



Roj: **STS 1144/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1144**

Id Cendoj: **28079120012018100144**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **1307/2017**

Nº de Resolución: **129/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1307/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 129/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Lucio Feliciano , Dña. Juana Olga , y Dña. Aida Nicolasa , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que les condenó por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por el Procurador Sr. Villanueva Ferrer y el recurrido Acusación Particular La Administración Concursal de Talleres Ago S.L. y Arpa Abogados y Consultores S.L., representado por la Procuradora Sra. Aranguren Letamendia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Irún incoó procedimiento abreviado con el nº 1047 de 2016 contra Lucio Feliciano , Juana Olga y Aida Nicolasa , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha 7 de abril de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El acusado Lucio Feliciano , mayor de edad en las fechas de comisión de los hechos, sin antecedentes penales, con DNI NUM000 , era en los años 2011 a 2013 administrador de BRANCHE INDUSTRIAL, S.L., que, a su vez, era administradora de GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES S.L. El



acusado era también el administrador de hecho de la empresa EB-RIM EUROBLOCKS, S.L., cuyo único socio y administradora única era GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES S.L. También era controlador de hecho de la empresa SIMOB S.L, de la que GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES S,T., era socio, junto con la aquí también acusada Aida Nicolasa , mayor de edad en la fecha de comisión de los hechos, sin antecedentes penales, con DNI 20183636D, designada en escritura pública Administradora Única de SIMOB, S.L. La también acusada Juana Olga , mayor de edad en la fecha de comisión de los hechos, sin antecedentes penales, con NIE X18966834Q, constaba en escritura pública en esas fechas como representante de GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES, y como apoderada de BRANCHE INDUSTRIAL, S.L. Ejercía funciones de dirección financiera de todo el grupo de empresas, bajo la superior dirección del acusado, que ejercía el control de hecho de todas dichas sociedades. SEGUNDO.- El acusado, con ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito y sin intención de cumplir los compromisos que adquirió, se puso en contacto a mediados del año 2011 con una de las propietarias de TALLERES AGO, S.L., Diana Gregoria . Valiéndose de la credibilidad empresarial que manifestaba poseer y de la excelente relación que decía tener con CAF, principal cliente de la empresa TALLERES AGO S.L., manifestó a Diana Gregoria su voluntad de comprar dicha empresa e integrarla posteriormente en su grupo empresarial y con ello salvar la delicada situación económica por la que atravesaba la mencionada empresa, que tenía alguna deuda con la Seguridad Social. En esta negociación el acusado, como único interviniente, comprador y negociador, acordó la compra de TALLERES AGO S.L por el precio simbólico de 1 €, a cambio de percibir la vendedora un alquiler de 8.500 € mensuales por el arrendamiento de las instalaciones, relevarla de su condición de avalista en un crédito suscrito por TALLERES AGO S.L. con la entidad Banco Popular de 47.000 € y de mantener al hijo de la vendedora como trabajador de la empresa con el salario que venía percibiendo. Al mismo tiempo que negociaba con la propietaria de TALLERES AGO, el acusado se puso en contacto con D. Placido Benito y le ofreció trabajar para su grupo de empresas. En concreto, le propuso realizar un plan de viabilidad de TALLERES AGO, a cambio de lo que recibiría como contraprestación 20.000 €. Le propuso también constituir una sociedad instrumental, GRUPO ADL PROYECTOS ESTRATÉGICOS, S.L, a fin de adquirir TALLERES AGO, de la que tenía que ser el único socio y, con posterioridad, la integraría en su grupo empresarial dándole el 25% de participación y un puesto en el Consejo de Administración. Placido Benito creyó las promesas del acusado Sr. Lucio Feliciano , Siguiendo las instrucciones que éste le dio, constituyó el día 7-12-2011 GRUPO ADL PROYECTOS ESTRATÉGICOS, S.L, de la que se nombró Administrador Único. El acusado se ocupó de todos los trámites legales, incluso de reponer a Placido Benito el desembolso inicial del capital social, para su constitución. Por indicación del acusado, se fijó como domicilio social el del abogado de dicho acusado, Sr. FIALLEGAS. El acusado citó a Diana Gregoria en una Notaría para formalizar la escritura el 4 de Enero de 2012, donde quien compareció no fue el acusado, persona con la que negoció y se presentó como comprador, sino Placido Benito , aunque el acusado manifestó en todo momento a Diana Gregoria que era él quien estaba en la operación. El día 4-1-2012 se firmaron: - En primer lugar, escritura de compraventa de participaciones sociales, por la que Diana Gregoria , Blas Ismael y Claudio Hilario venden a Placido Benito , en representación de GRUPO ADL PROYECTOS ESTRATÉGICOS, S.L.U. participaciones sociales de .T.ALLERES AGO, S.L. por el precio de un euro. - Seguidamente, contrato de arrendamiento entre Diana Gregoria , en nombre de AGUIRRE Y OBESO SOCIEDAD PATRIMONIAL, S.L., y Placido Benito , en nombre de AGO, por la que aquella arrienda a ésta los cinco locales industriales que se describen, que se indica que forman un conjunto destinado a la explotación empresarial, con un precio de 8.000 euros mensuales, a abonar dentro de los siete primeros días de cada mes. - A continuación, contrato por Diana Gregoria , en nombre de AGUIRRE Y OBESO SOCIEDAD PATRIMONIAL, S.L., y Placido Benito , en nombre de AGO, por la que ambas partes manifiestan haber firmado ese día un contrato de arrendamiento, que en la actualidad AGO adeuda al arrendador tres mensualidades, por un total de 24.000 euros y acuerdan fraccionar dicha deuda, así como las rentas de enero, febrero y marzo de 2012, que se abonará en 36 plazos mensuales a partir de septiembre de 2012, a razón de 1.333,33 euros. - Carta dirigida por Placido Benito , como Admor. único de GRUPO ADL, a Diana Gregoria , en la que le comunica su compromiso de que en el plazo de 1,5 meses contados a partir del día de la fecha, procederá a relevarle de su condición de avalista del crédito suscrito por TALLERES AGO, S.L. con la entidad Banco Popular. Y se compromete igualmente a no incrementar el riesgo de la citada póliza de crédito, en el indicado plazo de 1,5 meses. Placido Benito firmó todos esos documentos por indicación del acusado Sr. Lucio Feliciano . TERCERO.- A raíz de dicha compraventa, el acusado Sr. Lucio Feliciano pasó a dirigir de hecho TALLERES AGO. Y los acusados Sr. Lucio Feliciano y Sra. Juana Olga pasaron a ser las únicas personas con acceso a la cuenta de TALLERES AGO, ya que los códigos y las claves de las cuentas que esta entidad tenía abiertas en el BBVA fueron facilitados por la administrativa de TALLERES AGO, Custodia Veronica a la acusada Juana Olga , siguiendo las instrucciones que el acusado Sr. Lucio Feliciano había dado a la vendedora Diana Gregoria . El acusado Sr. Lucio Feliciano , en el mes de febrero de 2.012, guiado por un ánimo de lucro ilícito, cambió el sistema de facturación de la relación comercial de CAF con TALLERES AGO. Hasta entonces esta empresa facturaba directamente el producto que fabricaba y vendía a CAF. El acusado dio órdenes para que, a partir de ese momento, la facturación se hiciera por intermediación de EB-RIM EUROBLOCKS S.L, cuando lo cierto es que quien fabricaba y suministraba todo el material a CAF



