



Roj: **STS 3856/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3856**

Id Cendoj: **28079120012022100819**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2022**

Nº de Recurso: **5322/2020**

Nº de Resolución: **833/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3662/2020,**  
**STS 3856/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 833/2022**

Fecha de sentencia: 20/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5322/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Málaga. Sección Octava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5322/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 833/2022**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 5322/2020, interpuesto por **D. Nicanor**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Ana Llorens Pardo, bajo la dirección letrada de D. Bosco García de Viedma Lapetra, y la mercantil **BDB WELLNESS, SL**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> del Carmen Moreno Ramos, bajo la dirección letrada de D. Álvaro González Mesto, contra la sentencia n.º 332/20 dictada el 14 de septiembre de 2020 y aclarada por auto de fecha 19 de octubre de 2020, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga.

Interviene el **Ministerio Fiscal**, y como partes recurridas **D. Nicanor**, y **BDB WELLNESS, SL**, respectivamente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Marbella instruyó Procedimiento Abreviado 40/2017 (Diligencias Previas 2006/2014), por delito de coacciones, y delito de apropiación indebida, contra D. Nicanor; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección octava (Rollo P.A. núm. 1003/2019) dictó Sentencia número 332/20 en fecha 14 de septiembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado Nicanor, mayor de edad, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, actuando como representante de VILLA PADIERNA PALACE HOTEL SL Y VILLAPADIRENA THERMAS HOTELES S.A, concertó contrato de cesión de uso de espacios comerciales con Rubén, actuando éste en representación de SOS BELLEZA CONSULTING S.L (posteriormente BDB WELLNESS S.L), en fecha 28 de diciembre de 2012, en virtud del cual se cedían en régimen de exclusividad, el uso de los espacios comerciales e instalaciones y maquinaria de los Hoteles VILLA PADIERNA PALACE HOTEL de Benahavis y VILLA PADIERNA THERMAS HOTEL de Carratraca, a la cesionaria para la prestación de servicios medical wellness, fijándose como contraprestación que debería abonar a las cedentes de una comisión mensual del 25% de los ingresos brutos totales procedentes de los servicios prestados al amparo del contrato.

En virtud de dicho contrato, y a los efectos de garantizar la exclusividad de los espacios medical wellness, la cesionaria se obligaba a transferir, dentro de los primeros cinco días de cada mes, a una cuenta denominada *Capex*, una cantidad equivalente al 5% de los ingresos brutos totales facturados en el mes anterior a los clientes de los espacios medical wellness, se encontraran o no alojados en los Hoteles, procedentes de los servicios prestados. En el caso de que los ingresos procedieran de la venta de productos previamente adquiridos por la cesionaria o de servicios prestados por profesionales externos previamente contratados por ésta, el citado 5% se aplicaba sobre el margen neto y no sobre el precio de venta del producto adquirido o del servicio externo contratado.

La cuenta *Capex* tenía como titulares mancomunados a las cedentes y a la cesionaria y los fondos ingresados en la misma se destinaban únicamente a modificar, mejorar, sustituir, renovar y adicionar los materiales, instrumentos, la aparatología, mobiliario y equipamiento que la cesionaria, mobiliario y equipamiento que la cesionaria debía emplear en la prestación de los servicios medical wellness, siempre que fuere necesario o conveniente por razones de imagen o exclusividad de la actividad a desarrollar por los Hoteles.

En fecha 1 de mayo de 2011, de una parte Nicanor, actuando en nombre y representación de la Entidad Hotel Villa Padierna Marbella S.L y Hotel Villa Padierna Thermas de Carratraca S.A., y de otra Olga, actuando en nombre y representación de SOS BELLEZA CONSULTING, S.L celebraron contrato de cesión de uso de espacios comerciales, en el que se pactaban las siguientes comisiones que la cesionaria debería de abonar a la cedente:

Durante el ejercicio 2011 no se abonaba cantidad alguna por ningún concepto, en el ejercicio 2012, una comisión mensual equivalente al 10% de la facturación que en el mes inmediatamente anterior efectuaba a sus clientes se encontraran alojados o no en los Hoteles, durante el ejercicio 2013, una comisión mensual equivalente al 15% de la facturación, que en el mes inmediatamente anterior efectuaren a sus clientes se encontraran alojados o no en los Hoteles, durante el ejercicio 2014 una comisión mensual equivalente al 20% de la facturación que en el mes inmediatamente anterior efectuaren a sus clientes se encontraran alojados o no en los Hoteles. Durante los ejercicios 2015 a 2020 (y siguientes en su caso), una comisión mensual equivalente al 20% de la facturación, que en el mes inmediatamente anterior efectuaren a sus clientes se encontraran alojados o no en los Hoteles.

El día 20 de febrero de 2014 Villa Padierna Palace Hotel, S.L y Villa Padierna Thermas Hotel S.A, remitió a Rubén, legal representante de la empresa SOS BELLEZA CONSULTING, S.L., escrito firmado por Carlos Ramón



en virtud del cual se le comunicaba, de conformidad a la estipulación decimocuarta apartados 14.1 y 14.2 del contrato de cesión de usos de espacios comerciales suscrito entre las sociedades, la resolución del citado contrato, habida cuenta el incumplimiento de las obligaciones económicas relativas a la contraprestación de la cesión, así como de la obligación de los ingresos de la cuenta "Capex".

El día 23 de febrero de 2014 se procedió a la reapertura de las citadas instalaciones.

En fecha 19 de abril de 2014 el acusado, actuando en nombre y representación de VILLA PADIERNA PALACE HOTEL SL Y VILLAPADIERNA THERMAS HOTELES S.A, remitió escrito dirigido a Rubén , representante legal de BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L), en el que le comunicaba, ante los supuestos incumplimientos de las clausulas contractuales, lo siguiente:

- a) que quedaba definitivamente resuelto el contrato de cesión de uso de espacios comerciales de fecha 28 de diciembre de 2012 suscrito entre las partes.
- b) Que las entidades propietarias, recuperarían los espacios comerciales de los Hoteles para evitar mayores perjuicios a su imagen y a los clientes y poner coto a una conducta que se estimaba penalmente tipificada.
- c) Que si existiere algún bien u objeto estrictamente personal que le perteneciere a alguno de los trabajadores deberían, previo aviso, personarse en las instalaciones, con un listado, y el personal de seguridad les facilitaría, bajo su control, la recuperación de aquello que le perteneciere se forma indubitada.
- d) Que se le concedía un plazo de tres días naturales para que presentaren una rendición exacta de cuentas en relación con los ingresos brutos obtenidos en el medica wellness y abonar el 25% que le correspondiere a las sociedades cedentes. Caso contrario, se iniciarían inmediatamente acciones penales contra el legal representante y contra aquellos trabajadores que se entendiere que habrían actuado en connivencia con la conducta ilícita.
- e) Que no se permitiría el acceso a las instalaciones a los trabajadores que pudieren haber incurrido en complicidad con la conducta realizada por el legal representante de BDB WELLNESS SL (antes SOS BELLEZA CONSULTING SL).

El acusado ordenó el día 19 de abril de 2014 que se procediera, de manera definitiva, a la prohibición de entrada a los Hoteles VILLA PADIERNA PALACE HOTEL de Benahavis y VILLA PADIERNA THERMAS HOTEL de Carratraca al personal que trabajaba en dichas instalaciones y a los representantes de BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L), procediéndose por personal de VILLA PADIERNA dicho día al cierre de las instalaciones y prohibición de entrada a las mismas de conformidad a lo ordenado por el acusado.

En fecha 24/4/2014 la Sra. Notario Encarnación de la Fuente, levantó acta notarial a requerimiento de Rubén al objeto de que se dejare constancia de si se permitía el acceso o no en las instalaciones del Balneario del Hotel Villa Padierna en Carratraca, siendo el resultado de dicha acta que el día 7/5/2014 la Sra. notaria acompañada de Olga , en nombre y representación, como administradora solidaria, de la entidad BDB WELLNESS S.L., pudo constatar como la Sra. Verónica no pudo acceder a las instalaciones del Hotel para realizar su trabajo, pues el Sr. Alonso (director del establecimiento) no le permitió la entrada.

La prohibición y el cierre por la fuerza de dichos espacios ordenado por el acusado y ejecutado por personal a sus ordenes, no impidió que BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L), pudiese retirar la maquinaria, productos y enseres de su propiedad que al momento del cierre, se encontraban en el interior de los espacios, no habiéndose apropiado el acusado de enseres, mobiliario y maquinaria alguna propiedad de la entidad BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L), valorada en 69.386,85€.

En fecha 19/4/2014 se levanto acta notarial por la Sra. notario Almudena Romero López, a requerimiento del acusado, a los efectos de que la Sra. Notario se constituyere en el Hotel Villapadierna -en las instalaciones del Spa-, y a la trabajadora encargada le hiciere entrega de la carta de fecha 19/4/2014 por la cual se comunicaba a BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L), la resolución del contrato de fecha 28/12/2012.

