



Roj: **STS 4493/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4493**

Id Cendoj: **28079120012022100923**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2022**

Nº de Recurso: **4993/2020**

Nº de Resolución: **949/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 949/2022

Fecha de sentencia: 13/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4993/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4993/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 949/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de diciembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por **SWIFTAIR S.A.**, representado por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez bajo la dirección letrada de D. Juan Fernández Ramos, y **AENA SME, S.A.**, representando por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia n.º 5/2020, de 13 de enero por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala 32/2018. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, HELLITT LÍNEAS AÉREAS, representando por el Procurador José Domingo Corpas bajo la dirección letrada de Nicolás Molina García; Julio representado por don José Domingo Corpas y bajo la dirección letrada de don Vicente Alfonso Torres y Leandro, representando por D. Adolfo Manuel Márquez Barra bajo la dirección letrada de D. Manuel Cervantes Morales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Málaga incoó Procedimiento Abreviado 83/2017 por delito de falsedad documental y estafa, contra Julio y Leandro que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera. Incoado el Rollo 32/2018, con fecha 13/01/2020 dictó sentencia número 5/2020 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probados y así se declaran los siguientes hechos:

Primero: Swiftair S.A., se encuentra dedicada al sector del transporte aéreo, teniendo una flota de aeronaves que pone a disposición de las aerolíneas a fin de que puedan fletarlas y realizar sus operaciones de transporte aéreo, siendo poseedora de licencia tipo A expedida por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

Segundo: Helitt Líneas Aéreas S.A., con C.I.F. B85934933, con inicio de operaciones el 16 de abril de 2.010, contactó con Swiftair S.A., a fin de comenzar una relación comercial, acordando entre dicha entidades un alquiler o cesión del uso de las aeronaves por un precio acordado de mercado, dando principio dichas relaciones en fecha 28 de septiembre de 2.012, existiendo en un primer momento en las relaciones precontractuales entre las partes acuerdos puntuales previas tarifas aprobadas y acordadas, de forma que Swiftair S.A., previa petición de Helitt Líneas Aéreas S.A., facturaba por las distintas operaciones en concepto de cesión de aeronaves, siendo abonado lo facturado mediante transferencia bancaria, si bien con ciertas incidencias.

Tercero: En las relaciones comerciales entre Swiftair S.A. y Helitt Líneas Aéreas, a S.A., las comunicaciones tenían lugar, tanto con Leandro, nacido el NUM000 de 1.983 y sin antecedentes penales, como con el presidente y consejero delegado de Helitt Líneas Aéreas S.A. Julio, nacido el NUM000 de 1.987 y sin antecedentes penales, achacando los retrasos en los pagos de las operaciones que se hacían con Swiftair S.A. a problemas bancarios o relacionados con las facturas, aunque finalmente se hacían efectivos dichos pagos tras los consiguientes requerimientos y dejando un saldo a deber, lo que era asumible dentro de unas relaciones mercantiles, no obstante lo cual y como la prestación de servicios en esos términos conllevaba un importante riesgo financiero, Swiftair S.A. indicó a Helitt Líneas Aéreas S.A. la imposibilidad de seguir prestando los servicios en esas condiciones, siendo contestadas las cuestiones suscitadas al respecto por Leandro en distintos correos electrónicos, haciendo constar en el de fecha 12 de noviembre de 2.012, a las trece horas y cinco minutos, del que consta se dio traslado entre otros a Julio, que en dicha fecha se solicitaba a su banco aval, para poder entregarlo a Swiftair S.A. con el fin de asegurar la operación, pues la relación iba a ser de varios meses, y asimismo y en una nueva referencia a dicho aval bancario, en el correo electrónico de fecha 12 de noviembre de 2.012, a las quince horas y dieciséis minutos, solicitaba flexibilidad y recordaba que señalaba la entrega del para principios de la semana, con el fin de tener cierta garantía para Swiftair S.A., ocurriendo otro tanto en el email enviado el 13 de noviembre de 2.012, a las nueve horas y cuarenta y siete minutos, del que consta se dio traslado entre otros a Julio, en el que nuevamente aludía al aval propuesto para mayor tranquilidad por los meses de duración de la operativa.

