Rollo 8232/11
Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla
Causa con Jurado 1/09

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO Nº 16/12
SENTENCIA DE SECC. 3ª A.P. NÚM 520/12

En Sevilla a 6 de noviembre de 2012

El Tribunal del Jurado, compuesto por:
El Magistrado-Presidente: Ilmo. Sr. D. Ángel Márquez Romero
y por los jurados que a continuación se relacionan:

Ha visto en juicio oral y público la causa seguida por delito de cohecho contra **FERNANDO JOSE MELLET JIMÉNEZ**, con D.N.I: núm. xxxx, nacido en Sevilla el 26 de Agosto de 1.964, hijo de xxxx y xxxxx, vecino de la misma ciudad, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por el Procurador D. Juan Antonio Moreno Cassy; **ANTONIO RIVAS SÁNCHEZ**, con D.N.I núm. xxxx, nacido en Sevilla el día 24-04-1952, hijo de xxxx y de xxxxx, vecino de Camas (Sevilla), con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por el Procurador D. Manuel Onrubia Baturone; **DANIEL PONCE VERDUGO**, con D.N.I núm. xxxxx, nacido en Sevilla el día 25 de marzo de 1.960, hijo de xxxx y xxxx, vecino de Las Minas del castillo Las Guardas (Sevilla), con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por el Procurador. D. Víctor Alcántara Martínez, y **REGLA MARIA PEREIRA BAUS**, con D.N.I. núm. xxxxx, nacida en Sevilla el día 17-06-1978, hija de xxx y xxxx, vecina de Sevilla, con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa,

en la que ha estado representada por el Procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara Cano.

Han sido partes acusadoras: El Mº Fiscal, representado por D. Juan Enrique Egocheaga Cabello; el Procurador D. Jesús Tristán Jiménez, en nombre de D. Juan Ignacio Zoido Alvarez; y el Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre de la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Las actuaciones se iniciaron ante éste Tribunal tras la recepción del testimonio remitido por el Juzgado de Instrucción núm.6 de Sevilla, en el cual se había acordado la apertura de juicio oral contra Fernando José Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo, Regla Mª Pereira Baus y Antonio Rivas Sanchez, por un posible delito de cohecho del art. 425 del Código Penal.

El Juzgado había emplazado a las partes, que comparecieron ante éste Tribunal.

Por auto de fecha 6 de junio de 2012 se fijaron los hechos justiciables y se admitieron las pruebas propuestas por las partes. Previamente, en auto de 23 de enero de 2012, se resolvieron las cuestiones previas planteadas por las defensas, habiéndose confirmado dicha resolución por auto de 2 de abril de 2012 de la Sala de lo Civil y Penal de T.S.J.A.

Señalado el juicio oral para el día 1 de octubre de 2012, previa constitución del Jurado el 28 de septiembre anterior con la composición señalada, se celebró el juicio en 14 sesiones consecutivas, en las que se practicó la prueba propuesta y admitida.

SEGUNDO.- El Mº Fiscal, en el acto de juicio oral, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, considerando los hechos constitutivos de un delito de cohecho del art. 425 del Código Penal del que reputó autores a los acusados Fernando José Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo, Regla Mª Pereira Baus y Antonio Rivas Sánchez, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y una vez conocido el veredicto, interesó que se les impusiera la pena, para cada uno de los acusados declarados culpables, de 900.000 euros de multa con responsabilidad personal subsidiaria de doce meses de prisión en caso de impago, así como suspensión de empleo y cargo público por 21 meses y costas por terceras partes.

La representación procesal de la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, se adhirió a la acusación del Mº Fiscal y, además, solicitó que se les condenara a indemnizar a dicha entidad, conjunta y solidariamente, en 900.000 euros por perjuicios sufridos.

La representación de D. Juan Ignacio Zoido Álvarez, igualmente, se adhirió a la calificación del Mº Fiscal, y solicitó la condena en costas de la acusación popular por él ejercitada.

Las defensas de los acusados, interesaron la imposición de la pena mínima, sin que proceda la indemnización solicitada, por no haberse producido daño ni perjuicio alguno para la Fundación Socio-Asistencial.

TERCERO.- Por el Magistrado-Presidente se formuló el objeto del veredicto, del que se dio vista a las partes, quienes lo aceptaron, y con las agregaciones que fueron admitidas, fue entregado al Jurado, al que se le instruyó en audiencia pública de conformidad con el artículo 54 de la L.O.T.J.

CUARTO.- Tras la deliberación, el Jurado emitió veredicto en el que se hacían los siguientes pronunciamientos de culpabilidad e inculpabilidad:

1º.- Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que el acusado FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ es culpable de haber solicitado una comisión ilícita de 300.000 euros a los representantes del Grupo empresarial La Raza, para que pudieran gestionar la escuela de hostelería que había sido subvencionada por la Consejería de Empleo

2º,. Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que el acusado FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ es culpable de haber solicitado a los representantes del Grupo empresarial La Raza, el pago indebido de 150.000 euros para sufragar la acometida de electricidad a la escuela de hostelería que se iba a instalar en un local ubicado en los terrenos de Mercasevilla, a cambio de gestionar dicho centro formativo

3º.- Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que el acusado DANIEL PONCE VERDUGO es culpable de haber solicitado, de acuerdo con Fernando José Mellet Jiménez, una comisión ilícita de 300.000 euros a los representantes del Grupo empresarial La Raza, para que pudieran gestionar la escuela de hostelería que había sido subvencionada por la Consejería de Empleo.

4º.- Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que el acusado DANIEL PONCE VERDUGO es culpable de haber solicitado a los representantes del Grupo empresarial La Raza, de acuerdo con Fernando Mellet Jiménez, el pago indebido de 150.000 euros para sufragar la acometida de electricidad a la escuela de hostelería que se iba a instalar en un local ubicado en los terrenos de Mercasevilla, a cambio de gestionar dicho centro formativo.

5º.- Considera el Jurado POR MAYORÍA DE OCHO VOTOS, que el acusado ANTONIO RIVAS SANCHEZ es culpable de haber acordado con Fernando Mellet Jiménez, solicitar una comisión ilícita de 300.000 euros a los

representantes del Grupo empresarial La Raza, para que pudieran gestionar la escuela de hostelería que había sido subvencionada por la Consejería de Empleo.

6º.- Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que la acusada REGLA MARÍA PEREIRA BAUS NO, no es culpable de haber acordado con Fernando Mellet Jiménez, solicitar una comisión ilícita de 300.000 euros a los representantes del Grupo empresarial La Raza, para que pudieran gestionar la escuela de hostelería que había sido subvencionada por la Consejería de Empleo

7º.- Considera el Jurado POR UNANIMIDAD, que la acusada REGLA MARÍA PEREIRA BAUS NO, no es culpable de haber acordado con Fernando Mellet Jiménez, solicitar a los representantes del Grupo empresarial La Raza, el pago indebido de 150.000 euros para sufragar la acometida de electricidad a la escuela de hostelería que se iba a instalar en un local ubicado en los terrenos de Mercasevilla, a cambio de gestionar dicho centro formativo.

QUINTO.- Tras la lectura del veredicto, siendo de inculpabilidad respecto a Regla María Pereira Baus, el Magistrado- Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 de la L.O.T.J., dictó en el acto, "*in voce*", sentencia absolutoria respecto de ella.

HECHOS PROBADOS

El Jurado ha declarado expresamente probados, por la mayoría necesaria, los siguientes hechos:

Primero.- Que el día 16 de diciembre de 2008, por resolución de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, se concedió una subvención a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, de 900.000 euros para equipamiento de una escuela de hostelería que se iba a instalar en los terrenos de Mercasevilla.

Segundo.- Tras conocer el Delegado Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, Antonio Rivas Sánchez, la concesión de la subvención de 900.000 euros para equipamiento de una escuela de hostelería a la Fundación Socio Asistencia Mercasevilla, se puso en contacto con Fernando José Mellet Jiménez, Director General de la sociedad Mixta Municipalizada Mercasevilla y Gerente de la citada Fundación, y de común acuerdo, con el fin de obtener un enriquecimiento ilícito, decidieron exigir a los responsables del Grupo la Raza, una comisión de 300.000 euros a cambio de concederles la gestión técnica y explotación del citado centro de formación.

Tercero.- Que Fernando José Mellet Jiménez encargó a Daniel Ponce Verdugo, Subdirector General de Mercasevilla, mantener una reunión con los representantes de La Raza en los que debía realizar la anterior petición, y éste lo aceptó conociendo la ilegalidad de dicha pretensión, haciendo la solicitud del dinero a Pedro Sánchez Cuerda en las instalaciones de Mercasevilla el día 16 de enero de 2009.

Cuarto.- Que Fernando José Mellet Jiménez y Daniel Ponce Verdugo, con ánimo de enriquecimiento ilícito, estuvieron de acuerdo en condicionar la concesión de la gestión de la escuela de hostelería al Grupo La Raza, al pago de los 300.000 euros, más 150.000 euros, con la excusa de destinar esta última cantidad a sufragar la acometida de electricidad al local donde se iba a instalar el centro de formación, cuando de ello nada se había hablado con anterioridad, ni a su pago se había comprometido el Grupo La Raza, ni le era exigible.

Quinto.- Según la indicación de Daniel Ponce a los representantes de La Raza, la forma de pago de los 450.000 euros, sería en efectivo, dejándolos en el interior de un maletín en un despacho y allí vendría alguien a recogerlo.

Sexto.- El día 27 de enero de 2009, a propuesta de Pedro Sánchez Cuerda, se mantuvo una segunda reunión, a la que asistieron, además de Daniel

Ponce y Pedro Sánchez, Fernando José Mellet y José Ignacio de Rojas Rodríguez. En ella, los acusados insistieron en la solicitud de 300.000 y 150.000 euros, diciendo que la primera cantidad era para la Junta de Andalucía, afirmando que la Junta colaboraba con quienes a su vez colaboraban con ella, prometiéndoles además que, si accedían a entregarles el dinero, el Grupo La Raza obtendría luego favores tales como más subvenciones para futuros cursos y la concesión de todos los catering que se organizaran.

