



Roj: STS 7939/2006
Id Cendoj: 28079120012006101228
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1801/2005
Nº de Resolución: 900/2006
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil seis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Bartolomé y Juan Pedro , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección quinta, que condenó a los acusados, por un delito estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el Instituto Valenciano de la exportación S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaría, S.A. y Centro de la Generalitat Valenciana, estando representados por los Procuradores Sres. Rodríguez Nogueira, Puyol Montero y Sorribes Calle respectivamente, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Gandarillas Carmona y Gala Escribano respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 15 de Valencia, incoó Procedimiento Abreviado con el número 11 de 2001, contra Bartolomé y Juan Pedro , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Quinta, con fecha 18 de marzo de 2005, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Juan Pedro , español, mayor de edad, sin antecedentes penales, siendo Director General del INSTITUTO VALENCIANO DE LA EXPORTACIÓN (IVEX), anteriormente denominado PROCOVA (hasta 25-1-96), sociedad mayoritariamente participada por la GENERALITAT VALENCIANA, cuyo objeto es la cooperación con las empresas de la Comunidad Valenciana, en el ámbito del comercio exterior, por un lado, y Bartolomé , francés, mayor de edad, sin antecedentes penales, titular de hecho o de Derecho de las sociedades sin solvencia económica, SONOTUBE (Société Nouvelle des Tubes SARL) con sede en Túnez y de GRAFICOM GROEP BVBA (con sede en Amberes, Bélgica), por otro lado, quienes desde el año 1995, estaban llevando a cabo unas operaciones que presentaron para que la compañía FORD obtuviera derechos de compensación para exportar vehículos a Túnez, y por las que habían provocado una deuda en el ARAB BANK, por un importe de 22.297.000 francos franceses (532.225.532 pesetas, equivalentes a 3.198.739,87 euros), que había percibido Bartolomé contra una cuenta del IVEX en el ARAB BANK, sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración de IVEX, y que les urgía pagar y ocultar, idearon una operación en el año 1998, también sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración ni de ningún departamento del IVEX, con la que obtener fondos para destinar en parte al pago de dicha deuda, confeccionando en Valencia más de 30 letras de cambio, cifradas en francos franceses, que no respondían a operación comercial alguna, que aparecían libradas por SONOTUBE, firmando Bartolomé en su nombre, aceptadas por GRAFICOM, como librada, y avaladas por Juan Pedro en nombre del IVEX, consciente de que no podía ejercitar legalmente esa facultad, y que confeccionaron con la finalidad de presentarlas a descuento ante diversas entidades bancarias, a sabiendas de que estas lo harían sin desconfianza, ante la aparente garantía de un aval procedente de un instituto público y de que GRAFICOM, sociedad inactiva e insolvente, no las atendería a su vencimiento. Y asimismo, con posterioridad al libramiento de las primeras letras, confeccionaron en Valencia una documentación de apoyo de las mismas, que crearon con el único fin de presentarla ante las entidades bancarias que lo requirieran para conceder el descuento, y

así creyeran estas que obedecían a operaciones reales, y que consistía en un contrato hecho en Valencia que fecharon el 4-1-99, en el que aparecían como contratantes IVEX, firmando Juan Pedro en su nombre, como Director General, y GRAFICOM y un anexo que fecharon el 23-3-99, en el que hacían referencia a un tráfico de mercancías que no tenían ninguna intención de realizar, ni realizaron, procedentes de SONOTUBE con destino a GRAFICOM, documentos de los que no se dio tampoco conocimiento a ningún departamento del IVEX ni al Consejo de Administración, quien en ningún caso los autorizó, no depositándolos ni registrándolos Juan Pedro en las oficinas del IVEX, a fin de ocultar a la institución las operaciones que estaba llevando a cabo, en connivencia con Bartolomé .

SEGUNDO.- Conforme a lo acordado por Bartolomé y Juan Pedro , las letras creadas quedaron en poder de Bartolomé , quien las fue presentando progresivamente para su descuento, a lo largo de 1998 y 1999, ante diversas oficinas de cuatro distintas entidades bancarias: El GENERAL BANK, el KBC BANK N.V., (KREDIET BANK), el BSCH (BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO), y el BBVA (BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA).

Una vez presentadas las remesas de efectos cambiarios en las entidades bancarias, estas abonaban, mediante descuento, su importe en las cuentas que en las referidas entidades poseía SONOTUBE, y cuando los efectos estaban próximos a su vencimiento, Bartolomé presentaba en las entidades bancarias otras nuevas remesas de letras, con las mismas características de las anteriores, que permitían evitar los consiguientes descubiertos, desviando aquel parte del importe ingresado hacia su patrimonio personal o de sus empresas, por la suma de 22.970.679 francos franceses, equivalentes a 3.501.857,51 euros, sin que se haya concretado la forma y cuantía en que pudo repartir dicho dinero con Juan Pedro , y destinando otra parte del importe ingresado en la cuenta de SONOTUBE, hasta un total de 17.859.502,54 francos franceses, equivalentes a 2.722.663,61 euros, conforme a lo acordado por Bartolomé con Juan Pedro , a pagar una deuda que ellos mismos habían generado con el ARAB BANK, en la cuenta del IVEX, cifrada en 22.297.000 francos franceses (532.225.532 pesetas, equivalentes a 3.198.739,87 euros), por los descuentos o anticipos de unas facturas de empresas tunecinas de Bartolomé , que tampoco obedecían a operaciones reales, autorizados por Juan Pedro , que se pagaron a Bartolomé , sin consentimiento ni autorización del Consejo de Administración de IVEX, y a los que después nos referiremos, reduciendo dicha deuda a la cantidad de 3.228.752,37 francos franceses (81.898.538 pesetas, equivalente a 492.220,13 euros), en virtud de diferentes transferencias que tuvieron lugar desde el 18-11-98 hasta el 14-6-99.

TERCERO.- Tras el cese de Juan Pedro como director general del IVEX, el día 17-9-99, quedó interrumpida la rueda de letras, existiendo en ese momento ciertas letras en poder de las referidas entidades bancarias y de Bartolomé que aun no se habían descontado, y determinadas letras descontadas y no pagadas, por las que se iniciaron procedimientos judiciales contra el IVEX en virtud del aval:

En cuanto a las letras aún no descontadas:

a) En poder de Bartolomé , quedaban ocho letras de cambio (tres francesas y cinco españolas), con fechas de libramientos comprendidas entre los días 6 y 15-9-99, avaladas con su firma por Juan Pedro , tan sólo días antes de ser cesado, con vencimientos entre los días 6 y 17-12-99, por un valor total de 11.301.000 francos franceses (1.722.826, 34 euros), respecto de las cuales Bartolomé , tras ser requerido para su aportación al presente procedimiento penal, ha procedido a su destrucción, mediante Notario español, acreditándolo mediante la correspondiente acta de fecha 16 de noviembre de 2001.

b) En poder de FORTIS BANK, quedaban 2 letras de cambio que no habían aun sido descontadas, con números NUM000 y NUM001 , por importes de 1.260.800 y 1.258.300 FRF, respectivamente, con fechas de libramiento 6-9-99 y de vencimiento 2-12-99, que han sido devueltas por el referido Banco y obran en la causa.

En cuanto a las letras descontadas y pagadas:

a) GENERAL BANK (hoy FORTIS BANK), era tenedora de 11 letras descontadas y no pagadas, por un importe total de 12.224.107 francos franceses (FRF), equivalentes a 1.787.322,79 euros (297.385.491 pesetas):

Número	Libramiento	Vencimiento	Importe (FRF)
NUM002	4-6-99	30-9-99	1.350.000
NUM003	4-6-99	30-9-99	1.415.800
NUM004	4-8-99	11-11-99	1.275.500

NUM005 4-8-99 11-11-99 1.240.700
NUM006 4-8-99 11-11-99 224.700
NUM007 12-8-99 15-11-99 1.249.700
NUM008 12-8-99 15-11-99 1.248.900
NUM009 17-8-99 22-11-99 1.238.300
NUM010 17-8-99 22-11-99 1.158.700
NUM011 17-8-99 27-11-99 1.236.500
NUM012 17-8-99 27-11-99 602.900

El impago de dichas letras ha generado las siguientes actuaciones judiciales o extrajudiciales: 1) Juicio ejecutivo nº 682/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia, interpuesto por GENERAL BANK (hoy FORTIS BANK), en reclamación de 2.248.207 y 9.975.900 francos franceses, importe de los efectos impagados (con contravalor, respectivamente, de 57.026.445 y 240.359.046 pesetas, es decir, 1.787.322,80 euros) más 82.682.650 pesetas en concepto de intereses y costas, en el que recayó sentencia de fecha 27-11-00 estimando tal pretensión. 2) Recurso de apelación nº 99-01 en el que se ha dictado sentencia de fecha 23-5-01 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, revocando aquella y estimando los motivos de oposición alegados en nombre de IVEX. 3) Juicio ordinario nº 559/02, del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Valencia, en virtud de una nueva demanda interpuesta con fecha 6-6-02 por FORTIS BANK contra el IVEX, tras la referida sentencia, en reclamación de 297.385.491 pesetas por el importe de las letras, más intereses y costas. 4) Acuerdo transaccional alcanzado finalmente por las partes, en virtud del cual ambas han desistido de los procedimientos judiciales en curso entre las mismas, y han asumido la mitad del perjuicio, habiendo abonado IVEX a FORTIS BANK la cantidad de 159.857.808 pesetas (960.764,77 euros), equivalente a la mitad de la cantidad reclamada en virtud de las letras de cambio, más la mitad de los intereses devengados, asumiendo cada parte sus propias costas.

d) El BSCH era tenedor de 12 letras, descontadas y no pagadas, por un importe total de 15.002.230 francos franceses (FRF), equivalentes a 2.286.961,26 euros (380.518.336 pesetas, es decir 2.286.961,26 euros):

Número Libramiento Vencimiento Importe (FRF)

NUM013 29-6-99 29-9-99 1.597.600
NUM014 29-6-99 4-10-99 1.485.400
NUM015 29-6-99 7-10-99 898.400
NUM016 19-7-99 19-10-99 896.250
NUM017 3-8-99 6-11-99 1.273.800
NUM018 3-8-99 6-11-99 1.226.400
NUM019 6-9-99 11-12-99 1.186.600
NUM020 6-9-99 11-12-99 1.303.300
NUM021 6-9-99 11-12-99 1.298.300
NUM022 23-8-99 4-12-99 692.032
NUM023 23-8-99 4-12-99 1.358.850
NUM024 23-8-99 2-12-99 1.785.368

El impago de dichas letras ha generado las siguientes actuaciones judiciales o extrajudiciales: 1) Juicio de mayor cuantía nº 90/00 del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Valencia, con el nº 90/00 por los referidos efectos por valor de 15.002.230 francos franceses (380.518.336 pesetas), en concepto de principal, habiéndose dictado sentencia con fecha 18-5-01, estimatoria de la demanda. 2) Recurso nº 429/01 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en el que se dicta sentencia de fecha 19-12-01, a favor del IVEX, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 3) Recurso de casación nº 392/02, interpuesto con fecha 1-2-02 por el BSCH 4) Acuerdo transaccional alcanzado por las partes, por el que ambas desisten de los procedimientos judiciales en curso entre las mismas, y asumen la mitad del perjuicio, habiendo abonado

IVEX a BSCH la cantidad de 228.813.566 pesetas (1.375.197,28 euros), equivalente a la mitad de la cantidad reclamada en virtud de las letras de cambio, más la mitad de los intereses devengados, sufragando cada parte sus propias costas.

b) El BBV, era tenedor de 3 letras, descontadas y no pagadas, por un importe total de 4.107.700 francos franceses (FRF), equivalentes a 632.224,46 euros (104.193.300 pesetas) :

Libramiento Vencimiento Importe (FRF)

26-7-99 29-10-99 1.374.800

26-7-99 29-10-99 1.345.000

26-7-99 31-10-99 1.387.900

El impago de dichas letras ha generado las siguientes actuaciones judiciales o extrajudiciales: 1) Autos 743/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia , en los que se ha dictado sentencia de fecha 29-4-03 , desestimatoria de la pretensión del BBVA. 2) Con posterioridad ha sido recurrida por el BBVA ante la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia. 3) Finalmente, se ha suscrito por el BBVA y el IVEX un acuerdo transaccional, en virtud del cual cada parte asume la mitad del daño, por importe de 316.112,23 euros e intereses, y sus propias costas.

c) KREDIET BANK (KBC) era tenedor de ocho letras descontadas y no pagadas por valor de 9.996.075 FRF (francos franceses), cuyo contravalor es de 253.554.263 pesetas (1.523.891,81 euros):

Libramiento Vencimiento Importe (FRF)

19-7-99 15-10-99 1.240.350

19-7-99 15-10-99 1.289.175

19-7-99 15-10-99 1.154.250

20-7-99 19-10-99 1.410.500

20-7-99 19-10-99 1.325.150

20-7-99 19-10-99 1.217.850

15-7-99 14-12-99 1.168.300

15-7-99 14-12-99 1.190.500

El impago de dichas letras ha generado las siguientes actuaciones judiciales: 1) Demanda de juicio ejecutivo nº 80/2001, por el impago de cambiales por valor de 9.996.075 francos franceses (253.554.263 pesetas), en concepto de principal, más 50 millones en concepto de intereses y costas del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 1, interpuesta por KBC, habiéndose dictado sentencia de fecha 3-1-02 , desestimatoria de la demanda. 2) Recurso de apelación ante la Sección 7ª de la Audiencia Provincial, en rollo nº 283/02 , en el que se ha dictado sentencia de fecha 16-4-03 , revocando la de primera instancia, cambiando el criterio anterior de la propia Sala, acordando que procede la estimación de la demanda interpuesta por KBC, en cuya virtud el IVEX ha tenido que abonar la cantidad total de 1.694.237,59 euros, correspondiente a la suma del principal por 1.523.891,81 euros (253.554.263 pesetas) más los intereses y costas (170.345,7 euros).

CUARTO.- Al quedar el patrimonio neto de la sociedad IVEX, a consecuencia de los pagos a los que ha tenido que hacer frente por las actuaciones de Juan Pedro , en connivencia con Bartolomé , por debajo de la mitad del capital social, quedó incurso en causa de disolución legal, viéndose obligada, para poder recuperar su equilibrio patrimonial y evitar su disolución, a proceder a un aumento de capital en la suma de 850 millones de pesetas, mediante la emisión y puesta en circulación de 8.500 nuevas acciones con un valor nominal de 100.000 pesetas y posterior reducción de capital, en la suma de 838.992.000 pesetas, resultando las acciones con un nuevo valor nominal de 34.000 pesetas cada una, lo que fue acordado por Junta general de accionistas de fecha 31 de mayo de 2000, suscribiendo concretamente la Generalitat Valenciana 8.095 acciones por 809.500.000 pesetas.

Las referidas operaciones de aumento y reducción de capital, para recuperar su equilibrio patrimonial y evitar su disolución han supuesto unos costes para el IVEX de 59.917,88 euros (9.969.497 pesetas), y asimismo, para consignar las cantidades reclamadas en los diferentes procedimientos judiciales, tuvo que concertar dos pólizas de crédito en la que los intereses y gastos de apertura han ascendido a la suma de 39.271,57 euros (6.534.241 pesetas)

QUINTO.- Las operaciones llevadas a cabo por Juan Pedro y Bartolomé , que finalmente desembocó en la confección en Valencia los años 1998 y 1999, de las letras a las que nos hemos referido anteriormente, empiezan a gestarse en el año 1995, cuando Juan Pedro , como director del departamento de comercio exterior de PROCOVA (luego IVEX) y subdirector general, propone al entonces director general JBMP (quien lo fue desde el 4-2-1993), la participación de PROCOVA (luego IVEX), en una operación para generar derechos de compensación en Túnez, a favor de la compañía FORD, para que esta pudiera exportar sus vehículos a dicho país, presentándose ello como algo conveniente a los intereses de la Comunidad Valenciana, dada la importancia de FORD ESPAÑA S.A. aquí, al tener una planta de fabricación de coches en la localidad valenciana de Almussafes, planteándose por Juan Pedro que las autoridades de Túnez exigían a las empresas extranjeras que quisieran introducir allí sus productos, que a su vez adquirieran mercancías de Túnez, es decir, que tuvieran derechos de compensación, para otorgarles las oportunas licencias. JBMP acepta la operación y siendo Juan Pedro un hombre de su confianza, licenciado en Derecho y experto en comercio internacional, le encomienda a este las gestiones, que Juan Pedro llevó a cabo personalmente, de la siguiente manera:

A) Juan Pedro entró en contacto con Bartolomé , propietario de mercantiles tunecinas y europeas y titular de hecho o de Derecho en aquel momento, o en el curso de las operaciones que posteriormente emprendieron, de las siguientes mercantiles, de escasa o nula solvencia económica: a) De las denominadas SOCIÉTÉ NOUVELLE DES TUBES SARL (SONOTUBE); SMAC; y SMAC MEDIA 6 (también llamada SMAC 6, filial de SMAC) con sede en Túnez. b) De las europeas denominadas APOD, empresa propiedad el padre de Bartolomé , respecto de la que Bartolomé actuaba como dueño; GRUPO J2L o J2L HOLDING (con sede en Francia) y que participa en SONOTUBE; GRAFICOM GROEP BVBA (con sede en Amberes, Bélgica), empresa inactiva e insolvente, y carente de empleados e inmovilizado, adquirida formalmente en 1998 por JPG, empleado de Bartolomé en J2L, quien suscribe las acciones el 10-10-98 por 10.000 francos franceses (1524,49 euros), es nombrado representante de la misma el 22-10-98, y continua siendo empleado de Bartolomé , haciéndolo todo por encargo del propio Bartolomé y con el dinero que le entrega el propio Bartolomé ; y MOBILE TRADING, con el mismo domicilio social que GRAFICOM, en Groonenaallann x Merksem, Antwerpen c) De la española LAGIER ESPAÑA, en la que la sociedad J2L participaba, y que constituye en 1996.

B) A lo largo de esos contactos, Juan Pedro y Bartolomé , se ponen de acuerdo en los hechos que a continuación se narrarán, y con responsables de FORD EUROPA, de todo lo que Juan Pedro dio cuenta tan sólo en líneas generales al director general JBMP, mientras este fue el Director General, por ser este quien tenía que firmar, ocultándole sus fines y las particularidades de la operación, para la que Juan Pedro quedó designado expresamente, dada su preparación técnica, como persona de contacto, y que se concretaron en la firma en Valencia, de dos contratos de fecha 20-6-95 y otro de fecha 7-7-95, en virtud de los cuales se establecía que las empresas tunecinas del grupo de Bartolomé (SONOTUBE y SMAC), supuestas productoras de productos metalmecánicos, se comprometían a la venta de estos a PROCOVA (luego IVEX), de lo que habrían de surgir derechos de compensación que se cederían a FORD con una comisión (del 4,35 %) e IVEX a su vez los vendería por el mismo precio a la empresa francesa del mismo grupo de Bartolomé APOD, manejada por Bartolomé aunque era su padre quien figuraba como titular, todo lo cual estaría asegurado por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE), y sería financiado por el BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA (BEX), quien descontaría los efectos que se generasen como consecuencia de las importaciones y exportaciones a que se obligaba PROCOVA (luego IVEX), anticipando su importe a SONOTUBE y SMAC.

En ejecución de lo anterior, se expide el 18-7-95 por SONOTUBE una primera remesa de letras, que fue descontada en el BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA y pagada a SONOTUBE, y a su vez PROCOVA (luego IVEX) cobró este mismo importe a la empresa APOD. Pero tras esa inicial operación cumplida por parte de Bartolomé , las sucesivas, pese a descontarse y pagarse a SONOTUBE, fueron todas ellas impagadas por APOD a PROCOVA (luego IVEX), dada la situación de insolvencia económica de APOD, que tanto Bartolomé como Juan Pedro conocían y ocultaron, sin que Juan Pedro promoviera que el IVEX hiciera reclamación alguna a APOD, lo que conllevó la generación de una deuda de PROCOVA (luego IVEX), para con el BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, que a fecha 31-12-95, era de 215 millones de pesetas, y que llevó a que el BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA decidiera desvincularse de la operación, a la vista de las pérdidas.

C) Ante la situación generada, Juan Pedro , en connivencia con Bartolomé , negocia la intervención de otra entidad bancaria, el ARAB BANK, siendo su director en Valencia FEB, asumiendo Juan Pedro obligaciones abusivas a cargo de su entidad IVEX, proponiéndole al director del ARAB BANK que atendiera, mediante descuento, no ya las letras de cambio, sino las simples facturas de SONOTUBE y SMAC y a cargo

del IVEX que se le presentaran, y que Bartolomé , a través de sus empresas europeas no tenía intención de pagar, sin que hubiera intención de llevar a cabo el tráfico de mercancías que iban a representar, lo que Juan Pedro sabía. FEB, acepta la proposición, aprovechándose aquellos del interés del ARAB BANK, con oficina de nueva apertura en Valencia, en abrirse paso en esta Comunidad, concretándole Juan Pedro la solicitud a FEB, mediante carta en papel oficial del IVEX de 4-3-96 que firmó Juan Pedro . Pero en lugar de presentar Juan Pedro al Director General Juan Francisco o a miembro alguno del Consejo, póliza o contrato que describiera la operación, lo que hubiera puesto sobreaviso del plan por el que se cargarían en la cuenta del IVEX facturas de terceros, de acuerdo con Bartolomé , y con la colaboración del director del ARAB BANK, FEB, hace Juan Pedro viable su plan propiciando la simple apertura el 3-4-96 de una cuenta corriente por el IVEX en dicho banco (la nº 602/300), que Juan Pedro propone a JBMP para una mecánica ordinaria de funcionamiento y que firman JBMP, como director general del IVEX y JBR, como vicepresidente primero del Consejo de Administración del IVEX, sin ser advertidos ni por Juan Pedro ni por el ARAB BANK del uso que posteriormente iban a darle a la cuenta, procediendo a continuación el ARAB BANK, de acuerdo con Juan Pedro a abrir adicionalmente diversas cuentas "internas o instrumentales" a nombre del IVEX, sin la firma ni el conocimiento de ningún firmante de la cuenta o autorizado del IVEX.

En virtud de lo anterior, las empresas tunecinas del grupo de Bartolomé (SONOTUBE, SMAC, SMAC-6) descontaban en el ARAB BANK, contra la cuenta del IVEX, obteniendo su importe Bartolomé , las facturas que emitían, las cuales remitían al banco Bartolomé o el propio Juan Pedro , indistintamente, y que no obedecían a un tráfico real de mercancías, y que después, supuestamente, habrían de pagar las empresas europeas de Bartolomé como compradoras (J2L o J2L HOLDING y APOD), sin que llegaran a pagar factura alguna. Los sucesivos impagos de las empresas europeas del grupo de Bartolomé , provocaron un aumento progresivo de la deuda con el ARAB BANK, que no podía quedar cubierta por CESCE por la falta de requisitos, y que a finales del ejercicio de 1996 ya se cifraba en 368 millones de pesetas, que habían ido a parar a Bartolomé , contra la cuenta del IVEX, si bien Juan Pedro no adoptó medida alguna paliativa, no dio cuenta de esta situación al Consejo de Administración del IVEX, ni informó a la Auditora de las cuentas de la entidad, procurando que no apareciera en las cuentas anuales de la sociedad, para ocultarla, no habiéndose acreditado el pacto de reparto con Juan Pedro que pudiera haber existido entre ellos.