Cuarto: En fecha 3 de diciembre de 2.012 fue firmado contrato entre Swiftair S.A. y Helitt Líneas Aéreas S.A. y en fecha 5 de diciembre de 2.012, a las dieciocho horas y catorce minutos, Leandro, procedió a enviar un correo electrónico, al que adjuntó un borrador del aval, con la pregunta de donde debía ser entregado y a la atención de quien, siendo recibido el aval el día 10 de diciembre de 2.012 por medio de MRW en las oficinas de Swiftair S.A., lo que fue comunicado mediante correo electrónico de la misma fecha 10 de diciembre de 2.012, a las once horas y diez minutos, remitido a Leandro, del que se dio traslado entre otros a Julio, en el que además se hacía constar que los pagos debían ir en la línea de lo acordado, ya que el aval no sustituía los mismos, constando dicho aval en papel timbrado de la entidad Banco Santander, de fecha 5 de diciembre de 2.012, figurando como avalado Helitt Líneas Aéreas S.A., con C.I.F. A85934933, y como beneficiario Swiftair S.A., hasta un importe de 180.000 euros, en garantía del cumplimiento de las obligaciones de pago, por cualquier concepto, derivadas de arrendamiento de operaciones con aviones del beneficiario o cualquier otra flota de



aviones o aquellas aeronaves que operasen en nombre del avalado por cuenta del beneficiario, con validez hasta el día 5 de diciembre de 2.013, constando que dicho aval quedaba inscrito en el Registro Oficial de avales con el número NUM001, y una vez se adeudaba a Swiftair S.A. la cantidad de 195.89583 euros, es por lo que siendo la cantidad total adeudada superior a la garantizada mediante el aval bancario, mediante correo electrónico de fecha 26 de diciembre de 2.012, a las doce horas y veintitrés minutos, remitido a Leandro, se comunicó a Helitt Líneas Aéreas S.A. la necesidad de que efectuara un pago urgente de lo adeudado, pues de lo contrario se pararían los vuelos y rechazarían los adicionales que tenía hasta el día 30, tras lo que en la creencia de la validez y realidad de dicho aval, Swiftair S.A. mediante correo electrónico de fecha 2 de enero de 2.013, a las trece horas y catorce minutos, se puso en contacto con el Banco Santander solicitando la ejecución del aval y que se informara si se precisaba algún otro requisito y cuando se remitía el original del aval, a lo que mediante carta fechada el 14 de enero de 2.013, dicha entidad bancaria puso de manifiesto en referencia al aval presentado por Swiftair S.A. con fecha 2 de enero de 2.013, para su correspondiente ejecución, número de aval 0049-6729-212110001263, titular Helitt Líneas Aéreas S.A., A- 859349933 por importe de 180.000 Euros y de fecha 5 de diciembre de 2.012, que por la oficina 6729 se había informado que dicho aval no había sido formalizado ni tenían constancia del mismo, y sin que haya podido determinarse en forma inequívoca la autoría material del referido aval falso de fecha 5 de diciembre de 2.012, ni si la decisión de su remisión a los fines motivar engaño Swiftair S.A., con la finalidad de inducirla a seguir prestando en perjuicio propio a Helitt Líneas Aéreas S.A. los servicios contratados, fue en exclusiva hecho llevado a cabo por Leandro, siendo desconocedor de su actuación Julio, ni tampoco si dicha actuación fue en exclusiva decidida por el mencionado Julio, haciéndole entrega con la finalidad indicada al citado Leandro de dicho aval falso, siendo el mismo desconocedor de su falsedad, ni tampoco si los mismos obraron concertados para llevar a cabo dicha actuación motivadora del aludido perjuicio económico causado a Swiftair S.A..

Quinto: Helitt Líneas Aéreas operaba en ciertos aeropuertos de la red que gestiona Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), siendo aplicadas las tarifas cobradas por dicha entidad, a cuyo fin Helitt Líneas Aéreas, S.A., con ocasión de sus operaciones en los aeropuertos, para facilitar la actuación diaria, sobre la media de la deuda que se generaba con Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) le depositaba un aval bancario que garantiza el cobro de los importes que se generaban mensualmente a su favor, de tal manera que si no se liquidan a la conclusión de cada mensualidad, el importe adeudado podía percibirse mediante la ejecución de dicho aval, permitiendo dicho procedimiento evitar liquidaciones puntuales en cada operación, trabajando prácticamente a crédito, sobre la base de la confianza causada a Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), en la medida en que disponía de un instrumento directo de cobro frente a la entidad bancaria garante, habiendo facilitado a tal fin un aval, constando el mismo en papel timbrado de la entidad Banco Santander, de fecha 4 de enero de 2.012, figurando como avalado Helitt Líneas Aéreas S.A., con C.I.F. A-85934933,, y como beneficiaria Aena Aeropuertos S.A., hasta un importe de 280.000 euros, en concepto de fianza definitiva, para responder de todas y cada una de las obligaciones y eventuales responsabilidades de toda índole derivadas del cumplimiento de contrato para la práctica de autoasistencia por parte de Helitt Líneas Aéreas, S.A. en el Aeropuerto de Málaga Costa del Sol, permaneciendo dicha garantía en vigor hasta el día 4 de enero de 2.013, fecha esta hasta la que estuvo vigente dicho aval inscrito en el Registro Oficial de avales con el número NUM002.

Sexto: Como consecuencia de la operativa económica antes expuesta, en diciembre de 2.012 se produjo a cargo Helitt Líneas Aéreas S.A. una deuda superior a 80.000 euros a favor de Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), lo que fue participado a Leandro en correo electrónico de fecha 10 de diciembre de 2.012, a las ocho horas y dieciséis minutos, y tras un cruce de correos electrónicos entre Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) y Helitt Líneas Aéreas, S.A., en el remitido en fecha 19 de diciembre de 2.012, a las quince horas y cinco minutos, por de Leandro se hizo constar el envío de un aval, solicitando donde podía entregarse, habiéndose confirmado en correo electrónico fecha 26 de diciembre de 2.012, a las nueve horas y cincuenta y ocho minutos, enviado a Leandro, la recepción del aval entregado en dependencias de Aena Aeropuertos S.A. el sábado 22 de diciembre de 2.012, lo que tuvo lugar por medio de M.R.W., constando el mismo en papel timbrado de la entidad Banco Santander, de fecha 17 de diciembre de 2.012, figurando como avalado Helitt Líneas Aéreas S.A., con C.I.F. A85934933,, y como beneficiaria Aena Aeropuertos S.A., hasta un importe de 475.000 euros, para garantizar el pago de las prestaciones patrimoniales de carácter público de los que la citada compañía sería o se haría deudora, por aplicación de la legislación concerniente a la utilización de los aeropuertos españoles, por la realización de sus actividades u operaciones aeronáuticas, y en especial según lo dispuesto en el artículo 68-2 de la Ley 21/2.003, permaneciendo dicha garantía en vigor hasta el día 17 de diciembre de 2.013, constando que dicho aval quedaba inscrito en el Registro Oficial de avales con el número NUM002, numeración esta coincidente con la del aval de fecha 4 de enero de 2.012 referido en el precedente hecho probado quinto.

Séptimo: Helitt Líneas Aéreas S.A. decidió concluir sus actividades en el Aeropuerto de Badajoz, habiendo comunicado Julio a Aena Aeropuertos S.A. en correo de fecha 8 de febrero de 2.013, a las 17 horas y treinta y



nueve minutos, que se iba a proceder a la retirada de equipos propiedad de Helitt Líneas Aéreas S.A. de la zona Aire de dicho aeropuerto, por lo que persistiendo la deuda a favor de Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), se iniciaron por su parte gestiones con el Banco de Santander, habiendo en correo electrónico de fecha 8 de febrero de 2.013, a las once horas y cincuenta y nueve minutos, el empleado de dicha entidad Clemente , comunicado con motivo de la consulta que le había practicado Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) por medio de Celestina , que la oficina bancaria correspondiente le había confirmado que el aval de fecha 17 de diciembre de 2.012 era fraudulento, correspondiéndose su número con otro aval ya cancelado emitido por la oficina bancaria, que no tenía nada que ver con el mismo en sus términos, solamente que el ordenante era el mismo, tras lo que Julio remitió correo electrónico de la misma fecha 8 de febrero de 2.012, a las dieciocho horas y treinta y siete minutos, en el que reconoció a Everardo , empleado de Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), la existencia de la deuda con dicha entidad y la falsedad del aval, pero no tenía nada que ver con la retirada de equipos y con los perjuicios de mala prensa que se iban a ocasionar a los pasajeros, a la compañía y a la propia Aena Aeropuertos S.A.

Octavo: Como consecuencia del engaño al que fue sometida Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) mediante la entrega del falso aval bancario fecha 17 de 2.012, desde la fecha 4 de enero de 2.013, en que cesó la garantía otorgada por el aval bancario de fecha 4 de enero de 2.012, hasta el día 8 de febrero de 2.013 en que se constató la falsedad del documento recibido en fecha 22 de diciembre de 2.012 en las oficinas de Aena Aeropuertos S.A., por los servicios prestados a Helitt Líneas Aéreas S.A., se generó en favor de Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) una deuda ascendente a 487.10924 euros, que en el día de la fecha no consta haya sido satisfecha, y sin que haya podido determinarse en forma inequívoca la autoría material del referido aval falso de fecha 17 de diciembre de 2.012, ni si la decisión de su remisión a los fines motivar engaño Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), con la finalidad de inducir a seguir prestando en perjuicio propio a Helitt Líneas Aéreas S.A. los servicios contratados, fue en exclusiva hecho llevado a cabo por Leandro , siendo desconocedor de su actuación Julio , ni tampoco si dicha actuación fue en exclusiva decidida por el mencionado Julio , haciéndole entrega con la finalidad indicada al citado Leandro de dicho aval falso, siendo el mismo desconocedor de su falsedad, ni tampoco si los mismos obraron concertados para llevar a cabo dicha actuación motivadora del aludido perjuicio económico causado a Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.).

Noveno: En virtud de auto dictado en el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Granada en fecha 21 de octubre de 2.015, se dispuso declarar a Helitt Líneas Aéreas S.A. en situación legal de concurso de acreedores, nombrándose administradora concursal a Landwell-Pricewaterhousecoopers Tax & Legal Services S.L., y asimismo se dispuso proceder a la fase de liquidación.

SEGUNDO. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: "Que por aplicación del principio in dubio pro reo, debemos absolver y absolvemos a Leandro y Julio de los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil de que vienen siendo acusados por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares de Swftair S.A. y Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), e igualmente debemos absolver y absolvemos a Helitt Líneas Aéreas S.A. de los delitos referidos de que viene siendo acusada por la acusación particular de Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), declarándose de oficio las costas que puedan haberse causado en este procedimiento, quedando reservadas a las entidades citadas las acciones civiles de que se crean asistidas y dejándose sin efecto las medidas acordadas respecto de los mencionados Leandro , Julio y Helitt Líneas Aéreas S.A. en los autos de fechas 23 de diciembre de 2.016 y 6 de enero de 2.018, respectivamente dictados en los Juzgados de Instrucción números Veintisiete de Madrid y Siete de Málaga."

TERCERO. - En fecha 13 de enero de 2020 se dictó auto de aclaración en los siguientes términos: "Estimar lo interesado en la alegación tercera de dicho escrito, y en su consecuencia, corregir el error material de transcripción padecido en las líneas decimosexta y decimoséptima del hecho probado número siete de la sentencia de fecha 13 de enero de 2.020, y ello en el sentido de que donde consta "8 de febrero de 2.012, a las dieciocho horas y treinta y siete minutos", debe constar "8 de febrero de 2.013, a las dieciocho horas y treinta y siete minutos".

CUARTO.- Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, la representación procesal de las mercantiles **SWIFTAIR S.A. y AENA SME, S.A.**, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por SWIFTAIR S.A., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. -Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender indebidamente aplicado del artículo 392, en relación con los artículos 390-1-2º-3º y 74 del Código Penal, en concurso medial con un delito continuado de estafa de los artículos 248 y 250-1-5º y 74 del mismo texto legal.



2. Por infracción de ley, en virtud del artículo 849.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el error en la valoración de la prueba.

El recurso formalizado por AENA SME, S.A, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender errónea absolución de Helitt de un delito de estafa.

2. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía de los artículos 852 de Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender infringidos los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución por. ausencia de motivación en la absolución de Helitt.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal interesando la admisión y apoyando el motivo del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 13 de octubre de 2022, se señala el presente recurso para fallo para el día 22 de noviembre del presente año, se retorna la ponencia al Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE SWIFTAIR S.A.

PRIMERO.- *Presunción de inocencia*

La representación procesal de SWIFTAIR S.A. ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia 5/2020, de 13 de enero de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga por la que se absolvió a los acusados de sendos delitos de falsedad y estafa.

En el primer motivo de su recurso, por la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la inaplicación de los artículos 390, 248, 250 y 74 del Código Penal, por considerar que existe prueba de cargo suficiente para la condena de los acusados conforme se interesó en el juicio.

En el desarrollo argumental del reproche, después de relatar los hechos que se declaran probados y de reconocer que también se declara probado que no pudo determinarse el autor material de los delitos, entiende que esa doble afirmación resulta incoherente con el fallo absolutorio, en cuanto que uno de los acusados era el jefe de administración de la empresa y conocía la necesidad de la prestación de aval y el otro era el administrador y era también conocedor de la existencia del aval y de su necesidad por lo que, en pura lógica, tenían que saber que ese aval era falso y lo habían prefabricado. Se afirma que ambos utilizaron mediante engaño el aval falso para seguir contando con los servicios de la recurrente, siendo las únicas personas que por sus cargos podían tener conocimiento de la necesidad del aval. Y deduce estos extremos del hecho de que también eran conocedores de que el aval que mandaron debía tener costes y, sin embargo, no se pagó cantidad alguna ni por la apertura del aval ni por su mantenimiento durante meses.

La queja es improsperable por dos razones.

En primer lugar, apartándose de lo que debe ser objeto de un motivo por infracción de ley, no se cuestiona la subsunción normativa de los hechos, sino la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia y, conforme a doctrina constante de esta Sala, el cauce casacional previsto en el artículo 849.1 de la LECrim permite revisar el juicio de tipicidad pero con la inexcusable carga de respetar los hechos probados. Por tanto, no es un camino hábil para cuestionar el juicio probatorio y en la medida en que no se respeta ese presupuesto el motivo está abocado al fracaso.

En este caso juicio histórico de la sentencia impugnada se declara expresamente que no ha podido determinarse de forma inequívoca si uno y otro acusado fueron autores del fraude y de la falsedad y tampoco si lo fueron ambos actuando de modo conjunto.

Los hechos probados de la sentencia son taxativos sobre este particular. Dicen lo siguiente:

"la autoría material del referido aval de 05/12/2012, ni si la decisión de su remisión a los fines de motivar engaño a SWIFTAR SA con la finalidad de seguir presentado en perjuicio propio a HELITT LÍNEAS AÉREAS SA los servicios contratados, fue en exclusiva llevado a cabo por Leandro , sin desconocedor de su actuación Julio , ni tampoco si dicha actuación fue en exclusiva decidida por el mencionado Julio , haciéndole entrega con la finalidad indicada al citado Leandro de dicho aval falso, siendo el mismo desconocedor de su falsedad, ni tampoco si los mismos obraron concertados para llevar a cabo dicha actuación motivadora del aludido perjuicio económica causado a SWIFTAIR SA".



Por lo tanto, en la medida en que los hechos probados no se respetan e indebidamente se pretende la revisión del juicio histórico el motivo debe ser desestimado.

Hay una segunda razón para rechazar la queja. Se recurre una sentencia absolutoria y en nuestro sistema legal esa clase de sentencias tiene importantes limitaciones para ser sustituidas por una sentencia condenatoria como consecuencia de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 162/2012, de 18 de junio.

El alto tribunal viene declarando de forma reiterada, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Y afirma contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien ha sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora -como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados- sin haber celebrado una vista pública en la que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Esa doctrina permite, no obstante, la revisión de sentencias absolutorias cuando la condena pronunciada en apelación (y añadimos, en casación) o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulte del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración -como es el caso de pruebas documentales (así, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5 , o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), o de pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)-; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

En este caso no concurren ninguna de estas excepciones y se pretende la condena de los acusados, de acuerdo con las pretensiones formuladas en el escrito de calificación de la acusación particular, pese a que el pronunciamiento absolutorio ha tenido como fundamento esencialmente pruebas personales, tales como las declaraciones de los acusados y de diversos testigos, cuyas manifestaciones fueron apreciadas con inmediación por el órgano de enjuiciamiento.

En esta tesitura, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a que antes hemos hecho mención, no cabe la pretendida condena sin que previamente se celebre vista pública y se practiquen tales pruebas en presencia del órgano judicial que las ha de valorar, en este caso, este Tribunal Supremo.

Pero es sabido que la regulación de los recursos es una cuestión de legalidad ordinaria y es el Legislador el que debe determinar su régimen y contenido y nuestro ordenamiento procesal no permite en la tramitación de un recurso de casación la celebración de vista pública para oír al acusado y reiterar la práctica de pruebas, razón por la pretensión de condena de los acusados que han sido absueltos en la instancia no puede ser acogida en la medida en que, de ser condenados, lo serían valorando pruebas personales que no hemos presenciado y efectuando una declaración de culpabilidad sin haber dado oportunidad antes al acusado de ser oído, lo que vulneraría el derecho a un juicio justo o, en nuestra terminología constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La motivación de la absolución es razonable y no cabe su cuestionamiento por la vía elegida.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO. - *Error en la valoración de la prueba basada en documentos obrantes en autos*

En el segundo motivo del recurso, a través del cauce impugnativo previsto en el artículo 849.2 de la LECrim, se afirma la existencia de un error en la valoración de la prueba.



En su desarrollo argumental no se cita un documento concreto del que se derive un error fáctico en el juicio histórico, sino que se procede a reevaluar la prueba, discrepando de la valoración realizada por el tribunal de instancia, por entender que la prueba de cargo es suficiente para atribuir a los acusados la autoría en los dos delitos por lo que se formuló acusación.

Planteada así la cuestión este segundo motivo tampoco puede ser estimado porque venimos reiterando que el artículo 849.2 de la LECrim no permite revisar la prueba en su globalidad. Su ámbito es más limitado. Permite revisar el juicio fáctico para corregir un error o una omisión concreta que se acredite por un documento literosuficiente. Se tiene que tratar de una verdadera prueba documental, categoría en la que no se integran las pruebas personales documentadas en autos, como las declaraciones o pericias, y esa prueba documental debe acreditar directamente el error, por su literal contenido, sin que para su apreciación deba acudir a complejas argumentaciones y, además, siempre que la prueba en cuestión no esté en contradicción con otras pruebas.

En este caso no se cita ninguna prueba documental que por su propio contenido acredite el error que se invoca sino que se valora la prueba en su globalidad para llegar a una conclusión diferente de la establecida en la sentencia, lo que determina la necesaria desestimación del motivo.

RECURSO DE AENA SME SA

TERCERO.- *Motivación de la sentencia*

En este recurso se articulan dos motivos de impugnación que van a ser contestados, por razones de orden sistemático, por orden inverso a su planteamiento.

En el segundo motivo del recurso, a través del cauce impugnativo del artículo 852 de la LECrim, se censura la sentencia por falta de motivación. Se argumenta que la absolución de HELITT se ha llevado a cabo en manifiesta contradicción con el régimen de responsabilidad penal empresarial y sin justificación jurídica aparente, habiéndose intentado que la deficiente motivación de la sentencia fuera objeto de complemento, denegándose dicha petición en aras del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales y señalando el tribunal de instancia la necesidad de acudir al recurso de casación.

Esta Sala se ha pronunciado en múltiples resoluciones sobre el deber de motivación que incumbe a jueces y tribunales. Dicho deber se deduce directamente del artículo 120.3 de la Constitución pero es asimismo una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 CE. La motivación satisface el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la decisión judicial y garantiza y facilita el control de esa decisión a través de los recursos (SSTS 1192/2003, de 19 de septiembre).

El derecho a la tutela judicial efectiva exige que los autos y sentencias, sea cual sea su decisión, contengan una motivación, entendiéndose por tal la inclusión de una argumentación ajustada al objeto de litigio que permita evaluar y comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional de la misma y no fruto de la arbitrariedad. La ausencia de motivación conllevará por regla general la nulidad de la resolución.

La motivación no debe medirse en parámetros de excelencia o extensión y no es preciso siquiera que sea exhaustiva, dando respuesta a cualesquiera alegaciones que previamente hayan podido formular las partes. Lo que se exige es que ofrezca una explicación clara, precisa, adecuada y congruente con el objeto procesal.

En este caso es cierto que la sentencia carece de riqueza argumentativa a la hora de justificar por qué procede la absolución de HELITT SA, pero no puede afirmarse que carezca de toda justificación ya que señala que ese pronunciamiento se deriva directamente de la absolución de las personas físicas acusadas en el proceso y que tenían responsabilidades de administración en dicha empresa. Se trata de una explicación escueta, pero, al fin y al cabo, una explicación jurídica que permite conocer las razones del pronunciamiento del tribunal y que posibilita combatir ese pronunciamiento mediante el oportuno recurso, al que ahora damos respuesta.

De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, por todas Sentencias de esta Sala, número 514/2015, de 2 de septiembre número 154/2016 y 234/2019, de 8 de mayo, caracteriza la responsabilidad penal de las personas jurídicas los siguientes presupuestos:

- a) es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica, basado en el principio de autorresponsabilidad;
- b) el fundamento de la responsabilidad penal no es objetiva sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica
- c) el principio de presunción de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física, y



d) la persona jurídica actúa sin disponer un sistema de control de sus administradores y empleados dirigidos a controlar la observancia de la norma, del ordenamiento jurídico o no controla las fuentes de peligro de la actividad a la que se dedica. En definitiva, no observa las exigencias de control a las que está obligada.

La doctrina de esta Sala estima que la sanción penal de la persona jurídica debe venir justificada por la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos en la empresa o, como dice la STS 221/2016, de 16 de marzo, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en "aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa".

El relato fáctico y la motivación de la sentencia nada dice sobre la concurrencia de las anteriores premisas y las explicaciones proporcionadas en las motivaciones son racionales.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

CUARTO.- Responsabilidad de las personas jurídicas pese a la falta de determinación de la responsabilidad penal de las personas físicas.

Relacionado con lo resuelto en el fundamento jurídico anterior, en el primer motivo de este recurso, por infracción de ley ex artículo 849.1 de la LECrim, se alega que la sentencia impugnada debió condenar a HELITT, conforme a lo previsto en el artículo 31 bis, apartados 1 y 2 del Código Penal, porque los delitos enjuiciados fueron cometidos necesariamente por su administrador o por un empleado sujeto a la supervisión de éste, en beneficio de la citada sociedad y en perjuicio de AENA. Los hechos probados que justifican esta afirmación se condensan en el apartado octavo del relato fáctico que es del siguiente tenor:

"Como consecuencia del engaño al que fue sometida Aena Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) mediante la entrega del falso aval bancario fecha 17 de 2.012, desde la fecha 4 de enero de 2.013, en que cesó la garantía otorgada por el aval bancario de fecha 4 de enero de 2.012, hasta el día 8 de febrero de 2.013 en que se constató la falsedad del documento recibido en fecha 22 de diciembre de 2.012 en las oficinas de Aena Aeropuertos S.A., por los servicios prestados a Helitt Líneas Aéreas S.A., se generó en favor de Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.) una deuda ascendente a 487.10924 euros, que en el día de la fecha no consta haya sido satisfecha, y sin que haya podido determinarse en forma inequívoca la autoría material del referido aval falso de fecha 17 de diciembre de 2.012, ni si la decisión de su remisión a los fines motivar engaño Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.), con la finalidad de inducir a seguir prestando en perjuicio propio a Helitt Líneas Aéreas S.A. los servicios contratados, fue en exclusiva hecho llevado a cabo por Leandro, siendo desconocedor de su actuación Julio, ni tampoco si dicha actuación fue en exclusiva decidida por el mencionado Julio, haciéndole entrega con la finalidad indicada al citado Leandro de dicho aval falso, siendo el mismo desconocedor de su falsedad, ni tampoco si los mismos obraron concertados para llevar a cabo dicha actuación motivadora del aludido perjuicio económico causado a Aeropuertos S.A.U. (Aena S.M.E. S.A.)".

Es cierto que el artículo 31 bis CP vigente al tiempo de los hechos establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por "en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho" así como "por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso".

El precepto en cuestión fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, precisando la responsabilidad de los dependientes de forma más exigente ya que el actual precepto establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por los dependientes en cuando "por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso".

Señala además el Código Penal que es posible declarar la responsabilidad de la persona jurídica aunque no haya sido posible individualizar la concreta persona física que haya cometido el delito o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. El artículo 31 bis CP vigente al tiempo de los hechos disponía que "siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y esa misma previsión continúa vigente por el actual artículo 31 ter CP.

Este es el marco normativo y en el caso que nos ocupa, atendido el relato de hechos probados, puede deducirse, aun cuando no se declara expresamente, que los delitos enjuiciados, uno o los dos, se cometieron bien por el administrador, por el director financiero, por ambos o por algún dependiente o persona vinculada con la empresa.



Las dudas del tribunal sentenciador, que han llevado a un pronunciamiento absolutorio, se concretan en la concreta persona que pudo instrumentar tanto el fraude como la falsedad y no a que ésta fuera ajena a HELITT. Hay muchos datos que avalan esta tesis en el propio relato fáctico como los siguientes:

- (i) Para que HELITT desarrollara sus operaciones en aeropuertos gestionados por AENA y para garantizar la liquidación y pago mensual de las mismas debía prestar aval bancario, según lo convenido entre ambas compañías, venciendo el último de los avales prestados el 04/01/2013 por importe de 280.000 euros;
- (ii) En diciembre de 2012 y habiéndose generado una deuda superior a 80.000 euros se convino la prestación de un nuevo aval;
- (iii) AENA recibió de HELITT el 22/12/12 un aval bancario por importe de 475.000 euros, fechado el 17/12/12;
- (iv) La remisión del aval fue confirmada mediante correo electrónico de 26/12/12 por el acusado Leandro ;
- (v) El aval era falso y, en la confianza de la validez de esa garantía, en el corto espacio de tiempo transcurrido desde la entrega del aval hasta el día 08/02/13 se generó en favor de AENA una deuda de 487.109,20 euros;
- (vi) En esa misma fecha HELITT comunicó a AENA la retirada de equipos del aeropuerto de Badajoz, donde operaba y también en esa misma fecha HELITT por comprobación ante la entidad bancaria avalista se tuvo conocimiento de la falsedad del aval.

Sin embargo y aun admitiendo que el delito fuera por personas vinculadas con la administración de HELITT o dependientes resulta muy problemática la declaración de responsabilidad penal de ésta sin que en los hechos probados se haga mención alguna de los distintos hechos que configuran esa responsabilidad.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede ser declarada cuando concurren los presupuestos típicos establecidos en la ley y cuando todos y cada uno de ellos sean objeto de debate y prueba y declarados probados en el juicio histórico.

Siendo cierto que el artículo 31 ter CP permite la condena de la persona jurídica aun cuando no haya sido declarada la responsabilidad penal de las personas físicas y cuando se afirme que los eventuales autores son necesariamente algunas de las personas por cuya actuación ha de responder la persona jurídica, también lo es que esa condena no exime del deber de acreditar y declarar la concurrencia de todos los elementos típicos establecidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal.

La simple condición de ejercer facultades de dirección o de gestión dentro de la empresa o de actuar bajo la autoridad de éstas no es suficiente para hacer responsable a la persona jurídica de los actos de tales personas. La ley penal exige un conjunto de elementos típicos adicionales sobre los que la sentencia nada dice. Por citar uno de estos elementos, para el caso de que el delito hubiere sido cometido por dependientes, es necesario que se declarara, en atención al resultado de la prueba, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión en función de las concretas circunstancias del caso, y no consta que tal cuestión fuera objeto controversia y prueba durante el plenario y en los hechos probados ninguna referencia se hace de la misma.

Por lo tanto, la ausencia de toda declaración sobre los distintos elementos típicos que conforman la responsabilidad de la persona jurídica hace inviable el pretendido pronunciamiento de condena.

El motivo se desestima.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por las mercantiles SWIFTAIR S.A. representada por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez bajo la dirección letrada de D. Juan Fernández Ramos, y AENA SME, S.A., representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia n.º 5/2020, de 13 de enero por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, Rollo de Sala 32/2018. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, HELITT LÍNEAS AÉREAS, representando por el Procurador José Domingo Corpas bajo la dirección letrada de Nicolás Molina García; Julio representado por don José Domingo Corpas y bajo la dirección letrada de don Vicente Alfonso Torres y Leandro , representando por D. Adolfo Manuel Márquez Barra bajo la dirección letrada de D. Manuel Cervantes Morales.

2.º) Condenar a las mercantiles recurrentes al pago de las costas causadas en este recurso de casación.



Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