El día 14/4/2014, sobre las diez horas, la Sra. Notario se persono en compañía del acusado y del director del Hotel Villapadierna, Carlos Ramón , en las instalaciones del mismo. Posteriormente se persono en las instalaciones, Araceli , a quien se le hizo entrega de la carta para hacerla llegar al legal representante de BDB WELLNESS S.L (antes SOS BELLEZA CONSULTING S.L).

La Sra. Notario en compañía del director del hotel recorrió todas las instalaciones del spa y comprobó que todas las fotografías entregadas reflejaban fielmente la realidad existente en ese momento, pudiendo observar desorden y suciedad en armarios, cabinas, cocina, estantes y en general en todas las instalaciones.

El día 20 de mayo de 2015 a las 10:30 horas por orden del Juzgado de Instrucción nº 5 de Marbella (Málaga), la patrulla senda 32 compuesta por los Guardias Civiles con numero de identificación personal

NUM000 , NUM001 y NUM002 , se personaron en las instalaciones del Hotel Villapadierna Palace sito en Benahavis (Málaga), para la apertura de caja fuerte y levantamiento de acta con los objetos contenidos en ella con representación de personas de ambas partes, así como para la entrega voluntaria por parte de Hotel Villapadierna de diversas maquinas de uso profesional a la empresa BDB Wellness, así como enseres, utensilios y bienes personales o destinados al uso profesional o empresarial pertenecientes a BDB Wellness S.L que se hallaren en las instalaciones del Hotel Villapadierna Palace Hotel..

A dicho levantamiento de actas comparecieron Rubén , en calidad de administrador mercantil de BDB Wellness.

Dolores , en calidad de abogada de Villapadeima Palace Hotel.

Ezequias , en calidad de notario a instancias de la empresa BDB Wellness.

Feliciano , en calidad de acompañante de Rubén .

Florencio en calidad de administrador concursual de la empresa BDB Wellness.

A las 11:40 horas del día 20 de mayo de 2020, en presencia de las personas antes citadas y en presencia de la Unidad Actuante, se procedió por parte del Hotel Villapadierna a la entrega voluntaria de los siguientes objetos:

- 1.-Un Lymphodrainer profesional (sin caja original) (nº de serie ESC-1, pintada con un bolígrafo). Un cable de alimentación, un cable mando de pie, dos cables sin poder determinar la función.
- 2.-Un Beauty Diamx, Almont cosmetic, Rgmd, con nº de serie ilegible, un cable de alimentación, dos cables color negro con terminación de metal circular, un conector blanco con cable negro con terminal azul que lleva acoplada con plancha de metal. Cinco terminales.
- 3.-Una maquina de inyección de oxígeno, marca Olympia Design, con nº de serie NUM003 , una tapa superior (suelta), una mascarilla de oxígeno y cable adjunto a la mascarilla, un cable azul con conector.
- 4.-Una maquina de radio frecuencia facial marca Remodel con nº de serie Rmode NUM004 , un cable con aplicador (de gran tamaño), un cable con aplicación de menor tamaño.
- 5.-Una maquina de parafina marca Depileve, modelo Vide, con nº de serie NUM005 , un recipiente color dorado, un cable de alimentación de color negro.
- 6.- Una maquina reductor Body light, marca G-Body Light, sin identificar nº de serie.

Todos los objetos entregados, excepto el numero dos ( Un Beauty Diamx, Almont cosmetic, Rgrnd, con nº de serie ilegible, un cable de alimentación, dos cables color negro con terminación de metal circular, un conector blanco con cable negro con terminal azul que lleva acoplada con plancha de metal. Cinco terminales), venían sin su caja original. Ninguno de los mismos fue comprobado su funcionamiento.

La empresa BDB Wellness no recepciono los objetos nº 1 y 6, al no ser reconocidos como de su propiedad.

En virtud de Auto de fecha 4/11/2014 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, en el seno del procedimiento concurso voluntario 528/14, se declaro en concurso voluntario a la entidad BDB WELLNESS (antes SOS BELLEZA CONSULTING, S.L), siendo su administrador concursal Landelino .

Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de Diligencias Previas de fecha 28/5/20104, se dicto auto de apertura de juicio oral el día 30/5/2018, señalándose el día 8/7/2020 su enjuiciamiento."

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

"DEBEMOS CONDENAR y condenamos a Nicanor , como autor de un delito de COACCIONES, previsto y penado en el artículo 172.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad de dilaciones indebidas muy cualificada, a la pena de TRES MESES de PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, así como al pago de las costas procesales ocasionadas, incluyéndose en dichas costas las de la acusación particular.

No ha lugar a la condena en costas de la acusación particular.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Nicanor , del delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal (en relación con los artículos 250. L4º y 6º del Código Penal), por el que se formulaba acusación, con todos los pronunciamientos favorables.

No ha lugar a la responsabilidad personal subsidiaria de las empresas VILLA PADIERNA PALACE HOTEL S.L Y VILLA PADIERNA THERMAS HOTEL S.A, contra las que unicamente se abrió juicio oral como responsable civil subsidiario.



Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, con la advertencia que contra la misma podrá interponerse por las causas legalmente previstas recurso de casación ante el Tribunal Supremo, para cuya preparación las partes tienen el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución. Llévase certificación de la presente a los autos principales y archívese el original. "

**TERCERO.-** En fecha 19 de octubre de 2020, la Audiencia de instancia dictó **Auto de rectificación** con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA,

La RECTIFICACION, por error material, de la Sentencia N° 332/2020 recaída en el seno del Procedimiento Abreviado 1003/2019, dictada por esta Sala el 14/9/2020, a fin de redil car: donde dice en el ultimo párrafo de la pagina 6 de hechos probados: "El día 14/4/2014, sobre las diez horas, la Sra. Notario...", DEBE DECIR: "El día 19/4/2014 sobre las diez horas, la Sra. Notario...".

En la pagina 24, tercer punto de la enumeración, donde dice: "Contrato de fecha 19/4/2014 obrante...", **DEBE DECIR:** "comunicación de fecha 19/4/2014 obrante"...

**NO HA LUGAR** al complemento de sentencia interesado por la representación procesal de VILLA PADIERNA PALACE HOTEL, S.L. Y VILLA PADIERNA THERMAS HOTEL S.A., por lo expuesto en el razonamiento jurídico segundo de la presente resolución.

Se declaran de oficio las costas procesales que se hubieren podido ocasionar."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de Nicanor y BDB WELLNESS, SL (antes SOS BELLEZA CONSULTING, SL), que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes **motivos:**

#### **Nicanor**

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente ( art. 850.1º L.E.Crim.) y cuyo resultado era esencial para el sentido del fallo, en relación con un requerimiento a los administradores de la cesionaria (acusadora particular)

Motivo segundo.- Por quebrantamiento de forma, al haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente ( art. 850.1º L.E.Crim.) y cuyo resultado era esencial para el sentido del fallo, en relación con el oficio a Banco Sabadell.

Motivo tercero.- Por quebrantamiento de forma, al existir una manifiesta contradicción en los hechos declarados probados ( art. 851.1 L.E.Crim.) de la Sentencia con relevancia para el fallo, con evidente falta de claridad y causante de indefensión.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al existir error en la apreciación de la prueba ( art. 849.2º L.E.Crim.)

Motivo quinto.- Por infracción de precepto constitucional ( art. 852 L.E.Crim.), al entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Motivo sexto.- Por infracción de ley, al haberse vulnerado un precepto de carácter sustantivo ( art. 849.1º L.E.Crim.), por indebida aplicación del art. 172.1 del Código Penal

Motivo séptimo.- Por infracción de ley, al haberse vulnerado un precepto de carácter sustantivo ( art. 849.1º L.E.Crim.), por indebida aplicación del art. 172.1 CP, en relación con la indebida inaplicación del art. 620.2º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Motivo octavo.- Por infracción de ley, al haberse vulnerado un precepto de carácter sustantivo ( art. 849.1º L.E.Crim.), por indebida inaplicación del art. 455.1 CP, en relación con la indebida aplicación del art. 172.1 CP.

Motivo noveno.- Por infracción de ley, al haberse vulnerado un precepto de carácter sustantivo ( art. 849.1º L.E.Crim.), por inaplicación del artículo 123 CP, en relación con el art. 240.2 LECrim.

#### **BDB WELLNESS, SL**

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim por error de hecho, en la apreciación de la prueba.





Motivo segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la LECrim, al darse una clara contradicción en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Motivo tercero.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional del artículo 24 de la Constitución Española al haberse vulnerado la tutela judicial efectiva.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y las partes recurridas entre sí, solicitan la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los recursos presentados de contrario. La Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 19 de octubre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE BDB WELLNESS S.L

#### PRIMER MOTIVO POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM , AL EXISTIR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. Por la vía de la infracción de ley derivada del error en la valoración de determinados documentos, la mercantil recurrente solicita la reconstrucción del hecho probado y la condena del acusado Sr. Nicanor como autor de un delito de apropiación indebida. A su parecer, la sentencia prescinde de tomar en cuenta determinados documentos -el acta notarial de 21 de abril de 2014; el acta de entrega de bienes de 20 de mayo de 2015; y los documentos adjuntos a los correos electrónicos intercambiados entre la Sra. Tania , empleada del hotel VILLAPADIERNA, con el Sr. Rubén - que permiten considerar suficientemente acreditado que el acusado Sr. Nicanor hizo suyos determinados bienes que eran propiedad de la mercantil BDB WELLNESS S.L.