Dado el volumen alcanzando por la deuda, la entidad ARAB BANK, a través de su director, FEB, le comunica a Juan Pedro y a Bartolomé , la dificultad de seguir manteniendo la financiación, y tras lograr detectar el Director Financiero de IVEX, MRF ciertas irregularidades al respecto, y ponerlo en conocimiento del Director General JBMP, este encomienda a Juan Pedro la desvinculación inmediata del IVEX de dicha operación, en virtud de lo cual, el 24-3-97, Juan Pedro comparece ante el Consejo de Administración de IVEX, informando de la renegociación del contrato con FORD y nuevamente comparece el 16-6-97, Juan Pedro , presentando una nueva fórmula de actuación, para convencer al Consejo de Administración, siendo su presidente DSP y su secretario JAM, de que se apartaba al IVEX de la operación y de que esta estaba totalmente asegurada, sin que ni Juan Pedro ni JBMP pusieran en conocimiento del Consejo de Administración la magnitud de la deuda que se había generado en la cuenta del IVEX en el ARAB BANK, convencimiento que Juan Pedro llevó al ánimo de los miembros del Consejo, con las siguientes propuestas:

- Las operaciones de compra serían titularizadas, en lo sucesivo, en lugar de por el IVEX, por la entidad LAGIER ESPAÑA, quien compraría los productos directamente de las sociedades tunecinas SONOTUBE, SMAC y SMAC MEDIA 6, y los vendería a los clientes finales de Europa.
- El descuento comercial de las operaciones sería realizado por el ARAB BANK.
- Las operaciones de venta estarían aseguradas a través de la póliza con CESCE.
- Los derechos y obligaciones del nuevo contrato serían transferidos por el IVEX a LAGIER ESPAÑA. Asimismo, en dicha reunión el Consejo de Administración acepta la dimisión de JBMP como Director General del IVEX, sin constancia de los motivos, y días después, en sesión del Consejo de Administración de 14-7-97, Juan Pedro es nombrado nuevo Director General, con los poderes que le son propios.

D) Juan Pedro , ya como Director General, lleva a cabo las siguientes actuaciones, de acuerdo con Bartolomé , de ninguna de las cuales da cuenta en ningún momento al Consejo de Administración de IVEX:

- El día 15-7-97, suscribe un nuevo contrato con FORD en el que se permite al IVEX que pueda delegar su actividad de mediación a otras entidades, con la previa autorización de FORD, lo que nunca se llevó a efecto.
- Pese al compromiso de desvinculación del IVEX hecho ante el Consejo de Administración y contra lo acordado por este, remite varias cartas con fecha 12-9-97, 14-11-97 y 13-1-98 al ARAB BANK pidiéndole que continúe financiando la operación con cargo a la cuenta del IVEX, para que los fondos se sigan traspasando a Bartolomé , a cargo de la cuenta del IVEX, sin operaciones reales que lo justificaran, llegando a solicitarle en la carta de 13-1-98, la prórroga indefinida de la operación.
- El día 7-8-98, suscribe un documento, para frenar las presiones del ARAB BANK y para utilizar si fuera necesario, al que denominan "póliza de comercio exterior", con el representante de LAGIER ESPAÑA, y empleado de Bartolomé , a las órdenes de este, el

llamado DMTC, y con el representante del ARAB BANK en Valencia, FEB, por el que LAGIER ESPAÑA asume la deuda del IVEX para con ARAB BANK y los derechos y obligaciones del IVEX para con la FORD, si bien el IVEX como "garante" se decía dispuesto a garantizar al Banco el cumplimiento por LAGIER ESPAÑA de las obligaciones derivadas de la financiación, contrato este que nunca llegó a surtir efecto, siendo denunciado por Bartolomé, y desautorizado por el corredor de comercio cuya intervención requirieron las partes, ante la falta de poder suficiente por parte de Juan Pedro.

E) Y como quiera que el ARAB BANK no aceptó seguir prorrogando el crédito en las mismas condiciones, habiendo llegado a alcanzar la deuda la suma de 532.225.532 pesetas (3.198.739,87 euros), por los pagos a Bartolomé contra la cuenta del IVEX, Juan Pedro y Bartolomé, de mutuo acuerdo, idean en 1998 y ejecutan durante 1998 y 1999 la operación a la que nos hemos referido en los ordinales primero a cuarto de la presente declaración de hechos probados, con la que obtener fondos para destinar en parte al pago de dicha deuda, con el ARAB BANK, que les urgía pagar y tapar, mediante la confección de más de 30 letras de cambio, avaladas por Juan Pedro como Director General del IVEX, que no obedecían a operaciones reales y que descontaron en diversas entidades bancarias.

SEXTO.- Como consecuencia de las exportaciones de vehículos a Túnez realizadas por FORD, esta empresa abonó a IVEX facturas fechadas de 4 diciembre de 1995 a diciembre de 1996, remitidas por Juan Pedro a FORD, por importe total de 73.433.317 pesetas (441.343,12 euros) y una factura de 10 de mayo de 1999 por importe de 29.000.000 pesetas, si bien, no ha quedado acreditada la obtención ante las autoridades tunecinas de licencias de exportación, como consecuencia directa o indirecta de los traspasos de dinero a Bartolomé, en nombre de sociedades tunecinas de su propiedad, procedentes de los bancos en los que se descontaron letras o facturas que no obedecían a operaciones reales, pese a lo cual FORD ha continuado exportando vehículos a Túnez, sin la exigencia de licencia especial alguna por las autoridades tunecinas.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Juan Pedro y a Bartolomé, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de estafa agravada en concurso medial con un delito continuado de falsedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión de 5 años, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de multa de 12 meses, a razón de 60 euros diarios, para cada uno de ellos, y al pago de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares del IVEX, BBVA y BSCH y a que conjunta y solidariamente, con la responsabilidad civil subsidiaria de SONOTUBE en relación con Bartolomé, indemnicen a los perjudicados en las siguientes cantidades:

1.- Al GENERAL BANK (hoy FORTIS BANK) en la cantidad de 960.764,77 euros más las costas civiles íntegras de la propia entidad bancaria FORTIS BANK en los procedimientos de Juicio ejecutivo nº 682/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia, Recurso de apelación nº 99- 01 ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial y Juicio ordinario nº 559/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Valencia.

2.- Al BSCH en la cantidad de 1.375.197,28 euros.

3.-Al BBVA en la cantidad de 377.246,95 euros.

4.-Al Instituto Valenciano de la Exportación S.A. (IVEX):

a) En la cantidad de 2.713.209 euros, que tuvo que abonar a las entidades bancarias BBVA, BSCH y GENERAL BANK (luego FORTIS BANK)

b)En la cantidad total de 1.694.237,59 euros que tuvo que abonar a KBC BANK.

c)En la cantidad de 99.189,45 euros por la suma de los gastos de la ampliación de capital

d)En la suma de 39.271,57 euros por los gastos de apertura e intereses de las pólizas de crédito o préstamo.

e) En la suma en que en ejecución de sentencia se concreten las costas soportadas por IVEX en todos los procedimientos civiles en que ha sido parte por los hechos de autos y que se recogen en los hechos probados de esta sentencia.

5.- A la GENERALITAT VALENCIANA en la cantidad de 3.211.030 euros, por la pérdida de valor patrimonial de las acciones suscritas por la Generalitat Valenciana, como consecuencia de la operación de aumento y disminución de capital.

Y DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Juan Pedro y a Bartolomé por los restantes delitos por los que también se les dirigía acusación.

A los efectos intervenidos, en su caso, se les dará el destino legal.

Reclámese en su caso del Instructor, debidamente terminada las piezas de responsabilidades pecuniarias.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por Bartolomé y Juan Pedro, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Bartolomé

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por quiebra del principio acusatorio y derecho de defensa (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por quiebra del derecho de defensa en su modalidad de proponer prueba (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

CUARTO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de cosa juzgada (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

QUINTO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de congruencia (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de congruencia (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

SEPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 CE.).

OCTAVO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el principio non bis in idem (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 25 CE.).

NOVENO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el principio non bis in idem (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 25 CE.).

DECIMO.- Por infracción de precepto constitucional que consagra el principio non bis in idem (art. 852 LECrim., 5.4 LOPJ. y 25 CE.).

DECIMOPRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 5, 28 y 248.1 CP.

DECIMO SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.3 CP.

DECIMOTERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.3 CP.

DECIMOCUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 392 y 390.1.2º CP.

DECIMOQUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 392 y 390.1.2º CP.

DECIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMOSEPTIMO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMOCTAVO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMONOVENO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

VIGESIMO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

VIGESIMOPRIMERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

RECURSO DE Juan Pedro

PRIMERO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

SEGUNDO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por quiebra del principio acusatorio y derecho de defensa (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

TERCERO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por quiebra del principio acusatorio y derecho de defensa (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

CUARTO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por quiebra del principio acusatorio y derecho de defensa (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

QUINTO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de congruencia (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 C E.).

SEXTO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 CE.) y por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 248.1 CP.

SEPTIMO.- Por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (arts. 852 LECrim. 5.4 LOPJ. y 24.1 y 2 CE.) y por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 248.1 CP.

OCTAVO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 5, 28 y 248.1 CP.

NOVENO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.3 CP.

DECIMO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 248.1 y 250.1.3 CP.

DECIMO PRIMERO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 392 y 390.1.2º CP.

DECIMO SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 392 y 390.1.2º CP.

DECIMO TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim. por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMO CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMO QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMO SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

DECIMO SEPTIMO.-Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º LECrim . por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y apoya parcialmente los motivos decimoquinto de Bartolomé y decimosegundo de Juan Pedro , y solicita la desestimación de los restantes motivos de los dos recursos por las razones que se exponen, la Sala admitió los mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día siete de septiembre de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Bartolomé

Motivos por infracción de Ley y de Precepto Constitucional

PRIMERO: El motivo primero al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y en el art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías que evite acusaciones sorpresivas y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE. en relación con la violación de lo previsto en el art. 110 LECrim . como momento preclusivo para la incorporación de nuevas acusaciones al proceso, causando indefensión.

El desarrollo argumental del motivo -así como los articulados bajos los ordinales segundo, tercero y cuarto relativos también a infracciones de precepto constitucional- hace necesario recordar como la constante jurisprudencia constitucional ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollan sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2º del art. 24 CE ., se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC. 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Resulta conveniente, por ello -como decíamos en nuestras sentencias de 1.3, 23.5 y 21.7.2005- analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ. convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1 , se convierte en elemento decisivo y trascendental, que obra singular relieve para su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ . ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada. El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

- Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que, en pura correspondencia con al proscrición constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

SEGUNDO: Contemplado el caso sometido a nuestra consideración desde esta perspectiva, no puede encontrar acogida la pretensión de los recurrentes pues no se fundamenta en un real estado de indefensión.

El recurrente en el desarrollo del motiva reseña los acontecimientos procesales que sucedieron durante la tramitación del procedimiento que culminaron con los autos de 30.7 y 20.9.2002 de la Sala sentenciadora que, a instancia del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA. Alegando su condición de perjudicado y la falta de ofrecimiento de acciones, acordaron la nulidad solicitada y devolver las actuaciones al Juzgado de Instrucción, para que, teniendo por parte acusadora a dicha Entidad, se le diera el traslado que ordenaba el auto de 8.3.2001, dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia que, con estimación parcial del recurso interpuesto contra el auto de archivo de 30.10.2000, lo dejó sin efecto, mandando continuar la causa, transformando las diligencias en procedimiento abreviado.

Sostiene el motivo que aquellos autos que permitieron la entrada en el procedimiento -ya acordada la conversión de la causa en procedimiento abreviado y presentados escritos de acusación por el Ivex y el Ministerio Fiscal- conculcó lo establecido en el art. 110 LECrim., que establece que la llegada de nuevos perjudicados debe necesariamente producirse antes de la calificación y por tanto en el procedimiento abreviado, antes del auto de conversión del proceso en tal procedimiento.

Además la entrada de esos nuevos perjudicados en la fase intermedia cercenó el derecho de defensa del recurrente quien, aún en fase de instrucción, pudo haber solicitado nuevas diligencias para justificar su actuación frente a estos nuevos perjudicados, igualmente se permitió con los escritos de acusación por éstos presentados, la entrada de hechos nuevos, distintos de los fijados en el auto de conversión en abreviado y en las calificaciones del Ministerio Fiscal y del Ivex, con vulneración asimismo del auto de 8.3.2001, que concretó los hechos objeto de imputación y declaró quienes eran los perjudicados. Infracciones estas últimas que son objeto de desarrollo individual y pormenorizado en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso.

Centrándonos, en consecuencia, en la infracción del art. 110 LECrim. es cierto que los derechos fundamentales establecidos por la Constitución no abren nuevos periodos procesales, ni constituyen una fórmula de interpretación normativa contraria a la improrrogabilidad de los plazos procesales, que continúan siendo improrrogables y de estricta interpretación, debiendo estarse al tenor literal de lo dispuesto en el art. 110 LECrim., que de forma expresa establece que la personación como perjudicado podrá efectuarse "antes del trámite de calificación del delito"; es decir que cualquier pretensión de un perjudicado de personarse en el procedimiento para ejercitar las acciones civiles y penales después de dicho trámite de calificación, debe ser denegada, en recta aplicación de lo dispuesto en el precepto citado.

No obstante lo anterior, resulta evidente que a nadie puede exigirse haberse personado en la causa si antes no se le ha informado de su derecho a hacerlo. En efecto, por regla general el ofendido por el delito, es decir, el sujeto pasivo del mismo, aquél en cuya persona recaen directa y materialmente los efectos de la acción realizada, será quien soporte también las consecuencias desfavorables del hecho punible en el orden patrimonial, esto es, será también el perjudicado por el delito. Pero puede suceder que el ofendido y el perjudicado por un mismo delito sean sujetos distintos. Y en estos casos la instrucción sobre la posibilidad de actuación procesal debe procurarse también a estos últimos.

La falta de rigor del art. 109 LECrim. ("en el acto de recibir declaración al ofendido... se le instruirá del derecho para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible...."), queda corregida y subsanada por lo dispuesto en el art. 761 LECrim. ("al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y 110...").

En definitiva, tanto a los ofendidos como a los perjudicados directa y personalmente por la acción material del delito como, en su caso, a los no ofendidos pero sí perjudicados por el hecho punible, debe instruírseles según proceda, de la posibilidad de ser parte en el proceso conforme al art. 109 LECrim., siendo a todos ellos (tanto a los ofendidos y perjudicados como a los perjudicados no ofendidos) a los que se refiere el art. 110 LECrim. cuando fija el momento preclusivo en que pueden constituirse como parte y cuando define cual puede ser el contenido de su actuación en el proceso, según que decidan ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o sólo unas y otras.

La diligencias de ofrecimiento de acciones al ofendido o al perjudicado, cuyo carácter imperativo resulta inequívoco atendidos los términos en que se pronuncian los citados arts. 109 y 761 LECrim., tiene por objeto la instrucción precisa a dichos sujetos de sus concretas posibilidades de actuación en el proceso, para que puedan ejercitar oportunamente las acciones civiles y penales que sean procedentes o solamente unas y otras, según les convinieren.

Se trata en definitiva, de un acto procesal de necesaria realización durante la fase de instrucción - con la excepción de que no se tuviera noticia en la causa de la existencia de estos perjudicados- cuya finalidad es la

de posibilitar la efectividad del ejercicio del derecho de defensa al ofendido o, en su caso, a los perjudicados por el delito en un determinado proceso que se haya incoado y se tramite como consecuencia de la perpetración del mismo.

Por tanto, aquellos que podían haber resultado perjudicados y eran potencialmente ofendidos, en la terminología de la propia Ley, en el caso las entidades bancarias, ostentaban la cualidad de interesados y estaban dotadas de la legitimación para actuar en juicio.

No otra cosa pretendió el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA., con su escrito de 22.5.2002, obrante ya en la causa en la Sala acordada la apertura del juicio oral y calificada la causa por el Ilex y Ministerio Fiscal, pero sin haberse dado traslado a las defensas de los acusados para formular escrito de defensa, en el que se argumentaba su condición de perjudicada y la falta de ofrecimiento de acciones a la misma y se solicitaba la nulidad de las actuaciones y su devolución al Juzgado de Instrucción, para su llamada como perjudicada y como tal ejercer los derechos correspondientes.

Por ello si el ofrecimiento de acciones tiende a posibilitar al ofendido o perjudicado el ejercicio del derecho de defensa en un determinado proceso, su omisión debía ser subsanada si el estado del procedimiento permite aún al sujeto afectado el ejercicio eficaz de ese derecho en el mismo proceso, es decir, comparecer en él en tiempo oportuno para poder conocer el material instructorio, calificar los hechos y proponer la prueba que sea de su interés (art. 110 LECrim.). De no ser así y si el procedimiento se encuentra ya en una fase que no permite esa actuación procesal, la situación que con dicha omisión se genera a aquel perjudicado es de efectiva y manifiesta indefensión, pues aunque se cumpliera formalmente con la instrucción al mismo de cuanto el art. 109 LECrim . establece, se trataría de una actuación vacía de contenido y carente de toda eficacia, al no poder realizar los actos que son substanciales para la defensa de sus intereses. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 240.2 LOPJ . el remedio a adoptar no podría ser otro que el de la anulación de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento procesal que permita la correcta realización del acto omitido, esto es, la instrucción a la parte en sus concretas posibilidades de actuación en el proceso como perjudicado, conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y 110 LECrim . para que puedan intervenir efectivamente en el proceso ejercitando las acciones civiles y penales, según le conviniere.

TERCERO: Siendo así el auto de 30.7.2002, confirmado por otro de 20.9.2002 , en recurso de súplica, que acordó la nulidad solicitada, devolviendo las actuaciones al Juzgado de Instrucción para que teniendo por parte acusadora a aquella entidad bancaria, se le diera el traslado que ordenaba el auto de transformación a procedimiento abreviado de fecha 8.2.2001 , no vulneró el art. 110 LECrim . pues para que el limite temporal que este precepto establece, el órgano instructor ha de haber instruido de este derecho al perjudicado a través del ofrecimiento de acciones que contempla el art. 109 LECrim ., y para el procedimiento abreviado, el art. 783 (actual art. 761).

En efecto, aunque la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales para el acceso a la jurisdicción -una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva- constituye, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, pueden revisarse aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en error patente.

Asimismo cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también es procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Tratándose, pues, en el supuesto de autos de acceso a la jurisdicción y estando consecuentemente en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la mayor intensidad con la que se proyecta el principio pro acciones, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva su Derecho sobre la pretensión a él sometido (STC. 77/2003 de 28.4).

Por tanto, la evidente desproporción entre la falta procesal atribuible a la entidad bancaria y la sanción procesal que en base al art. 110 LECrim . se le impondría y la omisión de la advertencia legal de un hecho a personarse, menoscabaría su derecho a la efectividad de la tutela judicial que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo de defensa (STC. 31/89).

Consecuentemente no se vulneró el art. 110 LECrim . al retrotraerse las actuaciones ante la constatación de un defecto procesal -no haber realizado el preceptivo ofrecimiento de acciones art. 109 LECrim . a los bancos descontatarios-. Las cuestiones que, además, se plantean en el motivo: si se introdujeron o no hechos

nuevos en las calificaciones de estos nuevos perjudicados, si debió volverse a la fase de instrucción para que se pudieran por los acusados practicar nuevas pruebas, con la consiguiente nulidad de las iniciales calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal, Ivex y Generalidad Valenciana y de la propia conversión de las actuaciones en Procedimiento Abreviado, son desarrolladas, en los motivos siguientes del recurso y serán objeto de su análisis individualizado.

CUARTO: El motivo segundo por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías en este caso, con quiebra del principio acusatorio y del derecho de defensa, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE.

Violación de la proscripción de dar entrada a hechos nuevos con posterioridad a la conversión de la causa en Procedimiento Abreviado, con violación de la redacción actual del art. 779.1.4 LECrim. y del contenido del auto dictado por la Sección Cuarta Audiencia Provincial de 8.2.2001 de revocación parcial del inicial auto de archivo de 30.10.2000 y de los concretos hechos imputados en el mismo.

El motivo debe ser desestimado.

El principio acusatorio, cuya violación se denuncia, exige conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97).

Esta Sala Segunda Tribunal Supremo, tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que " el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse "(S. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (S. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado Tribunal Constitucional, el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto -S. 44/83 de 24 de mayo- Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan -SS. 14/86 de 12 noviembre, 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- S. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS. 4/11/86, 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuando han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias - SS.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97

de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio , entre otras.

La sentencia 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico, sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (S. T.S. 4/3/99), bien entendido que se pueden ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral, en aras de una mayor claridad expositiva o una mayor comprensión de lo ocurrido, pero no puede de modo sorpresivo traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa, dado que es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta - como más adelante razonaremos con más profundidad- en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o insustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de cuando con las particulares del caso enjuiciado.

QUINTO: Pues bien el motivo insiste en que el hecho imputado a partir del auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 8.2.2001 , sobre la base de la actuación del coacusado, Sr. Juan Pedro , como autor principal frente el Ixex con la colaboración necesaria, en su caso, del recurrente Sr. Bartolomé , por delitos de estafa (M. Fiscal) o apropiación indebida o societario (Ivex), no es el mismo hecho posteriormente enjuiciado y objeto de condena, que se muta, por la entrada en el procedimiento de nuevos perjudicados: las entidades bancarias no de la circunstancia, no discutida, de libramiento, aceptación, aval y descuento de unas letras de cambio, sino en la propia conducta mendaz frente a las entidades bancarias capaz de generar error superador de las barreras de autoprotección, siendo el sujeto pasivo éstas y no el Ivex, y el autor de la estafa el propio Sr. Bartolomé , siendo el Sr. Juan Pedro ahora colaborador necesario.

Impugnación que resulta improcedente por cuanto tal como razona la sentencia de instancia, Fundamento de Derecho primero apartado b), en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, fechado el 3.4.2001, anterior a la entrada en el procedimiento de las nuevas acusaciones del BBVA y BSCH, que se acusaba a Juan Pedro y a Bartolomé de un delito continuado de estafa del art. 248, 249 y 250.3 y 6 CP . con aplicación del art. 74.1 y 2 CP . y se contemplaba en cuanto a los hechos, la confección por los acusados de efectos cambiarios ficticios que "no obedecen a operación mercantil ninguna", librados y aceptados por Graficom, la cual "amén de hallarse vinculada al Sr. Bartolomé , carece de patrimonio alguno" y "no va a hacerse cargo, en ningún momento del pago de la pretendida deuda en las letras documentada" y que se van "presentando para descuento en cuatro entidades bancarias". Asimismo se recoge en dicho escrito de acusación, como producido el cese de Juan Pedro "quedó interrumpida súbitamente la rueda de efectos bancarios", por lo que "las entidades crediticias dirigieron sus acciones judiciales en reclamación de

los importes de las letras, al avalista Ivex", y en el entendido de que por mor de dichas reclamaciones judiciales el Ivex pagaría a las entidades bancarias, obligado por el aval de Juan Pedro , solicitó la indemnización al Ivex por el total.

El escrito de acusación del Ivex de 28.2.2001, con una calificación alternativa referida a los delitos de apropiación indebida, administración fraudulenta y falsedad, en línea de continuidad delictiva, se refería igualmente a la creación por los dos acusados de los referidos efectos cambiarios avalados que "no respondían a operaciones comerciales reales y eran un mero instrumento para, gracias al aval otorgado en nombre de Ivex por el Sr. Juan Pedro , permitir al Sr. Bartolomé un descuento y, en definitiva, la obtención de una gran suma de dinero a corta de un representado (Ivex), refiriéndose al "descuento de las letras de cambio en entidades bancarias" con las que el Sr. Bartolomé se embolsó más de mil millones de pesetas, procedimiento éste que terminó cuando se produjo el cese del Sr. Juan Pedro , quedando entonces impagadas las letras de vencimiento posterior al momento en que se produjo la salida del Sr. Juan Pedro , provocando que las entidades descontatarias reclamasen del Ivex, en su condición de avalista, el pago de las mismas.

El escrito de acusación de la Generalitat Valenciana se remitió en cuanto a los hechos y su calificación jurídica al del Ivex.

Resulta, pues, evidente que la personación y las nuevas calificaciones de las entidades bancarias, BBVA y BSCH, no introdujo hechos nuevos en los que ya había sido objeto de calificación, relatándose en todas los mismos acogidos en la sentencia, esto es, que los acusados, de común acuerdo confeccionaron letras de cambio que no respondían a operación comercial alguna, libradas y aceptadas por sociedades insolventes del Sr. Bartolomé y avaladas por el Ivex en la persona del Sr. Juan Pedro , con la finalidad de obtener, mediante el descuento en las entidades bancarias, un dinero que no pensaban reintegrar, siendo la única diferencia quienes eran sus perjudicados: por un lado Ivex que como consecuencia del impago de las letras por la sociedad librada aceptante se vió sometida a una serie de procedimientos policiales en los que, por su condición de avalista, la reclamaban el importe de las letras, y por otro, las propias entidades bancarias que sufrieron el perjuicio directo e inmediato derivado del descuento de las letras que resultaron impagas a su vencimiento. Controversia que, fue solucionada por los propios perjudicados, en virtud de un acuerdo extrajudicial entre el Ivex y los Bancos BBVA y BSCH, en el sentido de repartirse al 50% el perjuicio derivado de las operaciones de descuento, pero la consideración de quien sea el perjudicado final, no supone alteración de los hechos: el descuento se realizó ante las entidades bancarias que fueron quienes efectuaron los actos de disposición sin que, en definitiva, quepa hablar de hechos nuevos, dado que todas las acusaciones se refieren a las mismas operaciones de descuento.

SEXTO: Por ultimo en cuanto a la denunciada infracción del art. 779.1.4 LECrim ., y del contenido del auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de 8.10.2001 , que, según el recurrente, estableció su sobreseimiento parcial respeto a parte de los hechos que denomina primera y segunda fase de los que la sentencia recurrida juzga, -sin perjuicio de lo que se razonará en el motivo cuarto-, debe ser rechazada y no solo porque en definitiva la sentencia condena por los hechos que constituyen lo que en la sentencia se denomina, tercera fase relativa al descuento de las letras, por lo que no cabe plantearse vulneración alguna en relación a la inclusión o no de los hechos de las fases segunda y primera, que no han sido objeto de condena, sino porque:

A: El auto de fecha 8.10.2001 , en cuya parte dispositiva no se contiene ningún sobreseimiento parcial, revocó y dejó sin efecto el auto del Instructor de 30.10.2000 de archivo de las diligencias, y mandó continuar la causa, transformando las diligencias citadas en Procedimiento Abreviado, dando al mismo el tramite legal.

Tal auto, conforme estableció el Tribunal Constitucional S. 186/90 , contiene un doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de la prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia, por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas 1ª, 2ª y 3ª del art. 789.5 LECrim. (actuales 779.1.1, 2.2). En consecuencia "cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos", todo ello en función de los hechos que han sido objeto de imputación, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas y que deben ser conocidos por el imputado.

Por ello, la fundamentación jurídica de la resolución transformadora del procedimiento debe adecuarse a la naturaleza y funciones que desarrolla dicha resolución en el proceso. Como se ha señalado esta resolución cumple una triple función: a) concluye provisoriamente la instrucción de las diligencias previas; b) acuerda

continuar el trámite a través del procedimiento abreviado, por estimar que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el art. 757 y 779.1 (archivar el procedimiento, declarar falta el hecho o inhibirse en favor de otra jurisdicción competente); c) y con efectos de mera ordenación del proceso, adopta la primera resolución que el Ordenamiento prevé para la fase intermedia del procedimiento abreviado: dar inmediato traslado a las partes acusadoras, para que sean éstas las que determinen si solicitan el sobreseimiento o formulan acusación, o bien, excepcionalmente, interesan alguna diligencia complementaria.

En cuanto que constituye un auto de conclusión de la instrucción la resolución debe expresar sucintamente el criterio del Instructor en el sentido de que no se aprecia la necesidad de practicar otras diligencias adicionales, y únicamente en el caso de que exista pendiente alguna diligencia solicitada por las partes que no haya sido practicada ni rechazada motivadamente con anterioridad, deberá justificarse expresamente por qué no se estima procedente su práctica, razonando su impertinencia o inutilidad.

En cuanto que acuerda continuar el trámite del procedimiento abreviado, deberá expresar sucintamente el criterio del Instructor de que el hecho originario del procedimiento podría constituir alguno de los delitos comprendidos en el art. 757 de la L.E. Criminal, y sólo en el caso de que exista pendiente y sin resolver alguna solicitud expresa de archivo, declaración de falta o inhibición, debe razonarse sucintamente por qué no se estima procedente dicha solicitud.

Por último, en cuanto resolución impulsora del procedimiento, debe acordar el traslado a las acusaciones, a los efectos prevenidos en el art. 780.1º, bastando como fundamentación de este acuerdo la mera cita de la norma procedimental que así lo dispone.

Ahora bien el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por naturaleza y finalidad la de suplantar la función acusatoria, en este caso del Ministerio Fiscal, Ivex, Generalitat Valenciana, BBVA y BSCH anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, sin que constituya el momento procesal en que se configura la verdadera imputación judicial.

b) El Ministerio Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil tipificado por los arts. 392 y 390.1 y 2, en relación con el art. 74.1, en concurso medial, art. 77, con un delito de estafa art. 248.1, 249 y 250.1.3 y 6, en relación art. 74.1 y 2, todos del CP. Calificación jurídica que es la que ha sido recogida en la sentencia recurrida. Pues bien la jurisprudencia de esta Sala considera que no se ha infringido el principio acusatorio básico del proceso penal, porque éste, lo que impide es que se traspasen los límites de la acción, que queda acotada, en la calificación provisional por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen, pero no que se califiquen adecuadamente esos hechos al evacuarse el trámite de conclusiones definitivas autorizado por el art. 732 LECrim. para el procedimiento ordinario y por el art. 793.7 (ahora 788.4) para el abreviado, en el que, manteniéndose la identidad esencial del hecho objeto de la acusación se puede variar, sin infringir la Ley, las modalidades del suceso, sus circunstancias, la participación de los encartados, tipo de delito cometido y grados de ejecución, pero ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fuesen las provisionales las que acotasen los términos del debate (SSTS. 1436/98 de 18.11, 7.6.85).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, y por ello ha dicho reiteradamente que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales. La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, por un lado, de sentido a los artículos 732 y 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (ahora art. 788.4) y, por otro lado, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC. 19.2.87, 16.5.89, 284/2001 de 28.2). Ni el procesamiento ni la calificación provisional vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador. El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación a juicio e de congruencia del fallo (SSTS. 7.9.89, 30.6.92, 14.2.94, 1/98 de 12.1 y STC. 13.2.2003).

En esta dirección la STC. 228/2002 de 9.12, precisa que si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que imponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación.

Ahora bien -como dice la STS. 1185/2004 de 22.10- tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la LECrim., en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues esto puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicasen que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECri m.).

Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones substanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art 746.6 en relación con el art. 747 LECrim.

Con mayor precisión la LECrim. prevé para el procedimiento abreviado, art. 793.7 (actual 788.4), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecia un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la practica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la LECrim. se permite su ejercicio respecto a esos nuevos hechos y su calificación jurídica. Por ello una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas puede lesionar el derecho de defensa cuando el acusado haya ejercido las facultades en orden a la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas y le haya sido denegada, por cuanto la aplicación de la doctrina general sobre la necesidad de que la practica de prueba inadmitida fuese relevante para la modificación del fallo, no es aplicable en los casos de inadmisión o falta de practica de toda prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (STC. 13.2.2003).

Situación ésta que no se ha producido en la presente causa.

Por tanto, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, al contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no momentos previos como el de las conclusiones provisionales (SSTC. 141/86 de 12.11, 11/92 de 27.1, 278/2000 de 27.11). Igualmente, dada la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión (SSTC. 20/87 de 19.2, 17/88 de 16.2).

Si el defensor del acusado estimaba que la calificación del Ministerio Fiscal era sorpresiva al introducir hechos nuevos y por ello no le era posible defenderse adecuadamente de ellos, debió conforme al art. 793.7 (art. 788.4), solicitar la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa, lo que no hizo.

El motivo, consecuentemente se desestima.

SÉPTIMO: El motivo tercero, por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción nuevamente del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, con quiebra del derecho de defensa, derechos previsto en el art. 24.1 y 2 CE . en relación nuevamente con la violación de la imputación formal que establece el art. 779.1.4 LECrim . al modificarse la imputación inicialmente formulada, realizada por el auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 8.2.2001 , de revocación parcial del inicial auto de archivo de 30.10.2000 , cercenando el derecho de defensa al negar la posibilidad de proponer prueba sobre los nuevos hechos objeto de imputación con carácter previo a la transformación en procedimiento abreviado y al juicio de sostenibilidad de tal nueva imputación por el Instrucción determinado por la Ley que reconoce el art. 783.1 LECrim.

Supeditado el motivo a los anteriores en cuanto parte de que se produjo una limitación del hecho imputado con la irregular entrada de nuevos perjudicados en la fase intermedia, la desestimación de tales pretensiones ahora necesariamente al rechazo del presente motivo, debiéndose solo recordar en cuanto a la limitación del derecho de defensa que, a juicio del recurrente, le ocasionó el no poder proponer nuevas pruebas en la fase instructora que: a) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en si mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2).

Por ello en un recurso de casación, como precisa la STS. 966/2004 de 21.7, solo se puede examinar la indebida denegación de diligencias de prueba para el acto del juicio oral, no de pruebas denegadas en fase de instrucción cuya omisión podría suplirse con la solicitud de esa prueba para el juicio. El art. 852 LECrim ., no puede convertirse en un expediente para burlar los requisitos formales del art. 850 y a través del nº 1 de este artículo solo cabe reprochar a la Sala de instancia la denegación de pruebas propuestas por la parte. No es posible quejarse de la omisión de pruebas no propuestas en forma en el escrito de calificación provisional o antes del inicio de las sesiones del juicio oral (SSTS. 1013/96 de 13.12 y 710/2000 de 6.7).

b) que hemos de partir de que el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como insegurable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11). No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta.

En resumen, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haber sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (SSTS. 104/2002 de 29.1, 1217/2003 de 29.9, 474/2004 de 13.4).

Por ello en el caso presente no puede hablarse de indefensión alguno producida en la fase instructora. Así el recurrente, ni siquiera en el presente motivo, señala qué concretas diligencias de prueba interesó y que le fueron denegadas, ni la imposibilidad de haber reiterado su practica en el juicio oral.

Por el contrario, la defensa en sus escritos de calificación interesó la prueba que creyó oportuna para la defensa de sus intereses y en dicho momento procesal pudo intervenir en toda la prueba practicada tanto la instada por la acusación como por las defensas.

Debemos pues coincidir, por tanto, con el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, en que carecería de sentido la pretensión de volver a la fase de instrucción en la medida en que desde el auto de 30.7.2002, confirmado por igual resolución de 20.9.2002 , hasta que acordó la nulidad solicitada por el BBVA, hasta la nueva apertura del juicio oral por auto 23.3.2004 , tuvo la parte tiempo y ocasión para proponer y practicar la prueba que considerara pertinente, y ante su eventual desestimación posibilidad de reproducir su petición para su practica en el juicio oral.

OCTAVO: El motivo cuarto por infracción de Ley y precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE ., en relación con la violación del principio de cosa juzgada y violación de lo previsto en el art. 779.1.1ª (antiguo art. 789.5), y del art. 634, todos ellos de la LECrim ., en cuanto al sobreseimiento parcial y sus consecuencias, en ambos casos como consecuencia del concreto contenido del auto dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de 8.2.2001 , de revocación parcial del inicial auto de archivo de 28.10.2000 , juzgándose, en la sentencia dictada hechos (sobre los que además se proclama la existencia de responsabilidad penal) sobre los que existía un previo pronunciamiento de concreta y total exoneración penal del recurrente en relación con los mismos.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto, como se expresa en la STC. 207/89 de 14.12, que el derecho a la tutela judicial comporta, tal y como dispone el art. 117.3 y tiene declarado este Tribunal la obligatoriedad de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (SSTC. 119/88, 33/87, 34/86, 176/85, 65/85, 109/84, 67 y 61/84, 77/83, 32/82), puesto que, de otro modo, las declaraciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones (STC. 26/83), y el mismo Tribunal Constitucional en sentencia 107/89 de 8.6, señaló que el principio "non bis in idem", aunque no consagrado constitucionalmente de forma expresa, está íntimamente vinculado, más que con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 , con el de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 CE.

No cabe duda del rango constitucional que alcánzale principio de que nadie puede ser juzgado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme, que constituye el fundamento de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en el proceso penal. Una doble condena, o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE . y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental en cuanto que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (S. 154/90 de 14.10= y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94 y 20.6.97), que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 CE ., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 CE . en relación con el art. 14.7 del Pacto de Nueva York, sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual nadie podría ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

Según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada es preciso que haya:

- 1) Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas; y
- 3) Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada, las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes (STS. 3.2.98).

Resulta esencial, por tanto, dice la STS. 488/2000 de examinar qué resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir, impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o la reapertura del ya antes concluido.

Desde luego la sentencia firme produce esa eficacia de cosa juzgada material. En principio solo esta clase de resoluciones por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio, encierra la mencionada consecuencia preclusiva. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes los autos también firmes, de sobreseimiento libre, en contraposición a los de sobreseimiento provisional que no alcanzan tal eficacia por su propia naturaleza.

En lo que está de acuerdo la reiterada jurisprudencia de esta Sala es que no producen eficacia preclusiva las resoluciones en las que se rechaza una querrela o una denuncia por entenderse que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito, conforme a los arts. 313 y 269 LECrim. tampoco los autos de sobreseimiento provisional (arts. 641 y 689.5.1 LECrim. ni los llamados autos de archivo, previstos en el art. 789.5.1 para los casos en que se estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que es el auto que, en todo caso, sería el dictado en las diligencias y en el que se apoya la invocada vulneración constitucional.

En efecto, al menos hasta la reforma operada por Ley 38/2002 de 24.10, que parece dotar al auto que dicta el Juez de Instrucción tras la investigación del verdadero carácter y efectos del sobreseimiento que proceda (art. 779.1.1ª), ha sido doctrina específica y reiterada de esta Sala que el auto de archivo, que conforme al art. 789.5.1 LECrim. en el texto vigente al tiempo de dictarse el auto cuestionado en el recurso, no producía en ningún caso el efecto de cosa juzgada.

Expresiva de esta línea jurisprudencial son las sentencias de 16.2.95, que declara que a primera vista puede parecer que, dada la coincidencia de este supuesto con el previsto en el art. 637.2º como causa de sobreseimiento libre ("cuando el hecho no sea constitutivo de delito") esta resolución de archivo de tal regla 1ª del art. 789.5 habría de equipararse a esta modalidad de sobreseimiento libre. Pero estimamos que, precisamente, por haber huido el Legislador del término sobreseimiento libre en ese párrafo 1ª de la citada regla 1ª, cuando en el párrafo siguiente se utilizó sin remilgo alguno el de sobreseimiento provisional, hemos de entender lo contrario, esto es que la Ley no quiere conceder a estos autos de archivo la eficacia preclusiva propia del sobreseimiento libre, y de 3.2.98, que citando otras, expresa que no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el procedimiento abreviado, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del inciso primero de la regla primera del apartado 5 art. 789 LECrim.

Igual criterio se mantiene en las SS. 15.10 y 18.11.98, en las que se expresa que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo del art. 313 y 269 LECrim. que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito, ni el supuesto contemplado en el art. 789.1.5, previsto para el ámbito del Procedimiento Abreviado, en el que se prevé el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal, estimando que tal archivo no es equivalente al sobreseimiento libre y que por tanto, del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso.

Igualmente la sentencia 2507/2001 de 29.12, proclama que:

"Cuando el Instructor estima, como en este caso ocurrió, que no son constitutivos de delito los hechos que han sido puestos en su conocimiento mediante una denuncia o la interposición de una querrela, y de acuerdo con dicha estimación, poner término a las diligencias previas que inició, no lo puede hacer mediante un auto de sobreseimiento libre, sino como claramente dispone el art. 789.5 LECrim., mediante un auto de archivo que no puede ser equiparado al auto de sobreseimiento libre previsto en el art. 637 de la misma Ley, porque entre otras razones de menor entidad, la resolución que manda simplemente archivar las actuaciones no produce efecto de cosa juzgada material (como señalan las sentencias de esta Sala 16.12.95, 15.10.98, 18.11.98, 25.10.01) conforme a la doctrina que se deja expresada en el auto de fecha 8.2.2001, por lo que, según el recurrente, se acordó el sobreseimiento parcial de los hechos de la primera y segunda etapa, dictado al amparo del art. 789.1.5 LECrim. carecería de eficacia preclusiva, no impidiendo su posterior reapertura, por lo que no se habrían producido las vulneraciones constitucionales alegadas.

NOVENO: A mayor abundamiento el auto referido en su parte dispositiva, que es la única que podría producir esa eficacia preclusiva de cosa juzgada, nada dice sobre ese sobreseimiento parcial, y menos aun libre, de los hechos que se denominan de las fases primera y segunda, por cuanto la estimación parcial que se contiene se refiere a que se estima el recurso en cuanto a la revocación del sobreseimiento y se desestima en cuanto a las diligencias que la parte recurrente habría solicitado. Así se deduce del fundamento jurídico

decimotercero: "Por todo, estudiada la causa, este Tribunal, al menos lo que afirma, sin limitar el ejercicio de acusación que tienen las partes, es que se aprecia la existencia de indicios de ilícito penal, por lo que entiende indebido el archivo acordado y que procede revocar el auto de 30.10.00 y ordenar la continuación de la causa", y del fundamento jurídico decimocuarto: " a juicio de este Tribunal es innecesario hacer ese rastreo de bancos, cuentas y países, con la dilación que ello conllevaría y el dudoso resultado de las mismas, mas aun cuando poco importa saber más de lo que se sabe... Por eso, no se estimará en esto el recurso, según se ha justificado en el fundamento anterior".

Finalmente y aunque a efectos dialécticos se admitiera esa naturaleza de sobreseimiento entre el auto de 8.3.2001 , lo cierto es que la sentencia de instancia absuelve de los hechos a que se refieran las etapas primera, por cuanto los hechos no han quedado totalmente acreditados, y segunda, que los considera constitutivos de administración desleal pero no objeto de la misma acusación que el Tribunal realiza, y solo hace referencia a aquellos hechos en cuanto aclaran los de la fase tercera, únicos por los que condena, considerando el descuento de esas letras ficticias constitutivo de delito de estafa en concurso con un delito de falsedad de documento mercantil, hechos estos últimos sobre los que no hay duda alguna que el auto cuestionado consideró que podrían ser constitutivos de delito, siendo así, no puede sostenerse la violación del principio de cosa juzgada que se preconiza en el recurso como consecuencia del contenido de aquella resolución.

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

DECIMO: El motivo quinto, por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim ..., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, derechos previstos en el art. 24.2 y 2 CE . en relación con la violación de la necesidad y principio de congruencia de la sentencia dictada, respecto a la responsabilidad civil reconocida, por una parte, al Ivex, y por otra a su máximo accionista, La Generalidad Valenciana, incongruencia que se denuncia por *ultrapetitum* y por solapar la indemnización del Ivex y a su máximo accionista (considerando el pronunciamiento un enriquecimiento sin causa).

El contenido jurídico de estas alegaciones hace necesario recordar que la incongruencia *extrapetitum* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial, en estas cuestiones de responsabilidad civil, concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. La incongruencia *extrapetitum* constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser estas las que en calidad de verdaderos "*domini litis*" confirman el objeto del debate o "*Thema decidendi*", y el alcance del pronunciamiento judicial.

Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado a tales efectos por lo sujetos del mismo (-partes-), por lo pedido (-*petitum*-) y por los hechos o realidad sucedánea que sirve de razón o causa de pedir (-*causa petendi*-).

Por ello, el principio de congruencia procesal, prohibitorio de toda resolución, "*extra petiten*", impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, siendo doctrina jurisprudencial reiterada en la Sala 1ª del Tribunal Supremo (SS. 18.11.96, 29.5.97, 28.10.97, 5.11.97, 1.2.98), la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*", "Incongruencia activa y modalidad positiva), ni menos de lo admitido pro las partes (incongruencia activa y modalidad negativa) o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*", incongruencia divergente), y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*intra petita*", incongruencia omisiva) que puede constituir vulneración del derecho a la tutela judicial siempre que: a) contexto conceptual: el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita; y b) contexto lógico-jurídico: si cuando la falta de respuesta se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras pretensiones planteadas en el proceso, que, siendo de examen preferente, determinen por su naturaleza o por la clase de conexión judicial que tengan con aquéllas, que se estimaron, haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo o en los casos de peticiones alternativas (STC. 4/94).

En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiere relevancia constitucional y puede ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum) "suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes". Es decir que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC. 86/86, 29/87, 156/88, 365/93, 172/94, 91/95, 191/95 y 60/96).

En definitiva tampoco le es lícito al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en el principio general de derecho "quod non est in actis non est in mundo", pudiendo quedar uno o varios litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo y careciendo, en consecuencia el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensión que las partes, no han sometido adecuadamente y en momento procesal oportuno a su decisión, (SSTS. Sala 1ª, 12.12.86, 12.5.87, 6.3.90, 13.5.91), precisando que la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación entre la parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones deducidas por las partes -petitum- sino también, con el soporte fáctico -cause petendi- de las mismas, sin que sea lícito al Juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo incurre en vicio la incongruencia. No obstante le autoriza al Juzgador a señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que están substancialmente comprendidas en el objeto del debate (STS. Sala 1ª 28.10.93).

DECIMO PRIMERO: En el caso presente el motivo cuestiona la indemnización al Ivex por una parte del importe obtenido por los acusados a través del descuento en las entidades bancarias, y que al mismo tiempo se les condene también a indemnizar a la Generalidad Valenciana, accionista mayoritario del Ivex, el importe de la disminución del valor de las acciones de dicho organismo, señalando respecto a esta segunda cantidad que se produce una incongruencia ultra petitum, generadora de un enriquecimiento sin causa en la Generalidad, que vulnera la tutela judicial efectiva, pues si se reconoce el derecho del Ivex a ser indemnizado por los acusados, indemnización que se deja indemne de cualquier perjuicio, cuando ésta se produzca, su máximo accionista, la Generalidad Valenciana, recuperará de esta forma su aportación de capital efectuada al recuperar las acciones su valor.

El motivo, tal como ha sido articulado vulneración derecho constitucional, art. 852 LECrim. no puede tener favorable acogida.

En efecto, la Generalidad de Valencia en sus conclusiones definitivas y en orden a la responsabilidad civil solicitó, además de una indemnización por daño moral que no ha sido concedida por la Sala sentenciadora por no estimarla acreditada, una petición por la pérdida del valor de sus acciones en el Ivex, por la operación de aumento y reducción de capital que se vio forzada a realizar como máxima accionista, ante la necesidad de realizar pagos y consignaciones en las reclamaciones efectuadas por las entidades bancarias que descontaron las letras avaladas, que provocaron que el patrimonio neto de la sociedad quedase por debajo de la mitad del capital social, quedando incurso en causa de disolución legal.

La sentencia accede a tal petición indemnizatoria y lo razona en el Fundamento Jurídico 16ª, no pudiendo, por ello, entenderse producida vulneración de derecho fundamental alguno. No se concede más de lo pedido, ni cosa distinta de lo postulado, y en este sentido no se ha vulnerado la tutela judicial ni se ha incurrido en incongruencia de clase alguna.

Cuestión distinta, como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal en su impugnación del motivo - es que el recurrente entiende que la indemnización a favor de la Generalidad no proceda por razones de fondo por cuanto las acciones -cuyo valor si ha disminuido- volverán a tener su valor al haber sido reconocida al Ivex, la indemnización de lo que tuvo que abonar por las letras descontadas en los Bancos, pero tal cuestión debió ser articulada por infracción ordinaria de Ley, art. 113 CP., al amparo del art. 849.1 LECrim.

No obstante si debemos señalar que la responsabilidad civil derivada de delito comprende todos los perjuicios materiales y morales derivados del mismo, arts. 109 y 110 CP., y se extiende no solo a los que se hubiesen causado al agravado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o "a

terceros, art. 113 CP .), y en este sentido el Ivex y la Generalidad son personas jurídicas distintas, no existiendo duplicidad indemnizatoria por cuanto la operación de aumento y disminución de capital tuvo que ser realizada forzosamente, en su momento, por lo que la pérdida de valor de las acciones y el consiguiente perjuicio, ya se produjo, la recuperación de ese valor patrimonial de las acciones no deja de ser una cuestión hipotética supeditada a factores económicos y coyunturales, entre ellos, la devolución por los acusados de los 1.035.000.000 ptas. a favor del Ivex, y solo en ese momento podría, a efectos meramente dialécticos, podría plantearse el enriquecimiento sin causa que se denuncia.

DECIMO SEGUNDO: El motivo sexto por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE ., en relación con la violación de la necesidad y principio de congruencia en la sentencia dictada, en relación esta vez con la responsabilidad civil reconocida al Ivex pese al reconocimiento contenido en la sentencia recurrida de que parte de las cantidades obtenidas del descuento de las letras de cambio avaladas fueron destinadas a cancelar deudas del Ivex o ingresadas en determinada cuenta corriente del Ivex, incongruencia que se denuncia por conllevar el pronunciamiento un enriquecimiento sin causa.

El motivo incide en las mismas causas de desestimación que el precedente, por cuanto no puede hablarse de incongruencia en la concesión de una indemnización previamente solicitada en momento procesal procedente por la parte. La cuestión planteada, debió por ello, reconducirse a la vía del art. 849.1 LECrim . infracción de precepto sustantivo art. 113 y concordantes CP.

A mayor abundamiento la sentencia recurrida analiza la cuestión planteada en el Fundamento Jurídico 16 con argumentos que deban ser asumidos en esta sede casacional.

En primer lugar hace referencia a que esa deuda en el Arab Bank no se trataba de una deuda propiamente dicha del IVEX, pronunciamiento absolutamente congruente con la génesis de dicha deuda que se describe en el apartado quinto, letras C, D y E, del relato fáctico, y en el Fundamento Jurídico cuarto, apartado B, "Segunda Etapa", de los que se deduce que Arab Bank cargaba de forma, cuando menos irregular, los anticipos de meras facturas en cuentas corrientes abiertas a nombre del Bies en forma asimismo irregular, anticipos que eran entregados a la empresa Sonotube propiedad del recurrente, y nunca al Bies que no se ha beneficiado en nada con dichas operaciones, y en segundo lugar, a que en todo caso, esa cantidad 430.000.000 aproximadamente, que se pretende deducir del importe de las letras impagadas, 1.035.000.000 ptas, procedería deducirla de la totalidad de lo descontado por la "pelota" o "cabalgata de letras" que supero los 2.000.000.000 ptas, y no de lo efectivamente dejado al descubierto reclamado al Bies.

En efecto, no resulta procedente descontar aquellos 430 millones que se ingresaron en Arab Bank de los 1.035 millones que constan como principal de las letras de cambio descontadas que resultaron impagadas desde el momento en que no fue éste importe el total de las letras descontadas, sino otro muy superior, que excedió de los 2.000 millones y de esta cantidad, 1.035 millones son los importes de las letras que finalmente resultaron impagadas, y el resto 1.000 millones, se emplearon en pagar al Arab Bank y en la propia mecánica del descuento y rotación de letras.

Conclusión ésta que la sentencia deduce del informe del perito economista y auditor censor jurado de cuentas Telésforo Julbé Cévera quien en el acto del juicio puso de manifiesto que la mayor parte del dinero obtenido en los descuentos era transferido a otras cuentas de forma inmediata y no a Arab Bank.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO: El motivo séptimo por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la presunción de inocencia, derecho previsto en el art. 24 CE ., al sostener la inexistencia de verdadera prueba de cargo que justifique la condena penal del recurrente.

Así la narración de hechos probados de la sentencia, y su complemento en los razonamientos jurídicos, establece como justificación de la condena los siguientes supuestos típicos: 1º) una cooperación delictiva de inicio entre el recurrente y el también condenado Sr. Juan Pedro , que comienza en el acuerdo previo para el descuento de las letras; 2º) la preparación del engaño bastante, la falsedad, mediante la confección de unos documentos, letras de cambio, falsos, por no obedecer a operaciones comerciales y no poder ejercitarse legalmente el aval prestado por el Sr. Juan Pedro ; 3º) La escenificación del engaño productor del error en las cantidades bancarios BBVA, BSCH, FORTIS y KBC, para efectuar el desplazamiento patrimonial a favor

del recurrente, mediante el descuento de las letras y 4º) animo de lucro que se imputa al recurrente como receptor de los fondos provenientes del descuento de las letras avaladas.

Pues bien, de un análisis de estos supuestos típicos, se concluye, según el motivo, que estamos ante unas operaciones de descuento de letras de cambio en las que su rasgo fundamental era el aval prestado por el Ivex que es el elemento del engaño, el desencadenante del error, y, en suma, la única causa que justifica el citado descuento y por tanto, el emplazamiento patrimonial, por lo que la causa de las cambiales sería inocua a los efectos de su tipicidad penal.

Consecuentemente el delito por el que se condena al recurrente debe partir necesariamente del conocimiento y de la conciencia de la invalidez, mendacidad de los propios avales prestados por el Sr. Juan Pedro, en nombre del Ivex, en las letras descontadas, toda vez que descuento sería atípico si se consideran válidos los avales prestados, sosteniéndose en el motivo la total ausencia de prueba tanto de ese acuerdo previo con el Sr. Juan Pedro como de la conciencia de la mendacidad de los avales por parte del recurrente; vulnerándose, por ello, la presunción de inocencia.

El contenido de las anteriores alegaciones hace necesario recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado de forma reiterada, que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado con rango de derecho fundamental, art. 24 CE, implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo; que esa prueba tiene un contenido suficientemente incriminatorio, y que ha sido obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos. También debe el Tribunal verificar que la valoración de la prueba realizada, no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar es revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. El derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (SSTS.20/2001 de 28.3, 1801/2001 de 13.10, 511/2002 de 18.3, 1582/2002 de 30.9, 1511/2005 de 27.12, 203/2006 de 28.2).

Cuando en esta vía casacional se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, como precisa la STS. 299/2004 de 4.3, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la

prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo .

Consecuentemente, la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, pues como precisa la STC. 36/83 , ya señaló que: "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador.....". Ciertamente lo que ocurre en este y otros muchos supuestos llegados a la jurisdicción constitucional, no es otra cosa que la simple disconformidad de los recurrentes con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, que en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim . y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 117.3 CE . no hace sino asumir su propia competencia, quedando esta extramuros de la propia del Tribunal Constitucional. El Auto 338/83 , reiterando la misma doctrina, señala que: "no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando más o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato ex art. 741 LECrim. y esta vía constitucional ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria".

Ahora bien, no resulta ocioso recordar que el verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendiendo el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada desde la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa), como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprobabilidad jurídico-penal (SSTS. 30.9.94, 30.9.93, 9.5.89).

Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (STC. 195/93 y las en ella citadas), afectando a los hechos, no a su valoración judicial. En este sentido tiene repetido esta Sala de casación que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad (SS 18/96 de 17.1, 1591/97 de 29.12).

Del mismo modo los juicios de valor sobre intenciones y los elementos subjetivos del delito, pertenecen a la esfera íntima del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido (STS. 27.5.2001), solo pueden ser perceptibles, mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados. De ahí que al no ser hechos en sentido estricto no ser datos aprehensibles por los sentidos, no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha, y quedan fuera de la garantía constitucional de presunción de inocencia, si bien son revisables en trámite casacional por vía del art. 849.1 LECrim . (SSTS. 2.3.94, 881/95 de 11.7, 712/97 de 20.5, 935/98 de 13.7). En efecto esta Sala considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma, o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia, que por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa -en este caso el acuerdo delictivo previo y el conocimiento por parte del recurrente de la mendacidad del aval extendido por el otro acusado-. Estas conclusiones deben deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico, y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo, es revisable en casación por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El relato de hechos probados de una sentencia de instancia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que pueden ser revisados en vía de recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (S.T.S . 30 de octubre y 11 de diciembre de 1995 y 31 de mayo de 1999).

En definitiva, cuando en los hechos probados se recogen juicios de valor o inferencia, pueden ser revisables en casación por la vía del art. 849.1 LECrim ., por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante (SSTS. 23.2.94, 22.10.2001, 13.3.2001), si bien en estos casos, la Sala de casación ha de limitar su cometido a constatar si aquella inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o de los criterios científicos.

DECIMO CUARTO: En el caso sometido a nuestra revisión casacional, dado que la propia parte recurrente plantea las mismas cuestiones en el motivo decimoprimer articulado precisamente por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. puede esta Sala analizar las mismas y si el juicio de inferencia sobre el acuerdo

entre ambos y el conocimiento por parte del Sr. Bartolomé de la mendacidad del aval, es conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia.

Pues bien, parte el motivo de una premisa errónea, cual es considerar que la consciencia de la mendacidad del aval prestado por el coacusado Juan Pedro, como Director General del Ivex, por parte del recurrente Bartolomé, es la única base de su condena y lo único relevante en la operación de descuento. Por ello el centrar el debate en la oponibilidad a terceros de la nulidad del aval y si esta nulidad era o no conocida por Bartolomé, supone una interpretación parcial y subjetiva de los hechos, al margen de la completa valoración de la Sala sentenciadora.

En efecto la sentencia de instancia considera acreditado el acuerdo previo entre Bartolomé, como autor directo, y Juan Pedro, como autor por cooperación necesaria, tanto en el delito continuado de estafa mediante la negociación y descuento de las letras como en la confección de estas cambiales ficticias de los siguientes datos objetivos constatados plenamente (Fundamento Jurídico séptimo, paginas 105, 106 y 107 sentencia):

a) Porque desde el inicio de toda esta operación fraudulenta puesta en marcha mucho antes de las defraudaciones a las entidades bancarias, el Ivex no efectuase reclamación alguna de la deuda al acusado Bartolomé, pese a los impagos que tan caros le estaban resultando al Ivex, destacando la sentencia la testifical de Celestina, quien fuera director financiero, en el sentido de que nunca recibió indicaciones del acusado Juan Pedro para reclamar dicha deuda.

b) Por la actuación de Juan Pedro propiciando y consintiendo que contra la cuenta del Ivex en el Arab Bank se cargan simples facturas de las sociedades del otro acusado Bartolomé, que no obedecían a operaciones reales y cuyo importe no era reintegrado, a espaldas de todos los conductos oficiales del Ivex, para aumentar el patrimonio de este último -hoy recurrente-, llegando a remitirse las facturas a la entidad bancaria Arab Bank, indistintamente por uno u otro, generando el débito que luego pretextaron querer tapar con los fondos defraudados mediante el descuento de letras a las entidades bancarias, BBVA, BSCH, FORTIS BANK Y KBC.

c) Por la propia confección de las letras ficticias, a que antes hemos hecho referencia, en las que Bartolomé, a través de sus empresas, aparecía como librador y librado aceptante, y Juan Pedro, como avalista en nombre del Ivex, sin que obedecieran a operación comercial alguna, ni hubiera intención alguna de pagarlas por parte de la sociedad librada aceptante, GRAFICOM.

d) Y asimismo, (Fundamento Jurídico noveno, pág. 111 sentencia), por la confección por ambos de una documentación de apoyo de las letras, igualmente simulada, ficticia, sin causa y vacía de contenido real, creada con el único fin de presentarla ante las entidades bancarias que lo requirieran para conceder el descuento y así creyeran estas que obedecían a operaciones reales -como sucedió en el caso particular del FORTIS BANK documentación, creada incluso con posterioridad al libramiento de algunas de las cambiales y consistente en un contrato fechado al 4.1.99, en el que aparecían como contratantes el Ivex, firmando Juan Pedro en su nombre, como Director General y GRAFICOM -empresa de Bartolomé- y un anexo, fechado al 23.3.99, en el que hacían referencia a un tráfico de mercancías; que no tenían intención de realizar, ni realizaron, procedente de SONOTUBE -sociedad de Bartolomé, inactiva e insolvente- con destino a GRAFICOM también insolvente. Documentos de los que no dieron conocimiento a ningún departamento del Ivex ni al Consejo de Administración.

Actuación de la que la sentencia de instancia deduce, de forma lógica y razonada, la finalidad de ocultar las operaciones que Juan Pedro estaba llevando a cabo, en connivencia con Bartolomé.

Consecuentemente lo relevante no es tanto si el Sr. Juan Pedro tenía poderes que le facultaban para avalar -que si los tenía como Director General del Ivex-, ni incluso la validez del aval presentado, dado que los poderes no eran absolutos sino conferidos siempre dentro de las facultades legales ("cuando procedan legalmente" o "conforme a Ley"), y el art. 86 de la Ley de la Hacienda Pública Valenciana prohíbe la prestación de avales a sociedades no participadas por la Generalidad- supuesto en que estarían las sociedades libradora SONOTUBE, y librada, GRAFICOM, de las letras-cuestión esta que tendría incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil en el supuesto de su no oponibilidad frente a terceros, lo esencial es que se avalaba en nombre del Ivex, pero sin su conocimiento, unas operaciones comerciales entre dos sociedades como GRAFICOM Y SONOTUBE, inactivas e insolventes, operaciones comerciales inexistente por completo.

En definitiva el juicio de inferencia de la Sala es lógico y racional. Nos encontramos con unas operaciones de descuento de letras en cascada o cabalgata, con sociedades librada y libradora inactivas

e insolventes, pertenecientes de hecho a la misma persona, el recurrente Sr. Bartolomé , letras que no responden a operaciones comerciales subyacentes alguna, y sin voluntad ni posibilidad de que fuesen abonadas a su vencimiento. Deducir de todo ello la existencia de ese acuerdo previo es conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, así como que el aval prestado por el Ivex, a través del acusado Juan Pedro carecía de cualquier justificación en cuanto una institución publica avalaba operaciones ficticias entre dos sociedades en las que no tenía participación alguna, y cuya finalidad era el beneficio particular de los acusados, quienes debían saber o representarse, cuando menos, que podía convertir al Ivex en perjudicado si ante la reclamación de las entidades bancarias, por su condición de avalista, no prosperaba la nulidad del aval prestado, y en caso contrario a las propias entidades bancarias descontatarías.

El motivo, por lo razonado se desestima.

DECIMOQUINTO: El motivo octavo por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo de lo establecido en l art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim . por infracción del principio non bis in idem (principios de legalidad y tipicidad) previsto en el art. 25.1 CE . al condenarse aplicando la agravante prevista en el art. 250.1.6 CP . (especial gravedad de la defraudación y perjuicio) junto con la continuidad delictiva del art. 74.1 y 2 CP.

El motivo debe ser desestimado.

No podemos olvidar que el delito continuado no aparece definido como una "suma de delitos", sino de "acciones u omisiones" o también infracciones contra bienes jurídicos. A estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva.

En este caso, de los hechos probados surgen una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables, aprovechando una idéntica ocasión, como exige l art. 74 CP , por lo que debe apreciarse la continuidad delictiva. Ello, puede, ciertamente implicar la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de especial gravedad, por la cuantía de lo defraudado, con la continuidad delictiva, pues ello podría originar una doble pluralidad agravatoria derivada del mismo hecho, por lo que resultaría vulnerado el principio "non bis in idem", art. 74.2 y 250.2.6 (STS. 155/2003 de 7.2).

No obstante, las SSTS. 6.11.2001, 1236/2003 de 27.6, 238/2003 de 12.2, matizan la anterior doctrina y declaran que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en la que hemos excluido toda infracción del principio non bis in idem (SSTS 1030/96 de 17.12, 168/97 de 13.2) la razón -como recuerda la STS. 7.2.2005 - es clara: el delito continuado es más grave que un delito único pues se compone de una continuidad de varios hechos, consecuentemente si cada uno de los hechos de continuidad por si mismos son ya mas graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 CP , referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial animo de lucro del autor del delito. la agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor repulsión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica". Concretado así el problema en la posible incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante de especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, no estamos ante una pluralidad de estafas de cuya suma global surja la agravante por el valor de la defraudación, sino ante un conjunto de acciones, cada una de las cuales constituye un delito de estafa agravada por el valor de la cantidad defraudada. En el primer supuesto el importe total de la defraudación no puede servir a la vez para calificar los hechos como estafa agravada y como delito continuado, pues se vulneraría el principio non bis in idem. Pero cuando la continuidad delictiva se establece respecto de una serie de infracciones que aisladamente consideradas constituyen el subtipo agravado, la sanción de ese conjunto de acciones delictivas a través del art. 74.2 CP . como delito continuado resulta legalmente intachable.

Supuesto este analizado por las SSTS. 700/2006 de 27.6, 605/2005 de 11.5, en los siguientes términos: "La jurisprudencia de la Sala Segunda, (ver SS. 1236/2002 ó 760/2003 y las citadas en las mismas) ha señalado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva, es decir, si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del

art. 250.1.6 CP ., ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aun cuando en otros hechos no haya concurrido la misma. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio no bis in idem.

Pues bien en el caso presente, cualquiera de las letras descontadas en las operaciones efectuadas en los cuatro Bancos (Generale Bank (Fortis Bank); Banco Santander Central Hispanoamericano (BSCH); Banco Bilbao Vizcaya (BBV); KREDIET BANK (KBC), descritas en los apartados tercero de los hechos probados, supera ostensible la cifra de 36.060,73 euros (6.000.000ptas) establecida por la jurisprudencia mas reciente, 8.2.2002, 5.12.2002, 12.2.2003, 1.7.2004, 2.3.2005, 21.3.2005 y 1.6.2005, para la aplicación de la agravante de especial gravedad, art. 250.1.6 CP.

El motivo, por lo razonado deviene improsperable.

DECIMO SEXTO: El motivo noveno por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 por infracción del principio non bis in idem (principios de legalidad y tipicidad) previsto en el art. 25.1 CE , al condenar por el delito de estafa sosteniendo que las letras de cambio son el elemento necesario del engaño y aplicar la agravante específica prevista en el art. 250.1.3 (negocio cambiario ficticio).

El motivo carece de cualquier fundamento pues en modo alguno puede sostenerse que las letras de cambio objeto de descuento sean objeto de dos sanciones, una por la vía de la propia aceptación del tipo penal específico, la estafa, al ser necesario que dicho tipo, y otro por la vía de la agravación de la pena impuesta por dicho tipo, dada la agravación citada de la utilización de las propias letras, sino que se aplica directamente el art. 250.1.3 que constituye un subtipo agravado que engloba a todos los medios de pago o créditos mas usuales en el trafico mercantil (cheque, pagare, letra de cambio en blanco o negocio jurídico ficticio), y en el que éstos son el medio o mecanismo a través del cual se lleva a cabo o se produce el engaño típico de la estafa, sancionándose exclusivamente en base al subtipo agravado (penalidad 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses).

DECIMOSÉPTIMO: El motivo décimo por infracción de ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del principio non bis in idem (principios de legalidad y tipicidad) previsto en el art. 25.1 CE . al condenar por un delito de estafa agravada del art. 250.1.3 CP . (mediante negocio cambiario ficticio) en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP . relativo a las mismas letras de cambio que conlleva la agravación del delito de estafa.

El motivo no puede tener favorable acogida.

En efecto como señala la STC. 221/97 de 4.12, el principio non bis in idem, si bien no aparece expresamente reconocido en el Texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC. 2/81, 154/90 y 204/96 , entre otras). Tal principio, evidentemente intocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas (STC. 66/81) supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del "ius Puniendi" del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas. En lo que concierne a la esfera jurídico- penal, el principio "non bis in idem" aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Por ello si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal".

En este sentido la STS. 458/2003 de 31.3, reitera que "cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, ciertamente nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente en este caso por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple", pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" quede sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos, que impide la pretendida infracción del principio non bis in idem, por cuanto los tipos penales aplicados constituyen parcelas distintas de protección penal de bienes jurídicos diversos y en base a ello falta de elemento relativo a la existencia de un injusto unitario.

En definitiva y partiendo de la grave dificultad que hay en general, para distinguir entre concurso de Leyes o normas, y concurso de delitos, particularmente, cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP.) hemos dicho y repetido en esta Sala (SS. 1424/2005 de 5.12, 875/2004 de 19.6, 1706/2002 de 9.10), que solo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delito real o ideal, según las características del hecho.

DECIMO OCTAVO: Pues bien, la cuestión planteada a propósito de la existencia posible de un concurso entre los delitos de estafa agravada y falsedad en documento mercantil, que ya resuelto en Sala General no jurisdiccional en reunión celebrada el 8.3.2002 en la que se sometieron a consideración tres alternativas:

a) Considerar que únicamente existe una estafa agravada prevista en el art. 250.1.3 CP.

b) Apreciar un concurso de delitos entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 y la estafa básica del art. 248 ambos del CP.

c) Apreciar un concurso de delitos entre la falsedad en documento mercantil del art. 392 y la estafa agravada del art. 250.1.3 ambos del CP.

Esta última propuesta fue la que obtuvo mayoría, estimándose que "la falsificación de un cheque (en este caso se trata de una letra que incorpora un negocio cambiario ficticio) y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa (en el caso de autos) debe sancionarse como concurso de delitos entre la estafa agravada del art. 250.1.3 CP . y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo cuerpo legal "Este criterio ha tenido ya su reflejo posterior, entre otras, en las SSTs. 13.3, 13.5, 29.5, 11.7, 20.9 y 8.10.2002, 22.5 y 24.6.2003, 15.1.2004, 19.10.2005 , señalándose que el "el tipo agravado prevenido en el art. 250.1.3º del CP 95 sanciona reforzadamente la utilización de determinados documentos mercantiles como instrumento para la comisión de una estafa, con independencia de su autenticidad o falsedad, pues lo que determina una mayor penalidad es el medio utilizado para cometer la estafa, es decir, el empleo de aquellos instrumentos de pago o crédito más usuales en el ámbito mercantil. Ha de tenerse en cuenta que el nuevo Código Penal ya no sanciona autónomamente la emisión de cheques en descubierto, ni tampoco se sancionan las denominadas letras de favor o complacencia, que únicamente dan lugar a responsabilidad penal cuando dichos instrumentos mercantiles se utilicen como soporte de un engaño, para dar lugar a una estafa. Como resalta la STS. 437/2004 de 7.4 -en un caso similar al presente al tratarse de descuentos de letras ficticias- la mayor capacidad lesiva de la utilización de estos medios, por su idoneidad para vencer las barreras de autoprotección de la víctima, dada la confianza que generan los instrumentos mercantiles, justifica la agravación, que en consecuencia concurre en cualquier caso aunque los instrumentos utilizados sean auténticos. Conforme a una doctrina ya tradicional de esta Sala ambos delitos (falsedad y estafa) deben sancionarse conjuntamente, dando lugar, en su caso, a lo que se denomina concurso medial (art 77), pues la sanción de la estafa no cubre todo el disvalor de la conducta realizada, al dejar sin sanción la falsificación previa, que conforme al art. 392 no requiere, para su punición, el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo".

En efecto una cosa es la agresión al patrimonio de terceros integrada por los requisitos propios de la defraudación constitutiva de estafa y otra distinta el ataque ala confianza que merece un instrumento de pago, distinto del dinero metálico, de tal amplia difusión como es el cheque, pagare o la letra de cambio.

El supuesto de autos es plenamente acogible a lo anterior y debe resolverse conforme a dicha doctrina, sin que suponga impedimento alguno que el acuerdo antes citado de 8.3.2002, se refiera a cheques y no expresamente a letras de cambio, por cuanto se trata en ambos casos de instrumentos de pago o crédito equiparables en el tráfico mercantil, cuyo uso fraudulento integra el tipo agravado del art. 250.1.3 y no tendría sentido ni justificación alguna aplicar la solución concursal del referido acuerdo exclusivamente a los supuestos de comisión de estafa a través de cheque falso y no a los de negocios cambiarios ficticios o letra de cambio en blanco. Así lo ha entendido esta Sala que ha aplicado -sin que, haya sido objeto de controversia- dicho concurso en sentencias 10.11.2003, 7.4.2002, y 17.3.2005 que en un caso similar al presente señala: "el empleo de una letra de cambio para cometer el delito de estafa agravada del art. 250.3 CP . no absorbe, en modo alguno, el delito de falsificación de ese título, pues entre otras razones, no es necesario que el mismo sea falso para poder integrar la estafa agravada, como expresamente afirmó nuestro Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 8.3.2002" (la referencia a 2005 es un error de transcripción).

Por todo ello, el motivo se desestima.

Motivos planteados por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim.

DECIMO NOVENO: El motivo décimo por infracción de Ley e infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 5 , considerando por ello indebidamente aplicados los arts. 28 y 248.1, todos del CP . al no desprenderse de los hechos declarados probados, la existencia de dolo específico en el recurrente en el delito de estafa por el que se le condena, sin existir por tanto autoría en el mismo.

El motivo en su desarrollo insiste en lo ya argumentado en el motivo séptimo por infracción de precepto constitucional , esto es, que si los avales prestados por el otro acusado fuesen validos, no podría hablarse de engaño y que la sentencia de instancia, en sus hechos probados, declara que dichos avales no son validos, pero solo imputa a Juan Pedro el conocimiento de esa invalidez, al sostener su conocimiento de que no podía avalar, por lo que resultando palmario que Bartolomé tenía que ser consciente de esa incapacidad de Juan Pedro para avalar para poder ser consciente del engaño y del perjuicio a las entidades bancarias y solo sobre esta conciencia puede aceptarse el dolo defraudatorio frente a dichas entidades, en el caso presente, el recurrente súbdito extranjero, no podía conocer esa incapacidad para avalar que la sentencia recurrida sustenta en la Ley de la Hacienda Local Valenciana.

El motivo no puede prosperar remitiéndonos a lo razonado con anterioridad en relación al motivo séptimo, insistiendo en que el dolo de Bartolomé no se reduce a que conociera que el aval excedía legalmente de las competencias de Juan Pedro al tratarse las sociedades avaladas de entidades no participadas por la Generalidad, sino que, como la sentencia recurrida (Fundamento Jurídico, 7º, pág. 100) precisa, ante la alegación defensiva de que el recurrente Bartolomé no obró con dolo porque un ciudadano francés no tiene obligación de saber que el Director General del Ivex no podía avalar a GRAFICOM, porque el art. 86 Ley de Hacienda Publica Valenciana se lo impedía , "que el dolo de su actuar no reside ahí sino, como señala la STS, Sala Segunda de 12.3.2003 , "Existe dolo porque tienen conocimiento y voluntad de generar un artificio mediante el cual podrían obtener un desplazamiento patrimonial que de otra forma no se hubiese producido", y ambos sabían que era un artificio, porque lo idearon como manera de engañar a los bancos y conseguir fondos a sabiendas de que no había detrás de las letras operaciones comerciales reales entre las sociedades del mismo grupo de Bartolomé , SONOTUBE Y GRAFICOM, que nada se debían entre ellas y estaban inactivas e insolventes".

VIGÉSIMO: Los motivos décimo segundo y décimo tercero por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim . por considerar indebidamente aplicado el art. 248 en relación con el art. 250.1.3 , al no desprenderse de los hechos probados la existencia de engaño bastante para la aplicación de dichos preceptos (motivo 12),. Y no poder considerarse que la actuación del recurrente fuese capaz de crear error en las entidades bancarias que conllevarse el desplazamiento patrimonial que sanciona la sentencia recurrida (motivo 13), en cuanto vienen a sustentar que la actuación del recurrente no puede considerarse capaz de vencer las barreras de autoprotección exigibles a las entidades bancarias, dado que éstas no le exigieron ni verificaron en modo alguno, ni la provisión de fondos de las letras de cambio, ni causa, ni la solvencia de SONOTUBE Y GRAFICOM, limitándose a verificar la existencia del aval del Ivex, por si puede entender que el error que motivó el acto de disposición fuese consecuencia del engaño, pueden ser objeto de un análisis conjunto.

El desarrollo argumental de los motivos hace necesario recordar, como decíamos en las recientes sentencias 700/2006 de 27.6, 182/2005 de 15.2 y 149/2004 de 22.12, que la estafa requiere como elemento esencial la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 24.2), y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina jurisprudencial que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro, y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", "cualquiera que sea su modalidad", apariencia de verdad, que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS 27.1.2000). Hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 4.2.2001).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio. Por ello nulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio. Por ello, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo (SSTS. 1169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6).

Igualmente esta Sala casacional ha declarado que el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS. 8.5.96).

En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe - STS. 1045/94 de 13.5-. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte.

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo "subsequens", sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

VIGESIMO PRIMERO: En el caso presente nos encontramos con el descuento de unas letras de cambio, que no obedecían a operaciones comerciales, presentadas a descuento en cuatro entidades bancarias, que hicieron efectivo su importe.

El contrato de descuento consiste básicamente en que el Banco descontante, previa deducción del interés correspondiente, anticipa a un cliente o descontatario, el importe de un crédito no vencido, contra un tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio, mediante la cesión "salvo buen fin" del crédito mismo, de tal forma que el cliente recupera anticipadamente el importe de las cambiales con el descuento correspondiente, y todo ello previa cesión del instrumento cambiario a favor del Banco, el cual procederá por el mecanismo de cobro correspondiente a su efectividad, de tal suerte que si ello no acontece podrá repetir efectivamente el importe a su cliente.

Por ello, puede decirse que el contrato de descuento relativo al cobro anticipado por parte del librador de las cambiales a cargo de un tercero, mediante la cesión de las cambiales, comporta en realidad dos mecanismos negociables: uno, el causante, fundamental, a resultas del cual por el Banco se anticipa o entrega la cantidad consignada en el documento, normalmente letras de cambio, con la reducción correspondiente al tipo de descuento, radicando en ese anticipo y en esa reducción el mecanismo causal justificativo de la operación, pues el cliente, librador de las cambiales hace efectivo anticipadamente el importe de las mismas y el Banco se lucra mediante el aprovechamiento del descuento o porcentaje deductor; y una segunda

operación, a través de la cual se justifica documentalmente tal intervención del Banco en la cambial, mediante la cesión del crédito correspondiente, figurando a partir de entonces como tal tenedor y titular del crédito documentado en la correspondiente cambial el Banco descontante, y todo ello en cuanto a esa cesión o segunda manifestación externa del contrato de crédito de que en caso de la no efectividad del crédito cambiario por el tercero o librado aceptante, podrá resarcirse el Banco del importe correspondiente a cargo del librado, al cliente del mismo, librador de las letras. En este sentido la STS. Sala Primera, de 2.3.2004 , señala que el contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonen a la fecha de sus vencimientos por quien resulta obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión "pro solvendo" y no cesión "pro soluto".

Pues bien, en este tipo de operaciones pueden darse supuestos de estafa cambiaria cuando una letra ficticia se negocia como letra comercial; cuando se descuenta fingiendo activamente su carácter comercial u ocultando pasivamente su carácter financiero. En este caso -dice la STS. 633/2004 de 10.5- la entidad bancaria que abona el importe del descuento confiando en el carácter comercial del papel que le fue remitido, advierte la maniobra en cuanto presenta las letras al cobro y comprueba que el librado deniega su pago alegando que él nada debe al librador, que tales letras no obedecen a operación comercial alguna en la que él haya participado. En esta dirección la STS 1092/2000, de 19 de junio , indica uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el descuento bancario. El cliente consigue del Banco una línea de descuento, emite letras vacías o de colusión, con librados imaginarios, o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuando las letras regresan devueltas se ha hecho insolvente o simplemente no paga. La operación de descuento bancario va acompañada, como elemento inherente a su naturaleza y contenido, la cláusula "salvo buen fin", reveladora de que el anticipo del importe de la cambial, lo es a condición de que la ésta sea abonada a su vencimiento, quedando la posibilidad, caso de que no se produjera el pago de dirigirse contra el librado aceptante, o en su caso, contra el librador, en vía de regreso, para hacer efectivo el importe anticipado. Roto el antedicho esquema, en supuestos como los contemplados en el recurso, la estafa queda consumada (SSTS. 1.7 y 11.7.2002). No se puede aceptar el argumento de que cuando se emiten o libran letras de favor y estas son descontadas por una entidad bancaria, no puede existir infracción penal.

Es cierto que es costumbre en el tráfico mercantil y bancario emplear esos documentos de manera fiduciaria para obtener créditos o para favorecer a terceros, que poseen menos garantías dominicales o personales, de ahí que sea preciso distinguir -advierte la STS. 14.6.2005 - cuando se está en el supuesto de mero incumplimiento contractual a reclamar civilmente y cuando se está en una modalidad de estafa y, por tanto, de dolo penal. Para ello habrá de ser situado al límite del dolo penal y por tanto la legitimidad de la respuesta penal, solo en aquellos casos en que se acredita la existencia de un dolo inicial de incumplimiento, es decir, la existencia de un engaño antecedente por parte del contratante del descuento bancario, quedando extramuros del sistema general los incumplimientos de las obligaciones prestadas por los contratantes (SSTS. 210/2001 de 17.2). Esta es la respuesta dada por esta Sala a situaciones en que no está acreditada la existencia de engaño antecedente a la entidad bancaria y si un dolo subsequens no apto para el delito de estafa (SSTS. 1839/2000 de 7.11, 2056/2001 de 31.10, 272/2003 de 28.,2, 926/2004 de 19.7, 814/2005 de 14.6, 1543/2005 de 19.,12).

Ahora bien, como recordó la STS. 146/2005 de 7.2, lo que no es permisible, por ilegal, es simular la validez de la letra en el tráfico de los negocios para encubrir una auténtica defraudación a favor de quien los libra y en perjuicio de quien hace el pago de ellas por vía de descuento u otro método similar. En estos casos estamos claramente ante un ilícito penal. No de otro modo se pronuncia la STS. 6.9.94 , al precisar "no existiría ninguna clase de infracción penal cuando esas cambiales se utilizan con tal finalidad crediticia, pero no cuando a sabiendas y con evidente engaño, se emplean con afán puramente defraudatorio para la obtención de una numerario que en su día no puede ser reintegrado.

Criterio que prevaleció en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 28.2.2006 , que adoptó el siguiente acuerdo:"el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato".

VIGESIMO SEGUNDO: Siendo así en el caso presente, la vía casacional elegida, art. 849.1 LECrim . hace necesario partir de manera inexcusable del mas absoluto y riguroso respeto a los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico ni incorporar otros que no se encuentren en aquél (STS. 30.11.98).

Por ello se ha dicho reiteradamente que cuando se opta por la vía del error de derecho, se parte de un absoluto respeto a la relación de hechos probados, por lo que habiéndose constatado que no se puede modificar su contenido resulta inoperante cualquier alegación sobre errores de calificación basados en el "factum", si no existe base fáctica que pueda sustentar la pretensión del recurso (SSTS. 30.11.98, 25.6.99, 3.6.2000). El objeto de este motivo, dice la STS. 25.6.99 , consiste exclusivamente en comprobar si, dados los hechos que se declaran probados, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente los preceptos penales sustantivos en que aquellos se subsumieron, de suerte que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (art. 884.3º L.E.Cr.) y en trámite de Sentencia su desestimación.

Pues bien, en el apartado primero de los hechos probados se detalla como:" Juan Pedro siendo Director General del INSTITUTO VALENCIANO DE LA EXPORTACIÓN (IVEX), anteriormente denominado PROCOVA (hasta 25-1-96), sociedad mayoritariamente participada por la GENERALITAT VALENCIANA, cuyo objeto es la cooperación con las empresas de la Comunidad Valenciana, en el ámbito del comercio exterior, por un lado, y Bartolomé , -el hoy recurrente-, francés....., titular de hecho o de Derecho de las sociedades sin solvencia económica, SONOTUBE (Société Nouvelle des Tubes SARL) con sede en Túnez y de GRAFICOM GROEP BVBA (con sede en Amberes, Bélgica), por otro lado, quienes desde el año 1995, estaban llevando a cabo unas operaciones que presentaron para que la compañía FORD obtuviera derechos de compensación para exportar vehículos a Túnez, y por las que habían provocado una deuda en el ARAB BANK, por un importe de 22.297.000 francos franceses (532.225.532 pesetas, equivalentes a 3.198.739,87 euros), que había percibido Bartolomé contra una cuenta del IVEX en el ARAB BANK, sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración de IVEX, y que les urgía pagar y ocultar, idearon una operación en el año 1998, también sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración ni de ningún departamento del IVEX, con la que obtener fondos para destinar en parte al pago de dicha deuda, confeccionando en Valencia más de 30 letras de cambio, cifradas en francos franceses, que no respondían a operación comercial alguna, que aparecían libradas por SONOTUBE, firmando Bartolomé en su nombre, aceptadas por GRAFICOM, como librada, y avaladas por Juan Pedro en nombre del IVEX, consciente de que no podía ejercitar legalmente esa facultad, y que confeccionaron con la finalidad de presentarlas a descuento ante diversas entidades bancarias, a sabiendas de que estas lo harían sin desconfianza, ante la aparente garantía de un aval procedente de un instituto público, y sabiendo de antemano, Juan Pedro y Bartolomé que GRAFICOM, sociedad inactiva e insolvente, no las atendería a su vencimiento. Y asimismo, con posterioridad al libramiento de las primeras letras, confeccionaron en Valencia una documentación de apoyo de las mismas, que crearon con el único fin de presentarla ante las entidades bancarias que lo requirieran para conceder el descuento, y así creyeran estas que obedecían a operaciones reales, y que consistía en un contrato hecho en Valencia que fecharon el 4-1-99, en el que aparecían como contratantes IVEX, firmando Juan Pedro en su nombre, como Director General, y GRAFICOM y un anexo que fecharon el 23-3-99, en el que hacían referencia a un tráfico de mercancías que no tenían ninguna intención de realizar, ni realizaron, procedentes de SONOTUBE con destino a GRAFICOM, documentos de los que no se dio tampoco conocimiento a ningún departamento del IVEX ni al Consejo de Administración, quien en ningún caso los autorizó, no depositándolos ni registrándolos Juan Pedro en las oficinas del IVEX, a fin de ocultar a la institución las operaciones que estaba llevando a cabo, en connivencia con Bartolomé " .

Describiendo a continuación en el apartado 2 del relato fáctico la forma de actuación de ambos acusados conforme a lo acordado entre ellos, "como las letras creadas quedaron en poder del hoy recurrente Bartolomé , quien de forma progresiva las presentó para su descuento, a lo largo de 1998 y 1999, ante cuatro distintas entidades bancarias: El GENERAL BANK, el KBC BANK N.V., (KREDIET BANK), el BSCH (BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO), y el BBVA (BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA), y como presentadas las remesas de letras, estas entidades bancarias abonaban, mediante descuento, su importe en las cuentas que en las referidas entidades poseía SONOTUBE, y cuando los efectos estaban próximos a su vencimiento, Bartolomé presentaba en las entidades bancarias otras nuevas remesas de letras, con las mismas características de las anteriores, que permitían evitar los consiguientes descubiertos, desviando aquel parte del importe ingresado hacia su patrimonio personal o de sus empresas, por la suma de 22.970.679 francos franceses, equivalentes a 3.501.857,51 euros, sin que se haya concretado la forma y cuantía en que pudo repartir dicho dinero con Juan Pedro , y destinando otra parte del importe ingresado en la cuenta de SONOTUBE, hasta un total de 17.859.502,54 francos franceses, equivalentes a 2.722.663,61 euros, conforme a lo acordado por Bartolomé con Juan Pedro , a pagar una deuda que ellos mismos habían generado con el ARAB BANK, en la cuenta del IVEX, cifrada en 22.297.000 francos franceses (532.225.532 pesetas, equivalentes a 3.198.739,87 euros), por los descuentos o anticipos de unas facturas de empresas tunecinas de Bartolomé , que tampoco obedecían a operaciones reales, autorizados por Juan Pedro , que se pagaron

a Bartolomé , sin consentimiento ni autorización del Consejo de Administración de IVEX, reduciendo dicha deuda a la cantidad de 3.228.752,37 francos franceses (81.898.538 pesetas, equivalente a 492.220,13 euros), mediante diversas transferencias que tuvieron lugar desde el 18-11-98 hasta el 14-6-99".

Del anterior relato fáctico se desprende, por tanto, el descuento de una serie de letras que no respondían a actividad económica alguna, descuento al que accedían las entidades bancarias por la garantía del aval procedente de un instituto público, y cuyo importe era ingresado en la cuenta de SONOTUBE, cuyo titular era el recurrente. Nos encontramos por tanto, ante una operación criminalizada, cuya estructura se ha calificado por esta Sala de triangular (SS. 14.1 y 11.7.2002, 4.7.90, 14.5.84), en tanto que el engaño se proyecta para producir en otro un error que le induce, con animo de lucro a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Esto es, en definitiva, lo que precisamente tipifica, tanto el delito de falsedad (simulación indebida) como el de estafa (engaño basado en simulación, obtención de beneficios y perjuicio a terceros al no existir ningún respaldo devolutivo de las cambiales.

VIGESIMO TERCERO: La impugnación del recurrente considera aplicable el principio de autoresponsabilidad por no haber activado los Bancos los necesarios mecanismos de autodefensa, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en si mismo, sino por la falta de diligencia de aquellas entidades Bancarias, al bastar, sin más, el aval del Ivex, sin exigir, ni verificar ni la provisión de fondos de las letras de cambio, su causa, ni la solvencia de SONOTUBE Y GRAFICOM.

Esta impugnación no puede prosperar.

Es cierto, como señalábamos en las SS. 1217/2004 de 18.10 y 848/2005 de 7.7, que en los delitos contra el patrimonio, la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP . que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado. Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo- subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La

adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

VIGESIMO CUARTO: No obstante, insistimos, esta doctrina no es aplicable al caso de autos.

En efecto, partiendo de que la existencia del aval prestado por una entidad oficial como es el Ixev ya dota de una apariencia de solvencia y de carácter comercial -y no ficticias- a las letras de cambio, y dota también, respecto a las entidades bancarias, de solvencia a las sociedades avaladas, al resultar lógico y razonable

suponer que no serían avaladas por un instituto público, de no responder aquellas cambiales a operaciones comerciales reales, y no que el Director General de dicha Entidad estaba involucrado en la defraudación, la sentencia recurrida, en el Fundamento Jurídico séptimo en el epígrafe "engaño bastante" (páginas 72, 73, 74 y 75) analiza pormenorizadamente y en relación a cada entidad bancaria las concretas comprobaciones que efectuaron.

- Así con respecto a FORTIS BANK para aprobar la operación de descuento se aportaron: Acuerdos del Consejo de Administración del Ixex de 14.7.97 sobre nombramiento de Juan Pedro como director general del Ixex y en los que se le otorgaban facultades para librar, aceptar, avalar, endosar, negociar, intervenir, cobrar y pagar letras de cambio, copia del contrato de 4.1.99, suscrito por GRAFICOM y el IVEX, por el que se encomienda a la primera que efectuó compras de productos metalmecánicos a SONOTUBE por un importe máximo anual de 100 millones de ptas; copia de las cuentas anuales auditadas e informe de gestión del IVEX del ejercicio 1997.

- En relación al BBVA, la documentación tenida en cuenta fue: el contrato suscrito entre IVEX y FORD el 15.7.97, la conformidad dada por el propio Juan Pedro el 28.7.99, como director General del Ixex, el aval por él otorgado, las cifras hasta ese momento positivas de la cuenta que mantenía desde marzo 1998, en la entidad, la sociedad SONOTUBE, la aportación, si bien después de producirse el impago en el mes de octubre, del contrato de 4.1.99 (con el anexo de 23.3.99) referente al tráfico de mercancías entre GRAFICOM y SONOTUBE.

- Con referencia al BSCH, la documentación que se tuvo en cuenta fue: el contrato suscrito entre IVEX y FORD de 15.7.97; y la propia existencia del aval del IVEX, cuya garantía venía de estar participando dicho instituto en un 99% por la Generalidad Valenciana.

- Finalmente el KBC tuvo en cuenta toda la información recogida en el documento obrante a los folios 5028 a 5031, y que hace referencia al aval del IVEX, la oficialidad de éste respaldado de autoridades locales y la fundamentación de éste en el interés de la empresa FORD en la generación de derechos de compensación en Túnez.

Y si a ello se añade la propia mecánica de la maniobra defraudatoria en la que las primeras remesas de letras son abonadas con el importe mayor de nuevas cambiales que se descuentan, hasta la destitución de Juan Pedro en su cargo de Director General y romperse la cadena de descuentos, la confección de los acusados de la documentación, a que se ha hecho referencia, contrato de 4.1.99, para hacer creer que las letras obedecían a verdaderas operaciones comerciales, documentación que, al menos en una de las entidades bancarias FORTIS BANK, se presentó para lograr el descuento, y en otra de ellas BBVA, con posterioridad al impago de las letras, para convencerla de la existencia de esas operaciones comerciales, no puede sostenerse la infracción de esos deberes de autoprotección, al no resultar pensable, por la intervención de una empresa pública que participaba en la operación, que las letras no obedecían a operaciones comerciales verdaderas, no existiendo motivos para poder dudar de la solvencia de las empresas que aparecían como libradora y librada de las letras cuando las mismas aparecían avaladas por una empresa pública.

VIGESIMO QUINTO: El motivo decimocuarto por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 5 , considerando por ello indebidamente aplicados los arts. 392 y 390.1.2, todos del CP . al no desprenderse, de los hechos declarados probados, la existencia en el recurrente del dolo específico en el delito de falsedad por el que es condenado.

Remitiéndose a lo razonado en el motivo undécimo, sostiene el recurrente que la sentencia de instancia basa la falsedad de las letras de cambio en que no obedecían a operación comercial alguna, por un lado, y contar con un aval estampado por quien era consciente de que no podía ejecutar, legalmente, dicha facultad, por otro, pero sin que se afirme que el recurrente Bartolomé fuese consciente de esa limitación en la facultad de avalar. Por ello, insiste el motivo, en que si no se participa en la confección del aval, y no se es consciente de esa pretendida falta de legalidad del mismo difícilmente se puede ser acreedor del dolo falsario necesario, toda vez que el elemento sustancial de estas letras de cambio es el aval y si éste fuese válido no puede existir el dolo falsario porque la validez del aval convalida, en todo caso, la letra como instrumento de cobro, plenamente garantizado.

En definitiva, existe una ausencia de dolo falsario en el recurrente al descontar unas letras donde constaba un aval como garantía plena de cobro, que para el Sr. Bartolomé era plenamente válido, por lo que

jamás estuvo en su animo faltar a la verdad en relación con las prestación de aquel aval, siendo este animo necesario para la comisión del delito de falsedad por el que ha sido condenado.

El motivo deviene improsperable.

a) El recurrente parte de una premisa, cual es que Bartolomé no conocía la mendacidad del aval, que en modo alguno se deduce del relato de hechos probados, en el que por el contrario se afirma que ambos, Bartolomé y Juan Pedro idearon una operación también sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración, ni de ningún departamento del Ixex, con la que obtener fondos para destinar en parte AL PAGO DE DICHA DEUDA, CONFECCIONANDO EN Valencia más de 30 letras..., y se añade "que confeccionaron con la finalidad de presentarlas a descuento ante diversas entidades bancarias, a sabiendas de que éstas lo harían sin desconfianza, ante la aparente garantía de un aval procedente de un instituto publico.....", afirmaciones fácticas que si permiten sostener que Bartolomé conocía las irregularidades en la prestación del aval.

b) La falsedad, mejor aun el dolo falsario, no radica solo en ese conocimiento de la ilegalidad del aval, sino en la creación por parte de los acusados, de común acuerdo, de una serie de letras ficticias que no obedecían a operaciones mercantiles, libradas y aceptadas por sociedades insolventes y sin actividad de Bartolomé, así como en la confección, también de mutuo acuerdo, de otra documentación simulada (contrato de 4.1.99 y anexo de 23.3.99) creada para procurar ante los bancos una cobertura causal de las letras.

Siendo así, no puede cuestionarse la concurrencia del dolo falsario que no es sino el dolo del tipo del delito de falsedad documental, que se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, que el documento que se suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. En definitiva el elemento subjetivo viene constituido por la conciencia y voluntad de alterar la verdad, siendo irrelevante que el daño llegue a causarse o no. Así lo proclama la STS. 12.6.97, según la cual, la voluntad de alteración se manifiesta en ese dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, implicando una clara mentalidad -conciencia y voluntad- el trastocar la realidad convirtiendo en veraz lo que no es (STS. 26.9.2002).

VIGÉSIMO SEXTO: El motivo decimoquinto por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. por considerar indebidamente aplicado el art. 392 en relación con el art. 390.1 y 2 CP. al no desprenderse de los hechos declarados probados, la existencia de simulación en las letras de cambio que induzcan a error sobre su autenticidad que justifique la aplicación de dichos preceptos.

Se argumenta en el motivo que no puede sostenerse que la confección de las letras de cambio aceptadas por GRAFICOM y libradas por SONOTUBE, que no obedecían a operaciones de compraventa, fuese más allá de una mera falsedad ideológica, hoy totalmente despenalizada, sosteniendo que la creación de dichas cambiales creadas para ser avaladas por el IVEX, en un aval que el recurrente consideró valido, no puede ser merecedor de reproche penal, por cuanto la singularidad es que las citadas letras de cambio, que no obedecen a operación comercial alguna, pero con un aval valido del IVEX, no podríamos incardinarlas en la simulación total del art. 390.1.2, aún partiendo de la postura extensiva del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional Sala Segunda de 26.2.99, porque ese aval valido, según sentencia Audiencia Provincial, Sección 7ª Valencia de 16.4.2003, impide la simulación total.

Ciertamente el CP. 1995, despenalizó la falsedad ideológica que afecta a documentos privados o mercantiles, cometida por particulares, consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos (arts. 390.1.4 y 352), supuesto típico de la falsedad ideológica, en cuanto se parte de un documento autentico, cuyo contenido es mendaz, que solo es punible para el funcionario publico.

Dos fueron las posturas mantenidas al respecto por esta Sala: Una postura restrictiva recogida en las sentencias 30.1 y 26.2.98. en la primera se dice, entre otras cosas que: "no es posible confundir la simulación de un documento con la simulación de un negocio jurídico documentado" y concluye que "el art. 302.9 CP. 1973, y el actual art. 390.1.2 CP. contienen por el contrario, un supuesto de falsedad material, a saber, la confección material de un documento simulando su autenticidad. Si se tiene en cuenta que la ley exige que la simulación del documento pueda inducir a error sobre la autenticidad, es preciso dejar en claro que autentico es un documento en el que lo declarado pertenece realmente a quien lo suscribe asumiendo la declaración. Por lo tanto la simulación del documento en el sentido de los arts. 302.9º CP. 1973 y 390.1.2º CP. debe afectar la función de garantía del documento (STS de 18-3-91), es decir debe consistir en la atribución a otro de una declaración que no ha realizado o en la alteración de un documento autentico de tal manera que lo declarado por quien lo suscribe asumiéndolo ya no sea lo que en realidad declaró". No es esto lo que surge

de los documentos que obran en autos... dado que la autenticidad de los mismos no es simulada sino real. Por lo tanto, tales documentos no pueden inducir a engaño sobre su autenticidad, pues ésta no se ha visto afectada en la medida en que lo declarado es lo que el firmante asumió como su propia declaración".

En la segunda, STS. 26.2.98 , expresa que "la factura para cuyo pago se efectuó la transferencia de fondos que ya ha quedado jurídicamente calificada no fue, simulada sino auténtica -así hemos de considerarla al menos- en tanto fue reconocida como tal por quien la autorizó con su firma. Aunque no era verdad que la misma respondiese a los trabajos que en ella se referían, esta circunstancia no convertía en "simulada" a la factura sino, sencillamente, en mendaz.

Añadiendo además que: "no existirá pues falsedad documental, por no verse afectada la autenticidad del documento si el mismo sólo contiene datos, hechos, narraciones (art. 26 CP.), o declaraciones de voluntad atribuidas a quienes realmente las suscriben o son sus autores, y, en estos casos, con independencia de su veracidad o no, la conducta será atípica. Por el contrario, cuando en un documento, que puede ser factura u otro documento mercantil, se atribuyen a personas jurídicas o físicas, unos datos, unos hechos, unas narraciones o unas declaraciones de voluntad que no hubieran realizado, en estos casos se produce una falsedad material por simulación que se subsume en el art. 390.1.2 , al resultar afectada la función garantizadora del documento, siempre que tenga trascendencia jurídica.

Otra postura, por el contrario, recogida en sentencias de 13.6 y 28.10.97 (caso Filesa) entiende que el art. 390.1.2 puede incluir supuestos de falsedad ideológica cuando la mendacidad afecta al documento en su conjunto porque se haya confeccionado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación de operación jurídica inexistente, y así se declara que se produce la simulación del documento que induzca a error sobre su autenticidad, cuando se crea "ex novo" un documento mercantil, por algo que nunca ha existido, no es que las declaraciones que se contienen falten a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido, cuando el documento en su totalidad representa una falacia, constituyendo un soporte falso, no meramente intelectual.

Como señala la STS. 28.1.99 , "la diferenciación entre los párrafos 2º y 4º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente".

Este criterio fue el que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999 , en el que se acordó que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2 CP . (SSTS. 14.2.99, 11.7.2002, 26.9.2002, 3.2.2003, 2.2.2004, 14.3.2004, y 25.1.2006).

Ello supone una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres supuestos para la aplicación del art. 390.1.2 , entre aquellos que afectan a la autenticidad del documento: a) la formación de un documento que aparezca provenir de un autor diferente del efectivo -autenticidad subjetiva o genuinidad-; b) la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante; y c) la formación de un documento enteramente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir, de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó -la falta de autenticidad objetiva-.

Por tanto, la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, (art. 390.1.4ª), mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento, subsumibles en el nº 2 del susodicho art. 390 (simulación), STS. 14.12.99.

En igual sentido la S. 1590/2003 de 22.4.2004 (caso Intelhorce), recuerda que "el art. 302.9 recoge un supuesto de falsedad que no ha sido despenalizado, pues subsiste en el nº 2 párrafo 1º del art. 390 CP. 1995 . En efecto, entre las modalidades falsarias que el legislador, de modo expreso estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el art. 390.1.2 del Código Penal 1995: "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su sentencia de 28-10-2000, núm. 1649/2000, y 22-4-2002, núm. 704/2002, entre otras, por lo que no puede referirse únicamente como pretende un sector

doctrinal, a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya estaría cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del art. 390.1 . En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica de forma autónoma esta modalidad falsaria, "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad", son necesariamente los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad.

VIGESIMO SEPTIMO: En el caso presente nos encontramos con una serie de letras de cambio, libradas y aceptadas por sociedades del acusado Bartolomé , que no obedecían a relación comercial real avaladas por el otro acusado Juan Pedro , consciente de que no podía legalmente ejercitar esa facultad, siendo su única finalidad presentarlas al descuento ante diversas entidades bancarias, a sabiendas de que estas lo harían sin desconfianza ante la aparente garantía de un aval procedente del instituto público y a sabiendas de antemano, ambos acusados, que la sociedad librada aceptante GRAFICOM, inactiva e insolvente, no las atendería a su vencimiento. Y asimismo, con posterioridad al libramiento de las primeras letras, confeccionaron en Valencia una documentación de apoyo de las mismas que crearon con el único fin de presentarla ante las entidades bancarias y así creyeran estas que obedecían a operaciones reales, documentación consistente en un contrato fechado al 4.1.99, firmado por GRAFICOM, y un anexo fechado al 23.3.99, que hacían referencia a un tráfico de mercancías inexistente procedentes de SONOTUBE con destino a GRAFICOM.

Con estos antecedentes fácticos el motivo no puede ser estimado.

Es cierto y esta propia Sala así lo ha mantenido en sentencia 1543/2005 de 29.12, que tratándose de letras de cambio, en los que de común acuerdo, librador y librado, quieren documentar una declaración de voluntad, la inexistencia del negocio jurídico subyacente como causa de una simulación falsaria se compagina mal con el carácter formal y abstracto con que queda regulada la letra de cambio por la Ley 16/85 de 16 de julio , Cambiaría y del Cheque, cuya Exposición de Motivos destaca la contradicción entre la presente regulación y la anterior de la letra de cambio, contemplada en el Código de Comercio, que estaba inspirada en una "concepción instrumental de la cambial, sobre la que incidían directamente todos los avatares del negocio causal".

En este sentido la STS. 1299/2002 de 12.7 nos dice que "no puede hablarse de simulación de documento por el hecho de que unas letras de cambio carezcan de causa porque el negocio cambiario es constitutivamente abstracto: una letra vacía de contenido puede ser, eventualmente un instrumento engañoso idóneo para cometer un delito de estafa, pero, en ningún caso una letra jurídicamente falsa o simulada".

En análoga dirección las sentencias de esta Sala 1071/99 de 25.9, 1880/2002 de 16.11 y 1632/2003 de 5.12, han señalado que efectivamente no existe falsedad documental, por no verse afectada la autenticidad de un documento si el mismo contiene datos, hechos, narraciones o declaraciones de voluntad atribuidas a quienes realmente son sus autores.

Ahora bien, en el caso actual la falsedad imputable no solo se contrae al hecho de la creación de las cambiales faltando a la verdad sobre la existencia de la relación causal subyacente, prestando los intervinientes declaraciones cambiarías irreales para crear una apariencia de realidad de cara al tráfico mercantil, sino que concurren dos circunstancias añadidas:

a) El hecho de que las letras fueron avaladas por uno de los acusados, Juan Pedro , en nombre y representación del IVEX, en base a su condición de Director General, avales que la sentencia recurrida considera sin causa, ilícitos y delictivos, en cuanto fueron prestados, sin contrato previo con los avalados, sin conocimiento ni autorización del Consejo de Administración del IVEX, sin dejar constancia documental ni contable y su palpable vulneración del art. 86 Ley Hacienda Pública Generalidad Valenciana . En este punto se ha hecho a lo largo del recurso especial hincapié en la sentencia de la Sección 7ª Audiencia Provincial de Valencia de 16.4.2003 , que aceptó la plena validez, legalidad y eficacia de los avales en el supuesto de la reclamación del KBC, pero con independencia de que, tal como se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida, existen otros procedimientos judiciales en que se han estimado los motivos de oposición del IVEX: sentencia 23.5.2001 de la misma sección 7ª AP. Valencia, juicio ejecutivo 682/99 , interpuesto por FORTIS BANK, sentencia 19.12.2001, sección 9ª APValencia, juicio mayor cuantía 90/2000, reclamación del BSCH, y sentencia 29.4.2003, Juzgado 1ª instancia 4 Valencia, confirmada en apelación APValencia, Sección 7ª, autos 743/2000 instados por el BBV, es cierto que en el ámbito de las sociedades el administrador, está autorizado para avalar por el mero hecho de su nombramiento, en este caso, el Sr. Juan Pedro como Director

General en virtud de las facultades que le fueron concedidas por el Consejo de Administración del IVEX en acuerdos de 14.7.87, elevados a públicos por escritura notarial de 6.8.97, y por los avales otorgados por éste vincularían al IVEX, pero siempre que actué en el giro o campo propio de un objeto social, incluso aunque en los estatutos se le impongan limitaciones que no tienen que ser conocidas por el tercero poseedor de la letra y que solo afectarán a las relaciones internas entre sociedad y representante. El requisito de actuación en el ámbito del giro o tráfico de la empresa que imponía el art. 76.2, de la antigua Ley de sociedades anónimas, es recogido en el actual art. 129.1 LSA 22.12.89, donde la alusión al giro o tráfico se sustituye por "al objeto social delimitado por los estatutos".

En el supuesto que se analiza el art. 3 de los Estatutos del IVEX señala que: "constituye el objeto en la sociedad la realización de cuantos servicios y actividades resulten necesarios para impulsar la difusión y promoción económica de la Comunidad Valenciana y en especial la de su oferta de bienes y servicios, certámenes feriales y sus condiciones para la atracción de nuevas iniciativas empresariales, el desarrollo de la colaboración con instituciones, entidades y empresas para facilitar la cooperación comercial de aquellas con las propias de la Comunidad Valenciana, la prestación de servicios a las empresas de la Comunidad Valencia, así como la cooperación con las mismas, en relación con las acciones que emprendan o pretendan emprender en el ámbito de la comercialización exterior, las actividades y servicios de asesoramiento en materia financiera y de aseguramiento de operaciones de comercio internacional, con el fin de mejorar la competitividad y capacidad de penetración de las empresas de la Comunidad Valenciana en los mercados exteriores".

Puesto en relación este objeto social con los arts. 86 y 5.2 Ley Hacienda Publica de la Generalidad Valenciana, que limitan la posibilidad de las empresas publicas de dicha Generalidad de otorgar avales pudiendo solamente hacerlo a favor de sociedades mercantiles en cuyo capital participen mayoritariamente aquellas, difícilmente puede sostenerse la capacidad para avalar del Sr. Juan Pedro las concretas operaciones entre sociedades de un ciudadano extranjero, Sr. Bartolomé, no participantes ni vinculantes a la Generalidad Valenciana, y en todo caso aunque se partiese de la no oponibilidad de la invalidez del aval por el IVEX frente a las entidades bancarias descontentarias, ello no afectaría a la mendacidad del mismo y su relevancia penal en las relaciones internas entre representante y representado.

Consecuentemente en el caso presente, como precisó la STS. 28.3.2000, se "creó una ficción total confeccionando unos documentos con apariencia externa de autenticidad, cuando ciertamente no tenían tal carácter, y con plena aptitud para inducir a error sobre su legitimidad al estar verdidas las declaraciones mandases en impresos oficiales de letra de cambio y amparadas por la apariencia de asunción de responsabilidad por parte del Banco - en este caso del IVEX- supuestamente avalista". Como ya dijimos en la Sentencia de 15 de enero de 1996 (recurso 2596/1994), se ha descrito una maquinación dolosa en la que las falsedades se realizaron con plena consciencia como instrumento para consumar una estafa, constando que las letras no respondían a operación mercantil alguna, sino a una confabulación en la que se crea un documento mercantil que no responde a la realidad.

b) La documentación de apoyo a que se refiere la sentencia, contrato de fecha 4.1.99, y anexo fechado el 23.3.99, que, en contra de lo sostenido por el recurrente en el escrito de 17.1.2006 si es tenida en cuenta para fundamentar el delito de falsedad en documento mercantil. Así su confección se recoge expresamente en el apartado primero in fine de los hechos probados y su trascendencia jurídico-penal es analizada precisamente en el Fundamento Jurídico noveno relativo al delito de falsedad en documento mercantil, "y asimismo confeccionaron Bartolomé y Juan Pedro una documentación de apoyo a las letras, igualmente ficticia, sin causa y vacía de contenido real, creada con el único fin de presentarla ante las entidades bancarias que lo requirieran para conceder el descuento y así creyeran estas que obedecían a operaciones reales - como sucedió en el caso particular del FORTIS BANK documentación, creada incluso con posterioridad al libramiento de algunas de las cambiales y consistente en un contrato fechado al 4.1.99, en el que aparecían como contratantes el Ivex, firmando Juan Pedro en su nombre, como Director General y GRAFICOM -empresa de Bartolomé - y un anexo, fechado al 23.3.99, en el que hacían referencia a un tráfico de mercancías; que no tenían intención de realizar, ni realizaron, procedente de SONOTUBE -sociedad de Bartolomé, inactiva e insolvente- con destino a GRAFICOM también insolvente. Documentos de los que no dieron conocimiento a ningún departamento del Ivex ni al Consejo de Administración, quien en ningún caso los autorizó, no depositándolos ni registrándolos Juan Pedro en las oficinas del IVEX, a fin de ocultar a la institución las operaciones que estaba llevando a cabo, en connivencia con Bartolomé" (pág. 111 sentencia), para concluir en que "hubo en consecuencia, una creación ex novo de documentos por parte de los particulares Bartolomé y Juan Pedro", con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente para conseguir un dinero de los bancos que de otra manera no habrían conseguido..." (pág. 115 sentencia).

Consecuentemente la falsedad de estos documentos, cuya naturaleza mercantil debe predicarse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 6.10.99 y 12.1.2004) que entiende que son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades ver STS. 8.5.97 y 22.1.99 que pretender hacer una enumeración exhaustiva de los documentos mercantiles) no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en alguno de los extremos consignados en el documento, que constituirán la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino a los documentos en si mismos en el sentido de que se confeccionaron deliberadamente con la finalidad de acreditar en el trafico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, para con ello dar a las letras una cobertura causal ante las entidades bancarias que lo solicitasen, conducta encuadrable en la modalidad falsaria del art. 390.1.2 CP.

El motivo, por lo razonado debe ser desestimado.

Motivos aducidos por infracción de Ley, error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim.

VIGÉSIMO OCTAVO: Consideraciones generales comunes a los motivos decimosexto a vigésimo primero.

Debemos recordar que por la vía del art. 849.2 LECrim . solo se pueden combatir los errores jurídicos que se entienden cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe -como decíamos en la S. 20.3.2006 de 28.2- el error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración historia elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar, o describiendo o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS.29.12.2005, 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entro otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de

la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (SSTS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna. No siendo suficiente como dice la STS. 1003/2004 de 18.6, sobre la base del particular del documento designado realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

VIGÉSIMO NOVENO: Expuestas estas consideraciones generales y analizando cada concreto motivo por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim . el articulado bajo el ordinal décimo sexto, lo basa el recurrente en los particulares de los siguientes documentos:

- Escritura publica de 6.8.97 de elevación a públicos de los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración del IVEX de 14.7.97, los particulares de las concretas facultades concedidas al Sr. Juan Pedro para librar, aceptar, avalar, endosar, negociar, intervenir, cobrar y pagar letras de cambio.

- Art. 24 de los Estatutos del IVEX, en cuanto a la capacidad del Consejo de Administración del IVEX, mediante apoderamiento, de otorgar determinadas facultades al Director General.

- El particular relativo a la ampliación del objeto social, de la posibilidad de aseguramiento de operaciones de comercio internacional, acordado en Junta General Extraordinaria de 25.1.96.

- Los particulares de la sentencia dictada por la Sección 7ª Audiencia Provincial Valencia de 16.4.2003 , cuando proclama la validez de los avales prestados por el Sr. Juan Pedro en nombre del IVEX, al amparo de lo establecido en los arts. 129 LSA , art. 9 Ley Cambiaría y del cheque y arts. 6 y 8 Reglamento del Registro Mercantil.

- Particulares de documentos que acreditarían la equivocación del Tribunal "a quo" al declarar que el Sr. Juan Pedro no podía ejercitar legalmente la facultad de avalar.

El motivo debe ser desestimado.

Los documentos invocados acreditan que el Sr. Juan Pedro , como Director General del IVEX, tenía facultades para avalar cambiales y ello no ha sido desconocido por la sentencia de instancia, pues lo esencial, tal como se ha argumentado al analizar el motivo séptimo por infracción de precepto constitucional, y el motivo undécimo por infracción de Ley, es que dicha facultad se haya ejercitado dentro de los límites legales y no, como es el caso, con patente infracción del art. 86 Ley Hacienda Publica de la Generalidad Valenciana , y a espaldas y sin conocimiento de la entidad avalista.

Respecto a la eficacia de la sentencia civil invocada en el motivo, es de recordar reiterada de esta Sala -por ejemplo S. 180/2004 - que dictadas por estos órganos jurisdiccionales civiles, es de recordar reiterada doctrina de esta Sala -por ejemplo 180/2004 de 9.2- que viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada.

Así, en la S. 232/2002 de 15.2, se hace una reseña de la doctrina de esta Sala y se recuerda que ya la sentencia de 16.10.91, estableció que: "los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de cosa juzgada.

Y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, ahondando más en la cuestión, de acuerdo con otras resoluciones (Sentencias de 14 de febrero de 1989, 4 de noviembre y 15 de septiembre de 1987, 12 de abril de 1986 y 18 de diciembre de 1985), establece: primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba".

Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002 de 17.7, en la que se declara que esta Sala tiene afirmado en varias sentencias (de las que pueden citarse entre otras, las de 26.6.95 y 11.1.97), que no vincula a un Tribunal lo resuelto por otro, razón por la cual, a efectos de apreciación del error, carecen los fundamentos fácticos de una resolución temporalmente anterior, de virtualidad para acreditar error. Y en concreto la STS. 27.3.95, que se refiere a un caso de la posible eficacia en el orden penal de una sentencia dictada por un juzgado de otro orden jurisdiccional, en concreto de lo social, y que se examina un recurso en el que se critica la postura del Tribunal sentenciador por apartarse de los criterios acogidos en la resolución precedente del Juzgado de lo social, se declara que constituye doctrina judicial consagrada y pacífica:

a) Que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento. b) Lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero. c) En consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución, incurriéndose en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador. d) De ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas. e) La jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas (SSTS. de 4 de noviembre de 1.987, 14 de febrero de 1.989 y 12 de marzo de 1.992, entre otras muchas).

Pues bien en el caso presente la sentencia civil de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª de 16.4.2003, solo se refiere a la imposibilidad por parte del avalista IVEX frente a tercero -el banco descontatario- de la invalidez del aval prestado por quien figura como su Director General, pero como tal como se ha razonado en el Fundamento Jurídico Vigésimo sexto, apartado a) de la presente resolución, con independencia de que existiera otras tres sentencias civiles dictadas en otros procedimientos seguidos por las restantes entidades bancarias, en sentido contrario, y que difícilmente puede sostenerse la capacidad de Juan Pedro para avalar estas concretas operaciones, "en todo caso aunque se partiese de la no oponibilidad de la invalidez del aval por el IVEX, frente a las entidades bancarias descontatarias, ello no afectaría a la mendacidad del mismo y su relevancia penal en las relaciones internas entre representante y representado".

TRIGÉSIMO: El motivo decimoséptimo por infracción de Ley al haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim., basándose en los particulares de los contratos suscritos entre el IVEX y FORD ESPAÑA de 7.7.95 y 15.7.97, los suscritos entre el IVEX y SONOTUBE el 20.6.96 y el IVEX y APOD el 20.6.95, todos ellos en relación con las facturas emitidas por el IVEX a FORD ESPAÑA como consecuencia de los referidos contratos de 7.7.95 y 15.7.97, y en relación igualmente con los particulares de las contestaciones dadas por Ford España SA. al Tribunal a quo en cuanto a la concreción de

los vehículos exportados por Ford a Túnez entre enero 1997 y junio 2000, al amparo de los referidos contratos suscritos entre Ford España SA. y el IVEX.

Particulares de los reseñados contratos y facturas que acreditan la obligación asumida por el IVEX de general derechos de compensación para Ford y el cumplimiento por el IVEX de dicha obligación, y la equivocación de la sentencia recurrida al declarar que Ford, ha continuado exportando vehículos a Túnez sin la exigencia de licencia especial alguna por la autoridades tunecinas, que el IVEX no mantenía con Ford obligación de generar derechos de compensación, y asimismo, que IVEX no ha cumplido con dicha obligación que ha permitido que Ford continuara exportando vehículos a Túnez.

El motivo debe ser inadmitido y desestimado.

El error denunciado no puede considerarse esencial en cuanto cauce de virtualidad para modificar los pronunciamientos del fallo, dado que ninguna incidencia tendrá en los hechos descritos en la llamada fase tercera consistente en el descuento de las letras vacías y ficticias y apoderamiento del dinero del descuento por los dos acusados, que son los que han sido objeto de condena, la relación IVEX-FORD para generar derechos de compensación y posibilitar la exportación de vehículos a Túnez por la segunda; de ahí que la sentencia de instancia (pág. 93), concluye que no ha quedado acreditada la obtención ante las autoridades tunecinas de licencias de exportación, como consecuencia directa o indirecta de los traspasos de dinero a Bartolomé , en nombre de sociedades tunecinas de su propiedad, procedentes de los bancos en los que se descontaron letras o facturas que no obedecían a operaciones reales, pese a lo cual FORD ha continuado exportando vehículos a Túnez, sin la exigencia de licencia especial alguna por la autoridades tunecinas. Es decir, que en todo caso, el dinero obtenido del descuento de las letras de cambio en ningún modo se utilizó para generar derechos de compensación para FORD.

Igualmente, como ya hemos señalado ut supra, para la viabilidad del motivo basado en error de hecho del nº 2 art. 849 LECrim ., se requiere, entre otros requisitos, que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error, sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, y en este extremo de la generación de derechos de compensación para Ford, la Sala de instancia para llegar a las conclusiones de que no consta en modo alguno de obtención efectiva de dichos derechos de compensación y de que Ford ha estado exportando vehículos a Túnez, sin mayor problema, con independencia de cualquier colaboración del IVEX, tiene en cuenta y valora no solo la documentación invocada en el motivo, sino el resto de la documental que acredita que el dinero obtenido por Bartolomé con el descuento de las letras ha ido a parar a Francia y a Bélgica, y no a Túnez como hubiera sido necesario para generar derechos de compensación; los faxes de Ford de 22.3 y 18.6.99, acreditativos de que el supuesto interés y presión no procedía de FORD, sino del propio Juan Pedro ; la contestación al requerimiento del Tribunal dada por Ford España (folios 584 y ss. Tomo II del rollo de la Sala), en la que se facilita listado de vehículos exportados a Túnez en el periodo comprendido entre enero 1997 y junio 2000 y se informa que el contrato entre Ford España y el IVEX quedó sin efecto en folio 2000, realizándose desde entonces las exportaciones a Túnez por la sociedad estadounidense Ford Trading Company; el oficio remitido por el Director de asuntos legales de Ford al Tribunal de 11.2.2005, del que deduce la nula trascendencia que las supuestas gestiones del IVEX tenía para la Ford, y que es transcrito en la sentencia recurrida; Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus miembros y la República de Túnez de fecha 17.7.95, aprobado el 26.1.98 (98)238CEE de la CECA, y que entro en vigor el 1.3.98, para los países europeos, cuya finalidad, art. 1 , es establecer las condiciones de la liberalización de los intercambios de bienes, servicios y capitales, entre los países europeos y Túnez, y cuyos arts. 8 y 11 , establecen la previsión de no introducir nuevos derechos de aduana de importación en exacciones de efecto equivalente en intercambios entre la Comunidad y Túnez, suprimiéndose los aplicables a los productos originarios de la Comunidad que no figuran en la lista de los anexos 3 a 6, a la fecha de le entrada en vigor del acuerdo, no estando en dichos anexos incluidos los coches de turismo y demás vehículos automóviles proyectados para el transporte de personas; y finalmente la ausencia de documentación alguna en relación a la obtención de esos derechos de compensación ni en IVEX ni en la FORD.

Igualmente analiza la testifical practicada que tampoco avala la versión de los acusados. Así las declaraciones de Ana Marques de los Santos, gerente del departamento de análisis de finanzas de FORD ESPAÑA, tanto en relación a la poca trascendencia para ésta del contrato con el IVEX, como con respecto a las facturas de pago de comisiones por importe total de 102.433.317 ptas; de Celestina , director del Departamento Administrativo financiero del IVEX, hasta marzo 1998, y de Juan Alberto , con igual cargo desde finales de mayo de 1998, en orden a la falta de presiones por parte de FORD de marcharse de España si no se conseguían los derechos de compensación de Túnez, de Jose Manuel , secretario del Consejo de

Administración y de Jaime , Conseller de Industria de la Generalidad desde 1995 a 1999 y por lo tanto, Presidente en el mismo periodo del IVEX, en similar sentido, de Marina , Directora General del IVEX, tras el cese de Juan Pedro , acreditativa de que desde que ocupó el cargo, septiembre 1999, dicha entidad no prestó ningún servicio a FORD, para la obtención de derechos de compensación, no habiendo efectuado el IVEX compras de productos a SONOTUBE ni a ninguna otra empresa tunecina, ni lógicamente ventas posteriores a empresas europeas para generar dichos derechos de compensación.

Consecuentemente la prueba referenciada contradice la interpretación que el recurrente da de los documentos que invoca, por lo que el motivo por la vía del art. 849.2 LECrim . no puede prosperar.

TRIGÉSIMO PRIMERO: El motivo decimoctavo por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basándose el motivo en los particulares de los siguientes documentos:

- Acta del Consejo de Administración del IVEX de 16.6.97, que refleja las previsiones de venta de FORD a Túnez.

- Cartas remitidas por FORD al IVEX (Sr. Juan Pedro) en fecha 22.3.99 y 18.6.99 sobre las previsiones de ventas para los próximos años.

- Acta de la reunión mantenida en Túnez el 19.3.99, en orden al volumen de negocios de 1998, inferior al de 1997 y que planteaba problemas para la obtención de las cotizaciones de vehículos, especialmente para el primer semestre de 1999.

- Particulares de documentos que acreditan la exigencia contractual por FORD al IVEX de la obligación asumida por éste de generar derechos de compensación para FORD, la equivocación del Juzgador al declarar que el IVEX no mantenía con FORD dicha obligación de generar derechos de compensación, y que FORD ha continuado exportando vehículos a Túnez sin la exigencia de licencia especial alguna por las autoridades tunecinas.

Intimamente relacionado con el anterior motivo de casación si bien incide el presente en las expectativas de negocio creadas por FORD como justificación de la actuación del IVEX. Debe seguir igual suerte desestimatoria, máxime cuando aquellos documentos, en especial los faxes de 22.3.99 y 18.6.99, son analizados por la sentencia de instancia (pág. 86 y 87), llegando a conclusiones totalmente divergentes de las postuladas por el recurrente ("así en el fax de la Ford de fecha 22.3.99, obrante en las actuaciones (Habertzeh) se dice: "estamos de acuerdo en que deberíamos mantener estas reuniones con regularidad", es decir, que no se estaban manteniendo hasta ese momento reuniones con regularidad, como se ha pretendido, al describir fuertes presiones. En el fax de fecha 18.6.99 (Blum), se dice : que se le envíe esa carta a Juan Pedro , "como me pidió", añadiendo después "espero que te sirva", es decir que, el supuesto interés y presión no procedía de FORD, sino que mas bien el interés procedía de Juan Pedro , interesado en justificar sus desmanes").

Conclusión de la sentencia de instancia lógica a la vista que desde julio 1997 ,m fecha del segundo contrato suscrito con FORD, no hay ninguna carta de esta emitida interesándose por derechos de compensación alguno, y es solo en el periodo de descuento de letras cuando Juan Pedro empieza a recabar faxes de FORD con la finalidad de magnificar las cifras previstas de ventas y dar sentido al contrato de 1997, que llevaba desde esa fecha paralizado, pues al amparo del mismo no se había realizado operación alguna de compraventa, y poner de relieve un inexistente interés de FORD, que desde ultimo fax no volvió a hacer referencia alguna a aquel contrato ni solicitar nada del IVEX.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: El motivo decimonoveno por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basándose en la certificación de D. Ismael , auditor e Interventor de cuenta, fecha en 4.1.2000, acreditativa del proceso en que se vio inmersa APOD ante el Tribunal de Comercio de París, y de su carácter fortuito de su insolvencia, justificativa por tanto, de su insolvencia sobrevenida, en relación con la primera calificación de la citada APOD realizada por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación SA. (CESCE) en cuanto al limite de riesgo y no exigencia de garantías, particulares que acreditan la equivocación del Juzgador al declarar tanto la insolvencia inicial de la citada APOD como su previa y consciente voluntad de no pagar las facturas giradas a su cargo.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar los documentos invocados se refieren a hechos que se describan en las denominadas fases 1ª y 2ª (apartado 5º de los hechos probados), que si bien desembocaron en los de la fase 3ª, no fueron

objeto de condena, por aplicación del principio in dubio pro reo (ver pág. 86 sentencia recurrida). La condena es por los hechos de esta última fase, relativos al descuento de letras durante los años 1998 y 1999, periodo muy posterior a la fecha de insolvencia de APOD, finales de 1995, entidad que no figura en ninguna de las letras descontadas.

En segundo lugar, no podemos olvidar que las operaciones en que interviene APOD, tienen su origen en los contratos de fecha 20.6 y 7.7.95, por los que las empresas tunecinas de Bartolomé (SONOTUBE Y SMAC), comprometían a vender productos a PROCOVA (luego IVEX) de lo que habrían de surgir derechos de compensación que se cederían a FORD con una comisión, e IVEX a su vez los vendería por el mismo precio a la empresa francesa del mismo grupo de Bartolomé, APOD -aunque fuera su padre quien figuraba como titular, siendo la primera operación de fecha 18.7.95, fechas coincidentes, por tanto, con el proceso de insolvencia de esta entidad, insolvencia, que aunque fuese sobrevenida y fortuita, no está en contradicción con que fuera conocida y ocultada por los acusados, haciéndola figurar como compradora de los productos, a sabiendas, por tanto, de que no atendería su pago. Y en tercer lugar la sociedad APOD no fue la única sociedad de Bartolomé que se hizo figurar como compradora, así en los hechos probados, apartado quinto (pág. 19) se hace referencia a otras empresas como J2L o J2L HOLDING, que tampoco pagaron ninguna de las facturas del IVEX y que contribuyeron al aumento progresivo de la deuda de este organismo.

TRIGÉSIMO TERCERO: El motivo vigésimo por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim. basándose en los particulares de los siguientes documentos:

- contrato de apertura de la cuenta corriente 602/300 por el IVEX en Arab Bank, en cuanto al particular que obligaba a la entidad bancaria a remitir extractos periódicos de los movimientos de la cuenta al IVEX facultando al mismo a realizar protesto de dicho movimiento en plazo determinado.

- Particulares de los propios extractos y justificantes de movimientos de dicha cuenta remitidos por dicha entidad bancaria al IVEX, en cuanto justifican la evolución del saldo deudor que se ocasiona en dicha cuenta.

- Particulares de los Informes de la Sindicatura de Cuentas relativos a los ejercicios de 1996 y 1997.

- Particular del documento consistente en fotocopia de una letra de cambio avalada, remitida por el BBVA al IVEX "a la atención del Sr. Juan Alberto", para la conformidad del aval con carácter previo a su descuento.

- Particulares de los documentos que acreditan el error padecido por el Tribunal "a quo" al considerar probado el absoluto desconocimiento por la alta dirección del IVEX de la situación que se produjo en el Arab Bank y su evolución, desde principios de 1996 hasta finales de 1999, acreditando tales particulares tal conocimiento, lo que conlleva la inviabilidad de la imputación delictiva realizada.

El motivo deviene improsperable por varias razones:

- a) los hechos a que refieren los documentos serían los comprendidos en la denominada por la sentencia segunda fase, hechos que no han sido objeto de condena penal.

- b) En relación a la apertura de la cuenta corriente 602/300 es el acusado Juan Pedro quien negoció con Arab Bank su participación en el negocio de los derechos de compensación, sin intervención alguna de Juan Francisco Director General, y Gabino, Vicepresidente de IVEX, quienes se limitaron a firmar un contrato de apertura de cuenta corriente, que no contemplaba la posibilidad de negociar efectos o facturas de empresas distintas del propio IVEX, como sucedió en el caso presente, en que se descontaron no solo efectos sino simples facturas y no en la cuenta del acusado Bartolomé, beneficiada del descuento, sino en los del IVEX, y sin ser informados por Juan Pedro de la apertura de otras cuentas corrientes instrumentales a nombre del IVEX que se utilizaron para cargar los anticipos de facturas de SONOTUBE, haciendo constar la deuda como del IVEX, cuentas aperturas sin la firma de sus autorizados (ver testificales Rafael, Juan Alberto).

- c) La remisión de los extractos bancarios no implica por sí que la alta dirección del IVEX tuviese conocimiento puntual de su contenido, ni menos aun del origen de cada anotación, siendo para ello necesario que los miembros del Consejo de Administración fuesen informados de los mismos. La testifical de Celestina, Director financiero y del entonces Director General Juan Francisco, acredita como el primero al conocer el contenido de alguno de los extractos se lo comunicó al segundo y al pedir éste explicaciones al acusado Juan Pedro, negó la existencia de impagos de las sociedades compradoras, sino meros retrasos, y en relación a los extractos de Arab Bank, que era un error del propio Banco.

d) Respecto a los informes de Sindicatura de Cuentas ejercicios 1996 y 1997, la sentencia de instancia analiza de forma detallada y exhaustiva tal cuestión en el fundamento de derecho undécimo, describiendo la dinámica que se seguía para la aprobación de las cuentas anuales del IVEX, como solo el informe definitivo de los auditores se presentaba al Consejo, y no su borrador de informe con las salvedades, excepciones o repasos, ni los informes de la Sindicatura, ni provisional ni definitivo (testificales Celestina , Juan Alberto y el censor de cuentas Clemente). Informes de auditoria realizados por una compañía auditora, Audishispania, e intervenidos por la Conselleria de Hacienda de la Generalitat, que eran limpios y sin ninguna salvedad, de los que no podía deducirse por los miembros del Consejo de Administración que las empresas de Bartolomé no estaban pagando sus deudas, dado que los informes de Sindicatura a que se refiere el motivo no fueron presentadas nunca al Consejo, informes que son publicados, casi dos años después de la cuenta del ejercicio -el correspondiente al año 1996, lo fue el 16.2.1998- no en el Boletín Oficial del Estado, ni tampoco en el boletín Oficial de la Generalitat Valenciana (BOGV), sino en el de las Cortes Valencianas.

e) La fotocopia de la letra de cambio avalada y remitida por el BBVA al IVEX "a la atención del Sr. Juan Alberto " no acredita, en modo alguno que tal remisión lo fuera para la conformidad del aval previamente a su descuento, deduciendo del propio documento, en el que tras la copia de la letra, hay una firma del acusado Juan Pedro aprobando la letra, con el texto "conforme 28.7.99" y de la testifical de Marina , nueva Directora General, que el envío de las letras al Sr. Juan Alberto fue en su momento posterior, una vez descubierto el fraude, cuando éste, siguiendo las instrucciones de aquélla, contactó con los Bancos y les pidió toda la información y documentación sobre las letras de cambio.

TRIGÉSIMO CUARTO: El motivo vigésimo primero por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basándose en los particulares de las contestaciones de las entidades bancarias BBVA, FORTIS BANK, SCH y KBC al requerimiento practicado a instancias del Ministerio Fiscal sobre los antecedentes documentales recabados por dichas entidades para autorizar las operaciones de descuentos de letras de cambio avaladas por el IVEX, que acreditan el error sufrido por el Tribunal "a quo" al declarar que el recurrente realizó frente a dichas entidades, la conducta mendaz necesaria para flanquear las medidas de autoprotección que les eran exigibles, toda vez que acreditan la total falta de comprobación de la existencia de la provisión de fondos de las cambiales al limitarse a verificar la existencia del aval.

El motivo coincide en su planteamiento con el motivo duodécimo, articulado por la vía del art. 849.1 LECrim . infracción precepto penal con carácter sustantivo, por lo que damos por reproducido cuanto se razonó, en particular los fundamentos jurídicos 22 y 23 que anteceden con la consiguiente desestimación del motivo.

RECURSO DE Juan Pedro

Motivos articulados por infracción de Ley y de precepto constitucional.

TRIGÉSIMO QUINTO: El motivo primero por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías que evite acusaciones sorpresivas y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE . en relación con la violación de lo previsto en el art. 110 LECrim . como momento preclusivo para la incorporación de nuevas acusaciones al proceso, causando indefensión.

Siendo el motivo y su desarrollo argumental coincidente con el idéntico ordinal del recurso del otro acusado Bartolomé , debe seguir igual suerte desestimatoria, remitiéndonos a lo argumentado en los Fundamentos Jurídicos primero, segundo y tercero de la presente resolución, que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

TRIGÉSIMO SEXTO: Los motivos segundo por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, en este caso, con quiebra del principio acusatorio y del derecho de defensa, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE . en relación con la violación de la proscripción de dar entrada a hechos nuevos con posterioridad a la conversión de la causa en Procedimiento Abreviado, con violación del art. 779.1.4 LECrim , en su redacción actual y del contenido del auto dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de 8.2.2001 de revocación parcial del auto de archivo de 30.10.2000 y de los concretos hechos imputados en el mismo; tercero, por infracción de Ley y de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim . por infracción nuevamente del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías

con quiebra del derecho de defensa, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE . en relación nuevamente con la violación de la imputación forma que establece el art. 779.1.4 LECrim . en su actual redacción, modificándose la imputación inicialmente formulada, realizada por auto dictado por la Sección 4ª Audiencia Provincial de 8.2.2001 de revocación parcial del inicial auto de archivo de 30.10.2000 , cercenando el derecho de defensa al negar la posibilidad de proponer prueba sobre los nuevos hechos objetos de imputación de carácter previo a la transformación en procedimiento abreviado y al juicio de sostenibilidad de tal nueva imputación por el instructor determinado por la Ley que reconoce el art. 783.1 LECrim ; y cuarto, por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE ., en relación con la violación del principio de cosa juzgada y violación de lo previsto en el art. 779.1.1 (art. 789.5 primera de su anterior redacción) y del art. 634, todos ellos de la LECrim ., en consecuencia del concreto contenido del auto dictado por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de 8.2.2001 , de revocación parcial del inicial auto de archivo de 30.10.2000 , juzgándose en la sentencia dictada, hechos respecto a los que se ha proclamado la existencia de disponibilidad penal, pese a que sobre ellos existía un previo pronunciamiento firme de concreta y total exoneración penal del recurrente en relación a los mismos. Son igualmente coincidentes con los mismos motivos del recurso interpuesto por Bartolomé , por lo que dando por reproducidos los fundamentos jurídicos, cuarto, quinto y sexto, en relación al motivo segundo, los fundamentos séptimo en relación al motivo tercero; y octavo y noveno con respecto al motivo cuarto, procede igualmente su desestimación.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: El motivo quinto por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva causando indefensión y por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, derechos previstos en el art. 24.1 y 2 CE . en relación con la violación de la necesidad y principio de congruencia de la sentencia dictada, en relación con la responsabilidad civil, reconocida por una parte al IVEX y por otra, a un máximo accionista La Generalidad Valenciana, incongruencia que se denuncia por ultra petitum y por solapar la indemnización al IVEX y a su máximo accionista, conllevando su enriquecimiento en causa, e igualmente en relación a la suma ingresada en la cuenta corriente del IVEX, procedente del descuento de las letras de cambio efectuado en las cuatro entidades cambiarias, ingreso que asciende a un montante de 453.013.906 ptas, cantidad que no es minorada de la indemnización concedida al IVEX.

El motivo es coincidente en su desarrollo con los ordinales quinto y sexto del recurso interpuesto por el otro acusado, Bartolomé , por lo que su rechazo deviene necesario, dándose por reproducidos los fundamentos jurídicos décimo, décimo primero y décimo segundo que anteceden.

TRIGÉSIMO OCTAVO: El motivo sexto por infracción de Ley y de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE . dada la inexistencia de prueba de cargo que justifique la condena penal del recurrente.

El motivo coincide parcialmente con el ordinal séptimo del interpuesto por el otro recurrente Sr. Bartolomé , en cuanto analiza la concurrencia de los elementos típicos del delito de estafa, justificando la violación de la presunción de inocencia en la total falta de prueba de la consciencia y conocimiento del recurrente de la falsedad que se sostiene de los avales estampados en las letras de cambio, así como de la conciencia de que tales cambiales no serian finalmente pagadas por el librador o por el librado -aceptando (en definitiva el Sr. Bartolomé -, así como el animo de lucro que se le imputa en cuanto la propia sentencia reconoce que no hay prueba alguna del presente reparto de los fondos obtenidos entre el recurrente Juan Pedro y el otro acusado Bartolomé , sosteniendo, en definitiva la total ausencia de prueba de ese acuerdo previo entre ambos para participar en el beneficio de lo defraudado, al no existir prueba alguna de dicho elemento necesario para la criminalización de la conducta del recurrente.

Dando por reproducidos los fundamentos jurídicos décimo tercero y décimo cuarto de la presente resolución en orden al alcance de la presunción de inocencia en esta sede casacional y a la prueba que tiene en cuenta la sentencia de instancia para considerar acreditado el acuerdo previo entre Bartolomé , como autor directo, y Juan Pedro , como autor por cooperación necesario, el motivo debe ser desestimado.

Motivos articulados por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim.

TRIGÉSIMO NOVENO: El motivo séptimo por infracción de Ley, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 5 , considerando por ello indebidamente aplicados los arts. 28 y 248.1 CP . al no desprenderse de los hechos

declarados probados, la existencia de animo de lucro del recurrente en el delito de estafa, no pudiendo considerársele como cooperador necesario en su comisión, insistiendo en que la propia sentencia señala en los hechos probados que "no se ha concretado la forma y cuantía en que pudo repartir (Bartolomé) dicho dinero con Juan Pedro .

El motivo debe ser desestimado.

Es doctrina reiterada de esta Sala que en los delitos patrimoniales el animo de lucro es inferible, como cualquier hecho psicológico, en función de los actos anteriores, coetáneos y posteriores y no es necesaria su inserción en los hechos probados (SSTS. 36/2002 de 25.1; 1036/94 de 18.5), al incluirse en el iudicium de la sentencia y no en el factum su discusión afecta al ámbito de la calificación jurídica y no al de la presunción de inocencia, porque es una cuestión de derecho y no de hecho (STS. 104/2000 de 4.2), debiéndose examinar la racionalidad del juicio de inferencia del Tribunal a quo, para estimar la concurrencia de ese animo lucro, descrito en la jurisprudencia de esta Sala como "cualquier ventaja, provecho, beneficio, o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta (SSTS. 722/99 de 6.5, 523/98 de 24.3.99), siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser preciso un lucro propio, bastando que era para beneficiar a un tercero SSTS. 629/2002 de 13.3, 287/2000 de 20.2, 577/2002 de 8.3, 238/2003 de 12.2, 348/2003 de 12.3, 28.11.2000 que referida a un delito de estafa precisa que no requiere que el autor persiga su propio y definitivo enriquecimiento. Por el contrario, en dicho delito el animo de lucro también es de apreciar cuando la ventaja patrimonial antijurídica se persigue para luego beneficiar a otro. Dicho de otra manera: la finalidad de un enriquecimiento antijurídico no depende de lo que el autor piense hacer luego con las ventajas patrimoniales obtenidas contradiciendo la norma del art. 248 CP . y auto TS. 17.6.2004 que pareció animo de lucro pese a que en el factum de la sentencia se expresaba que no había podido determinarse cual fuera la aplicación específica que se haya dado a esos fondos, pero al mismo tiempo se dejaba muy claro que habían revertido en beneficio de los dos recurrentes, aunque sin que pudiera puntualizarse en que proporción se había beneficiado cada uno de ellos.

La sentencia recurrida partiendo de esta doctrina, esto es, que no puede confundirse el animo de lucro con el destino del dinero en beneficio personal propio, analiza la concurrencia del mismo en el fundamento jurídico séptimo, epígrafe "dolo y animo de lucro, pago 81 a 100 y en relación a Juan Pedro deduce que, actuó con animo de lucro "cuando sabiendo a ciencia cierta que las letras serían impagadas a su vencimiento, avaló a una compañía de Bartolomé , GRAFICOM, consiguiendo de esta manera el desvío de fondos de la sociedad que representa, IVEX, a favor de Bartolomé ", descartando lo argüido respecto de la ausencia de esa animo de lucro, de que no se obtuvo beneficio económico personal, siendo en todo caso, el beneficio buscado para FORD y para saldar la deuda del propio IVEX, con el Arab Bank y para la reconversión industrial de las empresas de Bartolomé , y no para su patrimonio personal, al considerar irrelevante cual fuera la finalidad última de la operación para los acusados, por confundir el móvil que guió a los acusados con el dolo propio del delito de estafa (pág. 99 sentencia recurrida).

Siendo el juicio de inferencia racional y lógico el motivo se desestima.

CUADRAGESIMO: El motivo octavo por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim ., por falta de aplicación del art. 5 , considerando por ello indebidamente aplicados los arts. 28 y 248.1 CP ., al no desprenderse de los hechos declarados probados, la existencia de dolo específico en el recurrente en el delito de estafa, no pudiendo considerarle autor del mismo como cooperador necesario.

El motivo en su desarrollo coincide en el planteamiento realizarse su participación a avalar letras de cambio para lo que estaba facultado como Director General del IVEX y sin que tuviera que saber de antemano que las letras no iban a ser abonadas a su vencimiento por el librado.

Nos remitimos consecuentemente a lo ya argumentado en los fundamentos jurídicos 17 y 18 para desestimar aquellos motivos y no incurrir en repeticiones innecesarias, recordando que el dolo del Sr. Juan Pedro no reside solo en que careciese de facultades para avalar, sino tal como recoge la sentencia de instancia (fundamento de derecho noveno, último párrafo, pág. 124, en comprometer el patrimonio de la sociedad que representa, asumiendo riesgos de tal magnitud que pueden implicar hasta la disolución de la sociedad, propiciando traspasos multimillonarios a empresas extranjeras, con la pretendida finalidad de beneficiar a una empresa con intereses en la comunidad Valenciana, como lo es FORD; otorgar avales comprometiendo el patrimonio de su compañía por más de 1000 millones de pesetas, en favor de la persona o de las empresas de un ciudadano extranjero, Bartolomé , que nada tiene que ver con esta comunidad, no quedando ello fuera

del objeto social de IVEX; otorgar avales sabiendo que la sociedad avalada, GRAFICOM, no está participada por el IVEX ni por ninguna otra empresa pública, ni está vinculada a la GENERALITAT VALENCIANA; otorgar avales a Bartolomé y a las empresas de su círculo cuando durante varios años ha demostrado abiertamente que no paga sus deudas, conociendo perfectamente Juan Pedro que APOD llevaba cuatro años sin atender ni un solo pago, otorgando sin solicitar informes previos de solvencia de la compañía a la que va a avalar, GRAFICOM, y mucho menos cuando sabe que es una sociedad inactiva e insolvente, adquirida al efecto por Bartolomé, por 10.000 francos, por lo que difícilmente podrá pagar 2 millones de francos en letras; avalar letras que sabe que no obedecen a operaciones mercantiles reales, ocultándoselo a los bancos, sólo para obtener dinero; realizar todas estas actuaciones sin informar al Consejo de administración, ni documentar la operación, como si él mismo fuera el dueño y señor de la empresa pública a cuyo servicio se encuentra, impedir el reflejo contable de los avales; continuar con dicha actividad de avalar clandestinamente, en septiembre de 1999, hasta días antes de ser cesado, cuando ya sabía desde antes (finales de julio, principios de agosto de 1999) que iba a ser cesado.

Razonamiento exhaustivo que debe ser asumido en esta vía casacional con la consiguiente desestimación del motivo.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: El motivo noveno por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim., por considerar indebidamente aplicado el art. 248.1 en relación con el art. 250.1.3 CP., al no desprenderse de los hechos declarados probados la existencia de engaño bastante para la aplicación de dichos preceptos, y el motivo décimo igualmente por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. por considerar indebidamente aplicado el art. 248.1 en relación con el art. 250.1.3 CP., al no desprenderse de los hechos declarados probados la existencia de error en las entidades bancarias que les indujera al acto de disposición patrimonial, son coincidentes con los duodécimo y decimotercero de los motivos articulados por Bartolomé, por lo que, dando por reproducidos los fundamentos jurídicos 19, 20, 21, 22 y 23 de esta misma resolución, deben seguir igualmente desestimatoria.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: El motivo undécimo, por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim., por falta de aplicación del art. 5, considerando indebidamente aplicados los arts. 392 en relación con los arts. 390.1.2 CP. al no desprenderse de los hechos declarados probados, la existencia de dolo específico del recurrente en el delito de falsedad por el que se le condena, por cuanto no podía ser conocedor de esa singular, judicialmente discutida y sobrevenida falta de capacidad para avalar, interviniendo como avalista en la creencia de que al igual que para la Sección 7ª Audiencia Provincial Valencia, estaba plenamente capacitado para avalar y era, el aval plenamente valido desde el punto de vista formal.

El motivo debe ser desestimado por cuanto como decíamos en el Fundamento Jurídico 24 al analizar el ordinal decimocuarto del recurso planteado por Bartolomé, el dolo falsario no radica en el conocimiento de la ilegalidad del aval -por mas que resulta evidente que Juan Pedro como Director General del Ivex, debía conocer que lo que avalaba no eran operaciones mercantiles reales, sino ficticias, así como que sus facultades para avalar estaban limitadas por el art. 86 Ley Hacienda Publica Valenciana, a sociedades participadas por la Generalidad, lo que no sucedía con las sociedades de Bartolomé firmantes de las letras sino en la creación por parte de ambos acusados, de común acuerdo de una serie de letras ficticias que no obedecían a operaciones mercantiles, libradas y aceptadas por sociedades insolventes y sin actividad de Bartolomé, así como en la confección, también de mutuo acuerdo de otra documentación simulada (contrato de 4.1.99 y anexo de 23.3.99) creada para procurar ante los bancos una cobertura causal de las letras.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: El motivo duodécimo por infracción de Ley por infracción de precepto penal de carácter sustantivo al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. por considerar indebidamente aplicado el art. 392 en relación con el art. 390.1.2 CP. al no desprenderse de los hechos declarados probados, la existencia de simulación en las letras de cambio que induzcan a error sobre su autenticidad que justifique la aplicación de dichos preceptos.

El motivo coincide en su planteamiento con el articulado por Bartolomé bajo el numero decimoquinto por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria, dando por reproducidos los fundamentos jurídicos 25 y 26 de esta misma resolución, en aras de evitar innecesarias repeticiones.

Motivos articulados por infracción de Ley por error en la aplicación de la prueba, art. 849.2 LECrim.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: El motivo decimotercero por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basando el motivo en los particulares de los siguientes documentos:

- contrato de apertura de la cuenta corriente 602/300 por el IVEX en Arab Bank, en cuanto al particular que obligaba a la entidad bancaria a remitir extractos periódicos de los movimientos de la cuenta al IVEX facultando al mismo a realizar protesto de dicho movimiento en plazo determinado.

- Particulares de los propios extractos y justificantes de movimientos de dicha cuenta remitidos por dicha entidad bancaria al IVEX, en cuanto justifican la evolución del saldo deudor que se ocasiona en dicha cuenta.

- Particulares de los Informes de la Sindicatura de Cuentas relativos a los ejercicios de 1996 y 1997.

- Particular del documento consistente en fotocopia de una letra de cambio avalada, remitida por el BBVA al IVEX "a la atención del Sr. Juan Alberto", para la conformidad del aval con carácter previo a su descuento.

- Particulares de los documentos que acreditan el error padecido por el Tribunal "a quo" al considerar probado el absoluto desconocimiento por la alta dirección del IVEX de la situación que se produjo en el Arab Bank y su evolución, desde principios de 1996 hasta finales de 1999, acreditando tales particulares tal conocimiento, lo que conlleva la inviabilidad de la imputación delictiva realizada.

Al coincidir exactamente con el motivo vigésimo de los planteados por Bartolomé su desestimación deviene necesaria, dando por reproducido el fundamento jurídico 33 de la presente resolución.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: El motivo decimocuarto por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim . basándose en los particulares de las Actas de Administración del IVEX de 4.8.95, 24.3.96, 12.6.96, 24.3.97 y 16.6.97, en relación con los particulares de las cartas remitidas por FORD al IVEX en fecha 22.3.99, y 18.6.99, que acreditan, de una parte, el perfecto y cumplido conocimiento que tenían todos los miembros del Consejo de Administración del contenido y alcance de la cuestión Ford- Túnez, así como de los compromisos y contratos suscritos a tal efecto entre Ford y el Ivex (Procova), y los suscritos al amparo y para el desarrollo de este contrato, entre PROCOVA- SONOTUBE y entre PROCOVA-APOD, particulares de documentos que acreditan la equivocación del juzgador al sostener que toda la operación y las incidencias se efectuó por Juan Pedro a espaldas y con absoluto desconocimiento del Consejo y sin su autorización; y de otra parte, el conocimiento, vía examen de las cuentas anuales, de la situación económica de financiación de la compañía y de la incidencia que en las cuentas de la sociedad suponía la operatividad de dichos compromisos, y finalmente la exigencia contractual asumida por el IVEX frente a FORD desde el principio de la operación (año 1995), de generar derechos de compensación para esta mercantil FORD, particulares de documentos obrantes en autos que acreditan la equivocación del Juzgador al declarar que el IVEX no mantenía con FORD dicha obligación de generar derechos de compensación, y asimismo, que FORD ha continuado exportando vehículos a Túnez sin la exigencia de licencia especial alguna por las autoridades tunecinas.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

Los documentos a que se refiere el motivo son anteriores a los hechos objeto de condena, descuento de las letras ficticias iniciado en 1998, y no revelan, por ello error del Juzgador en su apreciación, máxime cuando de la lectura de las actas del Consejo de Administración y de las testificales en juicio de sus miembros, se desprende que el recurrente Juan Pedro jamás informó de la vinculación existente entre las sociedades compradoras (APOD y J2L Holding) y las vendedoras SONOTUBE y SMAC) y de su pertenencia al otro acusado Bartolomé, de que las compañías compradoras estuviesen impagando las facturas omitidas por el IVEX, generándose una deuda en el Arab Bank en las cuentas de este instituto, hasta alcanzar la suma de 532.225.532 ptas., ni tampoco de que, estando previsto que las operaciones de venta que realizase el IVEX estuviesen aseguradas por la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE), no se habría efectuado reclamación alguna por los impagos producidos durante el periodo de cobertura del seguro, ni que CESCE denegase posteriormente el seguro, ni por supuesto, de las actas se deriva que Juan Pedro informase al Consejo de Administración de que había otorgado avales en beneficio de empresas de Bartolomé para su descuento en diversas entidades bancarias por cantidades superiores a dos mil millones de pesetas, y firmado los contratos falsos de 4.1 y 23.3.99, de apoyo a dichas letras con GRAFICOM, empresa insolvente, perteneciente igualmente a Bartolomé.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: El motivo decimoquinto por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basándose en los particulares

de los contratos suscritos entre el IVEX y FORD ESPAÑA de 7.7.95 y 15.7.97, los suscritos entre el IVEX y SONOTUBE el 20.6.95 y el IVEX y APOD el 20.6.95, todos ellos en relación a las facturas omitidas por IVEX a FORD ESPAÑA como consecuencia de los referidos contratos de 7.7.95 y 15.7.97, y en relación igualmente con los particulares de las contestaciones dadas por FORD ESPAÑA al Tribunal "a quo" en cuanto a la concreción de los vehículos exportados por FORD a Túnez entre enero 1997 y junio 2000, al amparo de los referidos contratos suscritos entre FORD ESPAÑA SA. y el IVEX.

Particulares de los reseñados contratos y facturas que acreditan la obligación asumida por el IVEX de general derechos de compensación para FORD y el cumplimiento por el IVEX de dicha obligación, y la equivocación de la sentencia recurrida al declarar que FORD ha continuado exportando vehículos a Túnez sin la exigencia de licencia especial alguna por las autoridades tunecinas, que el IVEX no mantenía con FORD, obligación de generar derechos de compensación, y asimismo, que IVEX no ha cumplido con dicha obligación que ha permitido que FORD continuara exportando vehículos a Túnez.

El motivo es coincidente en su planteamiento y desarrollo con el motivo decimoséptimo del acusado Bartolomé , por lo que debe ser igualmente desestimado, dando por reproducido el fundamento jurídico 29 de la presente resolución.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: El motivo decimosexto por infracción de Ley por haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim ., basándose en los particulares de los documentos aportados por las entidades bancarias BBVA, FOTIS BANK, SCH y KBC al cumplimentar el requerimiento practicado a instancias del Ministerio Fiscal sobre los antecedentes documentales recabados por dichas entidades para autorizar a SONOTUBE las aplicaciones de descuentos de letras de cambio libradas por esta mercantil y aceptadas por GRAFICOM en el aval del IVEX que acreditan la equivocación del juzgador al declarar probado que las referidas entidades bancarias verificaron el carácter "comercial" de las letras de cambio objeto de descuento y que el recurrente, como cooperador necesario realizó frente a aquellas la conducta mendaz necesaria para flanquear las medidas de autoprotección exigibles a las citadas entidades bancarias.

El motivo debe ser coincidente con el motivo vigésimo primero de Bartolomé , ha de seguir la misma suerte desestimatoria con reproducción de lo razonado en el Fundamento jurídico 33 de esta resolución.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: El motivo decimoséptimo por infracción de Ley al haber existido error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim . basándose en los particulares de los documentos consistentes:

- Escritura publica de 6.8.97 de elevación a públicos de los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración del IVEX de 14.7.97, los particulares de las concretas facultades concedidas al Sr. Juan Pedro para librar, aceptar, avalar, endosar, negociar, intervenir, cobrar y pagar letras de cambio.

- Art. 24 de los Estatutos del IVEX, en cuanto a la capacidad del Consejo de Administración del IVEX, mediante apoderamiento, de otorgar determinadas facultades al Director General.

- El particular relativo a la ampliación del objeto social, de la posibilidad de aseguramiento de operaciones de comercio internacional, acordado en Junta General Extraordinaria de 25.1.96.

- Los particulares de la sentencia dictada por la Sección 7ª Audiencia Provincial Valencia de 16.4.2003 , cuando proclama la validez de los avales prestados por el Sr. Juan Pedro en nombre del IVEX, al amparo de lo establecido en los arts. 129 LSA , art. 9 Ley Cambiaría y del cheque y arts. 6 y 8 Reglamento del Registro Mercantil.

- Particulares de documentos que acreditarían la equivocación del Tribunal "a quo" al declarar que el Sr. Juan Pedro no podía ejercitar legalmente la facultad de avalar.

El motivo es cuento es substancialmente coincidente con el motivo décimo sexto del recurrente Bartolomé y la remisión efectuada a los motivos séptimo y décimo primero del mismo, debe ser desestimado, con reproducción de los fundamentos decimocuarto, decimooctavo y vigésimo octavo de la presente sentencia.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Desestimándose ambos recursos procede, art. 901 LECrim. condenar a cada recurrente al pago de las costas causadas en sus respectivos recursos, incluyendo los de las Acusaciones particulares.

III. FALLO



Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de Ley y precepto constitucional, interpuestos por Bartolomé Y Juan Pedro , contra sentencia de 18 de marzo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, que les condenó como autores de un delito de estafa y otro falsificación documento mercantil; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos, incluidas las de las acusaciones particulares.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