

Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386

Fax: 914934390

GRUPO 2

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0019447



(01) 30486566180

m-13

Recurso de Apelación 1065/2015

Origen: Juzgado de Instrucción nº 03 de Madrid
Diligencias Previas Proc. Abreviado 3336/2014

Apelante: D./Dña. SALVADOR RIERA VILA, D./Dña. CARMELO LEZANA OÑATE y D./Dña. JUAN CARLOS NOLASCO VILLEGAS

Procurador D./Dña. JULIAN CABALLERO AGUADO

Letrado D./Dña. LOURDES ALVAREZ LAUBE

Apelado: D./Dña. SARA PEREZ FRUTOS y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. EDUARDO DE LA TORRE LASTRES

AUTO 83 / 2016

Magistrados:

Pilar Oliván Lacasta

Carlos Martín Meizoso (ponente)

Ignacio José Fernández Soto

En Madrid, a 28 de enero de 2016

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero: El 17 de febrero de 2015 el Juzgado de Instrucción 3 de Madrid, en la causa arriba referenciada, dictó resolución por la cual acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Segundo: Contra dicha resolución Salvador Riera Vila, Carmelo Lezana Oñate y Juan Carlos Nolasco Villegas formularon recurso de reforma y subsidiario, de apelación. El de reforma fue desestimado por auto de 5 de mayo de 2015.

Tercero: El Ministerio Fiscal y Sara Pérez Frutos solicitaron la desestimación de ambos recursos.

MOTIVACION

Primero: Salvador Riera Vila, Carmelo Lezana Oñate y Juan Carlos Nolasco Villegas formularon querrela frente a Dracon Partners Eafi, S.L. (en adelante Dracon) y su administradora, Sara Pérez Frutos, imputándoles presuntos delitos de estafa con abuso de confianza; asociación ilícita, publicidad engañosa e insolvencia punible.

En ellas, resumidamente, se venía a decir que, a sugerencia de los querrellados, los querellantes adquirieron en las fechas y por los importes que se indican en las tablas que siguen, warrants que posteriormente se vendieron, obteniendo los resultados que también se reflejan.

Que lo hicieron seducidos por los aparentes enormes conocimientos de la querellada, resaltados mediante apariciones en televisión, profusa exhibición de títulos, oficinas lujosas, afirmaciones de multiplicar beneficios, casi mágicamente, posesión de información privilegiada, omisión del test de idoneidad y de disponer de una inusual autorización para funcionar en este tipo de mercados, concedida por la CNMV.

Se habría complementado el fraude mediante una primera operación de resultados positivos. Afirman que no hubieran incurrido en las inversiones descritas de haber conocido que se harían de forma exclusiva en operaciones de alto riesgo, cosa que ocultó la querellada y el personal a su cargo.

Segundo: La instructora optó por el sobreseimiento por entender que los hechos descritos en la querrela carecen de relevancia penal.

Tercero: Frente a ello se alzan los querellantes. Sostienen que la instructora debió inhibirse a favor del Juzgado de Instrucción 12 de los de Madrid (Previas 8-13), ante el que se siguen diligencias conexas con las que nos ocupan, al obedecer al mismo *modus operandi*.

También, que los hechos revisten trascendencia penal, por lo que ha de completarse la investigación mediante las diligencias que propuso la querrela.

Cuarto: Pues bien, en cuanto a la conexidad de los procedimientos, hemos de señalar la forma anómala de proceder de los recurrentes. En las presentes actuaciones son tres los querellantes, que actúan contra dos querellados. En las del Juzgado 12 son diez los querellantes (ninguno de ellos coincide con los actuales) y 23 los querellados. Solo coinciden en dos de los querellados, Dracon y Sara Pérez. Los hechos relatados en una y otra hablan de operaciones distintas, de diferentes cuantías y de diversos perjudicados.

Por otra parte, ambas actuaciones se denuncian bajo la misma dirección letrada y con el mismo procurador. Y ello es particularmente llamativo. Si tan relacionados creen los hechos, se entiende mal que formulen dos querellas diferentes. Debieron perseguirse en una sola o, a lo sumo, ampliarse la querrela inicial, o adherirse a la misma, mediante escrito dirigido al Juzgado de Instrucción 12 y no a reparto (ver encabezamiento de la actual querrela en el folio 5). No pueden ahora ir contra sus propios actos y alegar conexidad, solo cuando se dicta el sobreseimiento cuestionado.

Máxime, cuando al tratarse de la misma dirección letrada, es obvio que conocía la relación entre ambas denuncias. De hecho, al folio 45 se desliza una errata, la querrela habla de que son nueve los perjudicados, cuando solo son tres los actores. Lo mismo ocurrió en las otras actuaciones, cuyo testimonio se ha unido al proceso. Allí, folio 197, se habla igualmente de nueve víctimas, cuando en realidad eran 10 los querellantes.

Por si fuera poco, a nadie se le oculta la dificultad de instruir procesos complejos con multitud de implicados. Ello ha motivado la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que modifica, entre otros, el artículo 17, de forma que viene a considerar que los delitos conexos han de ser *investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.*

Introduce pues un criterio razonable, que ya venía siendo acogido por los Tribunales, tendente a evitar dilaciones innecesarias. Así ocurre en el supuesto a examen.

Quinto: Los apelantes insisten en la presunta responsabilidad de los querellados, imputándoles presuntos delitos. En concreto de:

- Asociación ilícita, del 515.1 del Código Penal.
- Estafa con abuso de confianza, de los artículos 248, 250 y 251 bis del Código Penal.
- Publicidad engañosa de los artículos 282 y 282 bis del Código Penal.
- Insolvencia punible de los artículos 257 a 261 bis, del Código Penal.

Pues bien, los hechos malamente pueden encajar en los delitos de:

- **Asociación ilícita.** Es obvio que no se trata de una organización paramilitar (artículo 515.3). Nada dicen los apelantes que permita suponer que los querellados *fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad* (artículo 515.4). Tampoco parece que *empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución* (artículo 515.2).

Solo podrían incluirse en su número 1, esto es, asociaciones que tienen por objeto *cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión*. Lo que ocurre es que no concurren el resto de los requisitos sentados jurisprudencialmente, que resume la STS 395/15: *pluralidad de personas, asociadas, y todos ellos concertados para un fin común... con aportes de todos ellos al común fin delictivo, con un reparto de papeles o cometidos y con una cierta consistencia y permanencia temporal*.

Y es que, en el supuesto a examen, las actuaciones se dirigen solo contra una persona física y la entidad que ésta administra. No se detecta estructura jerarquizada, ni

reparto de papeles. El objeto de la empresa no era la comisión de delitos sino la intermediación en los mercados financieros, de forma autorizada, regulada y lícita.

Si lo que se pretende es que, una vez iniciada su actividad, se desvió hacia la comisión de ilícitos, habremos de concretar de cuáles se trata, lo que nos lleva a los puntos siguientes.

- **Estafa con abuso de confianza.** Habría consistido, resumidamente y según la querrella, en conseguir que los recurrentes efectuaran diversas inversiones, mediante el pago de una comisión por el asesoramiento personalizado de la querrellada, sin que existiera verdadero asesoramiento y de los que derivaron en importantísimas pérdidas económicas para los actores, al tratarse de inversiones de alto riesgo, cosa que pudieran desconocer los querellantes.

Se habría cometido gracias al engaño consistente en simular amplia experiencia por parte de la querrellada, oficinas lujosas, afirmaciones de multiplicar beneficios, posesión de información privilegiada, de disponer de autorización para funcionar en este tipo de mercados, concedida por la CNMV (que posteriormente le sería revocada), etc. Se habría complementado mediante una primera operación de resultados positivos, ocultando la existencia de riesgos nada desdeñables y la ausencia de stop limits.

Pero lo cierto es que las inversiones fueron reales. No lo discuten los apelantes. Es la base principal en la que sustentan sus pérdidas. Verdaderamente no todas arrojaron resultados positivos. Pero ello no puede ser más delito que un posible incumplimiento contractual, siempre que se hubiera garantizado los beneficios, que no se acredita en ningún momento, y en todo caso, que puede ser dirimido en sede civil. En casos de inversiones en productos financieros de claro riesgo, como los que nos ocupan, el aspecto civil es el que prima, pudiendo los suscriptores acudir a esa vía, ejercitando sus pretensiones, a los efectos de lograr, en su caso, la nulidad de las contrataciones que les han llevado a las pérdidas económicas.

El producto ofrecido no puede estimarse fraudulento, su comercialización estaba autorizada por la CNMV. El hecho de que los querellantes puedan considerar que no fueron informados de manera correcta no implica engaño bastante a los efectos del tipo de estafa.

Nuestro Tribunal Supremo (SSTS 31-3-09, 19-5-09 y 1062/2010) excluye la estafa cuando la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo, pues en tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste. Por su parte la STS de 15-2-05, ha analizado en el tipo penal de estafa el alcance de las distintas exigencias de la imputación objetiva, referentes a la necesidad de creación de un riesgo típicamente relevante y socialmente no permitido, y a la determinación del alcance de la protección de la norma como criterio fundamental para delimitar el ámbito típico y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho Penal. Y desde ese punto de vista ha declarado que el tipo penal de 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 aquél 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 cuándo 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.

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 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 sólo 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 sólo 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 para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

Lo que ocurre es que, en el caso a estudio, suponer que los perjudicados desconocían lo arriesgado de las inversiones en las que se participaron, excede de lo razonable. Vistos las importantes cuantías de las sucesivas compras de títulos, sus pérdidas casi desde los momentos iniciales, su permanencia en el tiempo (durante diez meses en el caso de Salvador, seis en el de Carmelo y diez en el de Juan Carlos), no podemos creer que desconocieran el peligro. Lo normal es que, si lo desconocían inicialmente, tomaran conciencia del mismo ante los primeros resultados desfavorables y denunciaran la situación a la que se vieron abocados. No lo hicieron. Optaron por perseverar, lo que permite inferir que actuaron de forma consciente y voluntaria, no por engaño, sino aspirando a obtener beneficios en un mercado volátil de alto riesgo, como no podían por menos que saber y que finalmente no se produjeron.

- **Publicidad engañosa.** Los querellantes la asociación al modo de promocionarse los querellados, afirmando conocimientos y experiencia profundos en la materia, que les permitía casi garantizar resultados magníficos en todas las inversiones.

El artículo 282 del Código Penal castiga a *los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.*

Compartimos el criterio de la instructora. La forma de comercialización del producto estaría más cerca del llamado *dolus bonus*, propio del comercio, que del engaño bastante, definidor de la estafa y de delito de publicidad engañosa.

- **Insolvencia punible.** La querella sostiene que Sara Pérez realizó pagos a empresas proveedoras de servicios, situadas en un complejo entramado empresarial, con intención de descapitalizar Dracon y no pagar a sus acreedores.

La pretensión es simplemente inviable. Entre las empresas que enumera la querella, como destinatarias de los caudales (folio 85), aparecen algunas tan independientes de

Dracon como Deloitte Asesores Tributarios, Telefónica de España, S.A, Thomson Reuter España, S.L, KPMG Abogados, etc.

Cuando se paga a unos acreedores antes que a otros, el problema que surge será de prelación de créditos, pero su inobservancia no constituye delito de alzamiento de bienes, sino materia de derecho privado. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones (SSTS de 17-4-90, 25-10-1990, 26-3-2001 y 25-4-2002). En palabras de la Sentencia de 20-11-98, *no existe alzamiento de bienes cuando el dinero o los bienes obtenidos a cambio del patrimonio que se enajena se destinan al pago de otras deudas que también grababan el mismo patrimonio, pues esta figura delictiva ampara globalmente al conjunto de los acreedores y no a unos con preferencia a otros.*

La alteración precios del mercado que se propugna es inexistente. Los actores sostienen que se habría producido al proponer a unos inversores la venta de sus warrants por precios mínimos, al tiempo que ordenaban a otros que los adquirieran por precios elevados.

Los títulos a examen valen lo que valen en cada momento, sin que los querellados, con las maniobras descritas, tengan capacidad para influir en su precio. Como parecen conocer los querellantes, pues lo mencionan (folio 78), su valor depende de factores externos a Dracon, como pudiera ser la nacionalización de REPSOL en su día por parte del gobierno argentino.

En su consecuencia, declarándose de oficio las costas de esta instancia

ACORDAMOS

Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Salvador Riera Vila, Carmelo Lezana Oñate y Juan Carlos Nolasco Villegas contra el auto de 5 de mayo de 2015, que confirmaba la resolución de 17 de febrero de 2015, la cual acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones, dictados ambos por el Juzgado de

Instrucción 3 de Madrid, ratificando los mismos y declarando de oficio las costas de esta instancia.

Póngase este Auto en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas y devuélvase la causa al Juzgado de Instrucción 3 de Madrid con testimonio de lo acordado.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Diligencia: seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.