



Roj: **STS 717/2023 - ECLI:ES:TS:2023:717**

Id Cendoj: **28079120012023100154**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2023**

Nº de Recurso: **5456/2020**

Nº de Resolución: **143/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 143/2023**

Fecha de sentencia: 01/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5456/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 6ª Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerifellma.

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

Transcrito por: BDL

Nota:

.

RECURSO CASACION núm.: 5456/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 143/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García



En Madrid, a 1 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados **DOÑA Verónica , DOÑA Violeta y DON Vidal** , contra Sentencia de 26 de octubre de 2020 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 87/2018 dimanante del P.A. núm. 2734/12 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, seguido por delito continuado de **estafa agravada** contra mencionados recurrentes y contra la entidad ISLAS AIRWAYS SLU. Los Excmos. Sres. Magistrados integrantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido partes en el presente procedimiento, el Ministerio Fiscal; como recurrentes Doña Verónica y Doña Violeta representadas por el Procurador de los Tribunales Don Noel Dorremochea Guiot y defendidas por el Letrado Don Rafael Pardo Correcher, y Don Vidal representado por el Procurador de los Tribunales Don Noel Dorremochea Guiot y defendido por el Letrado Don Nicolás González-Cuellar Serrano; y como recurridos el Abogado del Estado en representación de la Dirección General de Aviación Civil, y la entidad BINTER CANARIAS SA, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Noya Otero, y defendida por el Letrado Don Juan Francisco López Montero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife incoó PA núm. 2734/2012 por delito continuado de **estafa** contra **DOÑA Verónica , DOÑA Violeta , DON Vidal , y la entidad ISLAS AIRWAYS SLU**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 26 de octubre de 2020 dictó Sentencia, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que: El Real Decreto 1316/2001 de 30 de noviembre (posteriormente modificado por el RD 13410/2007) regula el procedimiento para que los residentes en las Comunidades Autónomas de Canarias y de Illes Balears y en las Ciudades de Ceuta y Melilla puedan disfrutar de una bonificación en las tarifas de los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo. Esta tiene como beneficiario al viajero español o de alguno de los demás estados miembros de la Unión Europea o de otros estados firmantes del acuerdo sobre el espacio económico Europeo o de Suiza que acredite la condición de residente en los mencionados lugares. En el Real Decreto se establece que el viajero no cobra directamente la bonificación, sino que la percibe mediante la rebaja que sobre la "tarifa cobrada", y en el porcentaje fijado por el Estado (en el periodo de los hechos conforme a la Disposición Adicional 44a de la Ley 42/2006 de 28 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, era de un 50%) le aplica la compañía transportista al venderle el billete. Es decir, el pasajero abona en el momento de la compra solo el 50% del precio de la tarifa, y el porcentaje restante se lo abona a la compañía el Ministerio de Fomento mediante un procedimiento de liquidación que se hace periódicamente a meses vencidos. Así el artículo 2.4 del Real Decreto aclara que la tarifa es el precio que debe pagar el pasajero a la compañía aérea o a su agente por su transporte y el de su equipaje, así como las condiciones de aplicación de dichos precios, incluida la remuneración y las condiciones ofrecidas a los agentes, otros servicios auxiliares y, en su caso, cargos por emisión. También se incluyen los impuestos, tasas y cánones aplicables, con excepción de la tasa por el uso de las infraestructuras y la tasa de seguridad.

El procedimiento empleado por las compañías transportistas para la liquidación de la bonificación, y su cobro, viene también regulado en el citado Real Decreto, siendo la responsable del control de la aplicación y liquidación la Dirección General de Aviación Civil, integrada en el Ministerio de Fomento. Para poder cobrar los billetes bonificados la compañía aérea debe emitir una certificación que indique que la liquidación que presenta es exacta y verídica, según apuntes realizados en su contabilidad y que lo puede demostrar por los documentos que obran en sus archivos, Asimismo debe codificar la información de todos los billetes bonificados que ha vendido en el periodo que reclama, incorporándola a ficheros informáticos, llamados "ficheros de vuelos" y presentar todo en la mencionada Dirección General.

Los ficheros de vuelo contienen los siguientes datos: "Denominación de la Tarifa Aplicada", "Tarifa Cobrada" e "Importe de la Subvención", así como "Origen" y "Destino" de cada uno de los cupones de vuelo bonificados. La "denominación de la tarifa" hace referencia al código de la tarifa aplicada a cada billete concreto, con los descuentos comerciales, si los hubiere. La "tarifa cobrada" es el importe en céntimos de euro de la tarifa aplicada o "cargo por emisión" registrado, tras realizar los descuentos comerciales, si los hubiere y el "Importe de la Subvención" es la cantidad de la subvención facturada, resultante de aplicar el descuento legalmente establecido a la tarifa cobrada o al "cargo por emisión. Asimismo, fija los mecanismos de comprobación y exige que las compañías aéreas conserven los cupones de vuelo bonificados cualquiera que sea su forma de emisión, a disposición de la Intervención General del Estado, del Ministerio de Fomento y del Tribunal de



Cuentas durante el plazo de prescripción previsto en el artículo 25 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre por la que se aprueba la Ley General Presupuestaria.

Pues bien, entre noviembre de 2007 a abril de 2011, el importe liquidado en concepto de bonificaciones por a la compañía ISLAS AIRWAYS, SA asociados a vuelos interinsulares en la Comunidad Autónoma de Canarias ascendió a 47.260.839,58 euros.

Así las cosas, Vidal, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de presidente de la entidad "ISLAS AIRWAYS, S. A.", con la intención de recibir del Ministerio de Fomento cantidades superiores a las que habría correspondido en virtud del mentado Real Decreto y por tanto obtener un beneficio patrimonial indebido, ideó y adoptó las decisiones que a continuación se detallan, en cuyo plan colaboraron siguiendo sus indicaciones, Verónica y Violeta, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de miembros del consejo de administración, dando las directrices para su materialización.

Los acusados, con la antes citada intención, durante los años 2008 a 2011 remitieron, a sabiendas, ficheros de vuelos y certificaciones que aparentaban ser correctos y contar con respaldo documental, lo que les permitió superar los controles rutinarios, cuando en realidad carecían de sustento o no respondían a la realidad, logrando de esta manera obtener bonificaciones superiores a las realmente debidas en los términos exigidos por el Real Decreto y la Ley de Subvenciones, por un importe de 8.399.180,32 euros.

En agosto de 2011, se iniciaron actuaciones de comprobación que dieron lugar a un procedimiento de reintegro que culminó el 11 de abril de 2013, con una resolución dictada por la Dirección General de Aviación Civil que impuso a Islas Airways la obligación de reintegrar al Tesoro Público la cantidad de 7.502.667,93 euros, por haber sido indebidamente percibida en el abono de las liquidaciones de las bonificaciones aplicadas en el periodo de noviembre de 2007 a marzo de 2011 y liquidadas por el Tesoro Público, entre enero de 2008 y mayo de 2011. Esta resolución fue recurrida en la vía contencioso administrativa, dictándose sentencia el 24 de marzo de 2015, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, Procedimiento Ordinario 860/2013 que desestimó el recurso. Esta resolución fue confirmada en casación por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, dictada el 21 de marzo de 2018. La Dirección General en el seno de ese procedimiento había acordado por acuerdo de 3 de febrero de 2012, la procedencia de adoptar medida cautelar consistente en la retención del 25% del importe de cada uno de los libramientos de pago que se generaran a favor de la compañía aérea desde esa fecha hasta la resolución que pusiera fin al procedimiento de reintegro, llegándose a retener 4.411.411,25 euros. En la mentada resolución de 11 de abril, se acordó aplicar esta cantidad al pago reclamado. Posteriormente se abrió un segundo procedimiento de reintegro por los ficheros de vuelos de abril de 2011, en el que se impuso la obligación de reintegrar la cantidad de 896.512'39 euros, que no fue recurrida".

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

"Que debemos absolver y absolvemos a ISLAS AIRWAYS SA de los hechos que se le imputaban al con todos los pronunciamientos favorables, al haberse retirado las acciones penales y civiles dirigidas contra ella

Que debemos condenar y condenamos a Vidal como autor penal y civilmente responsable de un delito continuado de **estafa agravada** de los artículos 248 y 250.1.5 en relación con el artículo 74.2 del Código Penal con al atenuante de dilaciones indebidas a la pena de veintitrés meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota de 30 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago y a Violeta y Verónica como cómplices de ese mismo delito de **estafa agravada** continuada con la pena para cada una de ellas de ocho meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el tiempo de la condena y multa de tres meses con cuota 30 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal,

Asimismo, deberán indemnizar a la Administración General del Estado - Ministerio de Fomento-en la cantidad de tres millones novecientos ochenta y siete mil setecientos sesenta y nueve euros con siete céntimos (3.987.769,07 euros) en las siguientes proporciones. Vidal responderá de un 50% de este importe, Violeta de un 25% y Verónica del otro 25% con responsabilidad solidaria entre ellas por su cuota y subsidiaria a la del autor y de éste por la de ellas. Estas cantidades se incrementarán con los correspondientes intereses de demora del artículo 576 LEC.

Igualmente, se les imponen las costas causadas, salvo las de la acusación popular, debiendo cada uno de los condenados asumir un tercio.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, contra la que cabe interponer RECURSO de CASACIÓN, en el plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente al de su notificación, anunciándolo en esta Audiencia para ante la sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Y para que conste y en cumplimiento de lo acordado, extiendo el presente TESTIMONIO para su entrega a la Abogacía del Estado a efectos de la interposición del recurso de casación contra la indicada resolución".

**TERCERO.**- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones de los acusados **DOÑA Verónica , DOÑA Violeta y DON Vidal** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.**- El recurso de casación formulado por la representación legal de las acusadas DOÑA Verónica y DOÑA Violeta , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Primer motivo.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, error de derecho, por aplicación indebida del art. 29 CP en relación con el art. 250.1.5 CP.

**Segundo motivo.**- Infracción de Ley, en base al artículo 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 21 del Código Penal en relación al 66 del mismo texto legal, en su dimensión de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE, así como art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ).

**Tercer motivo.**- Infracción de Ley, en base al artículo 849.1º de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 50 del Código Penal, en su conexión con el principio constitucional de proporcionalidad, que exige que la pena pecuniaria sea reflejo de la capacidad económica del acusado ( art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ).

**Cuarto motivo.**- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución ajustada al canon de razonabilidad y derecho a la presunción de inocencia en la determinación de las bases que han servido para cuantificar la responsabilidad civil ( art. 852 LECrim, art. 5.4 LOPJ y art. 24.1 y 2 CE).

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Vidal se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Primer motivo.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 248.1 del C. penal. Los hechos declarados probados no colman las exigencias típicas del delito de **estafa**.

**Segundo motivo.**- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, del art. 24.2 de la CE.

**Tercer motivo.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 116.1 del C. penal.

**Cuarto motivo.**- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 66-1.2 del C. penal, en relación con el art. 21.6 del C. penal.

**QUINTO.**- Son **recurridos** en la presente causa **el Abogado del Estado en representación de la Dirección General de Aviación Civil y la entidad BINTER CANARIAS, SLU**, que impugnan los recursos presentados por escritos de fechas 14 de marzo de 2021 y 9 de marzo de 2021, respectivamente.

**SEXTO.**- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto, no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución, e interesó su inadmisión y subsidiariamente los impugna en los términos que se expresan en su informe de fecha 19 de julio de 2021; 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 4 de noviembre de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 24 de enero de 2023; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La Sentencia dictada con fecha 26 de octubre de 2020, por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, condenó a Vidal, en concepto de autor de un delito continuado de **estafa agravada**, tipificado en los artículos 248 y 250.1.5º, en relación con el artículo 74.2, del Código Penal, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de veintitrés meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el tiempo de la condena y multa de ocho



meses a razón de una cuota de 30 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago y a Violeta y Verónica como cómplices de ese mismo delito de **estafa agravada** continuada con la pena para cada una de ellas de ocho meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el tiempo de la condena y multa de tres meses con cuota 30 euros con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal. Asimismo, se les condena a indemnizar a la Administración General del Estado -Ministerio de Fomento- en la cantidad de tres millones novecientos ochenta y siete mil setecientos sesenta y nueve euros con siete céntimos (3.987.769,07 euros) en las siguientes proporciones: Vidal responderá de un 50% de este importe, Violeta de un 25% y Verónica del otro 25%, con responsabilidad solidaria entre ellas por su cuota y subsidiaria a la del autor y de éste por la de ellas. Estas cantidades se incrementarán con los correspondientes intereses de demora del artículo 576 LEC. Del propio modo, la Audiencia citada les imponía las costas causadas, salvo las de la acusación popular, debiendo cada uno de los condenados asumir un tercio.

Han formalizado este recurso de casación los tres acusados en la instancia.

Recurso de Vidal

**SEGUNDO** .- En su primer motivo este recurrente denuncia infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1º LECrim por entender vulnerado el art. 248.1 CP que tipifica el delito de **estafa**.

El recurrente considera que el relato de hechos probados de la sentencia impugnada es genérico e impreciso de manera que no permite la subsunción en el tipo penal de la **estafa** del artículo 248.1 del Código Penal, de forma que carece el *factum* de la necesaria exhaustividad y precisión en la narración del hecho punible.

Para su resolución, y dado el cauce que alumbra el motivo, deben respetarse los hechos probados de la sentencia recurrida, en toda su significación y literalidad.

Declara la sentencia impugnada (página 6), al relatar los hechos probados, referidos a la conducta típica de los acusados, los cuales obraban con ánimo de lucro: "Pues bien, entre noviembre de 2007 a abril de 2011, el importe liquidado en concepto de bonificaciones a la compañía ISLAS AIRWAYS, SA, asociados a vuelos interinsulares en la Comunidad Autónoma de Canarias ascendió a 47.260.839,58 euros".

Así las cosas, Vidal, en su calidad de presidente de la entidad "ISLAS AIRWAYS, S. A.", con la intención de recibir del Ministerio de Fomento cantidades superiores a las que habría correspondido en virtud del mentado Real Decreto y por tanto obtener un beneficio patrimonial indebido, ideó y adoptó las decisiones que a continuación se detallan, en cuyo plan colaboraron siguiendo sus indicaciones, Verónica y Violeta, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de miembros del consejo de administración, dando las directrices para su materialización".

"Los acusados, con la antes citada intención, durante los años 2008 a 2011 remitieron, a sabiendas, ficheros de vuelos y certificaciones que aparentaban ser correctos y contar con respaldo documental, lo que les permitió superar los controles rutinarios, cuando en realidad carecían de sustento o no respondían a la realidad, logrando de esta manera obtener bonificaciones superiores a las realmente debidas en los términos exigidos por el Real Decreto y la Ley de Subvenciones, por un importe de 8.399.180,32 euros."

En la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida puede leerse que los acusados acordaron "presentar ficheros de vuelos que aparentaban coherencia y corrección con la finalidad de superar las comprobaciones rutinarias que hacía la Dirección General de Aviación Civil y ello con la finalidad de obtener liquidaciones mensuales de ayudas a las que no tenían derecho ya que no se respetaban las exigencias de forma y fondo previstas en el Real Decreto 1316/2001, lo que las convertía en bonificaciones injustificadas. Engañaron reclamando gastos o costes que no estaban incluidos y cobrando ayudas que no podían justificar con arreglo a las exigencias de la normativa para obtener un beneficio injusto."

Como acertadamente alega el Ministerio Fiscal, en los hechos probados transcritos se describen de modo suficiente todos y cada uno de los elementos que constituyen el delito de **estafa**, esto es, el engaño bastante, determinante del error en el sujeto pasivo con el consiguiente acto de disposición por parte del mismo, que le produjo un perjuicio, todo ello realizado con un evidente ánimo de lucro.

Sus protestas de insuficiencia fáctica no son atendibles, pues dada la multitud de billetes de vuelo de que se trataba y de la mecánica ideada para la defraudación con la pluralidad de tarifas, códigos y otros elementos que se alteraban en cada uno de ellos, la pretensión de un relato fáctico más minucioso se torna inatendible, máxime cuando la calificación jurídica que ha sido asumida por la sentencia que se recurre era la pretendida, precisamente, por el recurrente Vidal y sus hijas.



Por consiguiente, ya no se plantea en esta instancia casacional el debate de la instancia relativo a si los hechos pueden ser considerados como fraude de subvenciones o delito de **estafa** común, pero en su modalidad **agravada**, razón por la cual, tal y como han sido expuestos, los hechos son perfectamente subsumibles en el último tipo delictivo citado (delito de **estafa**), con penas similares en ambos casos.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO** .- En el segundo motivo de casación, el recurrente invoca el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como vulneración constitucional, al entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 CE.

Pero el recurrente lo polariza exclusivamente con respecto a la forma en que la sentencia recurrida ha determinado el importe de la responsabilidad civil derivada *ex delicto*, en punto a la cuantificación de la responsabilidad civil.

Desde el plano de la presunción de inocencia, la jurisprudencia de esta Sala Casacional no la ha exigido como derecho fundamental cuando se trata del *quatum* de la responsabilidad civil, por entender que se rige por otros principios, sino que aplica exclusivamente la presunción de inocencia a la esencia misma de los hechos probados, que sean necesarios para permitir la oportuna subsunción jurídica.

La sentencia recurrida nos dice que las discrepancias fueron solamente en dos apartados jurídicos: a) el citado importe de la cuantificación de la responsabilidad civil; y b) sobre la calificación jurídica.

En este último aspecto, la cuestión no ha trascendido ya a este recurso de casación, y la aceptada por el recurrente, es correcta, conforme ya lo hemos expuesto así anteriormente.

Ahora bien respecto a la primera discrepancia, vista desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, el recurrente manifiesta que la inclusión en la sentencia, dentro de la acción delictiva que se califica como **estafa**, de la totalidad de las solicitudes de abono a la Administración efectuadas por "Islas Airways, S.A." que se han considerado indebidamente obtenidas en los procedimientos de reintegro, calculadas con referencia a una cuantía total, por extrapolación de los datos de un muestreo, y se queja de que no distinga entre las solicitudes efectuadas por la tarifa completa y no por la cantidad efectivamente abonada por los pasajeros y las solicitudes consideradas indebidas por causas distintas, por lo que se invoca una argumentación carente de razonabilidad y presupone la existencia de dolo en la totalidad de todas las peticiones de abono que carece de cualquier respaldo probatorio, lo cual supone la transgresión de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

También se queja el recurrente de la diferente cuantificación de las partes acusadoras, en tanto que la suma total de 8.401.180,33 euros, se solicitaba por la Abogacía del Estado en ejercicio de la acción particular, mientras el Ministerio Fiscal y las defensas mantenían que la cuantía que alcanzaba la actuación consistente en solicitar el abono de la tarifa del transporte completa, con independencia del precio efectivamente pagado por el pasajero a la compañía aérea, única que podría ser subsumida en un delito de **estafa**, era de 3.418.922,36 euros.

Pero la sentencia recurrida, tras exponer de forma extensa y minuciosa en sus fundamentos de derecho segundo, las periciales habidas, en que se sustentaba la Abogacía del Estado y que habían determinado que, en sede contenciosa administrativa, en el procedimiento de reintegro se determinasen las cantidades que debían ser reintegradas, declara que la Administración del Estado pagó de más (es decir, hubo un exceso en la cuantía del perjuicio causado), desde el momento que lo hizo engañada por la dinámica deliberadamente oscurantista empleada para rellenar los ficheros de vuelo adjuntados en sus liquidaciones mensuales. Los datos del fichero de vuelo, concretamente la casilla destinada al importe de la tarifa cobrada coincidía matemáticamente con los datos que se facilitaba por la compañía en aplicación de su procedimiento informático y solo fue cuando se analizó más a fondo la información cuando se detectaron las divergencias y los códigos dudosos.

Fue la compañía, gestionada por los acusados quien elaboraba los ficheros de vuelo y rellenaba la casilla de "tarifa cobrada", en la que debía hacerse constar lo que el pasajero había pagado. Las bonificaciones se abonaron porque la información contenida en los ficheros aparentaba ser correcta (superó la comprobación prevista en el artículo 7.3 del Real Decreto) y porque la compañía declaraba que era real, exacta y podía justificar el pago si era requerida a tal efecto, pues así resulta del modelo de certificación que se debía presentar, recogido en el anexo III del Real Decreto.

Los autores de los informes declararon en fase de instrucción (ratificándose en el plenario) que se trató de una dinámica sistemática debido al alto porcentaje de cupones con irregularidades que detectaron. Esto permite excluir -dice la Audiencia- que se trate de errores involuntarios o accidentales y apunta a una acción premeditada y organizada, conclusión que se ve reforzada por el dato que solo se detectara al revisar



materialmente los cupones, confrontándolos con la información contenida en los ficheros de vuelo y con la obrante en ATPCO, en los casos en los que tarifa constaba publicada en esa web. Queda con ello probado que los acusados inducían deliberadamente a error a la Dirección General, provocando un conocimiento inexacto y deformado de la realidad. Remitían ficheros de vuelo que aparentaban ser exactos, generando la apariencia de certeza y que contaban con respaldo documental, cuando no era así, ya que contenían datos ficticios, que no respetaban las condiciones y requisitos exigidos por el Real Decreto. Fue un artificio global y sistemático diseñado para engañar a la Dirección General y determinó que ésta abonase bonificaciones que de haber sabido que carecían de certeza o de respaldo documental no hubiera abonado.

De manera que hubo un artificio global y sistemático diseñado para engañar a la Dirección General que determinó que ésta abonase bonificaciones que de haber sabido que carecían de certeza o de respaldo documental no hubiera abonado.

Como dice el Fiscal, cuando la sentencia recurrida subsume en el delito de **estafa** la totalidad de las cantidades indebidamente abonadas por la Administración a Islas Airways SA, no lo hace con una argumentación absurda, como se afirma de contrario, en la que se obvie la inexistencia de cualquier elemento probatorio que permita afirmar la concurrencia del dolo, sino que efectuó dicha subsanación porque consideró que, al igual que en los supuestos de las cantidades recibidas como consecuencia del cobro de las tarifas de transporte completas, pues también en los demás supuestos, el abono de cantidades por parte de la administración, había sido consecuencia del artificio diseñado por el recurrente y sus hijas, para inducir a error a la Administración.

En suma, la Audiencia ha compartido los métodos de cálculo y conclusiones alcanzadas por los técnicos de la Subdirección General de Transporte Aéreo en el informe fechado el 19 de agosto de 2013 (tomo V de las actuaciones), en el que se detallan los resultados del muestreo y se individualizan e identifican por número, tanto los billetes en los que se consideró que el pago por el pasajero no se podía considerar justificado así como aquellos otros en los que se concluyó que debía computarse un precio inferior al liquidado por Islas Airways e incluso las máscaras de los billetes sospechosos. Este informe determinó que la cantidad que la sociedad del recurrente debía reintegrar a la Administración ascendía a 7.502.667,93 euros.

La Dirección General de Aviación Civil dictó una primera resolución, que devino firme en las que ordenó a Islas Airways que devolviera ese importe y posteriormente, dictó una segunda que tenía por objeto solo el mes de abril de 2011, basándose en esos mismos métodos de cálculo que por los mismos motivos se acepta como probado. Una, fue dictada el 11 de abril de 2013, por importe de 7.502.667,93 euros, y la otra, fue dictada el 18 de febrero de 2016 por importe de 896.512,39 euros. En el primer procedimiento la Dirección General acordó la procedencia de adoptar medidas cautelares consistente en la retención del 25% del importe de los libramientos de pago generados a favor de la compañía en las sucesivas liquidaciones que iba presentando, reteniéndose de este modo, 4.411.411,25 euros. Esta cantidad fue efectivamente aplicada al pago reclamado en la resolución de 11 de abril de 2013 por lo que del primer procedimiento quedaría únicamente pendiente de abonar 3.091.256,68 euros y del segundo, el total, ascendente a 896.512,39 euros, sin que haya quedado constancia que se haya hecho algún abono más a la Dirección General.

En consecuencia, los acusados en cuanto que responsables penales de las acciones generadoras de esos perjuicios deben responder civilmente de ellas y ser condenados a la devolución de esas cantidades, que sumadas ascienden a un total de 3.987.769,07 euros, las cuales resultan de la documentación obrante en las actuaciones, ya analizada. No existe el error denunciado en la sentencia recurrida.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**CUARTO** .- En el tercer motivo de casación, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente entiende vulnerado el art. 116.1 CP.

Pero lejos de analizar los déficits del precepto que invoca, vuelve otra vez a revisar la cuantía de responsabilidad civil entendiendo que se han incluido cantidades que carecen de relevancia penal, en sus efectos típicos, de lo que ya nos hemos ocupado con anterioridad.

Para su desestimación, en consecuencia, nos remitimos a nuestro anterior fundamento jurídico, en tanto que la totalidad de las cantidades abonadas por la Administración lo fueron como derivación de las maniobras artificiosas del recurrente que le indujeron a error o lo que es lo mismo, por acciones con relevancia penal, como constitutivas de un delito de **estafa**, y los importes indebidamente pagados son los perjuicios económicos consecuencia del delito.

Es por ello que el motivo no puede prosperar.



**QUINTO** .- En el cuarto motivo de casación, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente reclama la atenuante de dilaciones indebidas, descrita en el art. 21.6º del Código Penal, en concepto de muy cualificada.

La Audiencia reconoce que el Ministerio Fiscal interesó la apreciación de tal circunstancia como muy cualificada, pero no atendió su petición, argumentando al respecto:

"... la incoación de la causa se produjo el 11 de septiembre de 2012 y las declaraciones de los acusados, en calidad de investigados tuvieron lugar entre el 23 de octubre de 2012 ( Vidal ) y 6 de mayo de 2014 ( Verónica y Violeta ). La causa se elevó a la Audiencia Provincial el 30 de noviembre de 2018 y se dictó diligencia de señalamiento el 20 de febrero de 2020, fijándose el 4 de mayo de 2020, para el comienzo de las sesiones del juicio. Este señalamiento se suspendió siguiendo las directrices marcadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, tras la declaración del estado de alarma, señalándose nuevamente para el 21 de septiembre de los corrientes" (2020).

Por tanto, razonan los jueces "a quibus", nos encontramos con un periodo muy próximo a los 8 años, sin embargo, la Audiencia "a quo" considera que no justifica calificar la atenuante como muy cualificada, valorando que la causa ha sido compleja, especialmente en lo atinente a la determinación de los importes, estando algunos de los periodos sin actividad asociados a la elaboración de sucesivos informes para esa cuantificación, pero sin que nunca llegaran a superar los nueve meses. Otra paralización fue en la fase intermedia para los escritos de acusación y finalmente otra, para el señalamiento del juicio, si bien en ello también ha influido la situación extraordinaria de la pandemia. Por ello entiende la Sala que el hecho que la duración total del procedimiento sea de 8 años no justifica la atenuación como cualificada, sino como simple, dado que no se ha puesto de manifiesto que los acusados, debido a ello, hayan sufrido un plus de perjuicio.

Aunque este argumento pudiera reforzarse, pues las dilaciones indebidas tienen propiamente naturaleza objetiva y no subjetiva, es lo cierto que en la sentencia recurrida se argumenta que algunos de los periodos sin actividad procesal han estado asociados a la celebración de sucesivos informes para esta cuantificación, pero sin que nunca llegaran a superar los nueve meses.

En consecuencia, desde el punto de vista objetivo, no cabe calificar esa paralización como de extraordinaria, dado que no se han producido paralizaciones relevantes.

Razona la Audiencia también que hubo paralización en la fase intermedia para que se presentaran los escritos de acusación, también comprensible dada la complejidad de la defraudación y para el señalamiento del juicio, aunque de algunos meses, lo que, por otro lado, vinieron determinados por la declaración del estado de alarma.

Por tanto, puede mantenerse el criterio de la Audiencia que ha constatado los periodos de inactividad procesal producidos en una causa compleja y de modo razonable, dada la extensión de los mismos, considerando que debería apreciar la atenuante simple y lo ha efectuado ateniéndose a la jurisprudencia de esta Sala.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Verónica y Violeta

**SEXTO** .- En su primer motivo de recurso, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 29 CP en relación con el 250.1.5 CP.

Entienden las recurrentes que de la resultancia fáctica de la sentencia impugnada no se deduce la conducta por la cual han sido condenadas como cómplices.

Alegan las recurrentes que, como toda referencia, en los hechos probados, a su grado de participación, se limitan a relatar que siguieron las indicaciones de su padre en su calidad de miembros del consejo de administración, pero no se refleja qué hicieron concretamente, cómo contribuyeron con su conducta a la materialización de la **estafa**.

Sin embargo, los hechos probados de la sentencia recurrida declaran que: "Así las cosas, Vidal , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de presidente de la entidad "ISLAS AIRWAYS, S. A.", con la intención de recibir del Ministerio de Fomento cantidades superiores a las que habría correspondido en virtud del mentado Real Decreto y por tanto obtener un beneficio patrimonial indebido, ideó y adoptó las decisiones que a continuación se detallan, en cuyo plan colaboraron siguiendo sus indicaciones, Verónica y Violeta , ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de miembros del consejo de administración, dando las directrices para su materialización.

Los acusados, con la antes citada intención, durante los años 2008 a 2011 remitieron, a sabiendas, ficheros de vuelos y certificaciones que aparentaban ser correctos y contar con respaldo documental, lo que les permitió superar los controles rutinarios, cuando en realidad carecían de sustento o no respondían a la realidad,





logrando de esta manera obtener bonificaciones superiores a las realmente debidas en los términos exigidos por el Real Decreto y la Ley de Subvenciones, por un importe de 8.399.180,32 euros."

Por lo tanto, de los mismos se deduce claramente el título de imputación penal de Verónica y de Violeta, esto es, haber acatado las indicaciones de su padre, Vidal, habiendo dado las directrices necesarias para la materialización de la defraudación, contribuyendo a rellenar la documentación necesaria que fue precisa para la consumación del delito.

Esta afirmación está respaldada por el hecho de que las condenadas, en el acto del juicio oral, reconocieron libre y voluntariamente haber colaborado con su padre en la conducta típica.

Como hemos dicho en SSTs 927/2013, de 11 de diciembre, 776/2011, de 20 de julio, 391/2010, de 6 de mayo, 960/2009, de 16 de octubre, la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias caracterizadoras de la cooperación necesaria existe una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

La complicidad, requiere el concierto previo o por adhesión ("pactum scaeleris"), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado ("consciencia scaeleris"), el denominado "animus adiuvandi" o voluntad de participar, contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

En definitiva, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del "iter criminis".

Todos esos requisitos se contemplan en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, existe pacto voluntario de actuar conforme a las indicaciones del principal autor, el acusado Vidal, hay voluntad de participar, y ellas mismas así lo declararon en el plenario, y contribuyeron en suma con actos de contenido no tan secundarios como los califica la Audiencia, sino redactando y aportando la documentación precisa al efecto, para conseguir superar los controles rutinarios, y en definitiva, que la Administración diera por buenos los citados documentos, y resolviere otorgar las cantidades solicitadas, que falseando la realidad, parecieren unas ayudas o bonificaciones económicas concedidas a unos supuestos viajeros residentes en Canarias en sus vuelos regulares.

Por tanto, no puede mantenerse el reproche de las recurrentes que citando la STS 797/2010, relativa a la mera pasividad, sostienen que su aportación fue nula. De ningún modo. Las acusadas, siguiendo las indicaciones de su padre, prepararon toda la documentación que fue remitida a la Administración en donde se perpetraba el engaño, luego su contribución al éxito de la **estafa**, que a la postre se consumó, fue ciertamente considerable.

En efecto, siguiendo un plan que, si bien fue ideado por su padre, ellas se prestaron a seguir y a colaborar con el mismo, realizaron las indicaciones que su progenitor les indicaba, llevando a cabo actos como remitir ficheros que aparentaban ser correctos y contar con respaldo documental, logrando sortear los controles rutinarios, obteniendo bonificaciones muy superiores a las realmente debidas por un importe de 8.399.180,32 euros.

**SÉPTIMO** .- En su segundo motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantean la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, razón por la cual debemos dar por reproducidos los mismos argumentos señalados con anterioridad en nuestro fundamento jurídico quinto.

**OCTAVO** .- En el tercer motivo, y por idéntico cauce casacional, se denuncia la vulneración del artículo 50 CP.

Consideran las recurrentes que se les ha impuesto una pena de multa desproporcionada a sus circunstancias personales y de capacidad económica.

La sentencia recurrida, impone la cuantía de 30 euros diarios al acusado Vidal, padre de las acusadas, y en cuanto a éstas, señala lo siguiente:

*"... Siguiendo los mismos parámetros antes reseñados para la apreciación de la atenuante y cuantía de lo defraudado procede imponer a cada una la pena de ocho meses de prisión y multa de cuatro meses con cuota 30 euros. Destacar que Verónica dijo que realizaba trabajos administrativos y Violeta que trabajaba en departamento de administración de una empresa por lo que la cuota es adecuada y proporcionada al contar con ingresos laborales".*



En la determinación de la pena de multa el Tribunal debe obrar con la máxima cautela, determinando el importe de la cuota diaria de multa a base de barajar todos los elementos patrimoniales que obren a su disposición para tal cuantificación.

El Código Penal diseña dos tipos de multa: la multa proporcional y la multa temporal. La primera se impone en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. Así resulta del art. 52 del Código Penal. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

Para el caso de la multa temporal, el apartado 5 del art. 50 del Código Penal dispone que los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión temporal de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II del correspondiente Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

Como declara la STS 434/2021, de 20 de mayo, cuyos párrafos condensamos a continuación, la multa, como pena, ya sea única o alternativa, y como condición suspensiva, ocupa un lugar muy destacado en el sistema de sanciones y de ejecución al que responde nuestro Código Penal. Se busca mediante la aflicción patrimonial, obtener los fines de retribución y prevención -lo que puede resultar particularmente eficaz en relación a determinadas categorías de delitos- evitando el recurso a las penas privativas de libertad con los altos costes que su imposición y ejecución siempre comportan. La divisibilidad de la multa permite, además, adaptaciones individualizadas y en fase de ejecución, como condición de suspensión, puede estimular actitudes de merecimiento y de mayor motivación normativa.

Ahora bien, sigue razonando tal resolución judicial, que, a la hora de fijar la pena de multa, junto al componente aflictivo de la pena que le presta sentido ontológico y funcional, no puede dejar de tomarse en cuenta la capacidad de la persona que la sufre para asumir su pago. La capacidad *satisfactiva* es un *prius* condicionante para determinar la cuota.

Por dos razones: la primera, porque permite que la sanción primaria prevista por el legislador para una determinada conducta resulte la finalmente cumplida por la persona responsable. Lo que asegura mejor, la siempre necesaria correlación entre sanción y desvalor de la conducta en los términos previstos en el tipo.

Una multa que por su excesivo importe no pueda ser satisfecha por la persona condenada abre la vía a la sustitución ex artículo 53 CP mediante fórmulas de responsabilidad personal subsidiaria, entre las que se encuentra la prisión. Lo que puede conducir a un callejón axiológico sin salida -vid. la interesante STEDH, caso Rodríguez Ravelo c. España, de 12 de enero de 2016, en la que la Corte de Estrasburgo a la hora de evaluar la gravedad de la sanción impuesta en un delito de injurias, como elemento del test de proporcionalidad, toma muy en cuenta el potencial de transformación de la pena pecuniaria en pena privativa de libertad-.

La segunda, porque la correspondencia entre cuota de multa y capacidad de pago de la persona condenada salvaguarda el valor de la igualdad, lo que constituye una clave de bóveda de la propia constitucionalidad de la pena pecuniaria. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional de forma admonitoria, a la hora de imponer la pena de multa debe disociarse, en términos individualizadores, la gravedad de la responsabilidad o de la culpabilidad, de la capacidad de satisfacción de la pena por parte de la persona condenada. Precisamente, el doble canon es lo que permitirá compatibilizar las exigencias retribucionistas y de prevención, con el principio de igualdad de trato punitivo entre personas de diferente capacidad económica que se deriva como mandato para los jueces de los artículos 9, 14 y 25, todos ellos, CE.

De ahí, la obligación contemplada en el artículo 50. 5º CP de atender a la capacidad económica de la persona condenada a la hora de fijar la cuota de la multa. Y de ahí, también, la necesidad de extremar la prudencia en aquellos supuestos donde no constan datos objetivos sobre dicha capacidad. Ahora bien, lo anterior no supone negar, con carácter absoluto, la posibilidad de establecer cuotas por encima del mínimo cuando existen marcadores externos, personales, sociales y contextuales que, valorados desde la racionalidad social, permiten concluir que la persona condenada, en términos de razonable probabilidad, podrá satisfacer la cuota establecida -vid. STC 67/2021-. Tómese en cuenta, como ha puesto de relieve esta Sala, "que los estándares probatorios que han de manejarse al indagar la capacidad económica para establecer la multa no son los mismos que rigen a la hora de decidir sobre la comisión de un delito o la participación del acusado en él" -vid. por todas, STS 722/2018, de 23 de enero-. La posibilidad, por tanto, de integrar el razonamiento individualizador por presunciones derivadas de la vida social es compatible con el respeto al derecho a la libertad, cuando de lo que se trata, en efecto, es de situar la cuota en tramos no mínimos pero bajos de la escala - STC 196/2007-. Lo que explica que, ante la alta probabilidad de que se salvaguarde el equilibrio entre retribución y capacidad de pago, no se exija una especial motivación justificativa -vid. STS 230/2019, de 8 de mayo-.



Además, en estos supuestos de muy razonable correspondencia entre multa impuesta y capacidad de pago puede plantearse, también, una cuestión de límites indagatorios de dicha capacidad derivados del principio de proporcionalidad. Esto es, si resulta razonable investigar con todos los medios previstos en la ley, toda la realidad patrimonial de una persona con la única finalidad de fijar una cuota de escasa cuantía que se sitúa en la parte baja de la escala. La fórmula estimativa prevista en el § 40.3 del Código Penal alemán [Los ingresos del autor, su patrimonio y otros elementos pueden estimarse para la fijación del importe diario] ha generado un alto nivel de coincidencia entre los tribunales y la doctrina de aquel País en el sentido de que es una expresión del principio de proporcionalidad que permite limitar las diligencias de investigación sobre el patrimonio atendiendo a su efecto estigmatizador, a la gravedad del hecho y al número e importe de las cuotas fijadas.

Pues, bien, en nuestro caso, el Tribunal de instancia ha atendido a los criterios expuestos y a la posibilidad de satisfacer una pena que, en conjunto, no supera los 3.600 euros, junto a los elementos patrimoniales derivados de su situación económica, que, como hemos visto razona la Audiencia con respecto a sus ingresos económicos.

En cualquier caso, en prevención de su acomodación temporal, el art. 51 del Código Penal, prevé que si después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**NOVENO** .- En el cuarto motivo, y por la vía autorizada en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formaliza como vulneración constitucional, al entender infringido su derecho a la presunción de inocencia, en tanto que las recurrentes consideran que la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife no ha atendido a criterios de razonabilidad en la determinación de las bases que han servido para cuantificar la responsabilidad civil.

Nos remitimos para su desestimación, a lo ya expuesto con anterioridad en nuestro fundamento jurídico tercero.

#### **Costas procesales**

**DÉCIMO** .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a las partes recurrentes ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### **FALLO**

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

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados **DOÑA Verónica , DOÑA Violeta y DON Vidal** , contra Sentencia de 26 de octubre de 2020 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

**2º.- CONDENAR** a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

**3º.- COMUNICAR** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.