2. El motivo no puede prosperar. Y ello porque resulta inadecuado para reparar el pretendido gravamen que lo funda. La estrecha vía reparatoria que ofrece el artículo 849.2º LECrim se hace todavía más angosta cuando la acusación la hace valer para pretender la reconstrucción del hecho probado sobre el que se ha fundado la decisión absolutoria de la instancia -vid. STS 317/2018, de 28 de junio; 733/2021, de 29 de septiembre-

Como es sabido, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados. Los gravámenes que afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE.

Ni la acusación puede impetrar ante el tribunal de segunda instancia una nueva valoración de la prueba, como una suerte de derecho a la presunción de inocencia invertida. Ni, tampoco, que se reelabore el hecho probado corrigiendo los errores de valoración o de selección de datos probatorios, aunque se decanten en términos literosuficientes de la prueba documental por la vía del artículo 849.2º LECrim. Supuesto de literosuficiencia que, por otro lado, tan siquiera cabe identificar en los documentos invocados por la recurrente.

3. Cuando el objeto del recurso es una sentencia absolutoria, esta vía no puede emplearse para corregir errores valorativos. Solo cabe acudir a ella para salvar la simple omisión en el hecho probado del dato documentado cuyo valor probatorio puede considerarse validado por el tribunal de instancia a la luz de la fundamentación jurídica. Como una suerte de integración de elementos fácticos que, si bien se han considerado probados en la instancia, han quedado desperdigados en la fundamentación jurídica y sin cuya "presencia" en el hecho probado no resulta posible formular el juicio normativo de tipicidad que se pretende.

Fuera de este excepcional supuesto, la vía del artículo 849.2º LECrim no permite reajustar o reelaborar el hecho probado de la sentencia absolutoria. Insistimos, la no declaración como probados de elementos fácticos, objeto de acusación, a consecuencia de una irracional o incompleta valoración probatoria o de una arbitraria selección de los datos de prueba que se toman en cuenta solo puede hacerse valer como gravamen de motivos con alcance rescindente.

#### SEGUNDO MOTIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1 LECRIM , POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: CLARA CONTRADICCIÓN EN EL RELATO DE HECHOS PROBADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA



4. El recurso denuncia quebrantamiento de forma pues a su parecer los hechos que se declaran probados resultan contradictorios *respecto al delito de apropiación indebida* (sic). Considera el recurrente que al tiempo en que se fija como probado que el acusado ordenó el cierre de las instalaciones el 19 de abril de 2014 se afirma que no se impidió retirar la maquinaria, productos y enseres propiedad de la mercantil BDB. Sin embargo, en otro apartado se declara también probado que no fue hasta el 20 de mayo de 2015 cuando se produjo la restitución de los bienes por orden del Juzgado de Instrucción nº Cinco de Marbella. En lógica consecuencia, no puede afirmarse que a fecha 19 de abril de 2014, cuando se produjo el cierre de las instalaciones, no existiera una apropiación indebida de la maquinaria, enseres, utensilios y productos de la mercantil afectada. Durante el tiempo transcurrido hasta el 20 de mayo de 2015 existió, según el recurrente, conducta típica de apropiación.

5. El motivo tampoco puede prosperar.

Debe recordarse que la contradicción que genera un vicio rescindente de la sentencia es aquella que por su entidad lógica compromete la inteligibilidad del relato fáctico. Lo que acontecerá cuando contenga, por ejemplo, dos proposiciones factuales cuyas condiciones de producción resulten incompatibles entre sí o una de ellas prive de sentido narrativo a la otra, afectando de manera significativa a la consistencia lógico-proposicional del relato o cuando por el tiempo o el modo verbal utilizado no se sepa ni cuándo ni qué hechos acontecidos se declaran probados. Por lo que se refiere a la falta de claridad, esta podrá ser calificada como defecto estructural de confección del hecho probado con consecuencias rescisorias, cuando no permita aprehender un significado narrativo inteligible para personas no expertas en derecho, comprometiendo, por ello, la funcionalidad basilar que cumple el hecho probado en la sentencia penal.

Las exigencias de claridad, coherencia y precisión fáctica coligan no solo con el genérico derecho a la tutela judicial efectiva sino con el núcleo duro de los derechos de defensa, entre los cuales destaca, por su especial vigor y trascendencia, el derecho a conocer los hechos por los que una persona es privada de libertad. Entre otras razones para poder defenderse de los mismos mediante la interposición de los recursos procedentes.

6. En el caso, y como se anticipaba, no apreciamos en la sentencia de instancia ningún tipo de contradicción, indeterminación o trazo de ininteligibilidad en el relato fáctico que haya puesto en riesgo el derecho de la recurrente a conocer, como presupuesto del recurso formulado, los hechos sobre los que el tribunal de primera instancia construye su decisión absolutoria.

Es cierto que cabe identificar un espacio de imprecisión en el relato que se declara probado entre lo afirmado en la proposición décima y la decimotercera en cuanto al momento en que se produjo la entrega de los bienes a la recurrente. Pero no compromete la inteligibilidad de lo que se declara probado en términos esenciales.

Y, desde luego, tampoco permite extraer la consecuencia normativa pretendida por la recurrente. Debe destacarse, aunque se obvie en el desarrollo del motivo, que el Tribunal de instancia excluye el delito de apropiación indebida no porque se restituyera a la recurrente de sus bienes de manera inmediata al cierre de las instalaciones, sino porque no identifica dolo de apropiación dado el contexto de crisis de la relación contractual y las expectativas de compensación crediticias concurrentes.

El hecho probado, pese a la imprecisión revelada, no impide, en modo alguno, dicha conclusión normativa.

### **TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

7. En términos muy escuetos, y circulares, el recurrente considera que la sentencia lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva pues la prueba practicada acredita que el acusado, al impedir la entrada en las instalaciones, estuvo en posesión de la maquinaria y bienes de la recurrente y de sus empleados durante más de un año, por lo que procedía su condena como autor de un delito de apropiación indebida.

8. El motivo no puede prosperar. De nuevo se prescinde de tomar en consideración el fundamento principal de la decisión absolutoria que, como antes indicábamos, es la ausencia de dolo de apropiación. Y que la sala de instancia se encarga de justificar en términos razonables a partir de los datos que arrojó la prueba practicada.

Sobre esta cuestión, debe recordarse que en supuestos de sentencias absolutorias el gravamen por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte acusadora solo se produce si, por un lado, no se ha valorado de manera completa toda la información probatoria significativa producida en el plenario, privando, por ello, de la consistencia interna exigible a la decisión adoptada. Y, por otro, cuando los estándares utilizados para la valoración de la información probatoria sean irracionales. Esto es, cuando se utilizan criterios de atribución de valor a los datos de prueba que respondan a fórmulas epistémicas absurdas, a máximas de experiencia inidentificables o al desnudo pensamiento mágico, ignoto o inexplicable -vid. SSTS 166/2021, de 24 de marzo; 807/2021, de 21 de octubre; 762/2022, de 15 de septiembre-.

Lo que en modo alguno acontece en el caso que nos ocupa.



Insistimos. No puede reconocerse lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que ejercita la acción penal por la mera discrepancia valorativa con las conclusiones fácticas alcanzadas por el tribunal de instancia a partir de una razonable y razonada valoración de la prueba practicada. La parte acusadora, frente a una sentencia absolutoria, no puede invocar una suerte de derecho a la presunción de inocencia invertida.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Nicanor

**PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.1. 2º LECRIM , POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INDEBIDA DENEGACIÓN DE DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA CAUSANTE DE INDEFENSIÓN**

9. El recurrente, mediante un bien ordenado motivo, pretende la rescisión del juicio. A su parecer, al denegarse como prueba para el juicio que los anteriores administradores de la mercantil que ejerce la acusación particular facilitaran las claves necesarias para acceder y examinar el contenido de los archivos informáticos "CORE.SPD" y "CORE.130622.error.mdb" -donde estaba registrada la contabilidad real de la empresa-, a los que no pudieron acceder en su día los peritos informáticos de la Policía Nacional, se causó una grave indefensión. Y ello porque se impidió acreditar un hecho defensivo basilar: la existencia de graves incumplimientos de las obligaciones pactadas por parte de la mercantil SOS BELLEZA CONSULTING S. L con las mercantiles administradas por el recurrente. Incumplimiento obligacional que presta fundamento a la actuación resolutoria desarrollada y cuyo encaje penal, en su caso, solo cabría en el delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP, pero nunca en el delito de coacciones graves del artículo 172 CP.