Séptimo.- El grupo La Raza se ha negado a entregar cantidad alguna a los acusados antes nombrados, habiéndose paralizado el pago de la subvención concedida a la Fundación tras haber puesto el Viceconsejero de Empleo los hechos en conocimiento de la Fiscalía.

Octavo.- Daniel Ponce ingresó en Mercasevilla por contrato laboral ordinario como vigilante de puerta y fue designado Subdirector General por la Dirección General de Mercasevilla.

Noveno.- Fernando José Mellet, accedió a Mercasevilla por contrato laboral ordinario y fue nombrado como Director General de Mercasevilla por la Junta General de Accionistas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Ante todo, conforme al veredicto de inculpabilidad formulado por el Jurado respecto de Regla María Pereira Baus y lo anticipado por esta Presidencia en el acto del plenario, debo absolverla del delito de cohecho del que venía acusada, pues no se ha considerado probado que, en realización a las peticiones señaladas en el relato fáctico de esta resolución como realizadas por Fernando J. Mellet y Daniel Ponce a los empresarios de La Raza, estuviera ella de acuerdo o las conociera, y por tanto, que hubiera participado en la ejecución de los hechos atribuidos al resto de los coacusados.

Valoración del Jurado: Para justificar la anterior decisión, el Jurado señala que ha tenido en cuenta, en primer lugar, la declaración del Policía Nacional 58.575, que en el acto del juicio manifestó que Fernando Mellet le dijo que no habló en ningún momento de la señorita Pereira y que el Sr. Ponce le dijo que Mellet le había dicho que era un encargo del Sr. Rivas.

Además la declaración de Pedro Sánchez Cuerda, que dijo "*que ella estuvo allí, que la charla fue fluida y ella no participó en ningún momento, estuvo callada*".

Por otro lado, el acusado Sr. Ponce dijo en el acto del juicio "*que Regla no estaba cuando le dijo lo del tema de la ayuda, ... que yo no volví a hablarle de este tema ante Regla*".

Finalmente, para el Jurado, resulta que no ha habido ninguna persona que en el Juzgado o ante la Policía haya declarado que Regla fuera conocedora o cómplice en la petición de una comisión de 300.000 euros a los empresarios de la Raza. Además, éstos, al ser preguntados por el propio Jurado sobre si podían asegurar que Regla fuera conocedora y cómplice de una petición ilícita, dijeron "*yo no puedo asegurarlo pero lo supongo*".

En definitiva, sin necesidad de abundar en los citados razonamientos, debo resolver en el sentido indicado respecto a dicha acusada.

Segundo.- Los hechos declarados probados por el Jurado en cuanto a la actuación del resto de los acusados, son constitutivos de delito de cohecho previsto y penado en el art. 425.1 del Código Penal vigente al tiempo de producirse los hechos (enero de 2009), que castiga a "*la autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado*".

Se trata de un delito unilateral, en cuanto criminaliza la mera solicitud de dádiva o presente o la aceptación del ofrecimiento por parte de quienes son funcionarios públicos en sentido jurídico-penal, pues con ello se vulneran los principios de imparcialidad y objetividad que debe presidir el desempeño de sus funciones públicas.

La moderna corriente doctrinal pone el énfasis, en cuanto al bien jurídico protegido, en la necesidad de perseguir con instrumentos penales todas las actividades que revelen la corrupción de los funcionarios públicos y que ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. En esta línea de unificabilidad, tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, propio e impropio, constituyen manifestaciones de esta lacra social de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración Pública y que socava o mina la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho.

Realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal, es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades publicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede efectuarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo a ellas relacionado (STS 4-4-94).

En el presente caso, el acto propio del cargo, es el relativo al equipamiento y la decisión sobre explotación de una escuela de formación de hostelería en terrenos de Mercasevilla, sociedad mixta municipalizada, en la que el acusado Fernando José Mellet ostentaba el cargo de Director General y Daniel Ponce el de Subdirector General, como así resulta documentalmente acreditado por certificado

del Secretario de la Fundación Socio-Asistencial aportado al inicio del juicio por la acusación particular, respecto a éste, y resulta aceptado por las partes y consta acreditado documentalmente en la causa en cuanto al primero. Explotación y equipamiento en la que también estaba interesada la Consejería de Empleo y con ella, su Delegación Provincial, por tratarse de una actividad que se consideró de especial interés público y social en el ámbito de sus competencias, y por ello se le había otorgado una subvención excepcional.

Efectivamente, los acusados eran conocidos de los representantes del Grupo de la Raza, que son a los que dirigen el soborno, pues habían intervenido en las conversaciones previas a la confección del proyecto de formación y solicitud de subvención de la escuela de hostelería y, por sus cargos, daban a entender que tenían competencia para decidir sobre la gestión de la escuela de hostelería y su concesión a ellos, según la respuesta que dieran a su solicitud de dinero.

La defensa del Sr. Ponce, niega que éste ejerciera el cargo de Subdirector General de Mercasevilla al tiempo de producirse los hechos, pero es lo cierto que consta en la causa su nombramiento por resolución del acusado Fernando J. Mellet Jiménez el 18 de febrero de 2005, con la categoría de Director de la Unidad Alimentaria, asumiendo funciones de Subdirector General, y la certificación antes indicada, igualmente confirma su condición de subdirector General, sin que conste su cese en tal cargo. El documento obrante al folio 589 de los remitidos por el Juzgado Instructor de fecha 30 de enero de 2008, en el que se dice que "*Daniel Ponce Verdugo, que hasta esta fecha venía desempeñando las tareas de responsable de la Unidad Alimentaria, con funciones de Subdirector de la Empresa, pasará a desempeñar los cometidos de orientación y asesoramiento de los nuevos Directores de Estructuras que se detallan a continuación: D. Juan Carlos Recio Ruiz y Dª Regla María Pereira Baus*", no implica que hubiera cesado en su anterior función de Subdirector General, sino que se le confieren otros cometidos sin distinguir si eran complementarios a los anteriores o por sustitución. En todo caso, la nueva encomienda le acerca aún más a la cuestión ahora

examinada -la relación del hecho condicionante de la petición de dádiva con los actos propios de su cargo-, pues entre las personas que se le someten a su orientación y asesoramiento se encuentra, como ya hemos apuntado, la Sr. Pereira, a la que se le encarga en dicho documento, muy especialmente, la responsabilidad directa de la Fundación Mercasevilla, que es la entidad a la que se otorga la subvención para el equipamiento de la escuela de hostelería.

Tercero.- Sobre la condición de funcionarios públicos de los acusados Fernando J. Mellet y Daniel Ponce, nos hemos pronunciado en sentido afirmativo en el auto de fecha 23 de enero de 2012, por el que se resolvían las cuestiones previas planteadas por las partes. Auto que fue confirmado en apelación por el T.S.J.A. el 2 de abril de 2012, que resuelve los recursos presentados por las defensas, en los que centraban su oposición a tal consideración, en el hecho de haber actuado en nombre de la Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla, que es una entidad privada sin ánimo de lucro, y decían, que no se podía atribuir a la misma el ejercicio de una función pública, como también la niegan a la sociedad mixta municipalizada Mercasevilla S.A., de la que dichos acusados eran Director y Subdirector General, respectivamente. Alegación que fueron rechazadas en las distintas resoluciones que se dictaron a lo largo de este procedimiento, tanto por esta Presidencia, como por la Juez Instructora, la Sección Primera de esta Audiencia Provincial que en auto de fecha 17 de septiembre de 2010 y, como hemos dicho por el T.S.J.A. -auto de 2 de abril de 2012-, cuyos fundamentos, por su claridad, precisión y pormenorizada exposición, además de recoger los criterios doctrinales y jurisprudenciales aplicables al caso examinado, hacemos propios. No obstante, al persistir las defensas de los acusados, Srs. Mellet y Ponce, en la negación de su condición de funcionarios público a los efectos de poder ser sujetos activos del delito de cohecho por el que se sigue este procedimiento, debemos hacer las siguientes precisiones:

1.- Como se desprende del propio tenor del tipo penal definido en el art. 425 del Código Penal, se trata de un delito especial propio, que requiere en el sujeto activo una cualidad concreta, la de autoridad o funcionario público.

El concepto de funcionario público a efectos penales, viene determinado por el contenido del artículo 24.2 del Código Penal que considera como tal "*a todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas*".

Se trata de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto:

a). Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

b). Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 citado: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente (STS de 12.6.90, 5.2.93, 11.10.93, 13.6.95, 30.12.96, 19.5.98, 5.6.98, 10.7.2000 y 27.2.2001, entre mochas).

Desde luego, como señala la STS de 27 de enero de 2003, "*no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para ello*", en el caso presente el Director-Gerente de Mercasevilla, en el de la citada sentencia, el Director-Gerente del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Aceros Especiales, "*incluso con sometimiento de la relación jurídica correspondiente al Derecho Laboral. En estos casos esa designación por la autoridad competente se produce en el mismo negocio jurídico bilateral (contrato) cuya entrada en vigor determina el inicio del ejercicio de la función pública correspondiente…*" Continúa dicha sentencia, tras señalar otros precedentes de contratados laborales (SSTS. de 12.6.90, 11.10.93, 5.6.98 y 27.2.2001), diciendo: "*Es más, si tenemos en cuenta que en el caso presente nos encontramos ante un empleado que desempeñaba importantes funciones, como eran las de calcular lo que cada trabajador tenía que cobrar y proponer la cuantía concreta a la oficina de Bilbao que le enviaba los talones del dinero a percibir por cada trabajador, queda más patente aún la cualidad pública de tal trabajo. Para evitar confusiones conviene añadir aquí que también la doctrina de esta sala viene reconociendo tal cualidad de funcionario público en los casos en que se trate de trabajos de menor cualificación, incluso con relación a trabajos de carácter subalterno*".

Lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003, 4 de diciembre de 2001, y 22 de abril de 2004), o como dice la sentencia del TS de 16 de octubre de 2009 "*basta a efectos penales, con la participación legítima en una función pública*".

Se trata pues, de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas

incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente "*la participación en la función pública*" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.

Es decir, se trata, como señala tanto la doctrina como la jurisprudencia (sentencia de 22 de abril de 2004, que cita las SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "*nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico- política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo*".

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "*cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública*" (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).

El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos; gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP"

Lo relevante es estar al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo (SSTT de 11 de febrero de 1974, 8 de octubre de 1990, de 10 de julio de 2000, 4 de diciembre de 2002, 23 de diciembre de 2004 y 17 de marzo de 2010).

2.- En el presente caso, estimo que concurren los requisitos para considerar a los citados acusados, Srs. Mellet y Ponce, como funcionarios públicos a efectos penales. Tal condición no es cuestionada por Antonio Rivas, cuya cualidad de funcionario es evidente al ostentar el cargo de Delegado Provincial de la Consejería de Empleo.

El concepto de función pública, como apunta la STS de 4 de diciembre de 2007, "*admite diversos criterios de identificación desde el punto de vista objetivo, pudiendo definirse como cualquier actividad sujeta al Derecho Público y orientada al interés colectivo o al bien común (se incluirían cualesquiera actividades incardinables en cultura, hacienda, enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc), en el plano estrictamente subjetivo o formal, debe incardinarse exclusivamente entre aquéllas que son desarrolladas por Entes Públicos u órganos públicos o que la persona esté al servicio de dichos órganos. Lo que realmente le dota de sustantitividad propia a los efectos del art.24 del CP es que la función esté incardinada en un organigrama de servicio público*". Textualmente dice la sentencia que "*el criterio teleológico u objetivo ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud, el órgano de que emane sea público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas En el concepto de órgano público cabe admitir una gran elasticidad de formas: sociedades estatales, autonómicas o*

locales, participadas con capital público aunque con formas societarias privadas, organismos autónomos, institutos, e incluso corporaciones de Derecho Público, como los colegios profesionales. La relación de la persona con el ente puede ser meramente laboral e incluso civil, arrendamiento de servicios, interino, sustituto, incluso por corto periodo de tiempo, y no necesariamente funcionario en sentido técnico. Pero siempre debe haber una adscripción al órgano, ente, Instituto, sociedad o entidad. Esta adscripción es fundamental pues sólo así se puede hablar de una participación, a efectos penales, del ejercicio de funciones públicas en la medida en que están encomendadas a dichos entes, en cuyo organigrama o servicio participa el sujeto".

Esta Presidencia, asumiendo como propia la exposición realizada por la Instructora en el auto de 15 de febrero de 2010, en relación a los extremos que constan en la escritura de constitución de Mercasevilla, S.A. de fecha 25 de junio de 1971, no alberga duda sobre la función pública que desempeña dicha entidad, al tratarse de una empresa mixta del sector público local encargada de la prestación de un servicio público de competencia local cual es el de abastos, mataderos, y mercados.

Dicha empresa, tal y como se desprende del contenido de su escritura de constitución, se crea para la gestión en régimen de municipalización de los servicios de mercados centrales mayoristas y matadero de Sevilla durante el periodo de 50 años, conforme al contenido del expediente de Municipalización aprobado por el Ayuntamiento de Sevilla, en sesión plenaria de 8 de mayo de 1971, y que fue sancionado definitivamente por acuerdo del Ministerio de la Gobernación, de 19 de junio de 1971.

El Ayuntamiento de Sevilla, previamente, por acuerdo plenario de 29 de septiembre de 1996, aprobó inicialmente la municipalización de los Servicios de Mercados Centrales y Matadero que habían de ser objeto de la gestión de la Empresa Mixta, procediendo a la redacción y confección del oportuno Expediente

y Memoria que previenen los artículos 168 de la Ley de Régimen Local y 56 al 63 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Asimismo fueron aprobados por el Ayuntamiento en la sesión plenaria de 8 de mayo de 1971, los Estatutos que habrían de regir la Empresa Mixta, y por el Ministerio de la Gobernación el 19 de junio de 1971, siendo posteriormente aprobados por la Junta General de Accionistas de Mercasevilla S.A. en su reunión de fecha 26 de mayo de 1971 y finalmente por la Empresa Mixta Mercasevilla S.A. en su escritura de constitución.

En el aspecto financiero de la Memoria del Expediente de Municipalización y por lo que respecta a la aportación municipal del Ayuntamiento de Sevilla, ésta ha de alcanzar en el capital social de la Empresa Mixta el 51%, aportando el Ayuntamiento los terrenos donde se han de construir los mercados centrales y la concesión administrativa que otorga el Ayuntamiento a la Empresa Mixta que posibilitará a ésta la prestación en régimen de monopolio de los servicios de mercados centrales de mayoristas y matadero.

Como se afirma en la propia escritura de constitución, en su estipulación octava, Mercasevilla S.A. "*ha de gestionar un servicio de genuina competencia municipal, conforme determinan los artículos 101, 103, 166 y 167 de la Ley de Régimen Local* (en la actualidad arts. 25, 26, 85 y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), *así como que la personalidad jurídica de dicha empresa ha de considerarse conferida por el Ayuntamiento de Sevilla a través del propio expediente de municipalización que es donde se establecen las bases por la que han de regirse dicha empresa y que han de resultar de obligado acatamiento para los representantes del capital privado, dado el carácter público que adquiere la mencionada Empresa Mixta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*".

En definitiva, Mercasevilla S.A. es una empresa mixta del sector público local que ejerce una indudable función pública, al estar encargada de la prestación de un servicio público de competencia local, con capital mayoritariamente público, aunque la relación entre los sujetos que la realizan y el órgano, se regula por normas no públicas.

Gestiona un servicio de genuina competencia municipal mediante concesión administrativa en régimen de monopolio; Los servicios de Mercados Centrales y Matadero, que constituyen materia propia de la competencia municipal, e incluso se integran entre los que revisten carácter de obligación mínima a tenor de lo previsto en los arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local., figurando entre los que pueden ser municipalizados en monopolio; La personalidad jurídica de la empresa ha de considerarse conferida por el Ayuntamiento a través del expediente de municipalización. En dicho expediente, sancionado por el entonces Ministro de la Gobernación, se contienen las bases por las que ha de regirse la empresa, que son de obligado acatamiento para los representantes del capital privado, que representan el 0,2% ; y la empresa mixta Mercasevilla tiene carácter público, y tiene como finalidad la prestación de un servicio público.

Es a destacar que el socio mayoritario de Mercasevilla es el Ayuntamiento de esta capital, con un 51 % de las acciones, y que también es socio de la misma MERCASA empresa pública de la Administración del Estado, cuyos accionistas son la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través del Fondo Española de Garantía Agraria (FEGA), siendo su capital íntegramente del Estado, la cual detenta el 48% del capital social, por lo que no cabe duda que el nombramiento de Director Gerente de Mercasevilla es realizado por los socios mayoritarios, por cuanto, según los Estatutos de la sociedad mixta aprobados por el Ayuntamiento de Sevilla en el expediente de municipalización en su sesión de 8 de mayo de 1971, ratificados por el Ministerio de la Gobernación en resolución de fecha 19 de

mayo siguiente, para dicho nombramiento es necesario que asistan a la Junta General, cuatro quintas partes del capital desembolsado y en segunda convocatoria, las tres cuartas partes de dicho capital, lo que implica, a la vista de la distribución del capital social de la sociedad examinada, que los representantes del Ayuntamiento y de la Sociedad pública Mercasa son los encargados del nombramiento, trasladando a la Junta las instrucciones de la autoridad pública titular de los intereses que defienden.

Por ello, el imputado Fernando Mellet Jiménez, al igual que el imputado Daniel Ponce Martínez al ser personal al servicio de la empresa mixta Mercasevilla S.A. con independencia del cargo que han venido ostentando, tendrán la consideración de funcionarios públicos a efectos penales, siendo nombrado el imputado Fernando Mellet Jiménez formalmente Director General de Mercasevilla por la Junta General de Mercasevilla , órgano de gobierno de la empresa, conforme al artículo 31 de los Estatutos Sociales, y el otro imputado, Daniel Ponce Martínez (Subdirector General), por el imputado Fernando Mellet Jiménez, dentro del ámbito de las competencias que tenía atribuidas.

En cuanto a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, su constitución fue aprobada por la Junta General Extraordinaria de Mercasevilla S.A. en sesión celebrada el día 21 de junio de 2004, y fue dotada con la suma de 30.000 euros que aportaría la entidad Mercasevilla S.A., en orden a su composición. El art. 12 de los Estatutos de la Fundación establece que el Patronato estará compuesto por un mínimo de tres y un máximo de cinco patrones, formando parte en todo caso del Patronato, el Presidente y el Vicepresidente Segundo del Consejo de Administración de Mercasevilla , así como el Director General de Mercasevilla .

Las Fundaciones del Sector Público local, entre las que se encuentra la examinada, si bien no tenían una regulación legal expresa en el año 2004, no por ello dejaban de tener el carácter de públicas en aplicación supletoria y analógica

de los arts. 44 y siguientes de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y, posteriormente, de los arts. 55 y siguientes de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, aclara aún más la situación, al establecer su artículo 40:

"*Tendrán la consideración de fundaciones públicas locales las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias*:

1. *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.*

2. Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe esta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas."

Por otro lado, el artículo 3.1.f) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, incluye en el Sector Público a "*las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades*

integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".

Además, la Fundación Socio-Asistencial debe considerarse como una entidad pública a los efectos de la aplicación del art. 24 del C. Penal, al tener entre sus fines contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, compartiendo la función de Mercasevilla S.A.