era TALLERES AGO, pero el pedido de CAF se hacía, de manera meramente formal, a EB-RIM EUROBLOCKS S.L, que era quien lo facturaba a CAE. No obstante, el trabajo se continuaba realizando por TALLERES AGO, como lo había sido hasta entonces, cuyos trabajadores se relacionaban directamente con CAF en relación al trabajo encargado. Incluso, la acusada Juana Olga proporcionó a TALLERES AGO las claves de EB-RIM EUROBLOCKS, para que AGO pudiera acceder con ellas a la plataforma de CAF y realizar los albaranes de los productos realizados en AGO, a nombre de EB-RIM EUROBLOCKS. Así, TALLERES AGO pasó a facturar por dicho trabajo a EB-RIM EUROBLOCKS S.L. y por su meramente formal intermediación, el acusado decidió que esta empresa recibiría a cambio el 5% del total de la facturación que se realizase a CAF. En abril de 2012, tras un embargo de la Seguridad Social sobre la facturación realizada por TALLERES AGO S.L a EB-RIM, el acusado Lucio Feliciano plantea cambiar nuevamente el sistema de facturación siendo la intermediaria otra de sus empresas, SIMOB SIMULACIÓN DE PRODUCTOS NAVALES S.L., en la que vuelve a cobrar el 5% de lo que se facture como contraprestación a utilizar una de sus empresas para facturar el producto a CAF, participando en la facturación, en estos momentos, tanto EB-RIM como SIMOB. Por esta empresa intervino Aida Nicolasa recibiendo y contabilizando las facturas remitidas por AGO, El acusado con estas artimañas pasó a controlar y dirigir la facturación y gestión de TALLERES AGO interviniendo conjuntamente en estas gestiones las acusadas Juana Olga y Aida Nicolasa. De esta forma, se hizo con la totalidad del dinero que pagaba CAF, al contado, por los trabajos realizados por AGO. Y, con la colaboración consciente de Juana Olga y Aida Nicolasa, no ingresó el total de las cantidades debidas en las cuentas de TALLERES AGO S.L., ni siquiera, el total del 95% del precio de lo producido por AGO, sino que lo hizo parcialmente y con retraso. Sus impagos ocasionaron que AGO tuviera que dejar, a su vez, cantidades impagadas a sus proveedores y a sus trabajadores y su continuidad se vio extremadamente obstaculizada. Todo ello derivó en la decisión de presentar el concurso de acreedores de la empresa TALLERES AGO, S.L. En el mes de julio, el acusado Lucio Feliciano propuso, a fin de atender los pedidos de CAF, contar con la ayuda de dos empresas de su confianza, TMA (Talleres Mecánicos Arakistain) y TRENEKA, de la que era socio el acusado y que pertenecía al mismo grupo empresarial, Así, AGO fabricó material que entregó a TMA, pero facturó a SIMOB S.L., remitiendo las facturas a la acusada Aida Nicolasa, por importe total de 66.910,62 €. Y fabricó material que facturó a TRENEKA, por importe de 6.310,40 €. Ambos importes quedaron impagados. CUARTO.- El día 23-5-2012 el Juzgado de lo Mercantil de Donostia declaró en concurso voluntario de acreedores al deudor TALLERES AGO, S.L. y nombró Administradora Concursal Única a ARPA ABOGADOS Y CONSULTORES, S.L., compuesta por el Abogado D. Fernando Eusebio y el Economista D. Nicanor Fidel. Estos profesionales, fueron descubriendo progresivamente la situación real de la empresa, no al comienzo de su intervención. En un primer momento, Placido Benito les comentó que había sido designado por el acusado Lucio Feliciano, para ocuparse de la empresa, cuya continuidad se vislumbraba a través del grupo de empresas que dicho acusado controlaba. Tras el análisis de la contabilidad y conversaciones con empleados, descubrieron que tras las múltiples entregas de pedido por TALLERES AGO a CAF no cobraban todo de esta empresa, debido al entramado de facturación instaurado por el acusado Lucio Feliciano. Descubrieron asimismo que, de las dos secciones con las que contaba la empresa, una de ellas, la de calderería, era deficitaria, debido a que atendía un pedido de CAF, llamado Asideros de Chile, que el acusado Lucio Feliciano se empeñó en aceptar, a pesar de ser deficitario. Los administradores formalizaron expediente de regulación de empleo para proceder a la extinción de los contratos de trabajo de dicha sección. Dichos administradores concursales intentaron reunirse con el acusado Lucio Feliciano en multitud de ocasiones para exigirle un plan de pagos, manifestándole éste que tenía intención de adquirir TALLERES AGO en la fase de liquidación del concurso por un precio de 40.000 €, comprometiéndose a realizar dicho plan de pagos, sin que llegara a efectuarlo en ningún momento. El importe total de las cantidades con las que se quedó el acusado del modo descrito y que no entregó a TALLERES AGO, S.L. asciende a 331.883,38€ desglosado de la siguiente forma: - 258.662,36 € al material entregado a CAF y facturado a SIMOB, S.L. - 66.910,62 € facturado a SIMOB S,L por el material fabricado por Talleres AGO,S.L y entregado a TMA. - 6,310,40 € facturados a TRENEKA. Por auto de 11-9-2.015 del Juzgado de lo Mercantil de Donostia, se declaró concluso el procedimiento concursal referente al deudor TALLERES AGO por insuficiencia de la masa activa para la satisfacción de los créditos contra la masa y se acordó el archivo de las actuaciones y, entre otros pronunciamientos, la extinción de la persona jurídica deudora, así como que, si dentro del plazo de cinco años aparecieran nuevos bienes o derechos del deudor, se procediera conforme a lo dispuesto en los art. 179 y ss, de la LC. QUINTO.- El acusado no cumplió tampoco los compromisos asumidos el 4-1-2012 con Diana Gregoria. Así, no canceló el aval bancario de ésta con Banco Popular Español, por lo que, como avalista, tuvo que abonar al Banco el día 13-4-2012, 47.958,223 €, que le adeudaba TALLERES AGO, S,L. Tampoco pagó ninguna renta por el alquiler de los locales industriales. SEXTO.- Durante el periodo 1-1-2012 al 31-12-2012 SIMOB, S.L. no tuvo trabajador alguno y EB-RIM EUROBLOCKS, S.L. tuvo un trabajador hasta el día 2- 11-2012. Ninguna de las dos empresas depositó cuentas referentes al ejercicio 2012. Ambas carecen de bienes inmuebles inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, dictó auto el día 1-10-2014 que declaró el concurso voluntario de las entidades EB-RIM EUROBLOCKS, S.L., SIMOB SIMULACIÓN DE PRODUCTOS NAVALES, S.L., EB-RIM I MÁS D MAS I, S.L. y GRUPO INDUSTRIAL EB-TECHNOLOGIES. S.L. y simultáneamente lo concluyó por insuficiencia de



masa. Entre otros pronunciamientos acordó la extinción de la persona jurídica deudora y el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil. En el listado de acreedores de SIMOB presentado junto con el escrito de demanda se incluyó a TALLERES AGO, S.L. por un importe de 331.004,44 euros".

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

"CONDENAMOS A Lucio Feliciano , como autor de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 CP , en relación con los arts. 259 y 250.1- 4 ° y 5 ° CP , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, a las penas de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de nueve meses multa, con una cuota diaria de 12 euros. Caso de impago de dicha multa quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Le condenamos asimismo al pago de 1/5 parte de las costas devengadas en la presente causa, incluidas las de la acusación particular. 1. CONDENAMOS A Juana Olga , como cooperadora necesaria de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 CP , en relación con los arts. 259 y 250.1- 4 ° y 5 ° CP , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de siete meses multa, con una cuota diaria de 8 euros. Caso de impago de dicha multa quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Le condenamos asimismo al pago de 1/5 parte de las costas devengadas en la presente causa, incluidas las de la acusación particular. 2. CONDENAMOS A Aida Nicolasa , como cooperadora necesaria de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 CP , en relación con los arts. 259 y 250.1- 4 ° y 5 ° CP , en su redacción vigente en la fecha de los hechos, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de siete meses multa, con una cuota diaria de 8 euros. Caso de impago de dicha multa quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Le condenamos asimismo al pago de 1/5 parte de las costas devengadas en la presente causa, incluidas las de la acusación particular. 3. CONDENAMOS a los referidos Lucio Feliciano , Juana Olga Y Aida Nicolasa a indemnizar de manera solidaria al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en la cantidad de 331.883,38 €, más los intereses previstos en el art. 576 LEC , que se devengarán desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago. 4. ABSOLVEMOS a las entidades SIMOB, SIMULACIÓN DE PRODUCTOS NAVALES, S.L. y EB-RIM EUROBLOCKS, S.L. de la acusación formulada en su contra. Y declararnos de oficio 2/5 partes de las costas devengadas en la presente causa, incluidas las de la acusación particular. Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar Recurso de Casación en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de CINCO DIAS hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, por la representaciones de los acusados D. Lucio Feliciano , Dña. Juana Olga y Dña. Aida Nicolasa , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.- I.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Lucio Feliciano** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1º.4 y 5 del C. Penal .

Segundo.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 L.E.Cr ., por vulneración de la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 de la C.E .

Tercero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por incorrecta aplicación del art. 116.1 del C. Penal .

Cuarto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de la circunstancia 4ª del art. 250.1º del C.P .

**II.-** El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Juana Olga** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1º.4 y 5 del C. Penal .

Segundo.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 L.E.Cr ., por vulneración de la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 de la C.E .

Tercero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley rituarial por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1.4 y 5 del C.P .

Cuarto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación del art. 28 b del C. Penal y por falta de aplicación del art. 29 / art. 63 del mismo cuerpo legal .



Quinto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por inaplicación del art. 116.2º C.P .

Sexto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por incorrecta aplicación del art. 116.1 del C. Penal .

Séptimo.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de la circunstancia 4ª del art. 250.1º del C.P .

**III.** El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Aida Nicolasa** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1º.4 y 5 del C. Penal .

Segundo.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 L.E.Cr ., por vulneración de la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 de la C.E .

Tercero.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1. 4 y 5 del C.P .

Cuarto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación del art. 28 b del C. Penal y pro falta de aplicación del art. 29 / art. 63 del mismo cuerpo legal .

Quinto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por inaplicación del art. 116.2º del C.P .

Sexto.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por incorrecta aplicación del art. 116.1 del C. Penal .

