

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN SEGUNDA  
ALICANTE**

**TELEFONOS.- 965.169.818- 19-20  
FAX.-965.169.822**

NIG: 03063-43-1-

**Procedimiento: Apelación Autos Instrucción N° 000 /2017- APELACIONES - J -**

Dimana del Diligencias Previas N° 000 /2016

Del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° DE DENIA

Apelante: O C B S.L

Letrado:

Procurador:

Apelado: .

Letrado:

Procurador:

**AUTO N° 15/2018**

=====  
**Ilmos/as. Sres/as.**

**Magistrados/as**

**D. FCO. JAVIER GUIRAU ZAPATA.**

**Dª Mª CRISTINA COSTA HERNÁNDEZ.**

**D. JOAQUÍN MARÍA COROMINA CASAS.**  
=====

En Alicante, a dieciocho de enero de dos mil dieciocho.

**I - ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° DE DENIA se dictó auto de fecha 26-7-17, en el que, desestimando el recurso de reforma interpuesto por O C B S.L; confirmaba el auto de fecha 23-03-17.

**SEGUNDO.-** Que por O C B S.L se interpuso recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción que fue impugnado por el Ministerio Fiscal (S. BENAVIDES), elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial, donde se formó el rollo n° 000903/2017 de esta Sección Segunda.

**TERCERO.-** Incoado el presente rollo para la substanciación del recurso de apelación

interpuesto, previa su deliberación, fueron entregados los autos al Magistrado Ponente, D/ña. M<sup>a</sup> CRISTINA COSTA HERNÁNDEZ, para que expresase el parecer del Tribunal.

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**ÚNICO.-** Recurre en apelación la parte denunciante, Ogisaka Costablanca S.L., el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Denia, de fecha 26 de julio de 2017, que desestima el recurso de reforma contra el auto de 23 de marzo de 2017 de sobreseimiento de las actuaciones por no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal, con reserva de las acciones civiles que en derecho correspondan.

Alega la parte recurrente que los hechos objeto de denuncia son constitutivos de un delito de estafa y solicita la práctica de diligencias de investigación.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional declara que el querellante o el denunciante no tienen derecho más que a una respuesta judicial razonada que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela o denuncia presentada (SSTC 11/1985, 148/1987, 33/1989, 191/1992, 37/1993, 217/1994 y 111/1995), sin que exista a favor de la parte ius procedatur alguno en aquellos casos en el que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela o denuncia, carecen de ilicitud penal, en cuyo supuesto el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de la apertura de una instrucción. Ello supone, como inmediata consecuencia, que el Juez cuando aprecie de forma evidente que los hechos denunciados carecen de relevancia penal debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no existe un derecho de legalidad invertido (derecho a obtener una condena penal) de modo que al querellante le asiste un derecho al proceso con las garantías esenciales pero no tiene, en el marco del artículo 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora. Esta motivación debe atender a la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que bien se inadmite su tramitación “ad limine litis” (cuando por el contenido de la querrela o denuncia puede ya establecerse que los hechos no constituyen delito), bien se acuerda el sobreseimiento tras practicar las imprescindibles diligencias de prueba.

La Jurisprudencia del TS detalla los elementos necesarios para la existencia del delito de estafa, entre otras la STS de 14-7-2005 los enumera en la siguiente forma:

“1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad,

fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, y a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Ánimo de lucro, propio o en favor de otro, como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria.

La STS de 28-6-2011, con respecto al delito de estafa en su modalidad conocida como "negocio jurídico criminalizado", señala que "la estafa exige ciertamente una acción engañosa precedente o concurrente, que viene a ser su "ratio essendi", realizada por el sujeto activo con el fin de enriquecerse él mismo o un tercero (ánimo de lucro), que la acción sea adecuada, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo, que en virtud del error este sujeto pasivo realice un acto de disposición o desplazamiento patrimonial que cause un perjuicio a él mismo o a un tercero y que por consiguiente exista relación de causalidad entre el engaño de una parte y el acto dispositivo y perjuicio de otra.

En esta variedad defraudatoria, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, desvirtuándose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo, de suerte que cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS 21/2008 y 65/2010)."

El recurso no merece favorable acogida. En el presente caso la denunciante alude a que los denunciados, titulares de un derecho de aprovechamiento por turnos, lo han vendido a otras personas que, en realidad, son "testaferros" de una mercantil, Baias, S.L., para eludir el pago de las deudas que mantenían con la denunciante que gestiona apartamentos en régimen de aprovechamiento por turnos.

Los hechos que se relatan en la denuncia no reúnen los requisitos exigidos por el tipo penal de la estafa (ni de ningún otro). Los titulares de los derechos en estos casos pueden transmitirlos a terceros, sin perjuicio de las obligaciones que hubieren contraído en virtud del contrato celebrado a aquellos fines de aprovechamiento de inmuebles por turnos y sin perjuicio de la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del titular de quien adquieren, de conformidad con la Ley 4/2012. La cuestión es meramente civil y cualquier presunto incumplimiento contractual debe ser dilucidado en esa vía.

Compartimos, por tanto, los razonamientos de las resoluciones recurridas procediendo en consecuencia la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de aquellas, sin efectuar pronunciamiento sobre las costas del recurso.

VISTOS los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

En atención a todo lo expuesto,

**LA SALA ACUERDA:** DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por **O. S. C. B. S.L** contra el Auto de fecha 26-07-17 del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº DE DENIA Diligencias Previas - 000 /2016, **que se confirma;** sin efectuar pronunciamiento sobre las costas del recurso

Notifíquese la presente resolución contra la que no cabe recurso conforme lo que establece el art. 248.4 LOPJ. Dedúzcase testimonio de la presente resolución y remítase al Juzgado de su procedencia para su unión a los autos originales y del que se unirá otra al presente Rollo de Apelación.

Así lo acordaron y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.