La vinculación entre Mercasevilla y la Fundación en los hechos enjuiciados es tal, que dos de los imputados en esta causa tenían, al tiempo de los hechos, cargos directivos en ambas entidades. Así el imputado Fernando José Mellet Jiménez era Director General en Mercasevilla y en la Fundación era Secretario-Gerente del Patronato. Por su parte la imputada Regla Pereira Baus era en Mercasevilla Directora de Estructuras y en la Fundación Directora de Proyectos. Además, la subvención concedida por la Consejería de Empleo para equipamiento de una escuela de hostelería, afectaba también a Mercasevilla S.A., por cuanto se iba a instalar en sus terrenos y beneficiaba la prestación del servicio que desarrollaba, hasta el punto de ser esta sociedad y no la Fundación quien suscribe con el Grupo La Raza el acuerdo marco de colaboración de fecha 24 de mayo de 2006 para la constitución de la escuela de hostelería de Mercasevilla cuyo proyecto sería desarrollado por la Fundación Socio-Asistencial.

Dicha confusión de cometidos entre estas entidades, en relación con la escuela de hostelería, se pone de manifiesto en el escrito de fecha 8 de noviembre de 2007, remitido por el acusado Antonio Rivas, como Director Provincial del S.A.E. al Director General de Mercasevilla en el que habla de su disposición a colaborar de forma activa en el proyecto que "*esa entidad*" va a desarrollar en

Sevilla. Igualmente, la intervención de Daniel Ponce en la solicitud del dinero que es objeto de enjuiciamiento, incide en la misma apreciación de vinculación de la Fundación con Mercasevilla S.A.

Entendemos por ello que no obstante ser una realidad que, formalmente, Mercasevilla y la Fundación son dos entidades diferentes desde el punto de vista legal y práctico, la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla no es más que un instrumento jurídico creado por la Empresa Mercasevilla, como medio para desarrollar proyectos que contribuyan a la mejora del servicio público de mercado mayorista alimentario.

A estos datos, debemos añadir otros que resultan de los documentos aportados a las actuaciones, algunos de ellos puestos de manifiesto por la Instructora en el auto de apertura de juicio oral, que abundan en la misma conclusión de servicio público de las funciones de Mercasevilla y la Fundación Socio-Asistencial, cuyo objeto es fundamentalmente, como hemos dicho, la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario.

En definitiva, debemos subrayar que en el Derecho Penal, el concepto de funcionario público es distinto al de Derecho Administrativo, que se centra en la idea de participación en funciones públicas y que haya sido designado para ello en el ejercicio de tal cometido (STS 8 de mayo de 1.992), bien por elección, por disposición inmediata de la ley o nombramiento de la autoridad competente, por lo que debemos estar al caso concreto para poder determinar si estamos o no ante un funcionario público a los efectos penales.

Para la consideración de Fernando José Mellet, Director General de Mercasevilla y Gerente de la Fundación Socio Asistencial, como funcionario público en la acción enjuiciada, he tenido en cuenta los anteriormente expuesto y distintos pronunciamiento del T.S. en los que se ha reconocido tal carácter a supuestos similares, como la sentencia de 29 de abril de 1.997 en la que se consideran como funcionarios públicos a gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública; la sentencia de 22 de abril de 2003, que incluye a los empleados de concesionarios de servicios públicos; sentencia de 25 de enero de 2010, que alude a los gerentes de empresa municipales públicas etc... Doctrina que ha sido recogida por el Legislador en la L.O. 5/10 de 22 de junio, que modifica la regulación del delito ahora examinado, aclarando y ampliando sus posibles autores a "*cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*" (art. 423 del actual Código Penal).

Igualmente, para la imputación en el delito de cohecho a Daniel Ponce, Subdirector de Mercasevilla, aceptamos las consideraciones efectuadas por la Instructora sobre la condición de funcionarios de los empleados de concesionarios públicos reconocida por la jurisprudencia como hemos visto, que se asimilan a la sociedades mixtas municipalizadas, en cuanto ambas son formas de gestión indirecta de un servicio público, con la diferencia de que, con los concesionarios la Administración tiene un vínculo contractual, y con las segundas, lo que hace -en este caso el Ayuntamiento-, es crear un ente jurídico organizado por él para prestar dicho servicio. Es un ente con el que tiene un vínculo directo porque participa de su capital, y lo somete a reglamentación propia (Reglamento de Prestación de Servicio de Marcados Mayoristas y Matadero, Reglamento de Régimen Interior del Servicio de Mercados Centrales y Matadero de Mercasevilla S.A., Ordenanza de funcionamiento del Servicio de Matadero, además de estarlo a la Ley de Régimen Local y Reglamentos que las desarrollan), fijando las tarifas de prestación del servicio a terceros. Por otra parte, el hecho de que se establezca la

prestación del servicio de forma monopolizada, nos está diciendo que es un servicio público especialmente estratégico y esencial.

Daniel Ponce, fue nombrado Subdirector General de Mercasevilla por Fernando José Mellet, que como director General de la misma, era la persona facultada para ello, quien a su vez, fue nombrado en la forma indicada anteriormente y representaba los intereses del Ayuntamiento en cuanto socio mayoritario.

En la alegación por la defensa del. Sr. Ponce, sobre el desconocimiento de su condición de funcionario público a efectos penales, subyace la invocación de un error invencible de prohibición sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (14.3 del Código Penal), que debe ser desestimado al carecer de fundamento, puesto que la antijuricidad de su conducta se deduce con claridad meridiana, de la propia solicitud de dádiva a una entidad privada a favor de terceros, como condición para la cesión de la gestión de una actividad de interés para el servicio público del que era directivo, pues su ilicitud es de general conocimiento, y así fue puesto de manifiesto por Regla María Pereira cuando describe lo que pensó al conocer los hechos que se le imputaban –no quería nada con los acusados-, y por el propio imputado (Sr. Ponce), al narrar la reacción que tuvo cuando Mellet le dijo que tenía que hacer la petición de 300.000 euros a los representantes de la Raza, indicando que "*me dice (Mellet) que tengo que recordarle al Sr. Cuesta que tiene que colaborar con la Junta de Andalucía y yo literalmente lo mande al "carajo". Que yo no tenía nada que ver con la Junta de Andalucía. Que acto seguido me dice que la cantidad que ellos ya saben es de 300.000 euros y yo me quedo sin argumentos. Que yo me limité a recordárselo*", siendo esta última afirmación desmentida con la audición del CD donde se descargó la grabación efectuada por Ignacio de Rojas de la reunión mantenida con ellos el 27 de enero de 2009, en la que se aprecia el conocimiento que Daniel

Ponce tenía de la trascendencia de la petición y de la normalidad de estas solicitudes tras la concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía. A él se le atribuye la frase "*la Junta colabora con quien colabora con ella*". Además, los testigos Pedro Sánchez Cuerda y José Ignacio de Rojas Rodríguez (representantes de La Raza) afirman en el plenario, y así fue declarado probado, que en la primera reunión con ellos el 16 de enero de 2009, Ponce les dijo que la forma de realizar el pago era mediante la entrega del dinero en un maletín que debían dejar en un despacho y alguien lo recogería. Proposición con la que viene a admitir el conocimiento que tenía de la ilicitud de su actuación, pues si se consideraba un particular sin relación con actividad pública alguna, como dice, no tenía por qué reaccionar del modo indicado a la propuesta de Fernando J. Mellet, ni hacer la petición de dinero a nombre de terceros, ni ofrecer una forma de entrega del mismo tan al estilo del llamado "*cine negro*".

Por otro lado, resulta inconcebible que quien se dedica de modo profesional y ocupando una posición relevante en la dirección de la prestación de un servicio público, durante años, desconozca las condiciones legales en que debía desarrollar su función y las consecuencias penales de actos como los enjuiciados.

En realidad, conocía perfectamente la ilegalidad de su acción por la posición que ostentaba en la empresa pública Mercasevilla S.A., y por ello, intentó ocultar el pago a cualquier control de los órganos de dicha sociedad y como no, a la Agencia Tributaria.

Además, y ya para concluir este punto, debo recordar que la jurisprudencia (SSTTSS de 14 de enero de 1994, 2 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2001 y 30 de abril de 2003) ha admitido que cuando un particular, "*extraneus*", participa en el delito especial propio cometido por un funcionario,

"*intraneus*", dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, por lo que cabe apreciar la participación del acusado Sr. Ponce aún en el caso de que se hubieran aceptado sus alegaciones defensivas, ya que al imputarse el delito de cohecho a la acción conjunta de varias personas, bastaría que una de ellas tuviera la condición de funcionario para que pudieran apreciarse en él la concurrencia de los elementos de dicha figura penal.

La posibilidad de extensión de la responsabilidad penal ha sido reconocida expresamente de "*lege data*" por la reforma operada en el artículo 65 del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que añadió un párrafo tercero al precepto con la exclusiva finalidad de establecer una penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario en el que no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor. Con ello se resuelve definitivamente el problema de la situación del "*extraneus*" partícipe de un delito especial propio con una facultativa atenuación de la pena.

Cuarto.- De la ejecución del delito de cohecho examinado, son responsables en concepto de autores los acusados Antonio Rivas Sánchez, Fernando José Mellet Jiménez y Daniel Ponce conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal, como así han sido considerados por el Jurado al declarar probados los hechos que se analizaran seguidamente.

En cualquier caso debo recordar que nuestro ordenamiento también considera como autores a quienes inducen directamente a otros a realizar un acto (art 28.a) del Código Penal), por lo que una u otra calificación, coautor o inductor, conllevan la misma sanción.

Nos encontramos con un supuesto de coautoría definida en el precepto antes señalado (art. 28 del C. Penal), según el cual, "*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento"* e implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito debe colaborar con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto.

No es preciso que cada uno ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, es decir la solicitud de la dádiva, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el proyecto común, que constituyen aportaciones causales decisivas, disponiendo los acusados del co-dominio funcional del hecho.

Entre estas aportaciones que integran la coautoria deben ser incluidos determinados actos anteriores y coetáneos que no son por si mismos típicos pero que forman parte de la cadena causal y tienen carácter decisivo, como los de quien planea la ejecución del delito y dirige a distancia su comisión. En la sentencia de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998, ya se señaló que el "*cerebro*" de una actuación delictiva, es decir quien planifica, organiza, prepara, dirige a distancia, y gestiona el aprovechamiento del delito es un coautor.