Séptimo.- Se interpone por corriente infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por indebida aplicación de la circunstancia 4ª del art. 250.1º del C.P .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, impugnando los recursos interpuestos por la representación de los acusados, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 7 de marzo de 2017, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Lucio Feliciano

**PRIMERO.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación de los artículos 252 , 250.1.4 y 5 CP ,** dado que los hechos probados constituyen un simple incumplimiento parcial de un contrato de compraventa por parte de EBRIM EROBLOCKS S.L. y SIMOB SL, frente a TALLERES AGO, que daría lugar a una acción puramente civil de este frente a aquellas.

Cuestiona que la sentencia descarta que existió una real subcontratación entre referidas empresas y entiende por el contrario que hubo una interposición por parte del acusado de esas sociedades fácticas (EBRIM y SIMOB) para conseguir apropiarse del dinero desembolsado por CAF, causando con ello el consiguiente perjuicio a Talleres AGO, afirmación ésta de la sentencia de que no existió por parte del recurrente señor Lucio Feliciano de una voluntad real de cumplir frente a Talleres AGO, que constituye un juicio de valor que como tal es susceptible de ser revisado en vía casacional.

Argumenta que dicho juicio de valor admite una tesis distinta e igualmente razonable, partiendo de la credibilidad profesional del señor Lucio Feliciano , como empresario de éxito, de su relación con CAF anterior a la compra de Talleres AGO, en ausencia de "estrategia y engaño" empleados por el señor Lucio Feliciano para hacerse con el control de Talleres AGO, dado que la antigua propietaria Diana Gregoria fue asistida por abogado durante toda la operación de compraventa, de que Talleres Ago no se hundió por la gestión llevada a cabo por el acusado, dado que ya se encontraba hundida, económicamente pues la compra se realiza el 4 enero 2012 y la declaración de concurso voluntario de acreedores de Talleres Ago tuvo lugar el 23 mayo 2012, de la voluntad de hacer frente a los pagos debidos de AGO, dado que la propia sentencia declara probado que EBRIM si llegó a realizar pagos parciales a AGO y SIMOB realizó transferencias a favor de aquél entre julio y septiembre 2012.



Relaciones contractuales entre las partes, en concreto entre CAF y EBRIM y esta con Talleres Ago, que acreditan "la contratación real de CAF y EBRIM y la relación entre EBRIM y Talleres Ago de carácter mercantil.

Documentos que acreditan que la cadena de subcontratación existió y si se pretende mantener la teoría del fraude, debió haberse llamado a testificar a los responsables de CAF. Por último, cuestiona la existencia del delito de apropiación indebida, dado que cuando Caf abone a Ebrim lo hace en cumplimiento de un contrato de compraventa entre las mismas, por lo que Caf entrega a Ebrim la propiedad del dinero abonado, por ello si tras recibir este dinero Ebrim no cumple sus compromisos de pago con Talleres Ago, habrá incumplido el contrato de suministro que le vinculaba con este, pero no se habría apropiado de un dinero que no fuese suyo.

Otro indicio que reafirma la tesis de que nos hallamos ante un incumplimiento de contratos son las cantidades que abonaron Ebrim y Simob a Talleres Ago y la cuantía que se dejó de pagar. Así lo testifica de una empleada de Talleres Ago, Custodia Veronica (página 35 sentencia) que cifra en un 1.200.000 € la facturación a las empresas querelladas, y los folios 1252 y ss. relativos a órdenes de transferencias urgentes ordenadas por Simob, destinadas a pagar a Talleres Ago, entre el 13 julio, y el 9 noviembre 12 por un total de 330.580 €.

Cantidades las anteriores superiores a lo adeudado 331.000 € que acreditan que nos encontramos ante un incumplimiento contractual por imposibilidad de hacer frente al total adeudado.

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** En primer lugar, para solventar el problema que planteaba la apropiación del dinero, la jurisprudencia de esta Sala-por todas STS 737/2016 del 5 octubre - vino diferenciando dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal: apropiarse y distraer, con notables diferencia en la estructura típica. En las SSTS. 9.5.2014 y 2.3.2016 , recordamos que, en definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

La doctrina del TS. SS. 513/2007 de 19.6 , 218/2012 de 28.3 , 664/2012 de 12.7 , entre otras muchas, resumió la interpretación jurisprudencia de este delito proclamando que el art. 252 de 1995, sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro o que niega haberlas recibido y **la distracción de dinero o cosas fungibles** cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico.

Es doctrina de esta Sala -entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo , 1289/2002 de 9 de julio , 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre - que, en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un **numerus clausus** sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el **iter criminis** se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el "tipo de infidelidad" que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida ( STS. 4.2.2003 ).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO. 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

En efecto esta Sala, SSTS 163/2016 de 2 marzo , 700/2016 de 9 septiembre , 962/2016 de 23 diciembre comprendía respecto del delito de apropiación indebida, el actual estado de la jurisprudencia, a raíz de la



reforma operada por LO. 1/2015 de 30.3 -que tendría efectos retroactivos en lo que favorezca al acusado-, al tiempo que rechaza aquellas opciones interpretativas que, no sólo se apartan del criterio jurisprudencial proclamado reiteradamente por esta Sala, sino que alentarían espacios de impunidad como consecuencia de un mal entendido criterio de subsunción. La transcripción literal de algunos de sus pasajes resulta más que conveniente. Allí puede leerse lo siguiente: "...desde otra perspectiva podría examinarse si la admisión a trámite del recurso puede fundamentarse en la modificación realizada en la regulación del delito de apropiación indebida por la LO 1/2015, y en su eventual aplicación retroactiva en beneficio del reo.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, señala que "la reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error".

En consecuencia, la reforma excluye del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del dinero que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido. En efecto la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el art 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, al establecer clara y paladinamente que " 1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero , efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Algún sector doctrinal, que siempre ha mantenido una posición contraria a la apropiación indebida de dinero, calificándola en todo caso como un supuesto de administración desleal indebidamente inserto en el tipo de la apropiación indebida, pretende ahora enmendar la plana al Legislador y sostener que pese a la mención expresa del dinero en el art 253 CP , la apropiación de dinero, por su naturaleza fungible, no puede sancionarse como delito de apropiación indebida (diga lo que diga el Legislador) sino que debe calificarse en todo caso como administración desleal, sea cual sea el título por el que se haya recibido, y sea cual sea la naturaleza de la acción realizada sobre el mismo (excederse en las facultades de administración o hacerlo propio). Otros sectores mantienen que la mención del dinero en el art 253 solo puede referirse a los supuestos en los que el dinero se ha entregado como cosa cierta (identificando la numeración de los billetes y especificando que la devolución debe realizarse sobre los mismos billetes entregados).

Este no es el criterio seguido por esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art 252 CP como "distracción", constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de "distracción" ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir



la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma. Cabe citar, por ejemplo, la STS 433/2013, de 2 de julio (conducta apropiatoria de dinero en el ámbito societario), STS 430/2015, de 2 de julio (apropiación indebida de dinero por el Consejero Delegado de una empresa que realizó actos de expropiación definitiva, que exceden de la administración desleal), STS 414/2015, de 6 de julio (apropiación indebida por la tutora de dinero de sus pupilos), STS 431/2015, de 7 de julio (apropiación indebida por comisionista de dinero de su empresa), STS 485/2015, de 16 de julio, (apropiación indebida de dinero entregado para la cancelación de un gravamen sobre una vivienda), STS 592/2015, de 5 de octubre, (apropiación indebida de dinero por Director General de una empresa), STS 615/2015, de 15 de octubre (apropiación indebida de dinero por administrador de fincas urbanas), STS 678/2015, de 30 de octubre, (apropiación de dinero por apoderado), STS 732/2015, de 23 de noviembre (apropiación indebida de dinero por mediador en un contrato de compraventa de inmuebles), STS 792/2015, de 1 de diciembre (apropiación indebida de dinero por un gestor), STS 788/2015, de 10 de diciembre (apropiación indebida de dinero por intermediario), STS 65/2016, de 8 de febrero (apropiación indebida de dinero por agente de viajes), STS 80/2016, de 10 de febrero, (apropiación indebida de dinero por el patrono de una fundación), STS 89/2016, de 12 de febrero (apropiación indebida de dinero entregado como anticipo de la compra de viviendas), etc. etc.

En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.

Como ha señalado la STS 18/2016, de 26 de enero, " la admisión de la apropiación indebida de dinero siempre ha suscitado problemas doctrinales y jurisprudenciales, por su naturaleza fungible, pero sin entrar ahora en debates más complejos es necesario constatar que el Legislador ha zanjado la cuestión en la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al mantener específicamente el dinero como objeto susceptible de apropiación indebida en el nuevo art 253 CP .

Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida de dinero es que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", es decir que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de no entregarlo o devolverlo o la imposibilidad de entrega o devolución ( STS 513/2007 de 19 de junio , STS 938/98, de 8 de julio , STS 374/2008, de 24 de junio , STS 228/2012, de 28 de marzo " .

Este criterio jurisprudencial plenamente consolidado trae causa de anteriores precedentes en los que ya fueron abordados los efectos asociados al nuevo régimen jurídico instaurado por la LO 1/2015, en el que la reforma de los arts. 252 y 253 del CP fueron algo más que una simple recolocación sistemática. Con posterioridad se han sucedido nuevos pronunciamientos en la misma dirección. Es el caso de la STS 244/2016, de 30 de marzo, en la que se señala que "...así como en la apropiación de cosas no fungibles la incorporación al patrimonio ajeno es instantánea exteriorizador del "animus rem sibi habendi", en la distracción de dinero se requiere que se dé un destino distinto y definitivo, de suerte que hasta que ese destino no se ha objetivado cabría la existencia de un mero uso indebido del dinero, que no supusiera el despojo definitivo del mismo por parte del infractor hasta que no se haya superado lo que se denomina el "punto de no retorno" que distingue el mero uso indebido situado extramuros del sistema penal, de la apropiación en sentido propio . De igual modo en la STS 216/2016, de 15 de marzo, con citas de las SSTS 370/2014 y 905/2014 . Por ello, la reforma operada por LO 1/2015, nada ha alterado desde esta pacífica jurisprudencia, aunque sea cuestionado por un sector doctrinal (cfr. STS 414/2016, 17 de mayo)".

**TERCERO.-** Y en segundo lugar habrá que recordar la doctrina de esta Sala, contenida entre otras, en SSTS 714/2014 de 2 noviembre, 413/2015 de 30 junio, 68/2018 del 7 febrero, que establece los requisitos del motivo articulado por la vía del artículo 849.1 LECrim .





- 1) La casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.
- 2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado ( STS 2-4-92 ) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". ( STS 18-12-92 ). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " ( STS 3-2-92 ). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.
- 3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.
- 4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Siendo así la sentencia recurrida, tras describir el entramado empresarial del recurrente: BRANCHE INDUSTRIAL, S.L., GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES, S.L y SIMOB SIMULACIÓN DE PROCESOS NAVALES, S.L., declara que: "A raíz de dicha compraventa, el acusado Sr. Lucio Feliciano pasó a dirigir de hecho TALLERES AGO. Y los acusados Sr. Lucio Feliciano y Sra. Juana Olga pasaron a ser las únicas personas con acceso a la cuenta de TALLERES AGO, ya que los códigos y las claves de las cuentas que esta entidad tenía abiertas en el BBVA fueron facilitados por la administrativa de TALLERES AGO, Custodia Veronica a la acusada Juana Olga , siguiendo las instrucciones que el acusado Sr. Lucio Feliciano había dado a la vendedora Diana Gregoria . El acusado Sr. Lucio Feliciano , en el mes de febrero de 2.012, guiado por un ánimo de lucro ilícito, cambió el sistema de facturación de la relación comercial de CAF con TALLERES AGO. Hasta entonces esta empresa facturaba directamente el producto que fabricaba y vendía a CAF. El acusado dio órdenes para que, a partir de ese momento, la facturación se hiciera por intermediación de EB-RIM EUROBLOCKS S.L, cuando lo cierto es que quien fabricaba y suministraba todo el material a CAF era TALLERES AGO, pero el pedido de CAF se hacía, de manera meramente formal, a EB-RIM EUROBLOCKS S.L, que era quien lo facturaba a CAE. No obstante, el trabajo se continuaba realizando por TALLERES AGO, como lo había sido hasta entonces, cuyos trabajadores se relacionaban directamente con CAF en relación al trabajo encargado. Incluso, la acusada Juana Olga proporcionó a TALLERES AGO las claves de EB-RIM EUROBLOCKS, para que AGO pudiera acceder con ellas a la plataforma de CAF y realizar los albaranes de los productos realizados en AGO, a nombre de EB-RIM EUROBLOCKS. Así, TALLERES AGO pasó a facturar por dicho trabajo a EB-RIM EUROBLOCKS S.L. y por su meramente formal intermediación, el acusado decidió que esta empresa recibiría a cambio el 5% del total de la facturación que se realizase a CAF. En abril de 2012, tras un embargo de la Seguridad Social sobre la facturación



realizada por TALLERES AGO S.L a EB-RIM, el acusado Lucio Feliciano plantea cambiar nuevamente el sistema de facturación siendo la intermediaria otra de sus empresas, SIMOB SIMULACIÓN DE PRODUCTOS NAVALES S.L., en la que vuelve a cobrar el 5% de lo que se facture como contraprestación a utilizar una de sus empresas para facturar el producto a CAF, participando en la facturación, en estos momentos, tanto EH-RIM como SIMOB. Por esta empresa intervino Aida Nicolasa recibiendo y contabilizando las facturas remitidas por AGO, El acusado con estas artimañas pasó a controlar y dirigir la facturación y gestión de TALLERES AGO interviniendo conjuntamente en estas gestiones las acusadas Juana Olga y Aida Nicolasa . De esta forma, se hizo con la totalidad del dinero que pagaba CAF, al contado, por los trabajos realizados por AGO. Y, con la colaboración consciente de Juana Olga y Aida Nicolasa , no ingresó el total de las cantidades debidas en las cuentas de TALLERES AGO S.L., ni siquiera, el total del 95% del precio de lo producido por AGO, sino que lo hizo parcialmente y con retraso. Sus impagos ocasionaron que AGO tuviera que dejar, a su vez, cantidades impagadas a sus proveedores y a sus trabajadores y su continuidad se vio extremadamente obstaculizada. Todo ello derivó en la decisión de presentar el concurso de acreedores de la empresa TALLERES AGO, S.L. En el mes de julio, el acusado Lucio Feliciano propuso, a fin de atender los pedidos de CAF, contar con la ayuda de dos empresas de su confianza, TMA (Talleres Mecánicos Araquistáin) y TRENEKA, de la que era socio el acusado y que pertenecía al mismo grupo empresarial, Así, AGO fabricó material que entregó a TMA, pero facturó a SIMOB S.L., remitiendo las facturas a la acusada Aida Nicolasa , por importe total de 66.910,62 €. Y fabricó material que facturó a TRENEKA, por importe de 6.310,40 €. Ambos importes quedaron impagados.

El importe total de las cantidades con las que se quedó el acusado del modo descrito y que no entregó a TALLERES AGO, S.L. asciende a 331.883,38€ desglosado de la siguiente forma: - 258.662,36 € al material entregado a CAF y facturado a SIMOB, S.L. - 66.910,62 € facturado a SIMOB S, L por el material fabricado por Talleres AGO, S.L y entregado a TMA. - 6,310,40 € facturados a TRENEKA.

Durante el periodo 1-1-2012 al 31-12-2012 SIMOB, S.L. no tuvo trabajador alguno y EB-RIM EUROBLOCKS, S.L. tuvo un trabajador hasta el día 2-11-2012. Ninguna de las dos empresas depositó cuentas referentes al ejercicio 2012. Ambas carecen de bienes inmuebles inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad".

Del anterior relato fáctico se desprende que la intención de este acusado fue lucrarse de forma ilícita, realizando una serie de actuaciones se acabaron descapitalizando a Talleres Ago, utilizando para ello, empresas de su grupo en la relación que Talleres Ago mantenía desde más de 20 años con la empresa CAF. Estas empresas Ebrim y Simob, contrataban con Caf y subcontrataban con Talleres Ago, cuando era éste quien realizaba y suministraba el trabajo a Caf directamente; tal y como se venía haciendo antes de esa ficticia interposición.

Con esta maniobra el acusado consiguió que Caf realizará los pagos a esas empresas que también controlaba, y no destinó la totalidad del dinero percibido de Caf a Talleres Ago, al establecer un porcentaje del 5% del total de la facturación por esa intermediación formal a favor de Ebrim y Simob, y dar el 95% restante el destino que consideró oportuno, dejando de abonar a Talleres Ago, un total de 331.883 38 E que hizo suyos mediante las empresas interpuesta que controlaba.

Actuación del señor Lucio Feliciano , que agravó de tal forma la situación económica de Talleres Ago que motivó, su declaración en concursos de acreedores, y que puede subsumirse en el delito de apropiación indebida del artículo 252 CP , redacción vigente en la fecha de los hechos.

**CUARTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 CR.**

Argumenta que no se ha practicado en el acto del juicio oral la prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al recurrente, dado que la defensa aportó abundante prueba documental a acreditativa de la relación contractual existente entre Caf y Ebrim y la posterior subcontratación de Talleres Ago por Ebrim, asimismo fueron llamados a declarar al juicio oral varios testigos que depusieron acerca de lo que la Caf les había dicho acerca de los acusados, acerca de los hechos, acerca de pagos y sin embargo no se llamó a la causa a quienes realmente deberían haber declarado en primera persona: los representantes de Caf.