La afirmación contenida en el apartado de los hechos probados relativa a la existencia de "supuestas deudas" y su proyección en el juicio normativo es, precisamente, la consecuencia de la limitación probatoria sufrida mediante una decisión, además, carente de la necesaria justificación. La patente necesidad de la prueba indebidamente denegada identifica un claro resultado de indefensión que obliga, al parecer del recurrente, a declarar la nulidad de la sentencia de instancia y del juicio.

10. El alcance de la pretensión rescindente exige valorar, primero, si el rechazo de medios de prueba propuestos por la defensa en un momento procesal procedente ha lesionado el derecho fundamental a la práctica de prueba y, segundo, si, con ello, se ha afectado al nivel exigible de equidad del proceso, reduciendo de manera constitucionalmente incompatible las expectativas de defensa.

Para ello, la sentencia de Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de diciembre de 2018, caso Murtazaliyeva c. Rusia, ofrece un método muy funcional para evaluar la compatibilidad de las decisiones de inadmisión probatoria, en particular cuando afectan a la defensa, con las exigencias del artículo 6.3 d) CEDH, que puede servir de interesante guía a los tribunales nacionales para el desarrollo de su función de control.

La doctrina Murtazaliyeva, con una no disimulada vocación de gran precedente - *key case* o *affaire phare*, en la terminología clasificatoria utilizada en el Reglamento del Tribunal-, reelabora, añadiendo nuevos elementos de evaluación, el estándar fijado en la STEDH, caso Perna c. Italia, de 6 de marzo de 2003, sobre juicios de inadmisión probatoria. Estándar que había sido tachado de excesivamente indeferente con las posiciones defensivas.

El estándar Perna sobre decisiones de inadmisión probatorias giraba sobre dos cuestiones esenciales: primera, ¿La parte agraviada ha fundamentado su solicitud de práctica de prueba especificando su importancia para la "manifestación de la verdad"?; segunda, ¿La negativa de los tribunales nacionales a su práctica menoscabó la equidad del juicio?

La sentencia Murtazaliyeva aclara algunos contenidos e incorpora un nuevo, e importante, ítem: ¿Los tribunales nacionales a la hora de rechazar la práctica del medio de prueba propuesto dieron razones suficientes para fundar su decisión?

Como se afirma en la propia sentencia Murtazaliyeva, " *la evaluación judicial de la pertinencia del medio de prueba propuesto y el razonamiento de los tribunales nacionales contenido en su respuesta a la solicitud de la defensa de que se escuche a un testigo, constituyen el vínculo lógico entre los dos elementos de evaluación que integran el estándar Perna, actuando como elemento material implícito. (...) Si bien en aras de la claridad y la coherencia de su práctica, el Tribunal considera conveniente hacer de ello un elemento [de evaluación] explícito (véase, en el mismo sentido, Pérez c. Francia [GC], Nº 47287/99, § 54-56, CEDH 2004-I)*".

Evolución que, como destaca, y reconoce, el propio Tribunal, " *está en consonancia con la jurisprudencia reciente en el ámbito del artículo 6 de la Convención, que subraya la importancia primordial de la obligación de los tribunales de examinar detenidamente las cuestiones pertinentes introducidas por la defensa si lo solicita con suficiente justificación. Por ejemplo, en el fallo de la Gran Sala en el caso Dvorski c. Croacia ([GC], Nº 25703/11, § 109, CEDH 2015)*".





11. Con relación a cada uno de los niveles de control antes apuntados, la sentencia Murtazaliyeva utiliza valiosos criterios de evaluación. Así, con relación a la carga de alegación y argumentación razonada que incumbe a las defensas sobre la necesidad del medio probatorio propuesto, el Tribunal de Estrasburgo si bien reitera que el potencial informativo del medio propuesto debe ir destinado a "determinar la verdad" o "influir en el resultado del juicio", como se sostuvo en el caso Perna, considera necesario "aclarar" este criterio incluyendo en su ámbito de aplicación también aquellas solicitudes de medios de prueba " *de los que se pueda esperar razonablemente que refuercen la posición de la defensa*". Evaluación que requiere atender, de forma necesaria, a las circunstancias del caso, a la etapa de las actuaciones, a los argumentos y estrategias adoptadas por las partes y a su conducta durante el desarrollo del proceso.

Respecto al segundo nivel de control, el grado de razonabilidad de la respuesta ofrecida por el tribunal, la garantía del artículo 6.3 d) CEDH exige que los tribunales nacionales examinen la pertinencia de la pretensión solicitada por la defensa y justifiquen suficientemente sus decisiones sobre este punto. Como se afirma en la STEDH, caso Popov c. Ucrania, de 15 de noviembre de 2012, el tribunal debe examinar cuidadosamente las cuestiones pertinentes cuando la defensa hace una solicitud suficientemente razonada para el interrogatorio de un testigo. En el caso Murtazaliyeva, el Tribunal precisa más el contenido del deber de respuesta, indicando que debe corresponder a las razones expuestas por la defensa, es decir, debe ser tan sustancial y detallado como aquellas. Este deber de motivación lo parifica, por responder, se afirma, a una lógica similar, con la obligación de los tribunales nacionales de análisis de los motivos de apelación -vid Sentencia, caso Van de Hurk c. los Países Bajos, 19 de abril de 1994, y caso Boldea c. Rumania, de 15 de febrero de 2007-.

De tal modo, se concluye en la sentencia de 18 de diciembre de 2018, cuanto más sólidos y fundamentados sean los argumentos presentados por la defensa, más tendrá que realizar el juez nacional un examen exhaustivo y presentar un razonamiento convincente para rechazar la solicitud de la defensa de práctica de un medio de prueba.

Y en cuanto al tercer nivel de control, el relativo a si la decisión del rechazo del medio de prueba propuesto afectó negativamente a la equidad del juicio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su particular posición de garante de la protección de las garantías convencionales -no de las reglas procesales internas- exige una valoración del desarrollo del proceso en su conjunto, pues ello permite evitar que la aplicación del estándar de control se convierta en excesivamente rígida y mecánica. No obstante, al hilo de la cuestión, sugiere que una base razonable en la solicitud de práctica probatoria y una denegación injustificada o arbitraria por parte del tribunal son dos indicadores de inequidad en el desarrollo del proceso.

Como supuestos concretos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que la audiencia de un testigo de descargo cuando su testimonio va dirigido a confirmar la coartada del acusado debe ser considerada "a priori" pertinente -vid. STEDH, caso Polyakov c. Rusia, 29 de enero de 2009-.

Por el contrario, en un caso en el que se pretendían aportar datos defensivos que nada tenían que ver con los hechos de la acusación se descartó toda relevancia para demostrar la inocencia del acusado -vid. STEDH, caso Tymchenko c. Ucrania, de 13 de octubre de 2016-. También se ha pronunciado en el sentido que el tribunal nacional no está obligado a admitir solicitudes de práctica probatoria manifiestamente abusivas -vid. STEDH, caso Dorokhov c. Rusia, 14 de febrero de 2008-.

12. Pues bien, partiendo del estándar Murtazaliyeva, a la luz aplicativa derivada de nuestra propia jurisprudencia -vid. SSTS 677/2021, de 9 de septiembre, 614/2021, de 8 de julio- y con relación al caso que nos ocupa, cabe descartar el gravamen que funda el motivo.

Y ello por una razón esencial: no cabe esperar, desde un juicio de razonabilidad *ex post*, a la luz de las circunstancias del caso, que las informaciones probatorias que se pretenden aportar *refuercen la posición de la defensa*.

No cuestionamos que en el curso del proceso pudiera existir una expectativa defensiva razonable que justificara comprobar el contenido de los archivos protegidos por una contraseña o clave de acceso de la mercantil que ejercita la acusación. Pero ocho años después, pretender la nulidad del juicio celebrado en la instancia sobre la base de una simple hipótesis de que determinados archivos informáticos pudieran contener información contable relevante carece de justificación.

Insistimos, la valoración de gravámenes derivados de la no práctica de medios de prueba exige tomar en cuenta, a la luz de las circunstancias del caso, no solo los "costes defensivos" sino también las expectativas razonables de reparación. Y, en el caso, estas son muy escasas.

En un supuesto como el que nos ocupa en el que el potencial informativo se basa en una simple hipótesis de disponibilidad, el tiempo transcurrido también debe tomarse en cuenta como un factor de evaluación de los costes que, en términos de proporcionalidad, pueden derivarse de la nulidad pretendida.



13. Pero, además, y como tendremos oportunidad de justificar al hilo de los otros motivos formulados, la identidad entre la hipotética información que pudiera obtenerse del medio de prueba no practicado y la ya transmitida por los medios practicados reduce los indicadores de necesidad probatoria para acreditar la existencia de un grave conflicto patrimonial entre la mercantil querellante y las que representaba el hoy recurrente. Y buena prueba de ello es que, sobre la información probatoria disponible, el recurrente construye los fundamentos sustanciales de su pretensión revocatoria.

Para decidir sobre la necesidad de un medio de prueba defensivo no practicado en la instancia debe despejarse, primero, si la potencial información que se pretende aportar comporta un valor añadido significativo respecto a las informaciones probatorias disponibles. Y, segundo, si puede, atendidas las circunstancias del caso, servir para debilitar o cuestionar la fuerza acreditativa de las informaciones aportadas por la acusación -vid. al respecto, STS 614/2021, de 8 de julio-.

En el caso, ni por la incerteza de que el medio de prueba pretendido pueda reportar los rendimientos informativos afirmados por el recurrente ni por los bajos indicadores de necesidad probatoria que concurren, el motivo rescindente puede ser estimado.

#### **SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.1. 2º LECRIM , POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INDEBIDA DENEGACIÓN DE DETERMINADA PRUEBA DOCUMENTAL CAUSANTE DE INDEFENSIÓN**

14. El recurrente invoca otro gravamen probatorio. A su parecer, el tribunal de instancia denegó sin razones consistentes otra prueba documental interesada: que el Banco de Sabadell precisara no por remesas sino por concretas operaciones los pagos que se realizaron mediante el dispositivo TPV de los distintos servicios prestados en las instalaciones de SPA que gestionaba la mercantil querellante.

Mediante dicha información probatoria se pretendía acreditar uno de los fundamentos fácticos de la defensa: que la mercantil BDB WELNEESS S.L había incumplido sus deberes de liquidación pactados al ocultarse el origen de los pagos recibidos por los distintos usuarios del SPA.

La sala de instancia descarta el incumplimiento sin permitir a la parte, se afirma en el recurso, que lo pueda acreditar mediante la práctica de medios probatorios que además de pertinentes resultaban adecuados para ello. Resultado de indefensión que obliga a declarar la nulidad de la sentencia y del juicio como fórmula de reparación del derecho lesionado.

15. El motivo tampoco puede prosperar. Gran parte de los argumentos que justifican su rechazo ya han sido expuestos al hilo del motivo anterior por lo que a ellos nos remitimos. En particular, la no identificación de un concreto potencial informativo del medio de prueba no practicado en relación con la información de la que dispuso el recurrente para estructurar adecuadamente su defensa.

Pero, además, no logramos identificar con precisión que el déficit de información defensiva que se afirma producido pueda ser reparado en los términos pretendidos. No resulta particularmente claro que la entidad crediticia que gestiona el cobro de los distintos instrumentos de pago electrónico utilizados en la correspondiente terminal TPV esté en condición de precisar, nueve años después, el concreto servicio que justifica la operación o la transferencia del importe a la cuenta de la mercantil que prestaba servicios de SPA en las instalaciones de los hoteles.

No apreciamos efecto indefensión que justifique la nulidad y la retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio.

#### **TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1 LECRIM , POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MANIFIESTA CONTRADICCIÓN EN LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS CAUSANTE DE INDEFENSIÓN**

16. El recurrente denuncia contradicciones relevantes en la medida en que mientras en el apartado de la sentencia dedicado a los hechos probados se califican como " *supuestos*" los incumplimientos del contrato de cesión por parte de la mercantil querellante, en las consideraciones fácticas insertas en los fundamentos jurídicos se identifican con detalle. Lo que resulta particularmente relevante pues si, como siempre se ha sostenido, la mercantil BDB WELNESS S.L incumplió gravemente el contrato, este atribuía al recurrente, como administrador de las mercantiles cedentes, el derecho de resolución. Lo que, al parecer del recurrente, resulta relevante a efectos de tipicidad pues si las condiciones de ejercicio del derecho a la resolución contractual se consideraran antijurídicas solo, insiste, cabría su reproche como un delito de realización arbitraria del propio derecho. No como un delito de coacciones.

17. El motivo introduce una cuestión particularmente relevante y de alcance complejo: qué debe entenderse por *hecho probado* a los efectos rescisorios o revocatorios que pueden pretenderse por la vía del recurso cuando quien recurre es la persona condenada.



Es obvio que los hechos declarados probados en la sentencia ocupan un papel central en la decisión adoptada y, en lógica consecuencia, en la articulación de los diversos motivos que pueden fundar el recurso contra la misma -vid. STS 985/2018, de 18 de octubre-.

Constituyen, a la postre, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso y, en consecuencia, para combatir el juicio de tipicidad. Pero no solo. El hecho que se declara probado en la instancia sirve también, cuando se denuncia lesión del derecho a la presunción de inocencia, para identificar si el tribunal ha valorado racionalmente las informaciones de prueba de las que dispuso.

Lo que explica que la ley establezca exigentes condiciones de producción del hecho probado, anudando a su infracción el efecto nulidad de la sentencia. Las exigencias de claridad, coherencia y precisión fáctica coligan con las insustituibles funciones que los hechos cumplen en el enjuiciamiento penal.

**18.** La cuestión crítica surge, como bien se revela en el recurso, cuando el tribunal llamado en la instancia a la fijación del hecho probado compromete la unidad lógico-narrativa que debe caracterizarlo e inserta proposiciones factuales en la fundamentación jurídica que amplían el espectro fáctico o entran en colisión con el relato delimitado en el apartado reservado para los hechos probados de la sentencia.

En estos casos, y solo en beneficio del reo, al hilo de los motivos que funden el recurso, el tribunal que lo conozca viene obligado a una suerte de heterointegración que permita identificar el "*hecho global*" declarado probado. Y sobre el que, solo, insistimos, a favor de la persona acusada o condenada en la instancia, deben analizarse aquellos gravámenes que traen causa de este -vid. STS 57/2022, de 24 de enero, 173/22, de 24 de febrero, 401/22, de 22 de mayo, 468/22, de 18 de mayo-.

**19.** Y, en el caso, tiene razón el recurrente en que lo que se declara probado extravasa los lindes del apartado correspondiente de la sentencia recurrida. En efecto, en la fundamentación jurídica, y como tendremos la oportunidad de precisar más adelante, el tribunal de instancia identifica hechos, mediante fórmulas narrativas suficientemente asertivas, que revelan la existencia de un grave conflicto entre la mercantil que ejerce la acusación particular y las mercantiles que representaba el recurrente con relación a los niveles de cumplimiento del contrato otorgado el 1 de mayo de 2011. Situación conflictual por la que, entre otras razones, la sala de instancia descartó la existencia de un delito de apropiación indebida.

**20.** Ahora bien, dicho extravase fáctico no conduce a la nulidad pretendida de la sentencia porque no se identifica el nivel de contradicción exigible para dar lugar a la misma.

Para que pueda prosperar este motivo de casación es necesario: primero, que la contradicción sea manifiesta y absoluta en un sentido gramatical, arrojando un resultado de incompatibilidad esencial o fenomenológica entre las distintas proposiciones factuales en liza y no una mera contradicción ideológica o conceptual; segundo, que sea insubsanable aun acudiendo a fórmulas contextuales de atribución de valor; tercero, que afecte a datos fácticos necesarios cuya mutua exclusión origine un vacío que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida. Como se afirma en la STS 360/2022 de 7 de abril, con cita de numerosas sentencias, "*la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas*".

**21.** Pues bien, en el caso, es cierto que, en el hecho probado, y en referencia al presupuesto causal del documento resolutorio remitido a la mercantil SOS BELLEZA CONSULTING S.L de 19 de abril de 2014, se califican de "*supuestos*" los incumplimientos contractuales, lo que contrasta con las afirmaciones contenidas en las páginas 22 y siguientes de la sentencia en las que se identifican significativas discrepancias liquidatarias. Entre otras, el pago en especie no contabilizado por servicios prestados al Sr. Ángel Jesús o las referencias contenidas en los distintos correos intercambiados entre el Sr. Amadeo y el Sr. Feliciano o entre el Sr. Carlos Ramón y el Sr. Rubén entre el 31 de enero de 2014 al 19 de abril de 2014. Y, muy en particular, la afirmación fáctica que, en base al informe pericial emitido por los Sres. Diego y Domingo, realiza el tribunal sobre la atendibilidad de la reclamación que realiza la mercantil representada por el recurrente de partidas que deberían incluirse en la cuenta CAPEX - *capital expedient*, en inglés-. A lo que debe añadirse, la consideración, como hecho acreditado, del deficiente estado de conservación de las instalaciones que fueron objeto de cesión, a la luz del acta levantada por la Sra. notaria el mismo día 19 de abril de 2014.

**22.** Sin embargo, y como apuntábamos, no identificamos contradicción irreductible entre la calificación como "*supuestos*" de los incumplimientos y la también consideración como acreditada de una situación de conflicto contractual que sugiere la existencia plausible de los incumplimientos invocados por el ahora recurrente en el documento resolutorio de 19 de abril de 2014, remitido al representante de la mercantil SOS BELLEZA CONSULTING S.L.



Nos enfrentamos a una aparente contradicción conceptual fácilmente superable si atendemos al contexto de justificación que presta significado a los distintos significantes utilizados en la construcción del hecho probado. En efecto, la calificación como "supuestos" de los incumplimientos se explica por el análisis de tipicidad que, de los hechos justiciables, realiza el tribunal. Muy en particular, por la afirmada necesidad, a los efectos del artículo 455 CP, de que el derecho que la parte afirma ejercer haya sido previamente establecido o declarado por el tribunal correspondiente.

Para la sala de instancia, el incumplimiento, como presupuesto fáctico del derecho de resolución del contrato, solo puede calificarse como tal si previamente ha sido declarado, en caso de controversia, mediante la correspondiente resolución judicial.

El tribunal de instancia al atribuir la condición de "supuestos" a los incumplimientos pretende evitar que el proceso penal se convierta en un instrumento de declaración de derechos obligacionales. Finalidad que, parece, considera que no le corresponde.

En todo caso, y a los fines que ahora nos ocupan, el mayor o menor acierto en la fórmula narrativa empleada no compromete la inteligibilidad general del " *hecho global*" y, sobre todo, no impide, como veremos en su momento, extraer las consecuencias normativas vinculadas al mismo.

#### **CUARTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM , POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

**23.** El recurrente reprocha, de nuevo, a la sentencia de instancia que haya calificado de "supuestos" los incumplimientos, ignorando la existencia de discrepancias relevantes entre la facturación comunicada por la mercantil querellante a los hoteles y la facturación real. Discrepancias que, a su parecer, se revelan con toda claridad de los documentos que con valor probatorio literosuficiente se aportaron en soporte digital y convertidos en formato Word para facilitar el acceso y lectura.

Dichos documentos, obtenidos de los ordenadores de la propia mercantil BDB por la Policía científica, permiten identificar la facturación real, la comunicada y, en lógica correspondencia, la ocultada con precisa referencia a once clientes. El tribunal de instancia, se denuncia en el recurso, omite toda referencia a dichos documentos que, además, fueron precisamente invocados con la referencia al folio de las actuaciones donde obran incorporados.

Solo consta una referencia relativa al cliente Sr. Ángel Jesús , por la que se declara probado que pagó parte de los servicios en especie. En concreto, mediante botellas de vino de las que era distribuidor por importe de 1.700 euros. Valor que no contabilizó, eludiéndose la correspondiente liquidación a la que la mercantil querellante venía obligada. Los documentos no valorados acreditan con claridad la existencia de incumplimientos y, en consecuencia, la realidad del derecho propio a resolver el contrato que ostentaba el recurrente.

**24.** El motivo no puede prosperar. El gravamen que lo sustenta no puede hacerse valer por el motivo invocado. La incompletitud en el análisis del material probatorio puede ser fuente de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva o, incluso, del derecho a la presunción de inocencia, cuya reparación puede pretenderse por la vía del artículo 852 LECrim. La estrecha vía del error probatorio por la vía del artículo 849.2 LECrim solo puede activarse cuando se den las condiciones que lo permitan.

Condiciones que en el caso no concurren. Como es bien sabido, al hilo de los reiterados pronunciamientos de esta Sala -vid. por todas, 362/2018, de 18 de julio; 614/2021, de 8 de julio; 610/2022, de 17 de junio- el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim reclama que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material en la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, el motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para, de ahí, atribuir al documento el valor reconstructivo que la parte pretende; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.

**25.** Como anticipábamos, ninguna de estas condiciones concurren pues, lejos de lo que se afirma en el recurso, los documentos invocados carecen de literosuficiencia acreditativa del contenido documentado. Ni tan siquiera la indubitada autenticidad que pueda derivarse de la naturaleza del instrumento que soporta la declaración o del reconocimiento por parte de quienes lo confeccionaron u otorgaron.





Los documentos invocados no permiten por sí y sin ninguna otra interacción probatoria afirmar la existencia de ocultaciones de las cantidades que debían ser objeto de la correspondiente liquidación en los porcentajes pactados en el contrato de 1 de mayo de 2011.

**QUINTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA GARANTIZADO EN EL ARTÍCULO 24 CE**

26. Se afirma, como fundamento del recurso, la inexistencia de prueba de cargo, objetivamente considerada, de la comisión del delito de coacciones o de la autoría del acusado (sic). En el desarrollo argumental se analizan las distintas informaciones probatorias utilizadas por el tribunal para la conformación del hecho probado, calificando como absurda la conclusión a la que se llega sobre la concurrencia de "vis coactiva". No se impidió el acceso por la fuerza a ninguna persona. El Sr. Rubén decidió marcharse por su propia voluntad. Sin que pueda calificarse de conducta coactiva al hecho de que la Sra. notaria comitada por aquel, el día 30 de abril de 2014, decidiera marcharse después de esperar diez minutos a que se le franqueara el acceso a las instalaciones. Como tampoco puede considerarse como conducta coactiva lo acontecido el día 7 de mayo de 2014 cuando, en presencia de la notaria, se comunicó por la Sra. Alonso , entonces directora del Hotel Carratraca, a la Sra. Laura , administradora solidaria de la mercantil BDB WELLNESS S.L, que, con motivo de la resolución del contrato, no podía permitirle la entrada. El acta levantada no describe ningún acto calificable como "vis compulsiva", ni por las palabras empleadas ni por el contexto en que se profirieron.

Tampoco presta fundamento a la conclusión alcanzada por el tribunal de instancia las manifestaciones del testigo Sr. Carlos Ramón , de nacionalidad italiana, quien si bien refirió que los locales se cerraron, lo cierto es que se estaba refiriendo al cierre acaecido en febrero de 2014. No puede obviarse, se destaca en el recurso, la nacionalidad italiana del testigo quien carece por ello de un perfecto dominio de la lengua castellana lo que le impedía contestar con la necesaria precisión a las preguntas formuladas.

De igual modo, no puede identificarse " vis compulsiva" del resto de las informaciones aportadas por los otros testigos, trabajadores de la mercantil BDB, relativas a que no pudieron acceder a las instalaciones debido a que se desactivó la tarjeta magnética que lo permitía.

Lo verdaderamente acontecido, se afirma en el recurso, es que se resolvió el contrato y que a consecuencia de ello los administradores de la mercantil y los trabajadores dejaron de estar facultados para acceder a las instalaciones.

No hay prueba alguna, se concluye, que el hoy recurrente ordenara a los directores de los hoteles que impidieran de forma violenta o intimidatoria el acceso a las instalaciones a los empleados de BDB, como tampoco que concurriera el elemento subjetivo reclamado por el tipo de coacciones sin que el dolo pueda, se afirma, presumirse. La sentencia omite, se sostiene en el recurso, una cumplida justificación de las premisas probatorias sobre las que ha construido la declaración de responsabilidad criminal.

27. El desarrollo argumental del motivo introduce serias objeciones de ajuste con el gravamen principal que le presta sostén.

Por un lado, el recurrente parece cuestionar que pueda considerarse suficientemente acreditada la concurrencia de "vis compulsiva" y, por otro, que pueda atribuirse al recurrente la propia conducta coactiva que se describe en los hechos declarados probados.

Sin embargo, lo que se pretende de manera prevalente no es tanto la modificación de los hechos declarados probados sino la revisión del juicio normativo que sirve de fundamento a la condena como autor de un delito de coacciones. En puridad, la declaración fáctica queda, en buena medida, al abrigo de la denuncia de insuficiencia probatoria que formula el recurrente. Lo que supone una profunda alteración del sentido y alcance del motivo invocado.

La compleja y, en ocasiones confusa, construcción argumental del motivo entremezcla planos fácticos con continuas valoraciones jurídico-penales -"intensidad de la coacción", "vis coactiva", "vis compulsiva", "elemento subjetivo"- que no permiten despejar con la necesaria claridad qué hecho o subhecho de los que se declaran probados no se sustenta, en opinión del recurrente, sobre prueba suficiente.

Se entabla una suerte de diálogo con las informaciones aportadas por los distintos testigos que comparecieron en el juicio cuestionando que de las mismas quepa extraer que el recurrente actuó de manera *violenta o intimidatoria*. Pero el recurrente se olvida de identificar cuáles de dichas informaciones que califica de insuficientes para decantar tipicidad coactiva en la conducta, se han proyectado en los hechos declarados probados.





Lo que obliga a recordar que el gravamen -la lesión del derecho a la presunción de inocencia- no se produce por lo que manifestó un testigo sino por la atribución de valor reconstructivo de la hipótesis de la acusación que atribuya el tribunal a dicha información, siempre que resulte equivocada o injustificada.

Toda información probatoria está sometida a un complejo proceso de atribución de valor probatorio que debe realizar el tribunal a partir del análisis, primero, individualizado del medio de prueba y, después, conjunto, tomando en cuenta todas las interacciones probatorias que conforman el cuadro de prueba.

En el caso, debe llamarse la atención sobre que una buena parte de los datos de prueba a los que se refiere el recurrente en su profusa argumentación, ni han tenido reflejo en el hecho probado ni tan siquiera han sido mencionados o valorados por el tribunal cuando justifica sus conclusiones fácticas.

**28.** Por lo que se refiere a la alegada ausencia de prueba suficiente de que el hoy recurrente ordenara a los directores de los hoteles a que procedieran "de un modo violento o coactivo para impedir el acceso de los empleados de BDB a los establecimientos a raíz de la resolución contractual" (sic), de nuevo el recurrente desfigura el fundamento del motivo. La calificación del delito de coacciones se sitúa en un momento posterior a la delimitación de los hechos que le prestan fundamento fáctico.

La cuestión por despejar, al hilo del motivo, no es si la prueba producida es suficiente para sostener que el recurrente ordenó la "actuación *violenta y coactiva*" de sus subordinados sino si permite fundar los hechos tal como se declaran probados, lo que es muy diferente. Entre otras razones, pero muy poderosa, porque lo que se declara probado no contempla el "hecho" que pretende combatir el recurrente.

**29.** Salvada la anterior precisión, los resultados informativos que arroja la prueba producida, nutrida sobre todo de las declaraciones de los testigos que intervinieron en los hechos que sucedieron a la decisión resolutoria de 19 de abril de 2014 -en especial, los testimonios del Sr. Carlos Ramón y de la Sra. Alonso, directores de los hoteles, y del Sr. Rubén y de la Sra. Laura, administradores de la mercantil BDB WELNESS S.L- y de las distintas actas notariales levantadas, no dejan margen a la duda de que el hoy recurrente no solo tomó la decisión resolutoria, sino que ordenó que esta se materializara mediante actos que impidieran a la mercantil BDB seguir prestando servicios en las instalaciones hoteleras, propiedad de las mercantiles que administraba.

No apreciamos déficit alguno de prueba en la conclusión fáctica a la que llega el tribunal cuando afirma que el hoy recurrente decidió " *la prohibición y cierre por la fuerza de las instalaciones*". Lo que fue ejecutado por personal a sus órdenes.

Conclusión fáctica que, paradójicamente, coliga con uno de los ejes que estructura el recurso interpuesto: que las mercantiles que representaba el recurrente Sr. Nicanor ostentaban un derecho a la resolución del contrato por los incumplimientos habidos durante el desarrollo de la relación contractual y que el exceso en su ejercicio, de haberlo, solo puede reprocharse por la vía del artículo 455 CP.

**SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO MOTIVOS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL TIPO DE COACCIONES DEL ARTÍCULO 172 CP O, SUBSIDIARIAMENTE, INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL TIPO VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS, DE COACCIONES LEVES DEL ARTÍCULO 620 CP. O, ALTERNATIVAMENTE, INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL TIPO DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO DEL ARTÍCULO 455 CP**

**30.** El recurso introduce una objeción de tipicidad de *amplio espectro* que desarrolla en tres motivos.

Por un lado, cuestiona que, a la luz de los hechos declarados probados, puedan identificarse los elementos del tipo objetivo, la violencia o intimidación, del delito de coacciones, al menos en su formulación como delito de naturaleza menos grave. Y, por otro, considera que, en todo caso, la conducta que se describe solo puede subsumirse en el tipo del delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP pues concurre el elemento nuclear de tipicidad: la intención de realizar un derecho propio.

**31.** Pese a su estructuración en tres motivos, el gravamen normativo revelado permite, incluso obliga, a su análisis conjunto. Lo que permite un mejor abordaje en orden a la correcta delimitación de las delicadas fronteras de tipicidad que concurren.

A tal efecto, debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen, como anticipábamos, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso.



**32.** Y lo cierto es que el *hecho global* que se delimita en la sentencia recurrida permite identificar los elementos del delito de realización arbitraria del propio derecho, no el del tipo de coacciones que ha servido de título de condena.

No cabe duda de que entre ambas figuras existen zonas de tangencia que sugieren la existencia de un concurso de normas a resolver por la regla de la especialidad. Y cuya clave resolutoria a favor del delito del artículo 455 CP reside en la identificación de la finalidad de realizar un derecho propio como elemento subjetivo del tipo que configura, aminorándolo, el injusto -vid STS 654/2006, de 16 de junio-.

En efecto, lo que el tipo del artículo 455 CP reclama es que el sujeto activo pretenda realizar un derecho propio, no que esté realizando un derecho propio.

Lo que se exige es que el derecho sea abstractamente configurable como tal en nuestro ordenamiento y que el sujeto crea, además, razonablemente que le corresponde. Esto es, que actúe para realizar un derecho subjetivo del que cree, en términos racionales, ser titular.

La exigencia de que el derecho propio haya sido previamente declarado o configurado por una decisión dotada de autoridad que despeje, en casos de controversia, toda incerteza sobre su contenido y alcance, como se sugiere en la sentencia recurrida, resulta difícilmente mantenible a la luz de la redacción actual de la figura de realización arbitraria del propio derecho. El delito del artículo 455 CP rompe, significativamente, con el antecedente contenido en el artículo 337 CP, texto de 1973, en el que la titularidad del derecho de crédito vencido y exigible se concebía como un elemento objetivo del tipo.

En efecto, el código anterior configuraba un delito especial en base a una relación jurídico-obligacional efectivamente existente y reconocible como presupuesto objetivo del tipo en cuanto este requería que el sujeto activo reuniera la condición de acreedor. La conducta de apoderamiento -hacerse con los bienes del deudor- solo venía filtrada por la finalidad de hacerse pago con ello de lo debido para desplazar, así, la aplicación de los tipos contra el patrimonio.

El texto vigente, por el contrario, no requiere objetivamente más que el empleo, fuera de las vías legales, de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, mientras que el "derecho" del sujeto activo se desplaza, como elemento nuclear, al elemento subjetivo del tipo: la finalidad de su realización como derecho propio.

Como afirmábamos en la STS 817/2009, en el tipo del artículo 455 CP "tampoco se exige rigurosamente que ese derecho propio tenga que encontrarse absolutamente liquidado, en cuanto a su cuantificación, pues basta con que se tenga un derecho propio, y para realizarlo se acuda a vías no legales. Es evidente que el vencimiento y exigibilidad se predica más bien de los créditos obligacionales, y vemos que ahora no es exactamente necesario. Y de otro lado, sería absurdo hacer depender tal consideración de la previa existencia y determinación en sentencia judicial, pues ésta ya supone haber acudido a los cauces legales. De modo que este "derecho propio" que exige el tipo, ha de ponerse en relación con su misma existencia jurídica, antes de ser reclamado, y la creencia errónea del mismo podría hacer entrar en juego la teoría del error".

Los supuestos de evidente inexistencia del derecho o de inviabilidad del mismo -piénsese, por ejemplo, cuando una sentencia judicial ha declarado el derecho reclamado inexistente o prescrito- no carecen de relevancia. Pero no en cuanto circunstancias objetivas del tipo, sino porque pueden indicar la falta del elemento subjetivo: la creencia fundada de estar ejerciendo un derecho propio. La conducta de quien quiere lograr algo a lo que sabe que no tiene derecho cae manifiestamente fuera del espacio del artículo 455 CP.

Sin embargo, la creencia de que se está ejerciendo un derecho al menos abstractamente configurable y juridificable es lo que presta sentido político-criminal al delito del artículo 455 CP como una respuesta penal específica a las vías de hecho.

**33.** Pues bien, desde el *hecho global* configurado en la sentencia de instancia, tal como precisábamos al hilo del análisis del tercer motivo, se identifica con claridad que el hoy recurrente, en su condición de representante de las mercantiles propietarias de los hoteles, actuó con la finalidad de ejercer un derecho propio: la recuperación de los locales cedidos a la mercantil BDB WELNESS S.L para que desarrollara los servicios precisados en el contrato de 1 de mayo de 2011, ante la representación de graves incumplimientos contractuales que justificaban, a su parecer, la resolución.

La incerteza sobre el concreto alcance del derecho subjetivo invocado no resulta relevante para negar la clara presencia del elemento subjetivo reclamada por el tipo: la finalidad de realizar un derecho propio, con independencia, insistimos, de cuál sería su contenido si se sometiera a un proceso judicial de declaración.

**34.** Pero no solo se identifica la finalidad sino también las exigencias que, desde el tipo objetivo, convierten la realización arbitraria del derecho de recuperación posesoria en penalmente relevante.



No obstante, tiene razón el recurrente de que el *hecho global* que se declara probado no identifica la presencia de violencia como modalidad típica. La violencia a la que se refiere el artículo 455 CP, y ante las dificultades para identificar un concepto normativo unitario y aplicable a todos los delitos que la incorporan como elemento del tipo, debe entenderse según su significado naturalístico o usual. De tal modo, en el contexto del artículo 455 CP, deberá considerarse *violencia* el uso de la fuerza física contra una persona. Una compulsión directa sobre el tercero tendencialmente idónea para obtener el fin de realización del derecho propio.

Lo que, como apuntábamos, no cabe decantarla de los hechos probados en los que únicamente se hace mención " *a que se procedió por personal de VILLA PADIERNA al cierre de las instalaciones y prohibición de entrada a las mismas de conformidad a lo ordenado por el acusado*".

**35.** Como tampoco se identifica en el *hecho global* declarado probado la modalidad típica de intimidación. De nuevo, el Código Penal renuncia a definir la intimidación como modalidad de acción, lo que obliga a identificar rasgos constitutivos que permitan delimitarla de cualquier otra fórmula expresiva con intención conminatoria.

El primero de esos rasgos viene marcado por su funcionalidad para lo que resulta imprescindible utilizar criterios relacionales de medición. Esto es, si el legislador parifica como exigencia del injusto típico, la intimidación con la violencia, parece razonable concluir que la primera debe nutrirse de fórmulas expresivas que tengan la misma capacidad conminatoria que la segunda. Lo que sugiere que estas deben anunciar un mal grave que infunda miedo a la persona destinataria que por ello pierde toda alternativa distinta a la de someterse a la voluntad del victimario. Es cierto, no obstante, que el Código Penal no hace equivalente la intimidación con la amenaza, pero si estamos al alcance relacional parece razonable considerar que el mal grave debe aproximarse en consistencia conminatoria a la amenaza de un delito contra la persona del destinatario o de sus próximos o, al menos, una amenaza relevante.

En segundo lugar, no solo el mal conminado debe ser grave, sino que, además, su calificación como intimidatorio no puede hacerse depender exclusivamente del valor que le otorgue el destinatario de este. Los indicadores de adecuación de una conducta típica reclaman fórmulas de medición que reduzcan la incerteza mediante cánones o estándares objetivos que atiendan al contenido. Ello no supone, sin embargo, que deba prescindirse en todo caso de factores subjetivos a la hora de valorar la idoneidad conminatoria de la intimidación, pero debe exigirse una suerte de potencial intimidatorio objetivo que permita considerar que en circunstancias similares se provocarán las mismas consecuencias.

Como esta Sala ha mantenido, " *el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente*" -vid. SSTS 511/2019 de 28 de octubre; 446/2029 de 6 de febrero de 2020-.

El tercer rasgo, también en términos relacionales, reclama, al igual que la violencia, una suerte de relación de causa y efecto actual entre el mal conminado y la consecuencia buscada por el agente. Lo que, *prima facie*, excluye conminaciones con males futuros o respecto de los que el agente carezca de toda capacidad de causación o control.

Como se anticipaba, en el hecho probado no se describe ninguna expresión, gesto o signo concluyente de contenido objetivamente intimidatorio por parte de quienes, en ejecución de las órdenes del hoy recurrente, desarrollaron las conductas impeditivas de acceso a las instalaciones.

La mera mención a la "prohibición de entrada", la simple indicación, por parte de las personas designadas por el recurrente, a los que pretendían acceder a las instalaciones de que no podían hacerlo por no disponer de título para ello, en los términos que se precisan en el hecho declarado probado, no puede ser considerada una modalidad típica de comisión violenta o intimidatoria.

**36.** Sin embargo, sí identificamos la modalidad de *fuerza en las cosas* a la que también se refiere el tipo del artículo 455 CP. Y que al igual que las otras modalidades reclama identificar su específico significado típico más amplio que el que ofrece su juego en los delitos patrimoniales. En efecto, atendidos los específicos fines de protección, la fuerza en el contexto del artículo 455 CP, puede identificarse con el daño o alteración violenta de los mecanismos que posibilitan o impiden, según el caso, el acceso a un determinado lugar o con la que se proyecta sobre el objeto al que se dirige la conducta finalmente destinada a la realización del derecho propio.

En el caso, la alteración del estatus posesorio con la finalidad de ejercer el derecho resolutorio que el recurrente consideraba propio, y en los estrictos términos que se declaran probados, se produjo mediante "el cierre por la fuerza de las instalaciones", inutilizando, además, los mecanismos de acceso mediante tarjetas magnéticas de los que disponían los empleados de la mercantil BDB WELNESS S. L.



Mediante la fuerza, fuera de las vías legales, se pretendió ejercer por el recurrente el derecho propio, impidiendo, como efecto reflejo, que los administradores y empleados de la cesionaria siguieran prestando los servicios pactados en las instalaciones ubicadas en los hoteles.

Conducta que, como adelantábamos, satisface las exigencias del tipo del artículo 455 CP.

### **NOVENO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA CONDENA AL TOTAL DE LAS COSTAS**

**37.** El recurrente combate la condena en costas en cuanto la sentencia de instancia no toma en cuenta que fue absuelto por uno de los delitos que fueron objeto de acusación por lo que solo procedería la condena por la mitad de las causadas a la acusación particular.

**38.** El motivo debe ser estimado.

La jurisprudencia de esta Sala es clara al interpretar el régimen de costas precisando que estas deben distribuirse conforme al número de delitos enjuiciados, con relación a los hechos punibles que integran el objeto del proceso, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados. Por lo que, en lógica consecuencia, cuando los condenados sean absueltos de uno o varios delitos y condenados por otro u otros, las cuotas correspondientes a las infracciones de las que han sido absueltos deberán declararse de oficio. Debiéndose estar, a tales efectos, a las acusaciones mantenidas en las conclusiones definitivas -vid. SSTs 140/2010, de 23 de febrero, 478/2018, de 17 de octubre, 516/2019, de 29 de octubre-.

Como se precisará en la segunda sentencia, la condena en costas deberá reducirse en la mitad de las causadas, declarando de oficio la otra mitad.

### **CLÁUSULA DE COSTAS**

**39.** Tal como dispone el artículo 901 LECrim, se declaran de oficio las costas del recurso interpuesto por el Sr. Nicanor , condenando a la mercantil BDB WELLNESS S.L al pago de las costas causadas por su recurso.

## **FALLO**

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

**No haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación de la mercantil **BDB WELLNESS S.L y haber lugar, parcialmente, al recurso** interpuesto por la representación del **Sr. Nicanor** contra la sentencia de 14 de septiembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 8ª), que anulamos y casamos, dictándose a continuación la sentencia que proceda.

Declaramos de oficio las costas del recurso del Sr. Nicanor , condenando a BDB WELLNESS a las causadas por su recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 5322/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 5322/2020, interpuesto por D. Nicanor , y la mercantil BDB WELLNESS, SL, contra la sentencia n.º 332/20 de fecha 14 de septiembre de 2020 y aclarada por auto de fecha 19 de octubre de 2020, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del auto de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación debe, por un lado, dejarse sin efecto la condena del Sr. Nicanor como autor de un delito de coacciones, procediendo su condena como autor, de los artículos 14 y 31, ambos, CP de un delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP, concurriendo la circunstancia apreciada en la instancia, a la pena de tres meses de multa con cuota diaria de 50 euros.

2. Multa que estimamos se ajusta a la capacidad de pago del recurrente en los términos exigidos por el artículo 50.5 CP. A este respecto, debe recordarse la posibilidad de establecer cuotas que superen el mínimo legal cuando, pese a no disponerse de datos precisos de capacidad económica, existen marcadores externos, personales, sociales y contextuales que permiten concluir que la persona condenada, en términos de razonable probabilidad, podrá satisfacer la cuota establecida -vid. STC 67/2021-.

Tómese en cuenta, como ha puesto de relieve esta Sala, "que los estándares probatorios que han de manejarse al indagar la capacidad económica para establecer la multa no son los mismos que rigen a la hora de decidir sobre la comisión de un delito o la participación del acusado en él" -vid. por todas, STS 722/2018, de 23 de enero-.

La posibilidad, por tanto, de integrar el razonamiento individualizador por presunciones derivadas de la vida social es compatible con el respeto al derecho a la libertad, cuando de lo que se trata es de situar la cuota en tramos no mínimos pero bajos de la escala - STC 196/2007-

En el caso, atendido el contexto de producción de los hechos justiciables y la condición del recurrente como administrador de las mercantiles propietarias de dos hoteles en la Costa del Sol, se presenta como altísimamente probable que podrá pagar el importe de la multa fijada como pena -4.500 euros, en total-. Además, no puede dejar de tomarse en cuenta que, si concurren causas justificadas, podrá pretender fórmulas de aplazamiento de incluso hasta dos años -vid. artículo 50.6 CP-.

Este mecanismo adaptativo, facilitador del pago, previsto en la ley, puede y debe ser también contemplado a la hora de fijar el alcance de la multa, preservando, siempre, el necesario equilibrio entre su tasa aflictiva/retributiva y la capacidad de responder a ella de la persona condenada.

3. Por otro lado, y al hilo de la estimación del motivo noveno, procede dejar sin efecto la condena al total pago de las costas causadas en la instancia, limitándola a la mitad de las causadas.

## FALLO

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

**Primero.-** Absolver al Sr. Nicanor como autor de un delito de coacciones del artículo 172 CP y condenarle como autor, de los artículos 14 y 31, ambos, CP, de un delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP, concurriendo la circunstancia muy privilegiada de dilaciones indebidas apreciada en la instancia, a la pena de tres meses de multa con cuota diaria de 50 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que proceda en caso de impago.





**Segundo.-** Condenar al Sr. Nicanor al pago de la mitad de las costas causadas en la instancia.

Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