Pues bien, en el caso actual, la actuación de los acusados, Antonio Rivas ideando el soborno, concertándose con Fernando J. Mellet y, a través de éste, con Daniel Ponce, quienes aceptaron realizar la petición de dinero que les planteaba

aquel, en beneficio propio o de terceros, constituye un supuesto de autoría conjunta.

Quinto.- Ante de desarrollar la valoración efectuada, debemos empezar recordando que el T.S. tiene declarado en sentencias, entre otras, de 4 de febrero de 2004, "*que el Tribunal del Jurado que es un órgano jurisdiccional más, integrado dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que se recojan en la ley, los principios, las reglas y los criterios que se deben tener en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse sustancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y entre estos principios está la obligación de motivar el veredicto y sentencia, de modo que la resolución resulte razonable y comprensible, posibilitando el control de la resolución por un Tribunal superior, si bien es lógico que no deba exigirse al Jurado el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que al Juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo requiere en el artículo 61.1.d), que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos*". En el caso actual, el Jurado no se ha limitado a declarar probado la base fáctica del delito de cohecho que constituye el objeto de las acusaciones, sino que ha explicado las razones de valoración, indicando que se declaran probados los puntos 1º, 2º, 3º, 6º, 9º, 10º, 11º, 12º y 13º del objeto del veredicto (1º a 9º en el relato de hechos de esta resolución), por los siguientes argumentos:

Justificación del Jurado

Para declarar probado el **hecho primero** se ha tenido en cuenta, en primer lugar, la documental consistente en la resolución firmada el día 16 de diciembre de 2008 por Antonio Fernández García, por la que se aprobó la concesión de una subvención a la fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla de 900.000 euros para equipamiento, ya que las infraestructuras, según el antecedente segundo de la resolución mencionada, se suponían que estaban adaptadas para las prácticas reales de los alumnos.

En la resolución, se declara el carácter excepcional de la subvención concedida a la fundación Socio-Asistencial Mercasevilla por el 100% del presupuesto total del proyecto, con un periodo de ejecución del proyecto del 1 de diciembre de 2008 al 31 de agosto de 2009, según costa en los folios 633-640 y 2906 –2914.

Para declarar probado el **hecho segundo**, se ha tenido en cuenta, en primer lugar, la declaración testifical prestada por el Policía Nacional 58.575, en la que dijo que tomaron declaración al Sr. Mellet, que dijo que la idea había sido del Sr. Rivas. También manifestó el mismo testigo que al tomarle declaración al Sr. Ponce dijo que su jefe le había dicho que eso era encargo del Sr. Rivas. También se ha tenido en cuenta, la declaración del mismo Policía prestada ante el Juzgado de Instrucción y que fue aportada por contradicciones y figura en el Tomo 6, folio 3.189.

Además se ha considerado la declaración del acusado (Sr. Ponce), ratificada posteriormente por el testigo policial, que en el acto del juicio y con fecha 4 de octubre dijo, que el Sr. Mellet le había dicho que había sido el Sr. Rivas el que había pedido la comisión; también en su declaración el Sr. Ponce dijo que su jefe le había dicho que eso era un encargo del Sr. Rivas. "*que creo que me dice (Mellet) que recibe una llamada del Sr. Rivas diciéndole: Nos ha tocado la lotería*". "*Que han dado la subvención, que la primera llamada es del Sr. Rivas al Sr. Mellet*".

El Jurado, igualmente, ha concedido gran importancia a la prueba documental obrante al Tomo II, Pág. 1069 que indica que la relación mantenida desde el 11 de octubre de 2007 constata que se trata de una relación antigua.

También, la prueba documental consistente en la grabación oída en el acto del juicio, demostró que se le dijo al Grupo La Raza que colaborara con los 300.000 euros y que a cambio y como contraprestación obtendría todos los cursos de formación subvencionados, lo que a juicio del Jurado sirve para reforzar el convencimiento de la participación y concertación del Sr. Rivas con el Sr. Mellet, considerando este Jurado que la competencia para conceder este tipo de subvenciones (cursos de formación) le correspondía al Sr. Rivas. A mayor abundamiento, el Jurado para llegar al convencimiento de que el Sr. Rivas estaba muy presente en este asunto, ha tenido en cuenta el hecho de que Mellet y Ponce insistieran en que no se preocuparan porque los cursos de formación serían subvencionados.

Al Jurado, igualmente, le ha quedado probado que el Sr. Rivas tiene un interés desmedido en la concesión de esta subvención, ya que varios testigos, tales como el propio Consejero Antonio Fernández García y Juan Lanza Fernández, ratificaron que Rivas carecía de competencia y aún así estuvo en contacto con el Sr. Mellet en varias reuniones pese a que el Sr. Rivas ni tramitaba ni gestionaba este tipo de subvenciones, limitándose su competencia a la posible concesión u otorgamiento de cursos de formación.

Lo anteriormente indicado, llevó al Jurado al convencimiento de que ambos (Mellet y Rivas) han estado siempre en contacto, existiendo concierto para solicitar la comisión.

Igualmente el testigo Agustín Barberá, Viceconsejero que en su declaración en el acto del juicio afirmó refiriéndose a Rivas "*que tampoco puede considerarlo intermediario*".

También el testigo Sánchez Doblado, en el acto del juicio manifestó " *que es él quien firma la subvención para equipamiento, si fuera solo para impartir cursos seria competencia de la Delegación*".

Para declarar probado el **hecho tercero**, se ha tenido en cuenta, en primer lugar, la propia declaración del acusado Sr. Ponce que en el acto del juicio dijo "*yo iba a esa reunión porque el Sr. Director General me dice que tiene un asunto y que tiene una reunión con el Sr. Cuerda... que era por el tema de la Escuela de Hostelería... que acto seguido me dice que la cantidad que ellos ya saben es de 300.000 euros y... yo me limito a recordárselo*". Igualmente en la grabación realizada el 27 de enero de 2009 consta que el Sr. Ponce se reafirmó en la petición de la comisión de 300.000 euros.

Por otra parte, el testigo Sr. Sánchez Cuerda en su declaración en el acto del juicio dijo, que se reunió con el Sr. Ponce y éste le solicitó una comisión de 300.000 euros, solicitud que se reiteró en la segunda reunión. Igualmente éste declaró lo siguiente "*Que la mala noticia me dijo Ponce que era, que había dos gastos no previstos una era la acometida que había que poner, valorada en 150.000 euros de la que nosotros no tenemos constancia en ningún momento y luego que la Junta de Andalucía solicitaba 300.000 euros como soborno, un dinero que no tenía explicación. Que me dijo que no había nada, que no darían factura. Que siempre que la Junta daba una subvención de este tipo había que pagarle una cantidad según baremo y me dijeron que era práctica habitual, que debían llevar el dinero en un maletín a un despacho que ya me dirían y después olvidarían el maletín allí*".

Asimismo el testigo Sr. de Rojas Rodríguez, en el acto del juicio manifestó que, estuvo en la segunda reunión en la que se volvieron a pedir los 300.000 euros, considerando que esa comisión se le pedía como condición a la concesión de la Escuela de Hostelería.

Para considerar probado el hecho **cuarto** (6º del objeto del veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta, en primer lugar, la declaración testifical del Sr.

Sánchez Cuerda, que en el acto del juicio dijo que el Sr. Ponce me indicó que la mala noticia era que había dos gastos no previstos , uno era la acometida valorada en 150.00 euros, (de la que el testigo no tenia constancia en ningún momento) y luego que la Junta solicitaba 300.000 euros como soborno, dinero que no tenia explicación. Que el mismo señor le dijo que no había nada y que no darían factura y que siempre que la Junta daba una subvención de este tipo había que pagarle una cantidad según baremo y que esta practica era la habitual.

Para el Jurado queda acreditado que la comisión pedida por importe de 300.000 euros, así como la correspondiente a la acometida de luz (por valor de 150.000 euros), no debía afrontarla la Raza, y así la declaración testifical del Sr. Sánchez Cuerda contiene que "*después de esta segunda reunión un día me llamó.... el Sr. Mellet por el móvil muy nervioso y nos dijo que nos había visto muy nerviosos en la reunión , que se arrepentía de lo dicho y que ya nos llamaría para una tercera reunión. Que no se nos iba a solicitar nada ni por la acometida eléctrica ni por lo otro* ".

Además, la prueba testifical de José Ignacio de Rojas en el acto del juicio, afirmó que, el 27 de enero (día en que al parecer se produjo la grabación) le piden 300.000 euros por un lado y otros 150.000 por otro para la acometida que debían llevar en un maletín, por lo que el testigo consideró que el dinero se le pedía como condición para la concesión de la Escuela de Hostelería.

Por otra parte, la declaración del acusado Sr. Ponce en el acto del juicio, a sabiendas de la ilicitud de la petición de la comisión o colaboración, dijo " *me dice Mellet que tengo que recordarle al Sr. Cuerda que tiene que colaborar con la Junta de Andalucía y yo literalmente lo mandé al carajo. Que yo no tenía nada que ver con la Junta de Andalucía*".

Igualmente, la prueba documental consistente en el Convenio de Colaboración entre Mercasevilla y Grupo La Raza para la puesta en marcha de una Escuela de Hostelería obrante al Tomo V, en ningún momento especifica que

el Grupo La Raza tenga que aportar cuantía de ningún tipo en concepto de colaboración y menos para equipamiento eléctrico.

Además, la documental obrante a los folios 488 y 499, 643 a 650, -precontrato de arrendamiento entre Sando y La Raza-, en cuya estipulación sexta se concreta que, serán de cuenta y cargo de la arrendataria los gastos, impuestos, tasas, tarifas y precios publico y privados ocasionados por la contratación y uso de los servicios y suministros de agua, gas, teléfono, electricidad y demás necesarios o útiles al negocio que se establezca, sin especificar nada relativo a obra mayor de obra eléctrica. En idéntico sentido se dispone en el contrato de cesión del grupo la Raza a la Fundación Mercasevilla. Además, a la vista de la resolución de 16 de diciembre de 2008, del Consejero D. Antonio Fernández García, se aprobó la concesión de una subvención a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla de 900.000 euros, parar equipamiento, ya que la infraestructura según el antecedente segundo, se suponía que estaba adaptada ya para las practicas reales de los alumnos.

Igualmente, en los presupuestos de la Empresa Pedro y López obrantes al tomo VI y en los demás aportados, figura la cuantía de la maquinaria industrial que se pretendía comprar, lo que para el Jurado hace suponer que el consumo eléctrico iba a ser a nivel industrial.

Para declarar probado el **hecho quinto** (noveno del objeto del veredicto), los jurados han tenido en cuenta, en primer lugar, la declaración testifical del Sr. Sánchez Cuerda que en el acto del plenario afirmo que el Sr. Ponce le dijo que había dos gastos no previstos: 150.000 euros de la acometida y 300.000 euros que solicitaba la Junta como soborno, que siempre que daba una subvención de este tipo, había que pagar una cantidad, que era practica habitual, que debían llevar el dinero en un maletín a un despacho que ya me dirían. "*que se echaron las manos a la cabeza* (refiriéndose a la segunda reunión) *cuando oyen que se les pide dinero a cambio de la subvención y le proponen lo del maletín y abandonarlo*

en un despacho conteniendo esa cantidad". También dijo, que asistieron a la siguiente reunión creyendo que no habían oído bien o Pedro se lo había inventado o había un error, manteniendo el testigo que dijo lo mismo que dijo en el Juzgado de Instrucción.

También se ha valorado la declaración testifical de Juan Gallo, que en el día del Juicio dijo "*que el Sr. Rojas le contó que directivos de Mercasevilla le propusieron que le trajeran 300.000 euros de esa cantidad y lo metiera en un maletín"*.

Por otro lado, la grabación aportada, a partir de su minuto 22.15, demuestra que todos los participantes de la reunión tenían conocimiento que había que dejar un maletín olvidado donde se dijera.

Para declarar probado el **hecho sexto** (décimo del objeto del veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta, en primer lugar, la prueba testifical constituida por Pedro Sánchez Cuerda que en el acto del Juicio afirmó lo siguiente: "*me dijo que me confirmaba los términos de la primera reunión ..... que la mala noticia me dijo Ponce que era que había dos gastos no previstos, uno era la acometida que había que poner valorada en 150.000 euros, de la que nosotros no tenemos constancia en ningún momento y luego que la Junta de Andalucía solicitaba 300.00 euros como soborno, un dinero que no tenia explicación. Que me dijo que no había nada, que no darían factura, que siempre que la Junta daba una subvención de este tipo había que pagar una cantidad según baremo y me dijeron que era practica habitual, que debían llevar el dinero en un maletín a un despacho que ya me diría y después olvidarían allí el maletín, que el dinero seria para la Junta de Andalucia... que conocimos todos los extremos que me había comentado en la primera reunión Ponce"*.

Además, la documental consistente en la grabación de 27 de enero de 2009, a partir del minuto 10 demuestra la petición de los 300.000 euros mas otros

150.000 euros de la acometida de la luz, ambas injustificables. También, por este medio de prueba, se constata que a cambio de su colaboración lograrían favores obteniendo subvenciones en futuros cursos de formación y en todos los catering que se organizaran.

Para declarar probado el **hecho séptimo** (undécimo del veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta, en primer lugar la declaración del testigo D. Ignacio de Rojas Rodríguez, que en el acto del juicio dijo "*tres veces dijimos que no pagábamos nada a Mellet y a Ponce .... quise dejar claro en la conversación grabada que no íbamos a dar dinero*" (a preguntas de la acusación popular).

También, el testigo Pedro Sánchez Cuerda en el acto del juicio dijo "*que nosotros no íbamos a dar ninguna cantidad de ninguna manera... que no me fié en ningún momento de ellos, no sabía si me lo pedían para la Junta o para ellos..... no estábamos dispuestos a hacer ningún pago ilegal* ".

Además, el testigo D. Agustín Barberá, en aquel momento Viceconsejero, en el acto del juicio manifestó que oyó la cinta y se pedía una comisión por lo que dirigió un escrito a la fiscalía para comunicarlo, por lo que el Fiscal le citó la semana siguiente, luego admitieron a tramite la denuncia y se pusieron a investigar, ante lo cual tras abrir un expediente reservado lo paralizó al saber que ya estaba actuando el Ministerio Fiscal. También dijo que a partir de ese momento se suspendió la resolución (del expediente de la subvención), lo que queda acreditado porque en ningún momento nadie ha manifestado que por parte de la Raza se haya recibido dinero alguno en concepto de subvención.

Todo lo anterior queda igualmente acreditado por la grabación que fue reproducida en el acto del juicio.

Para considerar probado el **hecho octavo** (duodécimo del veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta, la prueba documental consistente en contrato de

trabajo obrante en el tomo VI de las actuaciones donde se acredita el tipo de contrato laboral por el que el Sr. Ponce quedo vinculado con Mercasevilla, según consta en el folio 585 y 586.

Para declarar probado el **hecho noveno** (decimotercero del veredicto), el Jurado ha tenido en cuenta, la prueba documental consistente en contrato de trabajo obrante en el testimonio de las actuaciones donde se acredita el tipo de contrato laboral por el que el Sr. Mellet quedo vinculado con Mercasevilla, (folios 365 y ss.) en virtud de contrato de fecha 20 de septiembre de 2001 y en calidad de Director de Recursos Humanos, siendo nombrado posteriormente Director General por la Junta General ordinaria de Mercasevilla, según consta en el testimonio a los folios 523 y ss.

Sexto.- Estimo que la valoración efectuada por el Jurado, cumple con la exigencia legal de exposición de una sucinta explicación de las razones por las que se han declarado los citados hechos como probados, pues permiten apreciar los fundamentos de la conclusión adoptada, que en el caso de las acusados Fernando Mellet y Daniel Ponce se basa en prueba directa, cual ha sido, fundamentalmente, la declaración de los representantes del Grupo La Raza, Pedro Cuerda y José Ignacio Rojas, cuyos testimonios constituyen prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia, como así ha sido reconocido por la jurisprudencia de forma reiterada y constante, de la que podemos citar como ejemplo las sentencias del T.S. de 21/9/2000, 19/2/2010 y 21/3/2011, según la cual, "*el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia"* (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaraciones cuya valoración corresponde al Tribunal del Jurado que las presenció, dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad (incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el inculpado y la víctima, de verosimilitud objetiva por corroboración

periférica y de persistencia en la incriminación), si bien estas exigencias han de tomarse como lo que realmente son: reglas de la sana crítica que han de aplicarse en el caso concreto, ponderando todas las circunstancias concurrentes y sin erigirse en criterios de valoración rígidos y tasados que permitan eludir el compromiso que implica la libre apreciación de la prueba (s T.S. de 3 de enero de 2001).

Pues bien, dichos testimonios por la coherencia que han mostrado en la narración de los hechos enjuiciados, la contundencia de sus pronunciamientos, la persistencia en la incriminación de los acusados y la ausencia de contradicciones entre ellos, nos permiten apreciar la concurrencia de prueba de cargo bastante y apta para destruir la citada presunción legal, máxime cuando no se ha evidenciado ningún motivo que permita debilitar la credibilidad de sus declaraciones, sin que pueda considerarse como tal, el hecho de haber dado lugar a la incoación de este procedimiento, tras el relato de lo sucedido a un funcionario de la Junta de Andalucía; ni la grabación de la conversación mantenida con los citados acusados el día 27 de enero 2009, cuya validez como prueba, sin perjuicio de su valoración, ha sido mantenida por esta Presidencia y por el T.S.J.A. en el auto de 2 de abril de 2012, cuyos fundamentos damos por reproducidos; ni siquiera, el posible interés que pudieran tener en que resulten condenados los acusados, ante el perjuicio que les han causado con su actuación delictiva.

Además, su versión ha sido corroborada por otros elementos probatorios, como así los señala el Jurado, como son: La declaración del acusado Daniel Ponce, que reconoce que realizó las peticiones de dinero que afirman aquellos, que lo hizo por indicación de Fernando J. Mellet con el que repitió la reclamación de 450.000 euros a los empresarios de La Raza el 27 de enero de 2009, quien se ha negado a declarar en el juicio, renunciando a su derecho a debilitar las pruebas que existen contra él; la declaración del Policía 58.575, ante el que Daniel Ponce y Fernando Mellet reconocieron en sede policial, la realidad del contenido de la grabación y demás extremos puestos de manifiesto por el Jurado, así como la

decisión de hacerlo por indicación de Antonio Rivas; la declaración de Juan Gallo, al que José Ignacio Rojas le contó, antes de la reunión grabada, "*que directivos de Mercasevilla le propusieron que le trajeran 300.000 euros para la Junta de Andalucía más 150.000 para la acometida de luz y lo metiera en un maletín*". También, las declaraciones del Consejero y Viceconsejero de Empleo vienen a confirmar la versión inculpatoria examinada, pues niegan que los socios de La Raza tuvieran obligación de entregar dinero alguno a la Junta de Andalucía como intentan establecer las defensas, y no sólo eso, sino que al tener conocimiento de la petición de dinero efectuada por los Srs. Mellet y Ponce, la consideraron como posible integradora de delito y por ello, remitieron la cinta grabada a Fiscalía.

En consecuencia, sin necesidad de valorar el contenido de la grabación, estimo que el Jurado ha apreciado la concurrencia de prueba de cargo bastante y apta para poder sustentar ella el pronunciamiento de culpabilidad efectuado contra los acusados Fernando J. Mellet y Daniel Ponce, no sólo respecto a la solicitud de 300.000 euros para la Junta de Andalucía, sino también por los 150.000 euros para acometida de luz a la parcela donde se iba a instalar el edificio en cuyos bajos se ubicaría la escuela de hostelería. Petición que, igualmente, carece de soporte legal, no sólo porque en el precontrato de arrendamiento firmado por la empresa Sando (arrendadora), y La Raza (arrendataria), se establece que las partes se comprometen a suscribir el correspondiente contrato de arrendamiento antes del transcurso de los 15 días siguientes a la comunicación de Sando a Alazar (La Raza) de la obtención de *"licencia de primera ocupación*"(estipulación segunda), lo que implica que el local debía ser entregado en condiciones para su utilización, siendo de cargo de la inquilina el pago de los suministros de luz agua, etc…, y no la acometida de luz; sino también, porque nada se había acordado al respecto antes de obtener la Fundación Socio-Asistencial la subvención, y su importe es desproporcionado, y más cuando el objeto del arrendamiento era de parte del edificio y no de todos los locales del mismo; y especialmente, porque ninguna explicación tiene que el pago se exigiera mediante la entrega de efectivo en un maletín sin factura ni documento alguno que lo acreditara.

En definitiva, la decisión del Jurado resulta razonable y justificada.

También, sin tener en cuenta la grabación impugnada por las defensas, para la determinación de la ilicitud de la petición de 450.000 euros a cambio de la gestión técnica y profesional de la escuela de hostelería, es esclarecedor el hecho de haber estimado probado el Jurado con inmediación, las afirmaciones de los testigos Pedro Cuerda y José Ignacio Rivas respecto a que Daniel Ponce, en la reunión de 16 de enero de 2009, les indicó que la forma de pago dicha cantidad, sería en efectivo, dejándolos en el interior de un maletín en un despacho y allí vendría alguien a recogerlo.

Estimo, además, que el Jurado ha podido valorar, como lo ha hecho, el contenido de la grabación a cuya audición se procedió en el plenario, pues hasta los propios Letrados de los Srs. Mellet y Ponce basan su defensa en él, al intentar justificar la dadiva solicitada por ellos, en las propias expresiones que se recogen en el CD, de las que han querido extraer, que conversación lo que muestra, no es más que los prolegómenos de un supuesto acuerdo en el ámbito del negocio que pretendían llevar a cabo con la instalación de la escuela de hostelería, en la que se intentaba concretar la posible colaboración a que se había comprometido el Grupo La Raza en el convenio marco de 24 de mayo de 2.006 y posterior Protocolo de fecha 18 de diciembre de 2.007.

Las conclusiones del informe pericial efectuado por la Guardia Civil, avalan la validez probatoria de la grabación al decir que "*del resultado del conjunto de análisis realizados sobre la conversación debitada, el DVD remitido se trata de una copia fiel e íntegra de una grabación original*", y más si las ponemos en relación con el conjunto de la prueba practicada en el juicio y la propia audición de la grabación, que evidencia, que no se trata de una conversación descontextualizada, entrecortada o fabricada ad hoc, sino que se corresponde con

la conversación realmente mantenida entre los acusados y los empresarios de La Raza.

Séptimo.- En cuanto a la participación de Antonio Rivas Sánchez, el Jurado la ha apreciado en base a prueba indiciaria, también llamada indirecta o presuntiva, que podemos definir como "*aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado*", y que ha sido admitida por la jurisprudencia del TS y TC, como medio probatorio válido a los efectos de enervar la presunción de inocencia (STC 17-12-85, 23-5-90 y 18-6-90 y SSTS 14-10-8619-2-93, 2-12-93 y 17-3-94 etc...). Indicios que resultan de la prueba documental obrante en la causa y testifical practicada en el plenario, que han permitido llevar al Jurado, en su valoración colectiva y en conciencia, al juicio de inferencia sobre la participación del acusado en los hechos objeto de esta causa, en los términos establecidos en el punto segundo del relato fáctico, lo cuales, de forma genérica a veces, han sido recogidos por el Jurado y pasamos a examinar:

1.- La declaración del Policía Nacional 58.575, que afirmó en el plenario que cuando tomaron declaración al Sr. Mellet, este dijo que "*la idea había sido del Sr. Rivas*. También manifestó que el Sr. Ponce dijo que "*su jefe le había dicho que era un encargo del Sr. Rivas*".

2.- La misma testifical, pero valorando el contenido del testimonio prestado ante el Juzgado de Instrucción y que fue aportada por contradicciones y figura en el Tomo 6, folio 3.189, donde el citado Policía dijo que "*que el Sr. Mellet le manifestó de forma espontánea, que la petición de los 300.000 euros no lo había hecho para él, sino que fue indicación del Sr. Rivas en la comunicación telefónica que le realiza en diciembre de 2008. Que el Sr. Mellet declaró ante el compareciente que la petición del Sr. Rivas se realiza en varias llamadas a lo largo del mes de diciembre de 2008 y una el día anterior a Reyes. Que el Sr. Mellet fue*

tajante en que la petición la realizó por indicación del Sr. Rivas y no dio ninguna otra explicación".

3.- La declaración del coacusado Sr. Ponce que ratifica los anteriores puntos, pues en el juicio dijo, que "*el Sr. Mellet le había dicho, que había sido el Sr. Rivas el que había pedido la comisión"* y también "*era un encargo del Sr. Rivas*. "*Que creo que me dice (Mellet) que recibe una llamada del Sr. Rivas diciéndole: Nos ha tocado la lotería*". "*Que han dado la subvención, que la primera llamada es del Sr. Rivas al Sr. Mellet*".

Estas manifestaciones afectan directamente al propio declarante Sr. Ponce, pues con ellas, viene a reconocer su intervención en los hechos y la ilicitud de la dádiva que solicitaba, por lo que no pueden ser tildadas de exculpatorias con el consiguiente debilitamiento de su credibilidad. También incriminan directamente al Sr. Mellet, quien en ejercicio de su derecho a no declarar, ha guardado silencio, que si bien no puede ser apreciado como prueba, ni siquiera como indicio contra él, si puede ser valorado, como ya dijimos en el juicio al dar las instrucciones al Jurado, como una oportunidad perdida de debilitar o desvirtuar la prueba existente, coadyuvando a otorgar credibilidad a las declaraciones de contrario.

4.- La antigüedad y contenido de las relaciones existentes entre los acusados que enlaza el Jurado, además, con la acreditación de un interés desmedido del Sr. Rivas, Delegado Provincial de la Consejería de Empleo, en la concesión de la subvención a favor de la Fundación Socio-Asistencial de Mercasevilla para equipamiento de una escuela de hostelería, para la que, según los testigos, como el propio Consejero de Empleo, Antonio Fernández García y Juan Lanzas Fernández, carecía de competencia y aún así estuvo en contacto con el Sr. Mellet en varias reuniones, pese a que el Sr. Rivas ni tramitaba ni gestionaba este tipo de subvenciones, ya que su competencia se refería a la posible concesión u otorgamiento de cursos de formación.

Punto al que el Jurado a otorgado especial importancia, diciendo que "*.les ha llevado al convencimiento de que ambos (Mellet y Rivas) han estado siempre en contacto, existiendo concierto para solicitar la comisión".* Valoración que apoyan también con la declaración del testigo Agustín Barberá, Viceconsejero, que en su declaración en el acto del juicio afirmó, refiriéndose a Rivas, "*que tampoco puede considerarlo intermediario*", y que responde a un razonamiento lógico, pues efectivamente, de los documentos aportados a las actuaciones se desprende que, ya el 4 de diciembre 2006, Fernando Mellet inició los contactos con Antonio Rivas, remitiendo a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo que éste presidía, una solicitud de concesión de ayudas para la puesta en marcha de una escuela de hostelería.

Antonio Rivas, como Director Provincial del S.A.E, contesta el 8 de noviembre de 2007 a Fernando Mellet, en su condición de Director General de Mercasevilla, a su solicitud de 4 de diciembre de 2006, mostrándole su disposición a colaborar de forma activa en el proyecto y le dice que "*se está ultimando la redacción de un convenio, donde, no solo se incluirá la aportación de ésta Consejería a mobiliario y material, sino que también garantizará a Mercasevilla los cursos de Formación Profesional Ocupacional solicitados por el sector de hostelería…..y le comunica, el especial interés de la Consejería en apoyar la demanda presentada por este sector empresarial sevillano, de ahí la necesidad de suscribir dicho convenio, por lo que, únicamente, queda indicarle el día en el que se va a proceder a su firma por parte del Consejero y usted mismo*" .

Escritos que vienen a desmentir la manifestación del acusado Sr. Rivas, respecto a que tuvo una reunión en el primer trimestre de 2007 con Fernando Mellet y Daniel Ponce y los Srs de La Raza, y que los remitió a la Dirección General de Formación por ser la competente para tramitar la subvención que pretendían, pues como se desprende del escrito anterior, se implicó directamente en la consecución del convenio para el otorgamiento de la subvención para equipamiento y cursos de formación. Ello viene a corroborarlo por la firma del

Protocolo General entre el S.A.E., la Fundación Mercasevilla y la Asociación empresarial de Hostelería de Sevilla, firmado también por el Director del Grupo La Raza, y otro documento aportado en el juicio, de fecha 7 de marzo de 2008, firmado por el Sr, Mellet, dirigido a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, donde se detallan las acciones relativas a infraestructura y equipamiento necesarias para la puesta en marcha del centro de formación permanente en materia de hostelería, donde se incluye, incluso, la propia construcción del edificio 1 parcela 20 de la Unidad Alimentaria de Mercasevilla donde se iba a ubicar el centro de formación.

Las reuniones entre los Srs. Mellet y Rivas se sucedieron en el tiempo, los empresarios de La Raza hablan de cinco o seis reuniones con ellos, casi todas en la Delegación, que como hemos dicho carecía de competencia para la subvención finalmente concedida (equipamiento). Además, Antonio Rivas, se interesa, no sólo por teléfono (en dos ocasiones, según la Directora General de Formación D. Mª Josefa Lara González), sino también en una reunión posterior con ella, sobre la marcha del expediente, y después recibe de ella la comunicación de su otorgamiento y, según él, lo confirma en Internet.

Con estos antecedentes, es lógico apreciar el desmedido interés de Antonio Rivas por la solicitudes del Sr. Mellet, no del todo aclaradas como se desprende del contenido de los escritos antes indicados, y lo razonable es que después de tener conocimiento de la concesión de la subvención, el Sr. Rivas se hubiera puesto en contacto con el Sr. Mellet, como éste dijo a la Policía, o, al menos, hubiera hablado de la subvención en la conversación telefónica mantenida el 5 de enero de 2009, que sí reconoce dicho acusado, quien, en un intento de eludir su responsabilidad, nos dice que se limitó a pedirle ayuda para que pudiera salir en la cabalgata de los Reyes Magos la hija de su secretaria, la testigo Consuelo Velázquez Rodríguez, lo que es confirmado por ella, cuyo testimonio al igual que el del acusado en este punto, carece de credibilidad.

Efectivamente, Consuelo Velázquez señala como pretexto para llamar por teléfono al Sr. Mellet, que su hija no aparecía en la relación de personas que iban a salir en la carroza de Mercasevilla, y que finalmente, se enteró que había dos carrozas de Mercasevilla y que salió en una carroza patrocinada por el Ayuntamiento, extremos que han quedado desmentidos por los documentos aportados en el juicio por el Letrado de la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, donde se certifica que en el año 2009, Mercasevilla sólo patrocinó una carroza que llevó su nombre, y que en el Ayuntamiento de Sevilla no se tramitó en dicho año, expediente administrativo para conceder una subvención a la carroza "El Tranvía" que es donde salió la menor. Además resulta incomprensible, como se pretende hacer creer, que el día 5 de enero de 2009 la testigo no supiera en que carroza iba su hija, y en concreto, que no fuera la denominada "El Tranvía", pues de ser ello así, no tendría confeccionado el traje correspondiente a la misma, y además, no era factible que saliera en otra carroza distinta, pues la indumentaria era diferente.

En consecuencia, los anteriores desmentidos nos hacen que estemos en presencia de un "*contraindicio"* de especial interés en este caso, puesto que, si bien el acusado no ha de soportar en modo alguno la carga de probar su inocencia, sí puede sufrir las negativas consecuencias de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculpatorias, en el sentido de venir a corroborar otros indicios de culpabilidad como los examinados.

5.- La prueba documental consistente en la grabación oída en el acto del juicio, que según el Jurado, demostró que se le dijo al Grupo La Raza que colaborara con los 300.000 euros y que a cambio y como contraprestación obtendría todos los cursos de formación subvencionados, lo que, a su juicio, sirve para reforzar el convencimiento de la participación y concertación del Sr. Rivas con el Sr. Mellet, pues la competencia para conceder este tipo de subvenciones (cursos de formación) le correspondía al Sr. Rivas. Reiterando el Jurado que, para llegar al convencimiento de que el Sr. Rivas estaba muy presente en este asunto,

ha tenido en cuenta el hecho de que Mellet y Ponce insistieran en que no se preocuparan porque los cursos de formación serían subvencionados.

Efectivamente, en la grabación existen dos referencias a la intervención de Antonio Rivas, una, la indicada por el Jurado y, otra, la pregunta realizada por los representantes de La Raza tras conocer la petición de "*colaboración*" para la Junta de Andalucía, interrogando si esa petición era "*de la Delegación*", lo que pone de relieve que las sospechas de los afectados recaían sobre Antonio Rivas, pues había sido el interlocutor con la Junta en todo el tema de la subvención, y, lógicamente, la respuesta, al querer ocultar los acusados el destino del dinero, no podía ser afirmativa, pues entonces descubrían la intervención de Antonio Rivas, sino inconcreta, como es decir que era Consejería sin mayor especificación.

Con todo ello, estimo que todas estas pruebas indiciarias permiten llegar de forma lógica a la conclusión adoptada por el Jurado y a considerar, en consecuencia, una participación principal de Antonio Rivas Sánchez en el soborno realizado.

Octavo.- En la ejecución del delito apreciado en esta sentencia, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los acusados.

Nueve.- El delito de cohecho, tipificado en el art. 425.1 del Código Penal, esta castigado con pena de "*multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años*".

Se trata de una multa proporcional al valor del objeto del delito, y conforme el art. 52 del Código Penal "*los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable*"; estableciendo el art. 66.6 del C. Penal que *"cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena*

establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho".

En el presente caso, las acusaciones han solicitado la imposición de la pena en la mitad de su extensión, 900.000 euros de multa y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 21 meses, pena, ésta última, que considero ajustada a las circunstancias concurrentes y procedente en atención a la gravedad que atribuye el legislador a estas conductas de cohecho atentatorias contra la imparcialidad y objetividad de las personas detentadoras de la función pública, máxime cuando se trata de directivos obligados a dar ejemplo a sus subordinados y vigilar sus desviaciones, así como por la finalidad de garantizar la confianza de los ciudadanos en la Administración pública, además de afectar a los intereses de los particulares que se ven en inferioridad de condiciones en su contratación con la Administración y atacado injustificadamente su patrimonio y crédito por actos de arbitrariedad claramente reprobables.

En este caso, además, el mal causado al crédito de la Administración se ha potenciado por la repercusión pública que era de esperar, dada la condición de los acusados, Delegado Provincial de la Consejería de Empleo, Director y Subdirector General de Mercasevilla, y los entes afectados por su acción, así como por su posición en el procedimiento que no ha ayudado a reducir el daño causado, por lo que son merecedores de dicha sanción.

Respecto de la pena de multa, estimo que, atendiendo a las circunstancias mencionadas en los párrafos precedentes, al papel desempeñado por cada uno de los acusados en la comisión del delito, y valorando la situación económica de los mismos obrante en la pieza separada de responsabilidad civil, de la que se desprende que son propietarios de inmuebles y vehículos; los signos externos que se han podido observar a lo largo del juicio, así como su experiencia profesional y capacidad de trabajo (mejor situación en Antonio Rivas que percibe retribuciones

de distintos organismos), entiendo como justa y ponderada, una multa de 600.000 euros para cada uno de ellos, con responsabilidad personal subsidiaria de 12 meses de privación de libertad en caso de impago (art. 53.2 del Código Penal).

En cuanto a la indemnización solicitada por el Letrado de la Fundación de Mercasevilla por los perjuicios derivados del impago de la subvención, al haberse paralizado la ejecución de su concesión y haber transcurrido el plazo fijado en la resolución de 16 de diciembre de 2008 para la conclusión de la instalación de la escuela de hostelería, debemos denegarla, porque, si bien estimamos que se ha causado un perjuicio a la Fundación, es lo cierto que la subvención estaba condicionada a la compra efectiva del material de equipamiento y esta no se ha realizado, al menos no consta en la causa que se haya realizado, por lo que únicamente podría ser objeto de reparación el lucro cesante o el daño emergente, respecto a los que la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva, al excluir de los mismos las ganancias de futuribles, que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva. El lucro cesante, como el daño emergente, debe resultar acreditado, lo que no resulta en este procedimiento, en el que no se ha hecho ni siquiera una mínima explicación de su realidad ni se ha cuantificado mínimamente su importe.

No es, por tanto, admisible que se conceda una indemnización por el importe de la subvención concedida sin que se acredite previamente la inversión realizada, ni, obligar a la Fundación a ejecutar una obra que no sabemos si la quiere realizar en las circunstancias actuales.

Noveno.- Conforme a los artículos 109, 123 y 124 del Código Penal y arts. 239, 240.2 y 241 de la L.E.Cr., procede condenar a los acusados Antonio Rivas

Sánchez. Fernando J. Mellet Jiménez y Daniel Ponce Verdugo al pago de 1/4 parte de las costas, cada uno, incluidas las de la acusación particular y popular, cuya actuación ha coadyuvado al adecuado enjuiciamiento de los hechos, y se declara de oficio ¼ parte de las mismas.

Décimo.- Finalmente, respecto a la petición formulada por el Letrado de la acusación popular en relación a la posible deducción de testimonio por posible delito de prevaricación en la concesión de la subvención a favor de la Fundación Socio-Asistencial, si bien cabe apreciar ciertas irregularidades en el expediente remitido por la Junta de Andalucía, pues parece que no contiene la documentación necesaria para su resolución, como así han puesto de manifiesto las acusaciones privadas en el acto del plenario, aportando documentos que debían estar incorporados al expediente y que no fueron enviados, así como, que la cantidad presupuestada por dos de las tres posibles empresas ejecutoras del proyecto, son sensiblemente inferiores a la concedida en la subvención, no es menos cierto que esta Presidencia no tiene datos indiciarios suficientes para poder hacer un pronunciamiento como el interesado, y por ello, aceptando la disyuntiva indicada por la acusación popular, le reservamos las acciones que pueda ejercitar sobre este asunto, así como dejamos al criterio del Mº Fiscal -pues tiene un conocimiento más completo de los hechos y de los documentos que se encuentran aportados en los distintos procedimientos relacionados con este asunto-, que ejercite en su caso las acciones pertinentes.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el veredicto emitido por el Jurado.

F A L L O

Que debo condenar y condeno a ANTONIO RIVAS SANCHEZ, FERNANDO JOSE MELLET JIMÉNEZ Y DANIEL PONCE VERDUGO, como autores penalmente responsables de un delito de cohecho, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la

pena, para cada uno de ellos, de 600.000 euros de multa, con responsabilidad personal subsidiaria de 12 meses de prisión en caso de impago, suspensión de empleo y cargo público durante veintiún meses y abono de ¼ parte de las costas procesales causada, incluidas las de la acusación particular y popular.

Que debo absolver y absuelvo a MARÍA REGLA PEREIRA BAUS, del delito de cohecho del que venía acusada y declaro de oficio ¼ parte de las costas.

Dedúzcase testimonio de los particulares referentes a la declaración de Consuelo Velázquez Rodríguez y documentos relacionados con ella, por si pudiera integrar un supuesto de delito tipificado en el art. 458 del Código Penal.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo de 10 días desde la última notificación de la misma.

Así por ésta sentencia, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Presidente, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.