Por este motivo y por considerar que la prueba de cargo practicada ha sido insuficiente por no haber llamado como testigos a dichos representantes a fin de acreditar a través de los mismos el fraude, la inexistencia de relaciones contractuales entre las partes y las concretas relaciones y reuniones mantenidas (o no) con los acusados, entiende vulnerado la presunción de inocencia del acusado.

1º Con carácter previo y en orden a la alegación del recurrente en el motivo precedente de que la afirmación realizada por la Sala de instancia consistente en que no cabe hablar en el presente caso de subcontratación y de que no existió por parte del recurrente una voluntad real de cumplir frente a Talleres Ago constituyen un juicio de valor que como tal es susceptible de ser revisado en sede casacional, habrá que recordar que la



jurisprudencia tiene declarado, SSTS 922/2009 de 30 septiembre , 180/2010 de 10 marzo , 378/2011 de 17 mayo , que los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto y, salvo confesión del acusado en tal sentido, sólo pueden ser perceptibles mediante el juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados.

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19 octubre , considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión -se afirma en las SSTS 120/2008 del 27 febrero , 778/2007 de 9 octubre -, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía del art. 849.1 LECrim ., lo que no deja de ser cuestionado pues se estaría acudiendo a un motivo de infracción de Ley para devenir lo que realmente es una cuestión fáctica, dando así el carácter de norma jurídica a lo que realmente es una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de Ley o por la más adecuada de la presunción de inocencia, artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , dado que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4 , FJ.8), y viene afirmando ( STC. 8/2006 de 16.1 , FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados , por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria . Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE . ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad ( STC. 87/2001 de 2.4 ), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9 : "si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista .

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" ( SSTC. 33/2000 de 14.2 , 171/2000 de 26.6 ).

La STS. 545/2010 de 5.6 , FJ. 1:"... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC. 127/90 de 5.7 , 87/2001 de 2.4 , 233/2005 de 26.9 , 8/2006 de 16.1 , 92/2006 de 27.3 , 91/2009 de 20.4 ). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial ( SSTC. 91/99 de 26.5 , 267/2005 de 24.10 , 8/2006 de 16.1 )".

2º) Respecto a la presunción de inocencia en esta sede casacional, la jurisprudencia tiene declarado, SSTS. 428/2013 de 29.5 , 129/2014 de 26.2 , 286/2016 de 7.4 entre otras, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 ).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido



de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 209/2004 de 4.3 ).

Por ello, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y, por tanto:

-En primer lugar, debe analizar el "**juicio sobre la prueba**", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar "**el juicio sobre la suficiencia**", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "**el juicio sobre la motivación y su razonabilidad**", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testimonial. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación



del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

**QUINTO.-** En el caso presente la Sala de instancia en el fundamento de derecho segundo "Pruebas practicadas", detalla el contenido de las pruebas personales practicadas en el juicio oral: declaraciones de los acusados Lucio Feliciano , Aida Nicolasa y Juana Olga , las testificales de Fernando Eusebio , administrador concursal de Ago; Nicanor Fidel , administrador concursal de Ago; Custodia Veronica , responsable de compras de Ago; Placido Benito , adquirente en enero de 2012 de Ago; María José Gurruchaga Basurto, abogada de la familia Blas Ismael Claudio Hilario , antigua propietaria de Ago; Diana Gregoria , titular del 50% cuando se produjo la venta de Ago; Iñaki Uzcudun abogado de Diana Gregoria . Y la abundante prueba documental obrante en los nueve tomos del sumario y en el Rollo de la Sala, que detalla en las páginas 41 a 51 de la sentencia, que le llevan a declarar probados los seis apartados del relato fáctico en el fundamento del derecho tercero "Motivación probatoria" (folios 51 a 56), se siente especialmente significativa la prueba del apartado tres "-. Que a raíz de la compraventa el acusado pasó a ejercer la dirección de hecho de TALLERES AGO lo manifestaron todos los testigos y se desprende de la documentación obrante en la causa.

Que los acusados Sres. Lucio Feliciano y Juana Olga se hicieron con las claves de las cuentas bancarias de TALLERES AGO se desprende de las declaraciones testificales de Custodia Veronica , de Placido Benito , de Diana Gregoria y del correo electrónico obrante en el folio 69.

El cambio en el sistema de facturación de la relación comercial de CAF con TALLERES AGO fue afirmado por todos los declarantes y consta documentado, con la interposición, en primer lugar, de EIFRIM EUROBLOCKS y, posteriormente, de SIMOB. El correo electrónico remitido por la acusada Juana Olga a Custodia Veronica , de TALLERES AGO, donde le envía las claves de la plataforma de EBRIM EUROBLOCKS en CAF consta al folio 70.

El papel relevante del acusado Lucio Feliciano en esa interposición de empresas consta en los correos electrónicos obrantes a los folios 1195 y 1197 entre personal de CAF y el acusado Lucio Feliciano . El cuestionario de los folios 1199 y ss. también se refiere a esa interposición a la que se dio la mera apariencia de subcontratación.

Ciertamente, con esa interposición de EBRIM EUROBLOCKS o de 51M013 en las ventas que TALLERES AGO efectuaba a CAF se evitaba que ésta pudiera resultar obligada solidariamente de la deuda que TALLERES AGO tenía con la Seguridad Social. en virtud de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores . Que la Tesorería General de la Seguridad Social seguía procedimiento de apremio contra TALLERES AGO consta en la cédula de notificación del embargo de la facturación de ésta, dirigida a CAE el 22-3-2012.

Que el acusado Sr. Lucio Feliciano asumió el control de TALLERES AGO se desprende de lo declarado por los testigos Custodia Veronica , Placido Benito y por los administradores concursales y se desprende de lo expuesto hasta ahora y de los correos electrónicos obrantes a los folios 160 y ss., donde se aprecia que da órdenes a Custodia Veronica y a Placido Benito sobre su actuación en TALLERES AGO. El obradle al folio 162 habla de la subcontratación de EBRIM a AGO. Los correos obrantes a los folios 452 y ss., dirigidos a la acusada Aida Nicolasa se refieren ya a la segunda época, en la que la empresa interpuesta era SNOB y en ellos se aprecia también que SIMOB se queda con el 5% del importe abonado por CAF por lo realizado por TALLERES AGO.

La intervención de la acusada Juana Olga , como directora financiera del grupo si pone de manifiesto en los correos electrónicos que Placido Benito le remitía informándole de la falta de tesorería en TALLERES AGO, al no abonarles EBRIM, o SIMOB el importe de lo facturado a CAF, que CAE habla pagado a EBRIM o SIMOB al contado: folios 598, 704, Otros correos similares los remite al acusado Lucio Feliciano : así los obrantes a los folios 725 y 726. Y otros los remite al acusado Lucio Feliciano , con copia para la acusada Juana Olga : folios 727, 731 y 732. Conforme va pasando el tiempo se ve que la situación económica en la que se va encontrando TALLERES AGO es peor, hasta que se ve obligada a solicitar la declaración de concurso.

La intervención de las empresas TMA y TRENEKA y las consiguientes facturaciones fueron afirmadas por Placido Benito y Custodia Veronica , así como por los acusados. Consta documentada en las facturas obrantes a los folios 353 y 354.

Igualmente, en cuanto a la inexistencia de la subcontratación alegada por el recurrente, son relevantes las declaraciones del administrador concursal de AGO Fernando Eusebio "Los acusados hablan de subcontratación de AGO por empresas del grupo EB. Pero no había un solo pedido de estas empresas, era una interposición ruda y burda, que se les vendió como algo necesario", a Custodia Veronica , responsable de compras de AGO "Aquí no hubo una subcontratación, Si lo hubiera sido, habría habido una solicitud de oferta, contestación, negociación de precios y decisión de aceptación o no. Si hay acuerdo, se plasma en un contrato,



con objeto, fechas de entrega, precios. Aquí no hay nada de eso", de Placido Benito comprador de AGO "no hubo contratación. Solo una interposición y un cobro del 5%".

Consecuentemente la Sala de instancia se basó, en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en éste caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario, ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

**SEXTO.- El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por incorrecta aplicación del artículo 116.1 CP .**

Cuestiona que la sentencia recurrida condena solidariamente a los tres acusados del abono de la responsabilidad civil derivada del delito, cuando la parte querellante y la propia sentencia, hecho probado 4º desglosa en el total defraudado a Talleres Ago, 331.883 38 €, la cuantía determinada a cada empresa interviene 258.662 36 € del material entregado a CAF y facturado a SIMOB SL, 66.910 62 € por el material fabricado por AGO que entrego a TMA, pero facturó a SIMOB, y 6310 40 € material fabricado por AGO que facturó a Treneka (empresa de la que es socio el acusado Lucio Feliciano e integrada a su vez dentro del grupo Ebrim).

En conclusión y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 116.1 CP habría que separar las cantidades imputables a Simob y las imputables a Ebrim, por cuanto son distintos los representantes legales de ciencias mercantiles ( Juana Olga , de EBRIM y Aida Nicolasa de SIMOB), no cabiendo imputar a una cantidades de la otra.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

Por regla general en el caso de ser varios los responsables de un delito, no obstante el carácter solidario de su responsabilidad, las Audiencias precisamente por las repercusiones que el pago de cada partícipe puede producir en las obligaciones de los demás ante la posibilidad del ejercicio de las acciones de repetición, deben fijar la cuota de la que deba responder cada partícipe, pero cuando se trata de un único delito y la participación de los acusados es de idéntico grado, el señalar una cantidad única no tiene más trascendencia que la de entender la responsabilidad civil por partes iguales ( STS 416/2007 de 23 mayo ).

El sistema de cuotas incide en cada uno de los obligados respecto de los demás, también obligados, pero no respecto a los perjudicados, quienes pueden exigir la totalidad de lo debido a cualquiera de ellos, dado el carácter solidario de la responsabilidad frente a los perjudicados, sin perjuicio de que una vez satisfecha la deuda por el reclamado, éste se convierta en acreedor de los demás en la cuota-parte que a cada uno de hubiera sido asignada- ( STS 50/2009 de 26 de enero ).

En este sentido la STC. 119/2003 de 16 de junio , recordó que el carácter solidario de las obligaciones de los responsables civiles frente a los acreedores y el que éstos puedan dirigirse contra cualquier de los deudores, no empece en modo alguno a la obligación del órgano judicial de indicar las cuotas de las que ha de responder cada uno de los responsables civiles en atención a la incidencia de la responsabilidad de cada uno de ellos en los hechos.

Por ello en caso de pluralidad de responsables civiles, cuando esta responsabilidad admite una división en cuotas en las indemnizaciones, el tribunal habrá de determinar la que tenga que abonar cada uno de los diversos responsables penales por el mismo hecho, y ello de modo forzoso por mandato del artículo 116.1 CP . No hacerlo así puede corregirse en casación. El Código Penal no nos dice criterios han de seguirse para esa



determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a indemnizar.

En el caso presente, dada la forma en que ocurrieron los hechos, resulta evidente el preponderante papel del señor Lucio Feliciano quien tuvo el dominio del hecho de toda la operación, quien tuvo inicialmente la posesión legítima de todo lo producido por Talleres Ago al percibirlo de CAF, sin destinarlo a aquella empresa, y que se apropió de los 331.883 €.

Todos los testigos coinciden en que era el señor Lucio Feliciano quien daba las instrucciones a Placido Benito sobre cómo realizar el trabajo en AGO, y la persona con quien los administradores concursales se relacionaron al considerar que de quien ostentaba la efectiva dirección de AGO y de las empresas interpuestas: papel preponderante que determinó su condena como autor material y es, por ello, el principal causante de los perjuicios a indemnizar, un porcentaje superior al de las otras dos acusadas condenadas como cooperadoras necesarias.

Así las cosas, nos parece equitativo que una cuota de 80% sea a cargo de este acusado y el 20% restante a partes iguales para las condenadas como cooperadoras necesarias, de las que no constan se apropiaron de cantidad alguna.

Todo esto evidentemente, en cuanto a las relaciones internas entre los tres responsables penales, pues frente al perjudicado, los tres han de responder por el total de la indemnización.

**SEPTIMO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 250.1 CP .** revestir especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia.

Considera que tal circunstancia no debería ser de aplicación en el caso que nos ocupa por varias razones:

1ª porque esta circunstancia sólo es aplicable cuando la víctima del delito sea una persona física, no cuando sea una persona jurídica.

2ª porque también se ha apreciado la sentencia recurrida la circunstancia cualificativa 5ª (defraudación superior a 50 euros) que absorbe a la 4ª de modo que su apreciación conjunta vulneraría el principio non bis in idem.

3ª porque tal como declara probado la sentencia recurrida la situación económica de Talleres Ago era ya muy delicada antes de la operación de compra que se imputa al recurrente - la compraventa se realiza el 4 enero 2012- y el 23 mayo 2012 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil declarando un concurso de acreedores a Talleres Ago.

El motivo se desestima.

1º La referencia legal a la familia de la víctima ha suscitado la cuestión doctrinal de si el tipo agravado es aplicable tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas, las cuales, obviamente, no pueden tener familia.

Frente a quienes estiman que no cabe incluir en ningún caso a las personas jurídicas como víctimas, a los efectos de esta agravación, ya que ello supone una interpretación extensiva en contra del reo, que rebasaría los límites del tipo penal, la mayoría de la doctrina considera que la gravedad de la situación económica puede referirse a las personas jurídicas, argumentando que dicha situación repercutirá siempre, en última instancia, sobre la economía de personas físicas y que la víctima puede ser tanto el sujeto pasivo del delito como cualquier tercero perjudicado.

En efecto como el precepto no habla de sujeto pasivo sino de víctima, las cuales son también, en su condición de perjudicadas, las personas físicas que en definitiva resultan afectadas por el ataque patrimonial perpetrado contra los bienes de una sociedad, cuando, por ejemplo se crea, a través de la quiebra de la empresa, una grave situación económica a sus empleados, poco importa que el sujeto pasivo, en sentido técnico, sea un particular o una persona jurídica si, en último extremo, las víctimas son personas físicas.

2º Es cierto que resulta difícil imaginar esta agravación sin que además concorra la especial gravedad por cuantía superior a 50.000 euros, que habría de estimarse preferente, pero frente a esta posición, debe prevalecer la opinión que considera ambas agravaciones perfectamente diferenciables y fundadas en razones bien diversas, por lo que no existe una colisión entre ellas y haga preferente la nº 5 en detrimento de la que se examina. Parece evidente que cuando se ponga a la víctima en una grave situación económica lo será normalmente porque la cuantía apropiada es de notoria importancia, pero también puede ocurrir en algunos casos que, en función de las circunstancias de la víctima, con la desapropiación de una cantidad moderada



se crea esa difícil situación, mientras que en otros el apoderamiento de una importante suma no causa ese efecto económico, de manera que su producción supone un mal añadido.

Refuerza esta tesis la reforma de la LO 5/2010 que para acabar con la polémica doctrinal sobre si dada la redacción del antiguo artículo 250.1.6 CP " cuando la estafa... reviste especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se desea la víctima o a su familia" -se requería la conjunción de todos los supuestos recogidos en el texto legal o bastaba la producción de uno de los resultados para la aplicación del subtipo agravado, postura esta última adaptada por la jurisprudencia, SSTS 635/2006 de 14 junio , 345/2015 de 17 junio , 739/2017 de 16 noviembre , trasladó el subtipo agravado del valor de la defraudación al nº 5 del artículo 250.1º fijando el valor de la defraudación en 50.000 € y al mismo tiempo se separó de las otras hipótesis típicas de especial gravedad de anterior nº 6, las cuales pasaron al nuevo 4º, todos dentro del mismo apartado 1 del nuevo artículo 250 CP .

3º y en cuanto a que la empresa se encontraba ya en situación económica delicada, es claro que tal alegación debe decaer -como señala la STS 309/99 del 22 febrero -, en la sola consideración de que el mal estado económico de la empresa no se puede colegir una cierta irrelevancia del perjuicio que ignore el empeoramiento de la situación económica a consecuencia de las maniobras del recurrente a pretexto de que la utilización anterior de la mala.

Precisamente, la mala situación ex ante de la víctima, lo que puede provocar es el adelantamiento de la aplicación de la agravación por aparecer más claro el perjuicio económico cuando éste recae sobre quién ya por otros motivos, esta situación económica comprometida.

Procede, por lo expuesto, la desestimación del motivo.

RECURSO INTERPUESTO POR Aida Nicolasa

**OCTAVO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación de los arts. 252 , 250.1. 4 y 5 CP .**

El motivo coincide sustancialmente con el mismo ordinal del recurso de Lucio Feliciano en cuanto entiende no correcta la aplicación del tipo previsto en los artículos citados, toda vez que los hechos constituyen un simple incumplimiento parcial de un contrato de compraventa por parte de EBRIM EUROBLOCKS SA y SIMOB SL, frente a Talleres Ago, que daría lugar a una acción puramente civil de este frente a aquellas, y añade que EBRIM (no SIMOB) quien recibió una cantidad económica de CAF en cumplimiento de un contrato de suministro, lo que significa que adquirió la propiedad de ese dinero y por lo tanto, no cabe la comisión de delito, y en cualquier caso la señora Aida Nicolasa no era administradora ni ostentaba cargo alguno en EBRIM, dado que la mercantil de la que era administradora nominal y SIMOB que nunca realizó cantidad alguna por parte de CAF y no cabe apropiarse de dinero que nunca se recibió.

Dando por reproducido la argumentación expuesta en el análisis del motivo primero del anterior recurrente la existencia de un delito de apropiación indebida del que es autor material Lucio Feliciano debe ser mantenida.

La condena de esta recurrente se basa, no en cómo administradora única de Simob -de la que también era socia junto con GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES SL, sociedad está administrada por BRANCHE INDUSTRIAL SL, cuyo administrador único era el señor Lucio Feliciano ; se apropiara de cantidad alguna, sino por permitir que el coacusado Lucio Feliciano se quedara con el dinero que pagaba CAF en la facturación remitida por SIMOB por los trabajos realizados por Talleres Ago, en concreto 258.662,36 E, más 66.910 € por material que AGO fabricó y entregó a TMA pero facturó SIMOB.

El motivo por lo expuesto se desestima

**NOVENO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 CE .**

Considera que no se ha practicado en el acto del juicio oral la prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a la recurrente. La defensa ha aportado abundante prueba documental acreditativa de la relación contractual entre CAF y EBRIM y la posterior subcontratación de Talleres Agro por EBRIM. Asimismo, fueron llamados a declarar al juicio oral varios testigos que depusieron acerca de los hechos, acerca de pagos y, sin embargo, no se llamó a la causa a quienes realmente deberían haber declarado en primera persona: los representantes de CAF.

Por último y por considerar que la prueba de cargo practicada ha sido insuficiente por no haber llamado como testigos a dichos representantes a fin de acreditar a través de los mismos el fraude, la inexistencia de relaciones contractuales entre las partes y las concretas relaciones y reuniones mantenidas (o no) los acusados, entiende vulnerada la presunción de inocencia del acusado.





El motivo es idéntico al articulado segundo lugar por el recurrente Lucio Feliciano por lo que nos remitimos en orden a su desestimación, a la prueba testifical y documental que la sentencia reseña en el fundamento derecho segundo "pruebas practicadas", y como esta prueba le lleva a declarar probado los seis apartados del relato fáctico, fundamento de dicho tercero "motivación probatoria", siendo en el apartado tercero en el que se declara probado en abril 2012 SIMOB comienza a ser la entidad que realiza la facturación de material a CAF, aunque quien lo fabricaba y suministraba era AGO, como por SIMOB intervino la recurrente Aida Nicolasa, recibiendo y contabilizando las facturas remitidas por AGO y como Lucio Feliciano pasó así a controlar y dirigir la facturación y gestión de Talleres AGO, interviniendo conjuntamente en estas gestiones las acusadas Juana Olga y Aida Nicolasa, y con la colaboración consciente de ambas no ingreso el total de las cantidades debidas en las cuentas de Talleres Ago, ni siquiera el total del 95% del precio de lo producido por Ago.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

**DECIMO.- El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 252, 250.1. 4 y 5 CP.**

Discrepa de la condena de la recurrente como cooperadora necesaria de un delito continuado de apropiación indebida, cuando Aida Nicolasa ha sido en la operativa comercial una mera subordinada del también condenado Lucio Feliciano sin que la misma haya ejercido poder de dirección, ni de decisión alguna.

No ostentaba dominio de hecho y ejercía meras funciones administrativas y de contabilidad que no entrañan poder de gestión. El partícipe en la comisión de un delito debe conocer la ilicitud de hecho y la recurrente se limitó a seguir las instrucciones de su superior jerárquico, ajena a las conversaciones de Lucio Feliciano con Caf y a la operación de compraventa a Talleres Ago y a las conversaciones con los administradores concursales en las que no tomó parte alguna.

En definitiva, la intervención de Aida Nicolasa en toda la operativa comercial consistió en figurar como administradora formal en la mercantil SIMOB SL, y en asentar facturas en la contabilidad de SIMOB.

La recurrente carecía de absoluta autonomía para la adopción de decisiones importantes o estratégicas.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, fundamento de derecho cuarto, apartado III, razona la condición de cooperadora necesaria de esta recurrente en la apropiación indebida cometida por Lucio Feliciano. Así explica "cómo era socia y administradora única de SIMOB, S.L. Su intervención activa en los hechos se inicia cuando SIMOB comienza a interponerse en las relaciones comerciales entabladas entre TALLERES AGO y CAF, en abril de 2012. No intervino cuando fue EB-RIM la empresa interpuesta, pero prácticamente toda la deuda que las empresas del grupo dejaron en AGO le fue debido a la interposición de SIMOB.

En concreto, Aida Nicolasa era quien recibía las facturas que Custodia Veronica, do AGO libraba a SIMOB, incluso por material que AGO habría enviado a TMA, siguiendo instrucciones del acusado. Realizaba tareas contables en SIMOB, según manifestaron tanto ella como Juana Olga, Y también las de EH TRENEKA, otra empresa del Grupo, tal como declaró Aida Nicolasa,

No le consideramos coautora, pero su participación ha de considerarse necesaria. Colaboró de manera decisiva en las ilícitas tareas del acusado, Aida Nicolasa conoció también la operativa de la interposición de EB-RIM y de SIMOB en la facturación de AGO. Conoció el 5% que estas empresas se quedaban por su mera interposición, lo facturado por AGO y, por otro, que no se abonaba a AGO el total del 95% restante, sino que una parte importante de esta cantidad se abonaba por CAF a SIMOB y ésta se lo apropiaba ilícitamente en perjuicio de AGO. Y como administradora única de SIMOB ella era quien tenía la capacidad jurídica de vincular jurídicamente a dicha entidad con otras y de decidir cuál era el destino a dar a los fondos ingresados en la entidad, a los que no dio el destino a que estaba obligada: su entrega a AGO, ignorando así las obligaciones de su cargo, conscientemente asumido. Estaba situada, por tanto, en un lugar imprescindible para la perpetración del delito del modo en que se cometió: como administradora de la sociedad. Pudo haber evitado que el delito se consumase, pero no lo hizo, sino que incluso colaboró activamente a ello".

Razonamiento de la Sala que debe ser mantenido. Así en cuanto a la concreta participación de esta recurrente, hemos dicho en SSTS 786/2011 de 20 julio, 927/2013 de 11 diciembre, 158/2014, 23/2015 del 4 febrero, 487/2015 del 20 julio, 519/2015 de 23 septiembre, 415/2016 del 17 mayo, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación, radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría ( STS. 590/2004 de 6.5 ); y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio



sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) ( STS. 1159/2004 de 28.10 , 891/2006 de 22.9 )".

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio , se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto ( artículo 28.1 C.P .) -se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio-; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P . (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que " *la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo* ", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la " *conditio sine qua non* ", la del " *dominio del hecho* " o la de las " *aportaciones necesarias para el resultado* ", resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría ( S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero , también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar, se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la



coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la «conditio sine qua non», para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, *pero sin el cual el hecho criminal también era posible*.

Por ello la complicidad "requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas" ( STS. 1216/2002 de 28.6 ). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal ( STS. 185/2005 de 21.2 ).

En todo caso, el dolo del partícipe consiste en la conciencia y voluntad del coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres y expuestos de esenciales y necesarios -cooperación o de mera accesoriedad o periféricos (complicidad)-, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor, y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

**DECIMO PRIMERO.-** En el caso presente la pretensión de la recurrente de que su misión se limitó a la contabilización de las facturas siguiendo las instrucciones que le impartía el señor Lucio Feliciano, no puede ser compartida. No sólo era la administradora única de SIMOB, sino que además socio de la misma junto con la empresa GRUPO INDUSTRIAL EB TECHNOLOGIES S.L, y según sus propias manifestaciones realizaba funciones contables y recibía las facturas que remitía el personal de Ago, las ponía a nombre de SIMOB y las facturaba a CAF. Conocía que por esa intermediación su empresa sólo debía percibir el 5% y que CAF las abonaba directamente a SIMOB, por lo que la deducción de la Sala de que conocía de que el resto no se reintegraba a Talleres Ago, es lógica y racional, debiendo su actuación calificarse como de cooperación necesaria.

En efecto pudo ser un instrumento del autor material, pero se prestó voluntariamente a ello, dado su posición preeminente como administradora única de la sociedad, desde la que pudo haber impedido la consumación del delito de apropiación indebida y no lo hizo, sino que colaboró con ello.

La trama delictiva y su forma objetiva de desarrollarse fue conocida por esta coacusada. No puede alegar ignorancia ante un hecho que debía llamar la atención de cualquier administrador diligente y de mediana comprensión, que el dinero recibido de CAF no se ingresaba en las cuentas de Talleres Ago, deducido ese 5% a percibir por SIMOB.

El motivo por lo expuesto se desestima.

**DECIMO SEGUNDO.- El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación del artículo 28.b CP, y falta de aplicación de los artículos 29 y 63 del mismo cuerpo legal.**

El motivo subsidiario del anterior, impugna el grado de participación en el delito objeto de sanción por entender que los actos atribuidos a la recurrente tenían carácter secundario por lo que su hipotética condena debería ser a título de cómplice y no de cooperadora necesaria.

La cuestión de la distinción entre coautoría, cooperación necesaria y complicidad ya ha sido analizada en el motivo precedente y como la actuación de la recurrente debe considerarse como cooperación necesaria,



debido sólo insistirse en que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no debe ser apoyada en la noción del dominio del hecho, que ni uno ni en otro tienen.

Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ocupación del plan del autor. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación del artículo 28.2 b). Si no lo es, será aplicable el artículo 29. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la "conductio sine qua non" sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto ( SSTS 699/2005 del 6 junio , 901/2009 de 24 septiembre ).

Y en el caso actual su actuación en su condición de administradora de una de las sociedades a través de la cual se comete el delito no puede considerarse accesoria o secundaria sino necesaria para su realización.

**DECIMO TERCERO.- El motivo quinto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por inaplicación del artículo 116.2 CP .**

Argumenta que en el caso de su condena como cómplice la responsabilidad civil de la recurrente lo sería título subsidiario con respecto al autor del delito por aplicación de lo establecido en el artículo 116.2 CP .

Supeditado el motivo a la estimación del precedente, desestimado que ha sido, conlleva la improsperabilidad del presente.

**DECIMO CUARTO.-El motivo sexto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por inaplicación del artículo 116.1 CP .**

El motivo es idéntico al articulado en tercer lugar por el recurrente Lucio Feliciano por lo que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias a lo ya razonado en orden a concretar la responsabilidad de este recurrente en el 10% del total apropiado en las relaciones internas con los otros acusados.

**DECIMO QUINTO.- El motivo séptimo por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 250.1 CP .**

El motivo es idéntico, inclusive en su texto, al motivo cuarto del interpuesto por el recurrente Lucio Feliciano por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria.

RECURSO INTERPUESTO POR Juana Olga

**DECIMO SEXTO.- El motivo primero se interpone por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación de los artículos 252 , 250.1 , 4 y 5 CP .**

El motivo es idéntico al articulado con el mismo número por la recurrente Aida Nicolasa , por lo que debe ser desestimado, remitiéndonos a lo ya argumentado en aras a la brevedad para evitar repeticiones innecesarias.

**DECIMO SEPTIMO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.2 CE .**

El motivo coincide literalmente con el mismo ordinal de los recursos interpuestos por los anteriores recurrentes Lucio Feliciano y Aida Nicolasa por lo que nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad en orden a la prueba testificar y documental valorada por la Sala para desestimar aquellos recursos.

**DECIMO OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida de los artículos 252 , 250.1º.4 y 5 CP .**

Discrepa de la condena de esta recurrente como cooperadora necesaria de un delito continuado de apropiación indebida, cuando ha sido en la operación negocial una mera subordinada del también condenado Lucio Feliciano , sin que la misma haya ejercido poder de dirección, ni de decisión alguna. No ostentaba dominio de hecho y ejercía meras funciones administrativas y de contabilidad que no entrañan poder de gestión. El partícipe en la comisión de delito debe conocer la ilicitud del hecho, y la recurrente se limitó a seguir las instrucciones de su superior jerárquico, ajena a las conversaciones de Lucio Feliciano con Caf y a la operación de compraventa de Talleres Ago, y a las conversaciones con los administradores concursales en las que no tomó parte alguna.

En definitiva ella una empleada de Lucio Feliciano que cumple las órdenes del mismo, que no tenía poder de dirección, ni de decisión y que no podía realizar pagos si no era previa autorización de aquel, sin que las razones en que la sentencia sustenta su condena: que era quien indicaba como se tenían que hacer los pedidos y las tareas de albaranje, que tenía las claves de las cuentas de Talleres Ago en el BBVA, que facilitó a una administrativa de Talleres Ago las claves para acceder desde Talleres Ago a la plataforma de Caf, y que era apoderada y directora financiera de Ebrim, sean relevantes y no integran un poder de dirección y gestión, porque



ésta recurrente era una empleada que se limitaba seguir las instrucciones que le impartía su superior en su medio laboral.

El motivo en su desarrollo es similar al mismo motivo interpuesto por la recurrente Aida Nicolasa por lo que debe ser igualmente desestimado.

La sentencia recurrida "fundamento de su cuarto"- "participación de las personas físicas acusadas"- apartado II razona la consideración de cooperación necesaria a la actividad desarrollada por esta recurrente. Así señala que " Juana Olga , era representante de GRUPO INDUSTRIAL EB TECI-LNOLOGIES, S.L. y apoderada de BRANCIIE INDUSTRIAL, Sl., que, a su vez, era administradora del referido GRUPO, que era el único socio y administrador de EB-RIM EUROBLOCKS, S.L. Y ejercía funciones de dirección financiera de todo el grupo de empresas, del que formaba parte también SIMOB. Era, por tanto, representante del grupo y ejercía un cargo relevante en el mismo.

También hemos declarado probado que, junto al acusado, pasó a ser la única persona con acceso a las cuentas de TALLERES AGO, una vez que el acusado la adquirió de hecho, Juana Olga se personó en la empresa, dando instrucciones a Custodia Veronica , sobre cómo tenía que realizar la operativa de albaranje y pedidos y del mismo modo lo realizó por correo electrónico; por ejemplo, facilitando a Custodia Veronica las claves para el acceso a la plataforma de CAF, para realizar los albaranes en nombre de EB-RIM. Y controlaba semanalmente los pedidos y la facturación de TALLERES AGO, según manifestó Custodia Veronica . Custodia Veronica manifestó que Juana Olga era quien hacía las transferencias desde las cuentas del BBVA de TALLERES AGO, o desde las cuentas de las otras empresas. Juana Olga fue quien llamó a los proveedores de AGO, diciéndoles que no iban a atender a los pagarés librados y Custodia Veronica se relacionaba con ella. Incluso al pasar la facturación a SIMOB, Juana Olga era quien seguía interesándose por la facturación de AGO. Y quien indicó a Custodia Veronica que hicieran factura a SIMOB por el material enviado a TMA".

Y si bien pese a esas relevantes funciones no considera que fuera coautora del delito cometido por el coacusado Lucio Feliciano , al no poder afirmarse que tuviera el dominio del hecho, "si conocía la operativa de la interposición de EB-RIM y de SIMOB en la facturación de AGO. Ordenó a Custodia Veronica -administradora de Talleres Ago- que actuara de ese modo y controló de manera prolongada en el tiempo su actuación, ejerciendo funciones ejecutivas de dirección financiera, conociendo perfectamente, por un lado, lo facturado por AG() y, por otro, lo percibido por AGO; es decir, la cantidad de que el acusado se apropiaba ilícitamente en perjuicio de AGO, Colaboró de manera decisiva en las ilícitas tareas del acusado. Por ello la consideración que la sentencia analiza de su colaboración con Lucio Feliciano , como de participación necesaria es correcta y conforme con la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto en el análisis del motivo tercero de la recurrente Aida Nicolasa .

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

**DECIMO NOVENO-** El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación del artículo 28 b CP y por falta de aplicación del artículo 29- complicidad -y artículo 63 del mismo cuerpo ; motivo quinto, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por inaplicación del artículo 116.2 CP , responsabilidad civil a título subsidiario con respecto al autor del delito; motivo sexto por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por incorrecta aplicación del art. 116.1 CP ; y el motivo séptimo por infracción de Ley, indebida aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 250.1 CP -revestir especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica de que se desea la víctima o a su familia-, son idénticos, coincidiendo en su tenor literal con los articulados con los mismos números por la recurrente Aida Nicolasa , por lo que la respuesta ha de ser igualmente idéntica.

**VIGÉSIMO.-** Estimándose parcialmente los motivos tercero de Lucio Feliciano , sexto de Aida Nicolasa y sexto de Juana Olga , se declaran de oficio las costas de sus recursos respectivos. ( art. 901 LECrim ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**Estimar parcialmente los recursos** interpuestos por D. Lucio Feliciano , Dña. Juana Olga , y Dña. Aida Nicolasa , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que les condenó por delito de apropiación indebida; CASANDO y ANULANDO dicha resolución, dictando segunda sentencia más conforme a derecho; con declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos..

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



RECURSO CASACION núm.: 1307/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto la causa nº 1307/2017, incoada por el El Juzgado de Instrucción nº 3 de Irún incoó procedimiento abreviado con el nº 1047 de 2016 contra **Lucio Feliciano , Juana Olga y Aida Nicolasa** , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha 7 de abril de 2016 dictó sentencia; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se admiten los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal como se ha razonado en la sentencia precedente en cuanto a la responsabilidad civil acordada a favor del Fondo Garantía Salarial, en las relaciones internas entre los tres acusados, Lucio Feliciano responderá del 80% del total, Aida Nicolasa en un 10% y Juana Olga del 10% restante, sin perjuicio de que frente al perjudicado respondan solidariamente por la totalidad.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**Manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 7 de abril 2017 , en cuanto a la indemnización civil acordada a favor del Fondo Garantía Salarial por 331.883,38 E, a cuya condena solidaria han sido condenados los acusados, se determinan las cuotas en las relaciones internas entre ellos, respondiendo Lucio Feliciano del 80% del total, Aida Nicolasa del 10% y Juana Olga del 10%, sin perjuicio de mantener la condena solidaria de los tres frente al perjudicado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia