



Roj: **AAP M 17610/2012 - ECLI:ES:APM:2012:17610A**

Id Cendoj: **28079370012012200771**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2012**

Nº de Recurso: **437/2012**

Nº de Resolución: **721/2012**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **JOSE MARIA CASADO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

MADRID

AUTO: 00721/2012

Rollo nº 437/2012

Diligencias Previas nº 4720/2011

Juzgado de Instrucción nº 50

De Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION PRIMERA

Magistrados:

D. ALEJANDRO M^a BENITO LÓPEZ

(Presidente)

D. JOSÉ MARÍA CASADO PÉREZ

D^a. M^a CRUZ ÁLVARO LÓPEZ

AUTO nº 721/2012

En Madrid, a once de octubre de dos mil doce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de 06/02/2012, el Juzgado de Instrucción nº 50 de Madrid acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas arriba indicadas, incoadas por querrela criminal formulada por el procurador de los tribunales don Carlos PIÑEIRA DE CAMPOS, en representación de la entidad CAPITAL RIESGO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, SA, S.C.R., contra Mauricio y Yolanda , por un supuesto delito de estafa.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de 20/04/2012 , interponiendo la querellante recurso de apelación que, admitido a trámite, fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Mauricio y Yolanda .

Remitida la causa a esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, se designó magistrado ponente don JOSÉ MARÍA CASADO PÉREZ, quedando los autos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** *Fundamentos del recurso de apelación*

Se reproducen los motivos del recurso de reforma por entender que la resolución recurrida no da respuesta al mismo, alegándose en esencia que, habiendo realizado la querellante (CRM), sociedad de capital riesgo, una importante inversión en el año 2008 en la entidad **GRUPO NUPCIAL NOVISSIMA, SL(GNN)**, los querellados , con ocasión de una nueva inversión por parte de la querellante a finales de 2009, aparentaron que GNN seguía teniendo la misma estructura societaria cuando ya no existía porque se habían transmitido entre ellos las sociedades filiales del grupo (Sposa Distribución, SL, Alta Modistería Nupcial, SA de CV y Sposa Distribución, SA de CV) , así como las marcas comerciales que explotaba(Novissima, Charo Pérez , Agatha Ruiz de la Prada, Elio Berhanyer, Camila Elbaz , Javier Larrainzar, Devota & Lomba, Petro Valverde, Estrella Roch y Duyos).

Los detalles de todo el proceso constitutivos de los hechos objeto de la querrela se explicitan en el fundamento tercero de la presente resolución, al que se hace expresa remisión para evitar reiteraciones inútiles.

Dicha apariencia de lo inexistente dio lugar a que la querellante, en diciembre de 2009 y enero 2010, realizase importantes desembolsos (1.209.000 euros de créditos exigibles convertidos en capital social y 1.500.000 euros de ampliación de capital con una altísima prima de emisión), emitiendo también avales solidarios a favor de entidades bancarias por importe de 1.700.000; aportaciones dinerarias que en principio ha perdido como consecuencia de la situación concursal de GNN.

La apariencia fraudulenta fue mantenida por el querellado Sr. Mauricio , consejero delegado de GNN, durante toda la negociación de la refinanciación de GNN a partir de octubre de 2009, ocultando mientras tanto la venta de las participaciones en las sociedades mencionadas a favor de la también consejera y esposa doña Yolanda en octubre y noviembre de 2009.

Se ponen de manifiesto en el recurso los elementos probatorios que acreditan el engaño, en concreto, se compara el contenido del Plan de Viabilidad de 13/02/2008, que dio lugar a la inversión inicial, con el Plan de Viabilidad de 23/11/2009, donde figuran las sociedades filiales y marcas, a pesar de que ya no pertenecían a GNN. Se hace referencia incluso a un tercer plan de viabilidad de Mauricio , en junio de 2010, destinado a los bancos acreedores, con la misma falsedad respecto a la inexistente estructura societaria.

Se alega que las transmisiones de las sociedades filiales se realizaron por el querellado Sr. Mauricio haciendo un uso abusivo de sus poderes como consejero delegado, a espaldas de los consejeros designados por la querellante, con absoluto desprecio a lo pactado en el Acuerdo de Socios formalizado en su día , y que el supuesto impago del precio de las compraventas en cuestión, aludido por el instructor, carece de trascendencia para el delito de que se trata.

Por lo demás el resto del recurso señala lo que se consideran errores evidentes del instructor en relación con los actos de disposición realizados por los querellados respecto de las marcas comerciales y sociedades filiales, señalando que el activo de la sociedad CREACIONES NUPCIALES, SL, quedó integrado en GNN a excepción de los inmuebles y los créditos hipotecarios que los gravaban.

Finalmente, y entre otros análisis de contenido del auto cuya exposición no es relevante, se niega que la iniciativa de colaboración entre GNN y CRM, partiera de ésta última, aludiéndose para acreditar lo contrario al correo electrónico remitido a Aurelio (GNN) por Nuria , Directora General de Economía, de la Consejería de Economía y Consumo de la Comunidad de Madrid (doc. nº 1 adjunto al escrito de 27/01/2012).

La extensión de los escritos presentados por la querellante, que suman 87 páginas de reiterado contenido, sin tener en cuenta la también voluminosa documentación aportada, no ayuda a la fácil comprensión de los hechos, lo que ha podido provocar la confusión del instructor al dictar los autos recurridos.

SEGUNDO.- *La autopuesta en peligro como excluyente del delito de estafa*

En el delito de estafa a través de los llamados contratos criminalizados, se ha de tener en cuenta la incidencia que sobre la relevancia penal de los hechos tiene la eventual falta de diligencia del sujeto pasivo o víctima del delito desde la perspectiva dogmática de la llamada imputación objetiva de resultado.

La STS nº 569/2012, de 27 de junio , alude a dicha cuestión esencial para un supuesto de hecho como el que nos ocupa, reiterando lo dicho, entre otras (sentencias TS 95/2012 y 452/2011), en la STS 476/2009, de 7 de mayo , donde se analiza de forma minuciosa *"la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro. Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación"*.



A este respecto, se afirma textualmente lo siguiente:

" En los tipos penales que protegen el patrimonio singularmente la estafa y la apropiación indebida- se protege éste 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 socioeconómica.

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 autoprotegerse 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 exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa".

TERCERO.- Los hechos objeto de la querrela.

La sociedad querellante se rige por la ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, que derogó la anterior Ley 1/1999, de 5 de enero, estableciendo los requisitos de su constitución, registro, funciones, etc. Se trata, en esencia, de sociedades de inversión que actúan, con ciertas limitaciones legales, para fomentar el desarrollo normalmente de pequeñas y medianas empresas a las que, en su condición de sociedad inversora, inyecta capital, comprando acciones y/o participaciones en proporción minoritaria, por un periodo de tiempo limitado (en el presente caso, cinco años), con pacto de recompra, involucrándose además en la gestión de la sociedad receptora del capital.

La operación en cuestión se materializa en un "Pacto de Accionistas" o "Acuerdo de Socios", por lo general extenso y complejo, donde se recogen de manera minuciosa y prudente las circunstancias, problemas e imprevistos que pudieran sobrevenir con sus correlativas soluciones (salida del inversor, valoración de las acciones, venta a terceros, etc.).

En el presente caso, el referido pacto se formalizó entre la sociedad de capital riesgo denominada CAPITAL RIESGO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, SA, SCR (en adelante CRM), constituida por la COMUNIDAD DE MADRID, con el 49% del capital social; CAJA MADRID, con un 35% , y CAMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID , con el 16%, cuyo objeto social es la ayuda a la promoción de actividades empresariales; y el denominado **GRUPO NUPCIAL NOVISSIMA**, SL (en adelante GNN), titular de participaciones , entre otras, de



las sociedades SPOSA DISTRIBUCIÓN, SL (100% de su capital social), ALTA MODISTERIA NUPCIAL, SA DE CV (100% del capital social), SPOSA DISTRIBUCIÓN, SA DE CV (70% del capital social), y CREACIONES NUPCIALES, SL, integrada en GNN, a la que aportó la explotación de sus marcas comerciales , a excepción de los inmuebles y créditos hipotecarios que los gravaban.

El grupo de sociedades con GNN a la cabeza se dedicaba al diseño, fabricación y comercialización de trajes de novia y fiesta, con sus complementos, siendo las marcas comerciales explotadas a través de CREACIONES NUPCIALES, SL , como propias o a través de franquicia , las siguientes : NOVISSIMA, CHARO PÉREZ , ESTRELLA ROCH, CAMILA ELBAZ (marcas propias) AGATHA RUIZ DE LA PRADA, ELIO BERHANYER, , JAVIER LARRAINZAR, DEVOTA & LOMBA, PETRO VALVERDE y JUAN DUYOS (marcas con licencia de explotación).

El acuerdo o pacto entre CRM y GNN que materializó la inversión de aquella en ésta, se llevó a cabo tras las oportunas negociaciones y previa elaboración de un " Informe sobre la revisión contable de los estados financieros al 31/12/2007 de las sociedades que componen el GNN" (docs. 3 y 4), realizado por COMPTO AUDITORES, SL, elegida por Mauricio , cuyas conclusiones básicas se especifican en la querella.

La negociaciones culminaron en la firma del Acuerdo de Socios de fecha 01/04/2008 (doc. 2), en cuya virtud la querellante invirtió 3.000.000 euros en GNN, adquiriendo a cambio el 25% de su capital social y dos puestos en su consejo de administración. Posteriormente, CRM realizó otras aportaciones por importe de 1.200.000 euros, sin que se resolviesen con ello las dificultades financieras de GNN.

Cuando CRM materializó la inversión en el año 2008 , GNN era titular de las sociedades filiales y derechos de explotación de las marcas comerciales mencionados con anterioridad, procediendo el querellado Mauricio , un año y medio después , actuando en nombre de GNN y sin conocimiento de CRM, a la transmisión de las sociedades filiales a Yolanda , que también era miembro del consejo, con lo que las posibilidades de negocio de GNN dejaron de existir, solicitando entonces GNN, en fecha 04/10/2010, un concurso voluntario de acreedores, admitido a trámite por auto de 24/11/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (procedimiento 901/2010).

A finales de 2009, la querellante CRM realizó una nueva aportación de capital a GNN, atribuyendo a los querellados la comisión de un delito de estafa porque Mauricio , cuando se negociaba la refinanciación de GNN, le hicieron creer por escrito (Plan de Viabilidad y presentación al pool bancario, en docs.5 y 6), sin que fuera cierto, que su estructura societaria y empresarial seguía siendo la misma, lo que dio lugar a que CRM adoptara las siguientes medidas con grave perjuicio patrimonial :

- a) Avalar las deudas de GNN con entidades de crédito(Banco Pastor, Banesto , Caja Madrid), por importe de unos 2.000.000 euros ;
- b) Emitir otro tipo de garantías denominadas " *comfort letter blandas* " que impedían a CRM salir de GNN;
- c) Convertir 1.208.460 euros prestados a GNN en capital social mediante escritura notarial de 23/12/2009 de ampliación de capital (doc. 7), y
- d) Aportar otro 1.500.000 euros de ampliación de capital en escritura pública de 24/12/2009 (doc. 8).

Las citadas ampliaciones de capital dieron lugar a que CRM adquiriese a cambio las participaciones con la elevada prima de emisión y desembolsos que se indican en la página 8 de la querella.

Tras los intentos fallidos de GNN de lograr más crédito con IMADE y El CORTE INGLÉS a cambio de futuras ventas, se produjo "su falta de liquidez absoluta", con un nuevo intento fallido de refinanciación de la deuda contraída con entrega a los bancos acreedores de documentos sobre la inexistente estructura societaria de GNN ya aludida, haciendo creer que CRM había asumido las deudas bancarias de aquella mediante las mencionadas " *comfort letter blandas*", lo que no era cierto

Todo ello desembocó en las solicitudes preconcursal del art. 5.3 LC y de concurso voluntario de acreedores por parte de GNN , dejando al margen a CRM, quien descubrió entonces que, con anterioridad a los desembolsos, pagos y compromisos efectuados a favor de GNN, Mauricio , en colaboración con su esposa Yolanda , habían llevado a cabo las siguientes operaciones fraudulentas para desgajar de GNN toda su estructura comercial, según se pone de manifiesto en el INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (Doc. nº 14), cuyas conclusiones al respecto se expresan en las páginas 11 a 13 del escrito de querella, según las cuales :

- 1) En octubre y noviembre de 2009 Mauricio , actuando como consejero delegado de GNN, vendió a su esposa todas las participaciones de GNN en las entidades SPOSA DISTRIBUCIÓN, SA DE CV (70% del capital social), SPOSA DISTRIBUCIÓN, SL (100% de su capital social) y ALTA MODISTERIA NUPCIAL, SL (100% del capital social) ;



2) En la masa activa de la concursada había saldos muy significativos, por importe, uno de ellos, de 3.068.097 euros con SPOSA DISTRIBUCIÓN, SL, que habían sido "prácticamente" eliminados de la contabilidad que GNN presentó con la solicitud de concurso; y

3) La querellante supo, al ver que no se hacía mención a ellas en el informe de los administradores concursales, que GNN carecía de las diez marcas de diseñadores famosos referidas con anterioridad, descubriendo que estaban siendo explotadas por la querellada Yolanda , quien actúa en el mundo de la moda como la diseñadora María Dolores .

Después de los referidos desembolsos, Mauricio transmitió a Yolanda las participaciones de las sociedades filiales, con lo que GNN no pudo desarrollar su negocio, radicando aquí para la querellante el engaño propio del delito de estafa.

Los documentos y fechas esenciales a tener en cuenta para la resolución del recurso son los siguientes:

a) El denominado Plan de Viabilidad de 23/11/2009 (doc. nº 6 de la querella);

b) Las ampliaciones de capital de GNN por un importe conjunto de 3.452.064 euros realizadas los días 23 y 24/12/2009 que fueron desembolsadas mediante la capitalización de deudas de los socios, según escrituras notariales de las mismas fechas que obran como documentos 7 y 8 de la querella. Por lo que se refiere a CRM, los préstamos concedidos en su día a GNN y convertidos en capital social a 1.208.901 (doc. nº 7) y a 1.500.576 euros (doc. nº 8).

c) Los avales de la querellante (CRM) de fechas 23/12/2009 de los préstamos por importes de 1.306.062,00 euros y 114.250,00 euros concedidos a GNN por el Banco Pastor y BANESTO, respectivamente, así como otro aval de CRM a favor de GNN por un préstamo de 177.557 euros de Caja Madrid cancelado por CRM el 03/06/2010 (documentos números 9, 10 y 11 de la querella);

d) El Informe de la Administración concursal (doc. 14) donde se relacionan en la página 50 los cambios más significativos operados en GNN desde el 01/09/2009 al 24/11/2010, que llevó a la sociedad a dejar de atender sus obligaciones de pago, a rescindir los contratos de toda la plantilla y a presentar la solicitud de concurso voluntario de acreedores. Entre los cambios se señalan la venta del total de las participaciones que la sociedad(GNN) tenía en las sociedades Sposa Distribución, SL, Alta Modistería Nupcial, SL; Sposa Distribución, SA de CV, y Gestión y Desarrollo de Moda España, SL, relacionándose en las páginas 16 a 18 del informe las sociedades participadas por GNN , donde se dice que GNN vendió el 100% de su participación en SPOSA DISTRIBUCIÓN, SL, el 12/11/2009 , a Yolanda por el precio que se indica; SPOSA DISTRIBUCIÓN , SA DE CV, con el 70% , vendida el 31/10/09, según el registro contable, sin que se facilite a los administradores concursales el título de venta; Alta Modistería Nupcial, SL, de la que GNN tenía una participación del 100%, siendo vendida el 12/11/2009 a Yolanda . De todas esas sociedades eran administradores solidarios los querellados Mauricio y Yolanda

Se deja constancia, por último, que las operaciones fraudulentas de venta de participaciones se excluyen de la querella por haber sido planteadas por la querellante en el concurso de acreedores para que sus administradores insten las acciones oportunas para su rescisión, limitándose la acción ejercitada a la eventual existencia de un delito de estafa del art. 248 y correlativos del CP ; aunque se ha de tener en cuenta que , conforme al art. 48 quáter de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal , modificada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, "declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores". Sin embargo, como una de las excepciones a la regla general, el artículo 50.4 LC dispone que los jueces o tribunales del orden penal "ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase".

CUARTO. - *Insuficientes medidas de autoprotección de la querellante*

La querellante es una empresa semipública cuyos socios son de la máxima relevancia institucional, como se refleja en la propia querella y en la escritura de poder que le acompaña. Se trata ni más ni menos que de la Comunidad de Madrid, la Sociedad de Promoción y Participación empresarial Caja Madrid, SA, y Cámara de Comercio e Industria de Madrid.

Es evidente que la querellante no adoptó las precauciones propias de una operación de estas características, mediante, por ejemplo, una auditoría secundaria a la que le presentó GNN , para autoprotgerse, o la exigencia como condición *sine qua nom* de la inversión o reinversión de garantías legales en relación con las sociedades filiales de GNN y las marcas comerciales cuyo derecho de explotación tenía , sin excluir las garantías



personales al uso y avales bancarios que debieron exigirse al querellado Mauricio y a su esposa Yolanda , ambos miembros del consejo de administración de GNN.

De la lectura de los escritos de la querellante y documentación aportada en ella, y en especial del Informe de la Administración Concursal, se llega a la conclusión de que la querellante, teniendo en cuenta la forma de actuar en el sector que opera, la importancia de la inversión realizada en GNN y su capacidad para adoptar elementales medidas de autoprotección, infringió su deber de autotutela, por lo que el perjuicio patrimonial sufrido no es imputable objetivamente a los querellados desde un punto de vista estrictamente penal. Como antes se ha reflejado al citar la doctrina jurisprudencial sobre el delito de estafa , la finalidad del tipo de la estafa no es "evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, por lo que "solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima", todo ello sin perjuicio de lo que resulte de la pieza de responsabilidad penal del procedimiento concursal

Veamos las actitudes sumamente confiadas que se infieren del análisis de la querella y recursos, así como de la documentación aportada por la querellante.

En la querella se afirma que el INFORME DE AUDITORÍA fue llevado a cabo por la empresa COMPTO AUDITORES, SL, ordenada por CRM (se dice en el informe de la administración concursal , en la pág. 21) , pero elegida por el propio Mauricio .

Como otra muestra de la actitud de la querellante, no exigió la materialización de las ampliaciones de capital anunciadas en el citado informe, en cuyas conclusiones se dice que en el capital suscrito de GNN se incluyen dos ampliaciones de capital de dos de las sociedades filiales , por importe de casi 800.000 euros, que en la fecha de elaboración del informe no constan en escritura pública ni en el Registro Mercantil , " aunque se tiene intención de llevar a cabo ambas ampliaciones en un periodo previsiblemente corto"(sic).

En los recursos de reforma y apelación se hacen constantes alusiones al PLAN DE VIABILIDAD de 23/11/2009 para la refinanciación, que provocó el engaño en la querellante por creer que las sociedades filiales en cuestión seguían integradas en GNN, pero resulta que dicho plan fue "elaborado con intervención del señor Mauricio y su equipo administrativo, financiero y contable después del otorgamiento de las escrituras en las que hacían constar la misma estructura de grupo y de conceptos de ingresos y gastos que en el plan elaborado en el año 2008" (doc. nº 6 de la querella). También en el escrito de 27/01/2012 oponiéndose al sobreseimiento solicitado por los querellados, la querellante afirma que el Plan de Viabilidad de 13/02/2008 (doc. nº 2 del citado escrito) fue "elaborado por el equipo del Sr. Mauricio " y constituyó "la base y fundamento de la entrada de CRM en el negocio" mediante la adquisición del 20% del capital social de GNN.

En la elaboración de ambos planes, por tanto, no intervino la querellante, quien dio por bueno el planteamiento de negocio que le quisieron presentar, sin asegurarse, por cierto, con ocasión de la presentación del plan de viabilidad de 23/11/2009, que dio lugar a otro importante desembolso de dinero y al aval de créditos bancarios, que las participaciones en las sociedades filiales y el derecho de explotación comercial de las marcas comerciales seguía incólume.

Por otra parte, en los recursos se afirma que Sr. Mauricio hizo "un uso abusivo de sus poderes como consejero en delegado a espaldas de los consejeros designados por la querellante, con absoluto desprecio a los acuerdos y obligaciones asumidas en el Acuerdo de Socios." De lo que se deduce que mantuvo poderes suficientes para actuar sin control de la querellante, que bien pudo imponer la elemental medida de que el poder de disposición fuera mancomunado.

Todo ello, sin olvidar el contenido de la cláusula decimocuarta de tales Acuerdos según la cual CRM dio por buenos los "estados financieros de la sociedad" entregados por GNN y los documentos relacionados en la letra c) de la mencionada cláusula, sin verificación con otra auditoría encargada por la querellante, como se ha dicho.

En fin, en el Informe de la Administración concursal de 03/03/2011 (doc. 14) se afirma que las cuentas anuales de 2007- 2008 no se presentaron en plazo; las de 2007-2008, ni se aprobaron ni presentaron en plazo, siendo calificadas de defectuosas por el Registro Mercantil (pág. 47); y que las últimas cuentas anuales debidamente formuladas y depositadas en el Registro Mercantil fueron las del ejercicio cerrado el 31/08/2007. La lectura de los apartados I-B-9 (Formulación y aprobación de cuentas anuales) y 10 (Los libros de actas) del citado informe pone de manifiesto un aparente incumplimiento de la legislación mercantil.

En todo caso, a la vista de la situación económica en que se hallaba GNN en el momento en que CRM firmó con ella el Acuerdo de Socios de 1 de abril de 2008, que dio lugar a una ampliación de capital y correlativo desembolso de 1.500.000 euros por parte de CRM y a otras dos ampliaciones el 6 de junio y 30 de julio de 2008 por importes de 1.000.000 euros y 500.000 euros, respectivamente , las garantías que debieron adoptarse con



ocasión de las dos nuevas ampliaciones de capital , no contempladas en el acuerdo de socios, de 23/12/2009 y el 24/12/2009 , mediante la capitalización de deudas que la sociedad mantenía con CRM por valor de 1.208.640 euros y 1.500.000 euros , que provenían de deuda bancaria asumida por CRM, debieron ser determinantes para evitar la venta de las filiales de GNN , garantías entre las que se encuentran la eventual pignoración de las acciones o participaciones que GNN tenía en sus sociedades filiales.

A este respecto, el contrato de prenda, conforme al art. 1866 CC , da derecho al acreedor a retener la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito; cabiendo constituir un derecho de prenda sobre las acciones por ser bienes muebles que están en el comercio susceptibles de posesión, materia cuya regulación se hace en el Código civil (art. 1857 , 1863 y 1865), al que remite el antiguo art. 57.1 LSA y el equivalente del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo art. 92 establece que las acciones son valores mobiliarios, regulando el art. 132 la prenda de participaciones o de acciones.

Sobre dicho particular, el art. 106.1 LSC dispone que "la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. La constitución de derechos reales diferentes del referido en el párrafo anterior sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública. 2. El adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

Finalmente, la querellante, con ocasión de la firma del inicial Acuerdo de socios y sobre todo de la inversión para refinanciar a GNN de finales de 2009, debió asegurar la permanencia en ella de las MARCAS COMERCIALES, unas propias y otras licenciadas, no mencionadas en la auditoria de COMPTO AUDITORES, SL, cuya explotación fue cedida a GNN bien directamente o a través de sociedades como Creaciones Nupciales, SL, mediante la formalización de los contratos de licencia o royalty que se especifican en el fundamento jurídico único del auto recurrido de 06/02/2012 .

En consecuencia,

PARTE DISPOSITIVA

Se DESESTIMA el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales don Carlos PIÑEIRA DE CAMPOS, en representación de la entidad CAPITAL RIESGO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, SA, contra auto de 20/04/2012 del Juzgado de Instrucción nº 50 de Madrid (DP nº 4720/2011) , que desestimó el recurso de reforma contra auto de 06/02/2012 de sobreseimiento provisional y archivo de la querrela criminal interpuesta contra Mauricio y Yolanda , por un supuesto delito de estafa ; resolución que se confirma, declarando de oficio las costas del recurso por no apreciarse temeridad o mala fe en su formulación.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la presente resolución al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala.