ilícita.

El título lucrativo que se contempla en este art. 122 alcanza a las adquisiciones mortis causa de los efectos de delito o falta.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

Jurisprudencialmente, entre otras, las SSTS de 5.2.2003 y de 14.3.2003, señalan los requisitos para que sea viable la restitución por participación lucrativa:

a) Existencia de un delito precedente o matriz del que se deriven los efectos del que participa como responsable lucrativo.

⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *et al*, Manual de Derecho Penal parte General, Ed. Arzandi 2ª. Navarra 2000, p. 704.

b) Aprovechamiento por parte de persona física, jurídica o partido político, de los efectos de un delito o falta -aunque no se le pueda condenar como receptor-. Es decir, que no sea condenado por haber participado en un delito a título de autor o cómplice, puesto que la condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP, no la de este art. 122, refiriéndose la expresión “hubiere participado de los efectos de un delito o falta” a un mero aprovechamiento civil (o penal no castigado). Abarca cualquier forma de utilidad que le reporte al partícipe, constituyendo la mera disponibilidad del objeto ya un rendimiento (SSTS 30.11.1992 y 19.04.1989).

c) Que quien tenga esos bienes desconozca que proceden de un hecho delictivo.

d) Que no esté acusado de haber participado en el delito a título de autor o de cómplice.

e) Dicha participación a efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo (sin contraprestación alguna) no un título oneroso. No se concibe estrictamente en sentido técnico civil, pues ello conduciría a rechazar la adquisición a título oneroso o remuneratorio. Se atiende a criterios, no tanto civiles y formales, como a juicios inferenciales más prácticos y reales, pues constituye práctica frecuente que se vendan los efectos del delito por un precio simbólico o despreciable en cuanto a su valor real de mercado. Debe indagarse si hubo o no una auténtica contraprestación, más o menos equivalente ajustada a las pautas de mercado o si se enmascara lo que se conoce como "*negotium mixtum cum donatione*".

Se trata de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada, como establece la SAP Lleida, sec. 1ª de fecha 24 mayo 2011.

Debe el adquirente tener conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva, de la procedencia de los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptacionis*, en concepto de autor, cómplice o encubridor.

La praxis forense nos enseña que determinados hechos ilícitos ofrecen la presencia del tercero lucrativo que obtiene un beneficio o lucro derivado del ilícito penal, lucro que no necesariamente ha de traducirse en dinero, sino que puede consistir inclusive en la simple posesión de un bien, usualmente en delitos de blanqueo de capitales o vinculados al narcotráfico

o delitos de naturaleza económico financiera, malversación de caudales públicos, en delitos tales como el alzamiento de bienes o la insolvencia punible.

Así, *ad exemplum*, cónyuges no condenados a cuyo nombre figuran los efectos del delito, como depósitos bancarios de dinero procedentes del delito de estafa (SSTS 11.02.2009 y 07.12.2006). Acusado que ingresa el dinero obtenido de la estafa en una cuenta corriente del hermano (STS 05.02.2003). Pareja sentimental que acepta dinero proveniente de estafa (SAP Barcelona de 31.05.2007). Amante o pareja sentimental que pone a su nombre el inmueble del marido-deudor para burlar el crédito de la esposa-acreedora, en el delito de alzamiento de bienes e impago de pensiones alimenticias.

Ejemplos paradigmáticos los podemos encontrar en las personas de familiares, de ordinario, esposas o parejas de narcotraficantes o de empresarios o políticos corruptos, poseedores de ostentosos bienes producto de los ilícitos comportamientos que les han sido asignados.

Concurriría la figura del partícipe a título lucrativo por el mero depósito del dinero en una cuenta corriente si su única finalidad es meramente transitoria, momentánea, con el designio de dificultar el descubrimiento del fraude, incumbiendo a quien lo alega la carga de acreditarlo (SSTS 24.09.2004 y 02.06.2009): “...no concurriría la figura del partícipe a título lucrativo por el mero depósito del dinero en una cuenta corriente si su única finalidad es meramente transitoria...”

La valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y de su reivindicabilidad debe efectuarse conforme a la normativa que regula el tráfico jurídico y la determinación de la restitución o resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS 5.12.1980). Así, el Alto Tribunal declaró que la vía procesal elegida, explorada, ha de respetarse y que el dinero que la recurrente percibió de su marido, a título lucrativo, era de ilícita procedencia por lo que su conducta queda enmarcada en el ámbito del entonces vigente art. 108 del antiguo Código Penal, actualmente art. 122 CP.

Otro ejemplo reciente lo encontramos en la Sentencia, dictada de conformidad, por la Sección Segunda de la AP de Barcelona, en el "caso Pallerols", en la que el Tribunal razona que "no ha sido acreditado que Unión Democrática de Catalunya (UDC) "tuvieran cabal conocimiento de que la aportaciones que hacía el acusado Pallerols procediera de las subvenciones públicas y fuera fruto de los acuerdos alcanzados entre los acusados". De esta

forma, las conclusiones del Tribunal confirman que Unión se lucró sin saber que el dinero desviado provenía de subvenciones y acredita la figura del partícipe a título lucrativo del partido".

En sede de delito contra la salud pública, tráfico de estupefacientes y blanqueo de dinero, la STS de 29 diciembre 2009, declara: "*No obstante, la sentencia, después de reflejar en parte la acusación del Ministerio Fiscal e imputarle la obtención de pingües beneficios, hace una minuciosa y exhaustiva comprobación de los bienes y acuerda el comiso de los bienes inmuebles y de las cuentas bancarias*", resolución que es una consecuencia lógica del delito de tráfico de drogas por el que se condena al marido de la recurrente. Añade que "*a los efectos del comiso, se declara la condición de responsable como partícipe a título lucrativo de la representación de la actividad delictiva desarrollada por el marido a su esposa*". En consecuencia, es innegable que los bienes proceden del tráfico de drogas resultando indiferente cuál sea la condición que ostente la recurrente respecto de los mismos.

En definitiva, el comiso se aplica de manera correcta con arreglo a las previsiones del art. 127 y 324 CP, en cuanto que se trata de bienes inequívocamente procedentes del tráfico de drogas, como ya se ha dicho, por lo que los efectos del mismo se extienden a todos los bienes que se relacionan en la sentencia como ganancias o efectos procedentes del tráfico de drogas. No se trata de justificar esta decisión por considerarla como partícipe a título lucrativo, sino como persona que no sólo conocía sino que compartía los beneficios y que no puede ser considerada como tercero de buena fe ni admitir que su adquisición ha sido legal."

Otro supuesto lo hallamos en la viuda del exdirector de Recursos Humanos de Caixa Penedès, habiendo confirmado, el Juzgado de Instrucción Central de la Audiencia Nacional que ella y sus hijos heredaron los 2,5 millones de euros que su marido llegó a cobrar de las pólizas de jubilación que contrató con la entidad, por lo que la mujer ha comparecido *como partícipe a título lucrativo* en la causa en la que el magistrado investiga a cuatro ex directivos de la Caja por adjudicarse pensiones millonarias mediante pólizas que blindaron en 2010, cuando empezó a recibir fondos del FROB, tras admitir a trámite una querrela de la Fiscalía Anticorrupción por un delito societario continuado de administración desleal, en méritos del cual el acusado, ex Director General, "*prevaliéndose*" de su condición y "*valiéndose*" del entonces Director de Recursos Humanos, y de los otros dos imputados, "*diseñó una estrategia a largo plazo destinada a*

garantizarse ilícitamente una desproporcionada ganancia patrimonial a costa y a espaldas de la entidad". "Una estrategia pensada para el momento en que por cualquier motivo cesaran o extinguieran su relación laboral, sin excepciones".

Finalmente, cabe mencionar el "Caso Nóos" en el que se abren posibles escenarios procesales de dicha figura del partícipe a título lucrativo, como en el curso de una conferencia manifestó el Director de la Oficina Antifraude de Cataluña, al sostener que la Infanta Cristina, después de haber sido desimputada por la Audiencia Provincial, podrá seguir figurando dentro de la causa del caso Nóos y acabar siendo juzgada como posible "beneficiaria a título lucrativo" de los fondos presuntamente malversados por su marido.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 532/00 de 30 de marzo⁶, con cita de las sentencias de 21-1-93 y 15-12-95) declara que esta responsabilidad es la consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita.

Se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito. El art. 122 del CP exige para su aplicación que una persona, no partícipe del delito ni autor de receptación o encubrimiento, se haya beneficiado de los efectos del delito por título lucrativo (STS nº 114/09 de 11 de febrero)⁷.

Concurriendo los requisitos exigibles para hacer responsable a un tercero en concepto de partícipe por título lucrativo, no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal con el contenido de los arts. 109 y ss. CP, sino que nace una responsabilidad diferente que la STS nº 287/14 de 8 de abril⁸ indica que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio.

Incluso en la STS nº 391/14 de 8 de mayo⁹ indica que la obligación de restitución se aplica a quien hubiere participado de los efectos de un delito o falta "*por título lucrativo*", entendiendo

⁶ STS nº 532/2000 de 30 de marzo, Ponente Sr. Granados Pérez (Rec. 3916/1998, Roj STS 2609/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2609).

⁷ STS nº 114/2009 de 11 de febrero, Ponente Sr. Delgado García (Rec. 766/2008, Roj STS 631/2009 - ECLI:ES:TS:2009:631).

⁸ Sentencia nº 287/2014 de 8 de abril, Ponente Sr. Monterde Ferrer (Rec. 758/2013, Roj: STS 2818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2818). Esta Sentencia cita también las de 9-3-1974, 5-12-1980, 20-3-1993, 21-12-1999, 14-6-2000, 25-2-2003, 24-9-2004, 28-11-2006, 9-5-2007, 11-9-2007, 24-9-2009 y 11-2-2009).

⁹ Sentencia nº 391/2014 de 8 de mayo, Ponente Sr. Maza Martín (Rec. 2136/2013, Roj STS 869/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1869).

por tal no la referencia a la naturaleza del negocio jurídico, lucrativa u onerosa, en cuyo marco esa participación de los efectos delictivos se haya producido, sino al hecho de que se haya obtenido una real ventaja, o lucro, causalmente vinculado con la comisión del ilícito.

1. Requisitos Jurisprudenciales: El nacimiento de la responsabilidad de quien haya participado por título lucrativo de los efectos del delito o falta ha exigido por la jurisprudencia del TS¹⁰ los siguientes requisitos:

a) Aprovechamiento por título lucrativo, es decir, que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica. La responsabilidad por este concepto, por título lucrativo, excluye que el aprovechamiento haya tenido lugar por título oneroso, en cuyo caso, se abrirá la posibilidad de imputación del tercero (STS 1024/04 de 24 de septiembre). Debe tratarse de un verdadero aprovechamiento no siendo suficiente la mera apariencia de beneficio, como contemplan la SSTS nº114/09 de 11 de febrero y nº 616/09 de 2 de junio¹¹: “Esta Sala ha entendido en algunas ocasiones (STS 1024/2004 de 24 de setiembre y STS 368/2007, de 9 de mayo), que “...*el ingreso en las cuentas no determina sin más el aprovechamiento lucrativo, ni hace su responsabilidad por el simple deposito del dinero en sus cuentas, no siendo absurdo que el paso del dinero en las cuentas tuviera una simple finalidad nominal o transitoria, al objeto de dificultar el descubrimiento del fraude*”.

Lo verdaderamente importante es que el aprovechamiento del tercero se produzca sin contrapartida, independientemente de que el marco jurídico-formal en el que se hubiera producido el beneficio injustificado sea de carácter oneroso (STS nº 986/2009 de 13 de octubre¹²).

b) Desconocimiento de la procedencia de los efectos. El Tribunal Supremo requiere que el participe por título lucrativo desconozca que los efectos de los que se aprovecha provengan de la comisión de un delito o falta, concluyendo que en caso contrario su conducta podría ser constitutiva de un delito de receptación del art. 298, que se comete por quien con ánimo de lucro

¹⁰ STS nº 532/00 de 30 de marzo, con cita de las SSTS de 2-12-77 y 9-12-78, entre otras.

¹¹ STS nº 114/2009 de 11 de febrero, Ponente Sr. Delgado García (Rec. 766/2008, Roj STS 631/2009 - ECLI:ES:TS:2009:631) y STS nº 616/2009 de 2 de junio, Ponente Sr. Colmenero Menéndez (Rec. 1981/2008, Roj STS 3918/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3918).

¹² Sentencia nº 986/2009 de 13 de octubre, Ponente Sr. Andrés Ibáñez (Rec. 10773/2008, Roj STS 6996/2009).

y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos. En el delito de receptación, tal como se indica en la STS nº 139/2009 de 24 de febrero¹³ ese conocimiento de la comisión antecedente de tal delito no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura (STS 859/2001 de 14 de mayo; STS nº 1915/2001 de 11 de octubre, conocimiento que no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el *nomen iuris* que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma que, como hecho psicológico, es difícil que pueda ser acreditada por prueba directa, debiendo inferirse a través de una serie de indicios, como son la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios (SSTS 8/2000, de 21 de enero y 1128/2001, de 8 de junio).

Por lo tanto ese conocimiento es que marca la línea entre ambas responsabilidades (la delictiva del art. 298 y la civil del art. 122).

c) Ausencia de intervención en el delito o falta: el adquirente a quien se declara responsable civil por título lucrativo, debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptacionis* en concepto de autor cómplices y encubridor, tal como se desprende de la STS nº 1313/06 de 28 de noviembre¹⁴ entre otras, según antes de ha expuesto, pero también, y aunque se una conclusión evidente, el participe por título lucrativo no debe haber participado en la comisión del delito del que procedente los efectos de los que se aprovecha, ya que si existiese algún grado de participación, su responsabilidad vendrá dada por la general que se exige a todos los partícipes, ex art. 116 como responsable criminalmente.

¹³ STS nº 139/2009 de 24 de febrero de 2009 Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre (Recurso: 878/2008, STS 609/2009 - ECLI:ES:TS:2009:609).

¹⁴ Sentencia nº 1313/2006 de 28 de noviembre, Ponente Sr. García Pérez (Rec. 152/2006, Roj: STS 8732/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8732).

La falta de participación supone ausencia de cualquier tipo de aportación causal al delito del que procedente los efectos de los que se aprovecha el tercero responsable civil por este concepto.

La expresión "hubiere participado de los efectos de un delito o falta" utilizada en este art. 122 se refiere a un mero aprovechamiento civil, aunque es cierto que los partícipes en el delito del que provienen los efectos también se aprovechan, pero la responsabilidad de estos es la directa que contempla el art. 109. En tal sentido, la STS nº 364/09, de 8 de abril¹⁵ menciona que es difícil concebir que se produzca una conducta apropiatoria, guiada por ánimo de lucro, sin que posteriormente el autor o autores no realicen actos dispositivos, ya sea de reparto o de cobertura u ocultación del hecho delictivo.

La exigencia de responsabilidad por este concepto requiere que la causación se dirija contra el tercero por expresamente, ya que no es una consecuencia residual, por lo que quien venía siendo acusado, sea cual sea su grado y concepto de participación, si resulta finalmente condenado, la responsabilidad civil será la exigible de conformidad con lo establecido en los arts. 109 y 116 del CP, mientras que si finalmente resulta absuelto no nace directamente la responsabilidad del art. 122 del CP, salvo que se haya exigido de forma alternativa. Así lo contempla la STS nº 679/14, de 22 de octubre¹⁶:

"La vigencia de los principios que rigen el enjuiciamiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito exige que para su declaración medie el previo ejercicio de acción penal y en su caso de la responsabilidad civil por los títulos que establecen esa exigencia en el Código penal y en la articulación prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal. No es procedente que quien haya sido absuelto de la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil directa por su participación en un hecho delictivo, sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio"¹⁷.

¹⁵ Sentencia nº 364/2009 de 8 de abril, Ponente Sr. Soriano Soriano (Rec. 997/2008, Roj: STS 2408/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2408).

¹⁶ Sentencia nº 679/2014 de 22 de octubre, Ponente Sr. Martínez Arrieta (Rec. 479/2014, Roj STS 4164/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4164).

¹⁷ En cambio SSTS nº 142/2003 de 5 de febrero y la STS 368/07 de 9 mayo, admiten la responsabilidad ex art. 122 CP, como consecuencia de la absolución.

De la ausencia de participación del responsable civil por título lucrativo en el delito del que proceden los efectos de los que se beneficia se concluye en la STS nº 114/09, de 11 de febrero, que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito.

d) Responsabilidad solidaria limitada a la efectiva participación. La responsabilidad del tercero que se aprovecha por título lucrativo es de naturaleza civil y por lo ello tanto la valoración antijurídica de la transmisión de los efectos y su irreivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico. El aprovechamiento por título lucrativo no excluye que quien sea declarado responsable civil por este concepto deba reparar el daño con arreglo a lo establecido en los arts. 109 y 110 del CP (restitución, reparación del daño o indemnización).

En todo caso la responsabilidad civil del responsable por título lucrativo es de naturaleza solidaria con el responsable civil ex delicto, y no cumulativa, como declaro la STS nº 212/2014, de 13 de marzo¹⁸ "No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio".

El límite de su responsabilidad se encuentra en el importe de su beneficio aun cuando la responsabilidad civil de los partícipes en el delito precedente sea superior tal como admite la STS nº 368/07, de 9 de mayo:

“El art. 122 CP recoge la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil”.

La última resolución judicial (Sentencia 20/2018) de gran relevancia, mas que a nivel jurídico, a nivel político, que devuelve al “candelero jurídico” la figura del partícipe a título lucrativo se dicta el diecisiete de mayo de 2018 por la Audiencia Nacional, conocida dentro del denominado “Caso Gurtel”.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha condenado a 351

¹⁸ Sentencia nº 212/2014 de 13 de marzo, Ponente Sr. Del Moral García (Rec. 1319/2013, Roj: STS 1108/2014 - ECLI:ES:TS:2014:110).

años y 1 mes de cárcel a 29 de los 37 acusados en el juicio por la Época I (1999-2005) del caso Gürtel, penas que van desde los 51 años y 11 meses que han recaído en Francisco Correa hasta los cinco meses, correspondientes a Jacobo Gordon, mientras que absuelve a otros ocho, entre ellos Álvaro Pérez.

En la primera sentencia que dicta la Audiencia Nacional de la trama Gürtel, los jueces consideran que los acusados cometieron delitos de asociación ilícita, fraude a la administración pública, cohecho (activo y pasivo), falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, prevaricación, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, tráfico de influencias, apropiación indebida, exacciones ilegales o estafa procesal intentada.

La sentencia, de 1.687 páginas, incluye un voto particular discrepante del magistrado Ángel Hurtado, en el que propone la absolución de Ricardo Galeote, Ángel Sanchís y su hijo, así como de Carlos Clemente. Además, el magistrado se opone a la condena al PP como partícipe a título lucrativo.

La sentencia, de 1.687 páginas, incluye un voto particular discrepante del magistrado Ángel Hurtado, en el que propone la absolución de Ricardo Galeote, Ángel Sanchís y su hijo, así como de Carlos Clemente. Además, el magistrado se opone a la condena al PP como partícipe a título lucrativo.

Los magistrados explican que la sentencia mayoritaria se basa en su mayor parte en la ponencia inicial de Ángel Hurtado. Al quedarse éste en minoría en varios aspectos de la misma, la ponencia ha pasado en forma de coponencia a los otros magistrados, figurando Julio de Diego como ponente, a efectos formales, al ser el más antiguo.

Los hechos probados de la llamada “primera época de Gürtel” se sitúan entre los años 1999 hasta 2005, con algunas actividades muy concretas posteriores, en relación con la estructura de la organización liderada por Francisco Correa y desplegada en determinados territorios gobernados por el Partido Popular. La Sala ha juzgado los hechos atribuidos al Grupo de Correa en la localidad malagueña de Estepona, en los municipios madrileños de Majadahonda (2001 a 2005) y Pozuelo (2003 a 2005), municipio de Madrid (2002), Comunidad de Madrid (2004 a 2008) y Comunidad de Castilla y León (2002 y 2003).

El Tribunal considera acreditado que durante esos años entre el Grupo Correa y el Partido Popular se tejió en esos territorios una estructura de colaboración estable y consistente en

prestación de múltiples y continuos servicios relativos a viajes, organización de eventos, dentro de la normal actividad de dicho partido político. Pero además, según la Sala, se creó “en paralelo un auténtico y eficaz sistema de corrupción institucional a través de mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica, y local a través de su estrecha y continua relación con influyentes militantes de dicho partido, aquí enjuiciados, que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos que dirigían o controlaban directamente a través de terceras personas”.

La sentencia relata cómo las empresas de Correa u otras empresas terceras elegidas, con el apoyo de los cargos públicos condenados, gozaban de un arbitrario trato de favor en la contratación pública. Inflaban precios que se cobraban de las distintas administraciones públicas afectadas, con la finalidad buscada de la obtención ilícita de importantes beneficios a costa del erario público, “o bien comisiones cuando la adjudicataria eran terceras empresas, que luego se repartían entre el Grupo Correa y las autoridades o cargos públicos electos o designados corruptos, que recibían cantidades de dinero en metálico, pero también otro tipo de servicios o regalos prestados por diferentes empresas de esta trama, como eventos, viajes, fiestas, celebraciones, etc. De las que en algunos casos se beneficiaron también sus familiares”.

Otras cantidades detraídas, según los jueces, sirvieron directamente para pagar gastos electorales o similares del Partido Popular o fueron a parar como donaciones finalistas a la llamada “Caja B” del partido, consistente “en una estructura financiera y contable paralela a la oficial existente al menos desde el año 1989, cuyas partidas se anotaban informalmente, en ocasiones en simples hojas manuscritas como las correspondientes al acusado Bárcenas, en las que se hacían constar ingresos y gastos del partido o en otros casos cantidades entregadas a personas miembros relevantes del partido, si bien estos últimos aspectos que se describen lo son únicamente para precisar el contexto en el que se imbrican los hechos objeto de este enjuiciamiento, pero quedando fuera de su ámbito de conocimiento”.

El tribunal concluye que el PP debe ser condenado como partícipe a título lucrativo por los actos electorales que sufragaron las empresas del grupo Correa en las localidades madrileñas de Majadahonda y Pozuelo cuando Guillermo Ortega y Jesús Sepúlveda eran candidatos a esas alcaldías. La Sala explica que concurren todos los requisitos del responsable a título lucrativo, en tanto que los actos delictivos descritos en la sentencia, “produjeron beneficios económicos

cuantificables al Partido Popular, consistentes en la financiación ilegal de actividades y diversos actos políticos realizados en campañas y precampañas electorales para sus candidatos, que de otra manera hubieran tenido que ser sufragados directamente con recursos económicos propios del partido político en cuestión”.

La formación política deberá abonar 133.628,48 euros por los actos llevados a cabo en Majadahonda y 111.864,32 euros por los de Pozuelo, al haberse constatado que se produjo un enriquecimiento ilícito en perjuicio de los intereses del Estado, generándose una obligación civil de devolución. Lo abonarán de modo directo y solidario con los condenados Guillermo Ortega, José Luis Peñas, Juan José Moreno, Mari Carmen Rodríguez Quijano, Francisco Correa, Pablo Crespo (por los gastos de Majadahonda) y Jesús Sepúlveda (por los de Pozuelo).

El tribunal explica que es el PP nacional y no su grupo municipal el que debe responder. “Por tanto, la persona, en este caso jurídica, concedor del destino de los fondos recibidos y beneficiada de la actividad ilícita desarrollada por Francisco Correa fue el Partido Popular no el grupo municipal, grupo municipal que según declaró ante el Tribunal el testigo Pío García Escudero en campaña electoral está vacío de contenido dado que hay una serie de candidatos que aspiran a ser alcaldes y concejales; el testigo Ricardo Romero de Tejada lo confirmó ante el Tribunal: “era el Partido Popular quien debía sufragar los gastos y no el grupo municipal”. Por tanto, es el Partido Popular, dice la sentencia, quien ostenta un único NIF en el tráfico jurídico y quien resulta obligado al resarcimiento del daño.

La Sala también condena a Ana Mato como partícipe a título lucrativo en la cuantía de 27.857,53 euros por los viajes y otros servicios que el Grupo Correa ofreció a su familia. El tribunal recuerda que en la época de aquellas dádivas Ana Mato estaba casada en régimen de gananciales con Jesús Sepúlveda y por tanto esos gastos abonados por los condenados debían correr a cargo de la sociedad de gananciales “ parece evidente – señala la sentencia- que si la señora Mato realiza unos viajes y recibe unos servicios que no abona, está obteniendo un beneficio en la parte o cuota que debiera corresponderle sufragar como miembro de la sociedad conyugal, por lo que, en la medida que supone un enriquecimiento sin causa, como decíamos arriba, viene obligada a restituir aquello en que se ha beneficiado”.

Del mismo modo, la Sala condena a Gema Matamoros, esposa del ex alcalde de Majadahonda Guillermo Ortega a devolver 45.066,66 euros por participar a título lucrativo de los

viajes y regalos con los que la trama Correa obsequió al matrimonio.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.

La consecuencia natural del ilícito penal es la pena entendida en sentido amplio y, en la medida en que produzca daños, su reparación es también una consecuencia del hecho típico, aun cuando se considere que se trata de la consecuencia civil del injusto.

Desde el Derecho Civil el daño se contempla como perjuicio que puede derivar de diferentes causas: del incumplimiento contractual, de las acciones u omisiones que tengan una intención de dañar o una negligencia, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan riesgo. Responsabilidad extracontractual es toda aquella que no deriva del contrato, aun cuando en la actualidad se prefiere, generalmente, la expresión derecho de daños resaltando que la causa de la obligación del resarcimiento es el daño. El art. 1088 del CC establece las fuentes de las obligaciones, que pueden nacer tanto de la ley, como de los contratos o cuasicontratos, e incluso de los actos u omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier tipo de culpa o negligencia¹⁹.

El Código Civil regula la responsabilidad extracontractual en el art. 1902 según el cual está obligado a reparar el daño quien lo causa a otro por culpa o negligencia, en cuyos términos podría incluirse el daño derivado del ilícito penal, si bien el art. 1092 remite al Código Penal la regulación de las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas. Así, el art. 109 del CP establece que la ejecución de un hecho descrito como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados, y a su vez el art. 116 dispone que el criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente en tanto que del hecho se deriven daños o perjuicios.

No existe dualidad de regímenes de responsabilidad, uno derivado del delito y otro derivado de los ilícitos civiles, ya que el fundamento de la atribución de responsabilidad y de la obligación de resarcir está siempre en la causación de un daño. La fuente de la responsabilidad civil derivada del delito es el hecho descrito por la ley como delito o falta, como comportamiento prohibido, aun cuando solo se dará esta responsabilidad cuando se deriven daños o perjuicios, por

¹⁹ ROCA I TRIAS, E., en A. López, V. Montes y Roca, E., Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos. 2001, Valencia. Tirant lo Blanch, p. 301.

lo que no cabe duda de que la responsabilidad civil que nace del delito o falta tiene naturaleza civil²⁰.

En la doctrina²¹ se mantiene esta naturaleza de carácter civil señalando, por una parte, que en esta materia no rige el principio de personalidad propio de la pena, de ahí que no se extingue por la muerte del condenado sino por las causas de extinción de las obligaciones reguladas en el Derecho Civil, y por lo tanto la obligación de resarcimiento es transmisible *mortis causa*; por otra, que la responsabilidad civil derivada del delito no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito sino a partir de los efectos producidos por el hecho típico, y, finalmente, que la acción civil es plenamente renunciable por quien tenga derecho a exigirla, no así la penal que es por regla general indisponible (art. 106 LECrim) y no se extingue por renuncia del agraviado.

El hecho de que la responsabilidad penal y civil se exijan conjuntamente (arts. 108 y 742 LECrim) debe entenderse como facilidad procesal para el perjudicado, sin que por ello pueda afirmarse la absoluta correspondencia de ambas, ya que puede existir responsabilidad penal sin responsabilidad civil (como en el caso de los delitos no consumados que no llegan a causar perjuicios), y también puede existir responsabilidad civil sin responsabilidad penal, en caso de determinadas eximentes (art. 118 CP).

Hay que tener en cuenta, también, que no siempre el responsable civil es responsable penal, tanto en los casos de responsabilidad civil subsidiaria en la que determinados terceros responden por el culpable (arts. 120 y 121 CP), como en los casos de responsabilidad civil directa de las aseguradoras (art. 117 CP) y finalmente, en el art. 122 del CP se contempla responsabilidad de quien por título lucrativo participa de los efectos de delito o falta. El esquema anterior debe completarse teniendo presente que el perjudicado no siempre es la víctima ni el sujeto pasivo del delito. En esta línea, la STS nº 172/2005 de 14 de febrero²².

Dada la naturaleza privada de los efectos civiles que nacen del ilícito penal, los principios que informan la responsabilidad civil no pierden su autonomía, como se desprende de la

²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et al*, Lecciones de Derecho Penal Parte General. LA LEY, 2ª. Madrid 1999, p. 410.

²¹ Entre otros MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª. 2004, Valencia., p. 596.

²² STS nº 172/2005, de 14 de febrero, Ponente Sr. Sánchez Melgar, Rec. 1991/2003, Roj: STS 828/2005 - ECLI:ES:TS:2005:828.

regulación de los arts. 107 y ss. LECrim. Así, la STS nº 362/12 de 15 de mayo²³ indica que “los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al tribunal sobre lo que se pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con un contenido”.

En la Sentencia nº 213/2013 de 14 de marzo²⁴ el Tribunal Supremo establece que la responsabilidad civil por el hecho ajeno responde a tres criterios de imputación:

1. La culpa. Así, el art 118 CP obliga a responder a los que tengan a un inimputable bajo su potestad o guarda "siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte". En la responsabilidad por culpa, en primer lugar, hay una función indicativa, de tal modo que se denota que las facultades que tiene atribuida el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse erga omnes y no sólo inter partes. En segundo lugar, de modo específico para la responsabilidad civil ventilada en el proceso penal, se pretende expresar, que, de entre todos los posibles culpables, en sentido civil, de un daño, ese y sólo ese puede ser traído al proceso penal.

2. La culpa presunta. La responsabilidad subsistirá, mientras el presunto responsable no pruebe que actuó con toda diligencia en la prevención y evitación del daño. Así el art. 1903 del CC cuando indica que "la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño". En la responsabilidad por *culpa presunta*, la justificación se puede encontrar en el principio de "normalidad", y también puede fundarse en la "facilidad probatoria", pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad *objetiva*. De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 CC) cuando, acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes para precaver el daño.

²³ STS nº 362/12 de 15 de mayo, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre, Rec. 11932/2011, Roj STS 4432/2012 - ECLI:ES:TS:2012:443. En esta Sentencia se recuerda la doctrina consolidada entre otras 3-5 y 11-12-2001 y 26-10-2002.

²⁴ STS nº 213/2013 de 14 de marzo, Ponente Sr. Monterde Ferrer, Rec. 688/12 STS 1321/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1321.

3. Responsabilidad vicaria. La expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por tanto, *objetiva*. En la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad *subjetiva* es *microscópico* y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos, si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal.

Podemos resumir los criterios generales de la responsabilidad civil:

- a) La sentencia debe determinar el daño.
- b) La cuantía objeto de la condena exige razonamiento en los supuestos en que la motivación sea posible: no lo es o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas.
- c) La responsabilidad civil incluye intereses del art. 576 LEC.
- d) La responsabilidad civil incluye la indemnización de los perjuicios materiales (que han de estar probados) y los morales que no son susceptibles de prueba, cuando su existencia se infiera inequívocamente de los hechos.
- e) El *quantum* de la indemnización no es susceptible de revisión en casación pero si las bases sobre las que se asientan.
- f) La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal.
- g) Las obligaciones civiles *ex delicto* nace de los hechos que configuran el ilícito penal.

Contenido de la responsabilidad civil (restitución, reparación e indemnización)

La responsabilidad civil que nace del hecho constitutivo de delito o falta comprende la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP):

1. La restitución es la forma prioritaria, que comprende la devolución del bien y el resarcimiento de los daños o menoscabos de la cosa, en cuyo concepto pueden entenderse incluidos los frutos y mejoras que hubiera experimentado el bien, todo ello con el límite art 111.2

CP cuando el bien objeto de restitución sea irreivindicable por estar en poder de un tercero que lo haya adquirido en la forma y con los requisitos de las leyes civiles.

2. La reparación puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, según sea la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable (art. 112 CP). En este sentido, no debe confundirse el sentido del término “reparación” que se emplea en el art. 112 con el sentido y alcance que se utiliza en la formulación de la atenuante analógica del art. 21.5ª del CP. La reparación, como obligación de hacer es preferente a la indemnización salvo que exista una notable desproporción entre el importe y el valor de los bienes dañados que tenían en el mercado en el momento de producirse el daño (valor venal) a fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto. En cualquier caso, la reparación comprende tanto la reposición de los daños causados para devolver las cosas a su estado anterior, como determinadas indemnizaciones de otros perjuicios causados por el daño.

3. La indemnización de daños y perjuicios comprende tanto los materiales como morales causados al perjudicado y agraviado, sus familiares o a terceros. La indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante que se debe declarar y cuantificar en la Sentencia.