



SENTENCIA NÚM. 20.

EXCMO SR. PRESIDENTE.....) En la ciudad de Granada, a
D. LORENZO JESÚS DEL RIO FERNÁNDEZ....) doce de junio dos mil trece.
ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)
D. JERÓNIMO GARVIN OJEDA.....)
D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Apelación penal 17/2013

Vistos en audiencia pública y en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla –Rollo nº 8232/2011-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla -causa núm. 1/2009-, por delito de cohecho, contra **Fernando José Mellet Jiménez**, mayor de edad, nacido en Sevilla el 26 de agosto de 1964, hijo de y de con domicilio en Sevilla, con DNI nº de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Juan Antonio Moreno Cassy y el Letrado Don José Manuel Carrión Durán, y en esta apelación por el Procurador Don Eduardo José Vilches Fernández y por el mismo Letrado; **Daniel Ponce Verdugo**, mayor de edad, nacido en Sevilla el 25 de marzo de 1960, hijo de / de con domicilio en El Castillo de las Guardas (Sevilla), calle con DNI nº de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Víctor Alcántara Martínez y el Letrado Don Simón Fernández Rebollo, y en esta apelación por el Procurador Don Juan Luis García-Valdecasas Conde y por el mismo Letrado; **Antonio Rivas Sánchez**, mayor de edad, nacido en Sevilla el 24 de abril de 1952, hijo de y de con domicilio en Camas (Sevilla), calle con DNI nº de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, representado y defendido, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Manuel Onrubia Baturone y el Letrado Don Francisco M. Baena Bocanegra, y en esta apelación por la Procuradora Doña María Victoria Aguilar Ros y por el Letrado Don Jon Ander Sánchez Morán; y **Regla María Pereira Baus**, mayor de edad, nacida en Sevilla el 17 de junio de 1978, hija de y de , con domicilio en Sevilla, calle

, con DNI nº , de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, representada y defendida, respectivamente, en la instancia por el Procurador Don Joaquín Ladrón de Guevara Cano y el Letrado Don Carlos Galán Cáceres, no personada en esta apelación.

Han sido parte el Ministerio Fiscal y como acusación particular la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, representada en la instancia por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcalá bajo la dirección del Letrado Don Juan Piñeyro Pueyo, y en esta apelación por la Procuradora Doña Isabel Serrano Peñuela bajo la dirección del mismo Letrado; y como acusación popular Juan Ignacio Zoido Álvarez, representado en la instancia por el Procurador Don José Tristán Jiménez bajo la dirección del Letrado Don Luis Manuel García Navarro, y en esta apelación por la Procuradora Doña Isabel Serrano Peñuela bajo la dirección del mismo Letrado. Ha sido Ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla por las normas de la Ley Orgánica 5/1995 la causa antes citada, previas las actuaciones correspondientes y como habían solicitado el Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular se acordó la apertura del juicio oral, elevando el correspondiente testimonio a la Audiencia Provincial de Sevilla, que nombró como Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado al Ilmo. Sr. Don Ángel Márquez Romero, por quien se señaló para la celebración del juicio oral, que, tras ser elegidos los miembros del Jurado, tuvo lugar en el día acordado, bajo la presidencia del mismo, y la asistencia de aquéllos, del Ministerio Fiscal, de los acusados y de las acusaciones particular y popular, practicándose las pruebas propuestas y admitidas, tras lo cual, las partes formularon sus conclusiones definitivas del siguiente modo:

El Ministerio Fiscal, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de cohecho del artículo 425.1 del Código Penal vigente al tiempo de cometerse el hecho por ser más favorable para los acusados que la redacción del vigente en la actualidad, del que consideró responsables en concepto de autores a los acusados Antonio Rivas Sánchez, Fernando José Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo y Regla María Pereira Baus, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando la imposición a cada uno de los acusados de la pena de multa de 900.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 12 meses en caso de impago, suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 21 meses y el pago de las costas por cuartas partes.

El Letrado de la acusación particular, Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla, calificó los hechos como constitutivos de un delito de cohecho del artículo 425.1 del Código Penal, del que son responsables en concepto de autores los acusados Fernando José Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo, Regla Pereira Baus y Antonio Rivas Sánchez, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

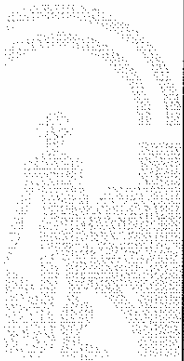
criminal, procediendo imponerles la pena de multa de 900.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de doce meses en caso de impago, y pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 21 meses, y pago de costas por cuartas partes. Y que indemnicen de forma solidaria a la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla en 900.000 euros.

El Letrado del acusador popular Juan Ignacio Zoido Álvarez calificó los hechos como constitutivos de un delito de cohecho del artículo 425 del Código Penal, de un delito de tráfico de influencias del artículo 428 del Código Penal y de un delito de uso de información privilegiada del artículo 442 del Código Penal, consumados por Antonio Rivas Sánchez y Fernando Mellet Jiménez, y de un delito de cohecho del artículo 425 del Código Penal consumado por Daniel Ponce Verdugo y Regla María Pereira Baus, y, alternativamente, los hechos pueden ser constitutivos de un delito de estafa en grado de tentativa del artículo 250.7º, en relación con el artículo 16.1, del Código Penal, del que son responsables en concepto de autores los acusados, concurriendo en todos ellos la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público de los acusados del artículo 22.7 del Código Penal, procediendo la imposición a los acusados de las siguientes penas: a Antonio Rivas Sánchez y a Fernando Mellet Jiménez, a cada uno de ellos, por el delito de cohecho la pena de multa de 1.350.000 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años, por el delito de tráfico de influencias la pena de 1 año de prisión y multa de 900.000 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años, y por el delito de uso de información privilegiada la pena de multa de 1.350.000 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años, con la responsabilidad personal subsidiaria de 12 meses en caso de impago de las multas; y a Daniel Ponce Verdugo y a Regla María Pereira Baus, a cada uno de ellos, por el delito de cohecho, la pena de multa de 1.350.000 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres años, con la responsabilidad personal subsidiaria de 12 meses en caso de impago de las multas. Alternativamente, para todos los acusados como autores de un delito de estafa en grado de tentativa, procede imponerles la pena de prisión de 3 años y 11 meses de prisión y multa de 186 días de multa a razón de 400 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria de 93 días en caso de impago. Y en todo caso, la imposición a todos los acusados del pago de las costas, incluidas las de la acusación popular.

Las defensas de los acusados solicitaron la libre absolución de sus patrocinados.

Segundo.- Formulado por el Magistrado Presidente el objeto del veredicto, con audiencia de las partes, se entregó el mismo al Jurado, previa la oportuna instrucción, emitiéndose por aquél, después de la correspondiente deliberación, veredicto de culpabilidad, que fue leído en presencia de las partes.

Tercero.- Con fecha 6 de noviembre de 2012, el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente dictó sentencia en la que, acogiendo el veredicto del Jurado, se hizo el siguiente pronunciamiento sobre los hechos, que transcribimos literalmente:



"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 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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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”.

Cuarto.- La expresada sentencia, tras los pertinentes fundamentos de Derecho, contenía fallo del siguiente tenor literal:

“Que debo condenar y condeno a ANTONIO RIVAS SÁNCHEZ, 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 causadas, incluidas las de la acusación particular y popular.

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

Quinto.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos principales de apelación por las representaciones procesales de los acusados Daniel Ponce Verdugo, Fernando José Mellet Jiménez y Antonio Rivas Sánchez que han sido impugnados por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones popular y particular.

Sexto.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se han personado ante ella el Ministerio Fiscal, los acusados Fernando José Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo y Antonio Rivas Sánchez y las acusaciones particular y popular, no haciéndolo la acusada absuelta Regla María Pereira Baus, y se señaló para la vista de la apelación el día 5 de junio de 2013, designándose Ponente para sentencia a Don Miguel Pasquau Liaño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia del Tribunal del Jurado condenó a Antonio Rivas Sánchez, Fernando José Mellet Jiménez y Daniel Ponce Verdugo como coautores de un delito de cohecho tipificado en el artículo 420 del Código Penal, a la pena, para cada uno de ellos, de 600.000 € de multa y de suspensión de empleo y cargo público durante 21

meses. Contra dicha sentencia cada uno de los condenados ha formulado recurso de apelación esgrimiendo un total de diecinueve motivos de diversa naturaleza, en los que se pide alternativa la nulidad de actuaciones o la revocación de la sentencia con absolución del delito por el que venían acusados.

Las concomitancias entre los diferentes motivos que, con diferente argumentación, esgrimen cada uno de los acusados, y la conexión de unos y otros, aconsejan agrupar su estudio según la naturaleza de los diferentes puntos de disconformidad con la sentencia que se exponen en los mismos, sin perjuicio de realizar las consideraciones particulares con relación a la singular posición de cada uno de los recurrentes.

Segundo.- Sobre la validez probatoria de la grabación aportada a la causa.
(Motivos 1º, 2º, 3º y 7º del Sr. Mellet).-

La representación del Sr. Mellet insiste en la *ilicitud* de la incorporación a la causa de la grabación efectuada por los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda de dos conversaciones habidas con los Sres. Mellet y Ponce y su valoración como prueba de cargo del delito de cohecho. Dicha ilicitud se fundamenta, en síntesis, en tres razones:

a) Porque no existe ninguna resolución judicial *motivada* que avale el sacrificio que para los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones comporta la unión a la causa de tales grabaciones;

b) Porque comporta vulneración del derecho a la intimidad habida cuenta de que antes de utilizarlo como denuncia o de ponerla en conocimiento de la autoridad policial o judicial, exhibió la grabación, con su contenido, a un tercero (el Sr. Gallo), con infracción de la *inmediatez* a que obliga el artículo 259 LECrim;

c) Y porque se trata de una *prueba provocada* cuyo objetivo era dotarse de una prueba proveniente de manifestaciones de los implicados, lo que comporta vulneración del derecho fundamental a un proceso con garantías y a no confesarse culpable.

La validez como medio de prueba, sin perjuicio de cual pudiera ser su valoración, quedó establecida en el Auto de esta Sala nº 8/2012, de 2 de abril, por el que se resolvió el recurso de apelación contra el Auto del Magistrado Presidente que a su vez resolvía las cuestiones previas suscitadas por las partes. Allí ya dijimos que la grabación (subrepticia) de una conversación privada por un interlocutor que participa en la misma no puede considerarse *obtenida* ilícitamente por cuanto no puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones quienes son destinatarios de las mismas. También dijimos que dichas grabaciones sólo pueden servir como *notitia criminis* en tanto que contengan manifestaciones autoinculpatorias de hechos delictivos sucedidos con anterioridad, pues ello supondría vulneración del derecho a no confesarse culpable. Y, por último, dijimos que si la grabación registra el hecho mismo de la *comisión* de un delito, sí puede ser utilizada como un medio legítimo de prueba, sin perjuicio del control de su autenticidad y



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de la valoración que en concreto se haga, particularmente como refuerzo de la declaración testimonial de quien la aporta.

En el presente caso tanto el Jurado como el Magistrado Presidente en su sentencia han considerado como *prueba principal* de la comisión del delito de cohecho la declaración testimonial de los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda, quedando reforzada dicha prueba con la audición de las grabaciones, de las que el Jurado dedujo la certeza de la exactitud de lo manifestado por los testigos. No aprecia la Sala, pues, nada que reprochar en la utilización que se ha hecho de una prueba válidamente obtenida y legítimamente aportada como prueba, sin que los motivos de crítica expuestos por la defensa del Sr. Mellet resulten convincentes. Así:

a) Al tratarse de una grabación privada obtenida por el interlocutor, no es obviamente exigible una autorización judicial motivada que sólo se requiere para la interceptación de conversaciones *de terceros*;

b) Aportada la grabación en el Juzgado, la condición para la incorporación a la causa depende sólo de si su contenido tiene relevancia penal, sin que para ello se requiera una motivación que pondere el sacrificio para el derecho a la intimidad, puesto que lo que dicho derecho preserva es la inmunidad frente a la intromisión ajena (que no se produce) o su *divulgación* o puesta en conocimiento de terceros, dentro de los cuales no cabe incluir al Juez, sin perjuicio obviamente de la grave obligación de reserva por las partes y de custodia por el Secretario Judicial de la grabación, impidiendo la utilización por terceros, por cuanto la conversación registrada no sólo contiene el hecho penalmente relevante, sino otros comentarios que, por ser penalmente irrelevantes, han de quedar absolutamente a cubierto del conocimiento de terceros. Por otro lado, su utilización como prueba en el acto del juicio oral, con su correspondiente audición, sí ha contado con resolución judicial motivada, consistente en los autos que resolvieron las cuestiones previas.

c) Por lo que se refiere a la puesta en conocimiento de esa grabación de un tercero, el Sr. Gallo, y de una autoridad policial o judicial, la Sala entiende que se trató de un acto instrumental o preparatorio de la denuncia finalmente interpuesta. Los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda quisieron cerciorarse del sentido, magnitud y relevancia penal de lo escuchado, y acudieron a una autoridad de la Junta de Andalucía a la que se aludía como instigadora y receptora de las cantidades solicitadas. Por otro lado, aún en el caso de que, desde luego en otras hipótesis diferentes a lo sucedido en este caso, una grabación hubiere sido objeto de un uso extraprocesal indebido que pudiera calificarse como intromisión ilegítima (por ejemplo, la difusión en prensa del contenido íntegro de tal grabación), podría dar lugar a acciones por intromisión ilegítima, pero no contaminarían de nulidad a este medio de prueba, pues lo ilegítimo habría sido esa difusión, pero no la aportación en el Juzgado. Y por lo que respecta a la falta de inmediatez en su aportación, bastará con decir que la consecuencia prevista es una multa que puede imponer el Juez, pero no la nulidad.



d) Oída la grabación por la Sala, no aparece que la comisión del delito que en ella se registra haya sido *provocada*, siendo los Sres. Ponce y Mellet quienes llevan la iniciativa en la conversación en la que resplandece la solicitud de una dádiva. En consecuencia, ha de insistirse en la validez de esta prueba, y desde luego se desestima de plano el motivo séptimo del recurso del Sr. Mellet, en el que se denunciaba defecto en la proposición del objeto del veredicto al no admitir una pregunta al Jurado sobre si la grabación se obtuvo con *provocación*, por cuanto obviamente no es el Jurado quien debe pronunciarse sobre las condiciones de *validez* de una prueba, por lo que hizo bien el Magistrado Presidente al excluir ese aspecto del objeto del veredicto.

Se desestiman, por tanto, los motivos 1º a 3º y 7º del recurso de apelación de la representación del Sr. Mellet Jiménez.

Tercero.- Sobre la existencia de prueba relativa a la solicitud de una dádiva por parte de los Sres. Mellet y Ponce (motivo 5º del Sr. Ponce y motivos 4º, 5º y 6º del Sr. Mellet).

Desde distintas perspectivas, y con diferentes alcances, suscitan los Sres. Mellet y Ponce la cuestión de la ausencia de pruebas válidas y suficientes para entender acreditado que solicitaron una dádiva o cantidad no debida por ningún título (legal o contractual) a los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda. Así, la defensa del Sr. Mellet discute la verosimilitud de las declaraciones de los testigos Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda (a quienes niega la condición de víctimas del delito de cohecho), niega que tales declaraciones vengán corroboradas por cualesquiera otros elementos periféricos, y alude a la existencia de otros documentos a los que da valor de "contraindicio", algunos de los cuales, obrantes en las diligencias previas nº 6143/2009 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla que corroborarían la tesis de las defensas de que las cantidades solicitadas no constituían una dádiva, sino el cumplimiento de compromisos contractuales asumidos en el ámbito de una negociación, no fueron aportados por las acusaciones pese a su conocimiento. Por su parte, la defensa del Sr. Ponce centra su motivo 5º en la calificación o interpretación de las cantidades que se exigieron (sin discutir, sino reconociendo el hecho de haber sido exigidas), considerando que de ninguna manera se pidieron como *condición* para la concesión de la gestión de la Escuela de Hostelería o para la concesión ulterior de cursos de formación a "La Raza", sino consecuencia de ciertos compromisos que los Sres. Sánchez Cuerda y De Rojas habían contraído, relativos a colaboración en proyectos sociales y pago de infraestructuras que no podían ser subvencionados. De ello se quiere extraer la conclusión de que se causó indefensión a los acusados (motivo 6º Mellet), la nulidad de actuaciones por no acordar el Magistrado Presidente la disolución del Jurado por falta de pruebas de cargo (motivo 4º Mellet), la nulidad por falta de motivación del veredicto (motivo 5º Mellet), y la vulneración de la presunción de inocencia (motivo 5º Mellet y motivo 5º Ponce).

Al respecto deben separarse con nitidez dos problemas diferentes. Uno de ellos es si está o no probado que los acusados Sres. Mellet y Ponce solicitaron o no una cantidad de dinero (450.000 €) a los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda. Otro, si esa



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

solicitud lo fue en concepto de dádiva (ya sea para los solicitantes o para terceros), o si se trataba de pagos con causa contractual legítima.

El primero de los aspectos no puede ponerse en duda, dado que el Jurado *ha creído* la constante y contundente declaración de los testigos presenciales y destinatarios de la solicitud (Sres. Sánchez Cuerda y De Rojas), que por otra parte viene inequívocamente avalada por las grabaciones sobre cuya validez y licitud ya nos hemos pronunciado abundantemente, a lo que debe añadirse que el propio Sr. Ponce reconoce, sin ponerlo en duda, que se hizo tal solicitud. De ninguna manera puede considerarse pues carente de toda base razonable el hecho en sí de la solicitud, que es (sólo) uno de los elementos del tipo de cohecho por el que venían acusados. Existía prueba y el Magistrado Presidente habría errado gravemente si hubiese disuelto el Jurado sin darle oportunidad de valorarla. El veredicto motiva suficientemente la conclusión relativa a este aspecto al mencionar como fuentes de prueba las declaraciones testificales (de cuya credibilidad no dudó) y su corroboración por las grabaciones, por lo que ningún déficit relevante de motivación existe, al no poder confundirse la falta de motivación determinante de la nulidad del veredicto, con la discrepancia de la parte con las razones expuestas en el mismo. Y sin que la presunción de inocencia se haya conculcado al tener por probado este elemento del tipo, por existir un material probatorio que supera con creces el mínimo exigido desde cualquier estándar jurídico para tener por desvirtuada aquella presunción.

Más complejo fue determinar si la *solicitud* fue de una dádiva con finalidad de enriquecimiento ilícito de lo solicitantes o de terceros, o si se trató de un aspecto legítimo de la negociación global que habría de realizarse en relación al establecimiento y puesta en funcionamiento de la actividad subvencionada (Escuela de Hostelería). A tal efecto, los intentos de las defensas de los acusados tendentes a encontrar en los documentos y borradores de Convenios y Protocolos elementos alusivos a una necesaria "colaboración" comprometida por los empresarios de "La Raza", ya fuera en proyectos ajenos a esta actividad a modo de *contraprestación* con la Junta de Andalucía, ya fuera como necesaria aportación para un coste –el de la acometida de la luz- no susceptible de inclusión como gasto subvencionado (aunque en los presupuestos presentados para justificar la subvención sí se incluía), no convencieron al Jurado ni resultan ahora convincentes para esta Sala. El modo en que los testigos relatan cómo se pidió el dinero y cómo habría de entregarse (en maletines descuidados en un despacho); la sorpresa con que, según sus propias manifestaciones, el Sr. Ponce recibió el encargo del Sr. Mellet de pedir esas cantidades (sorpresa que contrasta con la naturalidad con que hace la solicitud); la sorpresa y reticencias con que recibieron la solicitud los testigos (sorpresa que los llevó a comentarlo con un más alto responsable de la Junta); los intentos de buscar fórmulas "legales" para justificar el pago de esas cantidades; y lo insólito en sí de que la empresa a la que se cede la gestión de una Escuela de Hostelería subvencionada por una Administración deba asumir la obligación de pagar 450.000 € sin un contrato en que así se establezca de manera cierta, son todos ellos indicios fuertes y concomitantes de que se trataba de una *comisión* cuya única razón habría de ser la ilícita de *pagar* por algo que no admite *contraprestación* alguna (fuera de lo contractualmente establecido de manera expresa y transparente), como es la gestión de una actividad subvencionada por



la Administración por su interés público. Es obvio que la empresa adjudicataria de la gestión de esa actividad de interés público habría de correr con los gastos y costes no subvencionados *inherentes a esa actividad*, pero no la financiación de otros proyectos de la Administración, o de gastos de infraestructuras que supondrían un ahorro de gastos a otra empresa diferente (MERCASEVILLA), por lo que de ninguna manera puede presumirse, dado el conjunto de circunstancias referido, que los Sres. Ponce y Mellet se estaban limitando a negociar las condiciones lícitas de una operación, sino que con ocultamiento, y en beneficio propio o de terceros, estaban exigiendo una cantidad a la que sabían que no tenían *derecho*. Es decir, estaban solicitando una *dádiva*, cuyo significado es justamente una aportación sin causa lícita.

No obsta a esta conclusión el que determinados documentos preparatorios integrantes de la mencionada operación no hayan sido aportados por las acusaciones, pese a su disponibilidad en otra causa judicial, como denuncia la defensa del Sr. Mellet en su motivo 6º. En realidad, la Sala no acaba de entender a quién se dirige el reproche que constituye el contenido de dicho motivo. Las acusaciones tienen el cometido de aportar la prueba de cargo, aunque también (particularmente en el caso del Ministerio Fiscal) la prohibición de *ocultar* o destruir pruebas de descargo, pero no están desde luego obligadas a espigar en otro procedimiento para aportar documentos que la defensa considera de descargo, que por otra parte se encontraban igualmente disponibles para ella misma, al ser parte en el otro procedimiento en el que constan.

No hay, pues, indefensión para ninguna de las partes, ni el Magistrado Presidente debió disolver el Jurado por esta razón, ni el veredicto está carente de motivación, ni se ha vulnerado la presunción de inocencia de los Sres. Mellet y Ponce por falta de pruebas sobre el hecho de haber solicitado una dádiva. Por lo que han de desestimarse los motivos relacionados en el encabezamiento de este apartado.

Cuarto.- Sobre la existencia de pruebas de la participación del Sr. Rivas en los hechos delictivos (motivos 1º a 5º de su recurso).

Con encomiable técnica jurídica, la defensa del Sr. Rivas plantea en su recurso la cuestión más delicada y difícil de las propuestas a la Sala en estos recursos, y que más dudas le ha suscitado, cual es si puede considerarse jurídicamente probado que el Sr. Rivas "ideó" la petición de dádiva o participó en el acuerdo para solicitarla, o si, por no existir tal prueba, ha de considerarse, en observancia de la presunción de inocencia, que sólo existen sospechas, y que por tanto ha de considerarse persona ajena a los hechos ilícitos atribuidos a los coacusados. Al respecto, expone diversos motivos de disconformidad que guardan una estrecha relación, y que han de abordarse conjuntamente: así, la indefensión por la aportación tardía de determinados documentos que han sido utilizados como soporte para apreciar la existencia de indicios (motivo 1º), la nulidad por defecto en la proposición del objeto del veredicto, que también le habría ocasionado indefensión (motivo 2º), la nulidad por falta de motivación del veredicto (motivo 3º), la nulidad por denegación indebida de la petición de disolución del Jurado (motivo 4º) y la vulneración de la presunción de inocencia (motivo 5º).



Antes de entrar a lo sustancial del recurso es preciso despejar algunas cuestiones menos complejas.

En primer lugar, al existir varios acusados, es evidente que la invocación de falta de prueba de cargo respecto de uno de ellos no puede justificar la disolución del Jurado si hay prueba respecto de los demás, por lo que la garantía para el acusado sin pruebas se habría de concretar en el sobreseimiento del mismo al tiempo de formular el objeto del veredicto, o en la posterior absolución. De manera que en este momento procesal el derecho del Sr. Rivas a que no fuera sometida al Juzgado una acusación no apoyada en pruebas no habría de consistir en la nulidad de actuaciones, sino en la revocación de la sentencia condenatoria por vulneración del derecho a la presunción de inocencia..

En segundo lugar, en cuanto a la aportación que se califica como *tardía* de determinados documentos a lo largo de las sesiones del juicio oral, y no en el momento inicial del mismo, la Sala considera que a) tal aportación de documentos encuentra apoyo en el art. 729.3º LECrim., pues guarda relación con lo que los testigos fueron manifestando en el juicio y tendían a restar credibilidad a dichos testimonios; b) por su contenido, y salvo la excepción que se dirá, la Sala los considera como no *decisivos* ni, por tanto, determinantes de indefensión material; y c) por más que ciertamente de haberlos tenido a la vista la defensa habría podido interrogar a *todos los testigos y acusados* sobre su contenido, es también cierto que desde el punto de vista de la contradicción procesal, la defensa pudo hacer, como hizo, alegaciones sobre el contenido de tales documentos en los actos procesales posteriores, y particularmente en el trámite de conclusiones.

En tercer lugar, el esfuerzo de valoración que el recurrente hace de las pruebas mencionadas por el Jurado y por la sentencia sobre la participación del Sr. Rivas es, en sí mismo, prueba de que el veredicto y la sentencia están suficientemente motivados, pues la representación del Sr. Rivas ha podido perfectamente saber y *criticar* cuáles han sido las razones por las que su defendido ha sido condenado. Distinto es que esas razones le hayan parecido *insuficientes para condenar*, pero bien se entiende que ello puede dar lugar a la revocación por vulneración de la presunción de inocencia, pero no a la nulidad de un veredicto cuya motivación es pormenorizada y ejemplarmente *transparente*, acorde con la especial necesidad de motivación en los casos en que la cuestión a dilucidar resulte especialmente compleja.

En cuarto lugar, la denuncia por defecto en la formulación del objeto del veredicto, al incluir elementos jurídicos que predeterminan el fallo y al no incluir como puntos autónomos susceptibles de ser declarados probado o no probado los hechos base de la presunción del hecho típico, no puede prosperar por cuanto no fue objeto de reclamación de subsanación ni de protesta en el momento en que el objeto del veredicto se sometió a las partes. No se trata de una razón formal ni de una exigencia formalista, sino que es sustancial al proceso, por cuanto con ella se pretende evitar silencios procesales estratégicos y oportunistas, a modo de reserva de denuncia de defectos procesales *para el caso de no resultar un veredicto acorde a los intereses de la parte*. Si el objeto del

veredicto resulta defectuoso a una parte, tiene la carga procesal de evitar su aprobación *antes de ser sometido al Jurado*, pues lo contrario puede calificarse como jugar a dos bazas: la eventual absolución por el Jurado o, en caso contrario, la posterior denuncia del defecto procesal.

Despejadas tales cuestiones, que comportan la desestimación de los motivos 1º a 4º del recurso del Sr. Rivas, y centrándonos en lo sustancial, ha de comenzar diciéndose que la principal prueba de cargo esgrimida para condenar a los Sres. Mellet y Ponce, es decir, la declaración de los testigos De Rojas y Sánchez Cuerda, corroborada con las grabaciones, no puede ser utilizada para considerar culpable al Sr. Rivas, pues ni los testigos ofrecen dato alguno que sirva para incriminarlo, ni aparece en las grabaciones ningún dato sobre su participación. De ahí que, como ya apuntara la Magistrada Instructora al dictar los autos de imputación, la del Sr. Rivas hubo de calificarse como más "débil" y más necesitada de corroboración en el acto del juicio oral.

De entre el material probatorio indicado por el Jurado en la motivación del veredicto y por el Magistrado Presidente en la sentencia, destacan dos elementos que por vía indirecta apuntan a la participación de Don Antonio Rivas en el propósito de solicitar la dádiva. En primer lugar, la manifestación hecha por el Sr. Mellet al Policía Nacional nº 58.575 en fase de atestado policial, y que fue introducida en el juicio oral mediante declaración como testigo de dicho Policía nacional: este testigo refirió, entre otros extremos, que Don Fernando Mellet, tras escuchar en su presencia las grabaciones de las conversaciones, dijo que "la idea había sido del Sr. Rivas", quien se la habría trasladado al Sr. Mellet en al menos dos conversaciones telefónicas, una de diciembre de 2008, y otra de 5 de enero de 2009. De otro lado, el coacusado Sr. Ponce manifestó en el juicio oral que Fernando Mellet le dijo que fue el Sr. Rivas quien lo había llamado para solicitar la cantidad a los empresarios.

Es evidente la debilidad de estas pruebas como pruebas de cargo *directas*.

Por lo que se refiere a la declaración como testigo del Policía Nacional, y en la medida en que ha sido creído por el Jurado, acredita como hecho cierto que Fernando Mellet *dijo* que Antonio Rivas le había sugerido que solicitase el dinero a los empresarios en llamadas de finales de diciembre de 2008 y de 5 de enero de 2009. Logra, por tanto, introducir en el juicio oral no tanto una *declaración* (de D. Fernando Mellet) como un *hecho*, pues no puede darse a las manifestaciones que Mellet hizo al Policía la consideración de "declaración", habida cuenta de su carácter extraprocesal. Son además, unas manifestaciones efectuadas ante la Policía por quien no tiene obligación de decir verdad. En definitiva, como prueba directa adolece al mismo tiempo de las debilidades propias de las declaraciones policiales no ratificadas en juicio oral (aunque introducidas en el mismo por la vía del testigo-policía), y de las declaraciones de un coacusado. Sobre todo, como tal "declaración" no pudo ser objeto de contradicción, por cuanto el Sr. Mellet se negó a contestar cualquier pregunta en el acto del juicio oral, actitud ésta que desde luego no puede comportar perjuicio para el coacusado D. Antonio Rivas, quien sólo pudo preguntar al Policía *sobre el hecho de si D. Fernando Mellet manifestó tal o*



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cual cosa, pero no pudo interrogar a Don Fernando Mellet sobre por qué le atribuyó la iniciativa en la petición de la dádiva, aunque debamos decir que bien podría haberse instado por la defensa del Sr. Rivas la celebración de una prueba de careo entre los Sres. Rivas y Mellet en fase de instrucción o en el acto del juicio oral. Debe concluirse, en definitiva, que la declaración del Policía Nacional nº 58.575 no puede servir como prueba directa de cargo contra Don Antonio Rivas, sin perjuicio de su valor como indicio al que luego se aludirá.

Por lo que se refiere a la declaración del coacusado Sr. Ponce, éste manifiesta que también a él le dijo el Sr. Mellet (en un momento anterior al hecho mismo de la solicitud) que la petición venía del Sr. Rivas. Tal declaración es la propia de un *testigo de referencia* ("Ponce dice que Mellet dijo"), quien además declara no como testigo sino como coacusado, y por tanto sin obligación de decir verdad.

Compartimos, pues, los argumentos de la defensa de D. Antonio Rivas tendentes a demostrar que una y otra declaraciones serían insuficientes para constituir "base razonable" de una condena por cohecho sin vulnerar la presunción de inocencia. Lo que ha de dilucidarse, sin embargo, es si pueden servir como *indicios*, junto con otros, para fundamentar una prueba indirecta del acuerdo habido entre el Sr. Rivas con el Sr. Mellet y el Sr. Ponce para la ilícita solicitud de una cantidad de dinero a los empresarios.

Nuestra respuesta es la siguiente: si, desde luego, un veredicto absolutorio del Sr. Rivas habría sido irreprochable desde el punto de vista de la valoración de prueba practicada, y difícilmente habría podido ser revocada en segunda instancia, lo cierto es que el veredicto de culpabilidad, por más que suscite dudas, no puede considerarse carente de un soporte probatorio que supera los mínimos exigidos para la prueba *indiciaria*. Es importante significar, desde este punto de vista, que la Sala no ha de pronunciarse, como si fuera un tribunal de instancia, sobre si la culpabilidad del Sr. Rivas está o no probada: su cometido es determinar si la conclusión de considerarla probada vulnera o no la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Y la conclusión, como se ha anticipado, es que no hay tal vulneración por cuanto existe una *base razonable* para la condena impuesta.

Los hechos-base de carácter indiciario que a la Sala le parecen suficientes (en su relación concomitante, pues cada uno de ellos sería insuficiente), son los siguientes:

a) Es hecho probado, pues así lo ha creído el Jurado, que Fernando Mellet *ha dicho* que Don Antonio Rivas le sugirió en dos llamadas telefónicas habidas una vez que se había concedido la subvención para el establecimiento de una Escuela de Hostelería, que solicitase una cantidad de dinero a quienes resultarían encargados de la gestión de dicha Escuela;

b) Es hecho probado que Fernando Mellet dijo a Daniel Ponce que se reuniera con los empresarios para solicitarles el dinero y que lo justificó en que se trataba de una petición que venía de Don Antonio Rivas;

c) Es hecho probado que la persona concernida (Don Antonio Rivas) era Delegado Provincial de la Consejería en la que se había tramitado la concesión de la subvención para el establecimiento de la Escuela de Hostelería, lo que, al margen de cuáles sean exactamente las competencias específicas del Delegado Provincial (no era competente para conceder la subvención, sí para intervenir al menos *políticamente* en la iniciativa y para financiar con posterioridad cursos en dicha Escuela), comportó una *presencia* en las negociaciones y proceso de solicitud de la subvención que *acerca* al imputado a los hechos; a esto es a lo que el Jurado y la sentencia denominan un *interés desmedido* del Sr. Rivas en la concesión de la subvención. La Sala ha de precisar, dando la razón al recurrente, que tal *"interés desmedido"* no es, con esa formulación, un dato objetivo que pueda servir como indicio, sino una valoración efectuada por el Jurado; por lo que únicamente consideramos como hecho probado la participación activa Sr. Rivas en la tramitación de la subvención, que fue más allá de lo que escuetamente reconoció en su declaración;

d) Es hecho probado que al menos el día 5 de enero de 2009, poco después de la concesión formal de la subvención y poco antes de las reuniones en las que los coacusados solicitaron la dádiva a los empresarios Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda, hubo un contacto telefónico entre el Sr. Rivas y el Sr. Mellet. No es hecho probado (sino hecho presunto) que, como Mellet dijo al Policía Nacional, en esa llamada se aludiese a la petición de dinero a los empresarios, pero el Jurado ha tenido por no probada la versión del acusado (y de un testigo) sobre el motivo de tal llamada, siendo así que la falta de veracidad en la versión dada por el inculcado puede comportar o corroborar un indicio cuando no se aportan versiones de descargo.

e) Es hecho probado que en el momento de solicitar la dádiva se aludió a que los empresarios obtendrían también la gestión de los cursos de formación que se celebrasen en la Escuela de Hostelería, cuya concesión correspondía el Sr. Rivas conforme a su competencia como Delegado Provincial: se trata en este caso de una promesa que sólo podría cumplirse con la aprobación del Sr. Rivas, lo que induce a pensar como razonable que se había tratado previamente con él.

El conjunto de estos indicios, aunque ninguno de ellos, individualmente considerado, pueda calificarse como "fuerte" o "suficientemente elocuente" (pues admitiría otras valoraciones razonables, como por ejemplo la simple convicción por parte del Delegado Provincial de la utilidad de la iniciativa subvencionada y por tanto su implicación personal en el logro del lícito objetivo de implantar la Escuela de Hostelería), sí supera, puestos unos en conexión con los otros, los mínimos estándares de la prueba indiciaria. En particular, y entrando a valorar el nexo racional entre los indicios y el hecho presunto, destacamos las siguientes consideraciones:

a) La concomitancia de las manifestaciones de Mellet al Policía y al Sr. Ponce sobre la participación del Sr. Rivas indica que no se trató de una ocurrencia surgida en el momento de declarar ante la Policía, pues la alusión al Sr. Rivas se hizo por parte de Don



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Fernando Mellet *en dos momentos diferentes*: antes de la comisión de los hechos (ante el Sr. Ponce) y después (ante el Policía nacional);

b) La inverosimilitud de que se trate de una mera invención: si, en efecto, según la tesis de la defensa del Sr. Rivas, la petición de un dinero fue una idea surgida y mantenida sólo en el círculo personal de los Sres. Mellet y Ponce, para el enriquecimiento personal de ambos, sin participación de un tercero, es ilógico pensar que uno de los dos implicados engañase también al otro, pues pronto podría ser descubierta la mentira.

c) La nula utilidad para los intereses procesales del Sr. Mellet de implicar al Sr. Rivas, pues es evidente que su responsabilidad penal no variaría por el hecho de que la iniciativa de la petición del dinero no fuese exclusivamente suya, o suya y del Sr. Ponce, sino que hubiera provenido del Sr. Rivas. De hecho, la *presencia* en el acuerdo del Sr. Rivas disiparía las dudas que se podrían sustentar sobre si los hechos han de calificarse, más levemente, como tentativa de estafa, pues al colaborar tan decisivamente en el designio del Delegado Provincial los hechos se incardinan con plena exactitud en la figura, más grave, del cohecho. Dicho de otro modo: no se aprecian razones lógicas para que el Sr. Mellet *inventase* la implicación de una persona con quien tiene buena relación personal, lo que apunta a la veracidad de esa manifestación.

d) La credibilidad objetiva de que una dádiva de estas características y por tales cantidades proviene de un cargo de la Administración, pues el Sr. Mellet era conocedor de que los empresarios Sres. Sánchez Cuerda y De Rojas tenían acceso al propio Sr. Rivas, y a otros cargos de la Consejería de Empleo, pudiendo fácilmente comprobar si se trataba de una petición de la Administración concernida, o sólo efectuada por los Sres. Mellet y Ponce. Queremos decir con esto que, evidentemente, la solicitud de la dádiva era mucho más arriesgada si no contaban con la implicación del Sr. Rivas que si contaban con ella;

e) La correspondencia temporal de los contactos telefónicos habidos entre los Sres. Rivas y Mellet, y la secuencia de hechos, pues aquellas se produjeron tras la fecha de la concesión de la subvención y antes de que se efectuase la solicitud de la dádiva;

f) Por último, la singularidad de la persona a quien se atribuye por el Sr. Mellet la iniciativa de la solicitud de dádiva. No alude, ante el Policía ni ante el Sr. Ponce, en términos generales a algún cargo administrativo o político superior, sino que se señala una persona concreta, siendo así que se trata de una persona que se encontraba en un cargo o puesto *propicio* para, por un lado, interesar la obtención de la subvención que haría posible pedir la dádiva, y directamente conceder los cursos de formación que beneficiarían a los empresarios destinatarios de la solicitud.

En consecuencia, y por más que algunos aspectos de la motivación, tanto del veredicto como de la sentencia, no son plenamente compartidos por la Sala, lo cierto es que, siguiendo su misma lógica, y apreciando el contenido de las declaraciones del

Policía Nacional como testigo, y del coacusado Sr. Ponce, como *hechos* y no como "declaraciones" procesales, y valorados tales hechos en conexión con el resto de circunstancias referidas, consideramos que la presunción de que el Sr. Rivas se puso de acuerdo con, al menos, el Sr. Mellet, para solicitar la dádiva, permite superar el test de suficiencia de la prueba indiciaria, y por tanto no carece "*de toda basa razonable*" a los efectos de estimar el motivo de apelación formulado al amparo del apartado e) del artículo 846 bis c) LECrim.

Ha de desestimarse, en consecuencia, en su integridad, el recurso formulado por la defensa del Sr. Rivas.

Quinto.- Sobre la concurrencia de los elementos integrantes del tipo de cohecho del artículo 420 CP (motivos 1º, 2º, 3º y 4º del recurso del Sr. Ponce, y 8º del recurso del Sr. Mellet).

El artículo 420, por el que vienen condenados los imputados, exige tres condiciones:

a) La solicitud de una dádiva por sí o por persona interpuesta. Esta condición está probada, tal y como hemos razonado en el fundamento de derecho tercero;

b) La condición de *funcionario público o autoridad* del sujeto activo, condición indiscutible para el Sr. Rivas pero discutida por los Sres. Mellet y Ponce;

c) Que la solicitud de la dádiva guarde relación con la realización un "*acto propio de su cargo*".

En primer lugar debe decirse que una vez se ha declarado responsable de los hechos a Don Antonio Rivas, Delegado Provincial de la Consejería de Empleo, y que al menos en parte es inequívoco que la dádiva guardaba relación con un acto propio de su cargo (la concesión de cursos de formación), los tres requisitos quedan cumplidamente acreditados, lo que comporta que la calificación del hecho como cohecho se extiende también a los otros coacusados, en tanto que realizan una conducta de cooperación necesaria para la comisión del delito: en efecto, si en el Sr. Rivas concurren los tres elementos del tipo del artículo 420, y si los Sres. Mellet y Ponce convinieron con él y colaboraron de manera imprescindible en la solicitud de la dádiva, es evidente que *también a ellos*, aunque no fueren funcionarios o no estuviesen actuando en el ejercicio de sus cargos, y no sólo al Sr. Rivas, habría de condenárseles como coautores (por cooperación necesaria) del delito de cohecho, sin perjuicio de la aplicación del artículo 65.3 CP, que no ha sido pedida por ninguna de las partes en esta fase procesal.

Al margen de ello, y a mayor abundamiento, la Sala, pese a los interesantes esfuerzos argumentativos de sus defensas, entiende que concurren, para cada uno, los tres requisitos o elementos típicos del delito contemplado en el artículo 420.



Sobre la condición de los Sres. Mellet y Ponce de *funcionarios públicos* a efectos penales, bastará con decir que la cuestión quedó resuelta mediante nuestro Auto de 2 de abril de 2012, resolviendo el recurso de apelación contra el Auto del Magistrado Presidente que a su vez resolvía las cuestiones previas planteadas por las defensas sobre, entre otros, ese aspecto. A la argumentación contenida en el apartado B) del fundamento de derecho segundo de aquel Auto nos remitimos, pues ni la Sala puede contravenir su propio criterio expresado en el momento procesal en que se le planteó, ni las razones esgrimidas en los recursos de apelación le hacen dudar de la pertinencia de lo entonces resuelto. En síntesis, uno y otro condenados ostentaron al tiempo de los hechos cargos en el equipo de dirección de Mercasevilla S.A., entidad que tiene encomendada la gestión de servicios públicos, y les es aplicable la reiterada jurisprudencia sobre la extensión de la condición de funcionario, a efectos penales, del personal empleado por las sociedades instrumentales de la Administración Pública.

Más dudas podría suscitar la cuestión de si los actos, conductas o promesas *en atención a los cuales*, o en relación a los cuales, solicitaron la dádiva, podían calificarse como "*actos propios de su cargo*", cuestión sobre la que, particularmente la defensa del Sr. Ponce, centra su atención con razonamientos interesantes. De no haberse declarado probada la participación del Sr. Rivas, tales dudas serían relevantes, pues, en caso de concluirse que la dádiva se pidió a cambio de prestaciones o actos absolutamente ajenos al ámbito de competencias de los cargos que ostentaban los Sres. Mellet y Ponce en una sociedad que gestiona servicios públicos, habría de ponderarse si el delito cometido era el cohecho o la (tentativa de) estafa.

Al respecto debe decirse lo siguiente.

a) El Sr. Mellet ostentaba el cargo de Director General de Mercasevilla y de Secretario Gerente de la Fundación Mercasevilla, que fue la que solicitó y obtuvo la subvención para la creación de la Escuela de Hostelería. Tanto en una como en otra condición tenía y ejercitaba competencias (no exclusivas, pero sí concurrentes) para la tramitación de la solicitud de la subvención, como para la atribución a terceros de la gestión de la misma y las decisiones propias de la ubicación e instalaciones de la Escuela. La Sala no tiene dudas de que cuando el Sr. Mellet intervenía en la redacción de los Convenios y Protocolos, y cuando asistía a las reuniones que quedaron referidas en el juicio oral, lo hacía en el ejercicio de su cargo de Director General, y no como un intruso, o excediéndose de sus cometidos. Como tampoco tiene dudas (y esto es importante) de que la concesión de la subvención para la instalación de la Escuela de Hostelería en los locales de Mercasevilla no fue en absoluto ajena a la condición de entidad colaboradora de la Administración en los servicios públicos que tiene encomendados. Es cierto que la creación y gestión de una Escuela de Hostelería no es, en sí misma, un servicio público. Pero no es cierto que no exista *conexión significativa* entre los servicios públicos atribuidos a Mercasevilla (en atención a los cuales a su Director General se le considera funcionario a efectos penales) y la decisión de instalar en su sede, y a través de la Fundación, una Escuela de Hostelería.

Las sentencias invocadas en el recurso de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el carácter civil de determinados actos jurídicos de las sociedades instrumentales de la Administración no son argumento en contra de lo expuesto. Por más que sea cierto que la creación de la Escuela de Hostelería no comporten servicio público, lo cierto es que la dádiva se pide por quienes ocupan cargos en una sociedad que tiene encomendados unos servicios públicos no ajenos, como hemos dicho antes, a tales servicios públicos, aunque sólo se trate de una relación indirecta, siendo esto lo que distingue este supuesto del dilucidado en el Auto de esta Sala nº 61/2007, de 9 de octubre, que el recurrente cita en su escrito.

b) Respecto del Sr. Ponce puede razonarse del mismo modo. El Jurado consideró probado que ostentaba el cargo de Subdirector General de Mercasevilla (aunque sin cargo en la Fundación), y tal conclusión probatoria no viene desmentida por ningún documento literosuficiente que permita prescindir de ese hecho por error en la apreciación de la prueba, pues el certificado de Mercasevilla (folio 589) en el que se especificaba que, *dentro del equipo de dirección* de la entidad pasaba a desempeñar unas funciones distintas, no es suficiente para concluir indefectiblemente que dejaba de ser Subdirector General: en todo caso, y aún aceptando que tal certificado acreditase un cese en tal cargo concreto, lo que es evidente que seguía desempeñando un puesto en el equipo de dirección, asumiendo funciones de asesoramiento respecto de personas que intervinieron en la tramitación de la concesión e instalación de la Escuela, como es el caso de Dña Regla María Pereira Baus. Por lo que no existe el defecto en la proposición del objeto del veredicto que postula en su motivo 3º.

c) La defensa del Sr. Ponce parte de la premisa de que el "acto propio de su cargo" al que se refiere el artículo 420 ha de consistir en un acto o encomienda expresamente incluido en el ámbito de competencias funcionales del cargo ostentado, de ahí que censure que el Magistrado Presidente, al no someter expresamente al Jurado la cuestión de si formaba parte de sus competencias propias la tramitación de la subvención a la Fundación, la instalación de la Escuela, o la atribución a terceros de la misma, se le ha cercenado su derecho de defensa, al tratarse de una cuestión de hecho condicionante de la concurrencia del tipo penal. El recurrente tendría razón si, en efecto, fuese condición del tipo penal aplicado que la conducta desempeñada por el acusado estuviese expresamente incluida en el listado de competencias correspondientes a su cargo.

Pero debe advertirse que la discrepancia con el Magistrado Presidente, por más que se esfuerce en demostrar lo contrario el recurrente en sus motivos primero y segundo, no era de hecho, sino de derecho. Se trataba –y se trata– de una discrepancia sobre premisas *jurídicas*. Para el recurrente era imprescindible acreditar el listado de competencias del Sr. Ponce, a fin de determinar si dentro de ellas se encontraban las afines a la subvención o a la Escuela. El Magistrado Presidente, en cambio, parte de una premisa *jurídica* diferente, cual es que no es precisa la exacta subsunción de la conducta desplegada con el ámbito de competencias expresamente atribuidas a su cargo, sino que basta con que exista relación o conexión entre la conducta desempeñada y su cargo. De ahí que no entendiera necesario incluir como punto del objeto del



veredicto la pregunta sobre las competencias expresamente atribuidas. Se trata de una decisión coherente con la premisa jurídica de la que parte que de ninguna manera permite apreciar un defecto en la proposición del objeto del veredicto que haya podido causar indefensión. Simplemente, han de considerarse *no probadas* las competencias expresamente atribuidas, lo que habría de beneficiar al reo si, como sostiene, comportasen un hecho constitutivo del tipo penal, pero nunca un perjuicio.

La Sala comparte el presupuesto del que parte el Magistrado Presidente y por tanto asume como correcta tanto la exclusión de ese aspecto del objeto del veredicto, como la condena por delito de cohecho pese a la no constancia de las competencias concretamente atribuidas, pues entiende que la actuación que llevó a cabo en colaboración del Sr. Mellet no lo fue como amigo o conocido, sino desempeñando las funciones directivas que tenía encomendadas por su condición de Subdirector General o miembro del equipo de dirección. Dicho de otro modo: la calificación de la conducta no se ha hecho depender de cuáles eran las funciones exactas atribuidas al Sr. Ponce en Mercasevilla, sino de si las negociaciones sobre equipamiento de la Escuela, en las que participó en su condición de Subdirector General o miembro del equipo directivo, y la decisión misma de su instalación en los terrenos de la sociedad, eran o no completamente ajenas al carácter de sociedad instrumental de la Administración de Mercasevilla. Téngase en cuenta, por ejemplo, de un componente del cohecho se pretendió relacionar con la acometida eléctrica de terrenos de Mercasevilla, lo cual afecta a su dimensión de prestadora de un servicio público y sin duda guarda relación con las decisiones del equipo de dirección en el que estaba integrado el Sr. Ponce.

En consecuencia, el punto controvertido no es la determinación de cuáles eran las funciones expresamente atribuidas al Sr. Ponce, sino la interpretación jurídica correcta del concepto "*acto propio de su cargo*", de manera que la discrepancia del recurrente habría debido articularse a través del apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim., y no por la vía de la nulidad por defecto en la proposición del objeto del veredicto (motivo 2º) o por la presunción de inocencia (motivo 1º)

d) Ni siquiera, pues, en el caso de la no implicación del Sr. Rivas, hubo estafa (en grado de tentativa, sino cohecho. Los Sres. De Rojas y Sánchez Cuerda recibieron la petición del pago de una cantidad que no debían por ningún concepto, y esa petición, por el momento y modo en que se hizo, venía ligada al beneficio que tales empresarios esperaban obtener como consecuencia de la atribución de la gestión de la Escuela de Hostelería que había sido subvencionada, y la posterior adjudicación de cursos de formación y caterings que se celebrasen. La creación y funcionamiento de la Escuela de Hostelería no comportan en sí "servicio público", pero sí se ha considerar como una extensión o complemento del mismo, siendo ello relevante a efectos de la concesión de la subvención a la Fundación. Y los tratos y negociaciones relativos a la encomienda de la gestión, la instalación física de la Escuela y el posterior funcionamiento de la misma eran aspectos en los que los Sres. Mellet y Ponce intervinieron *precisamente* por los cargos que ostentaban.



Todo lo razonado conduce a la desestimación de todos los motivos aludidos en el encabezamiento de este fundamento de derecho: el primero del Sr. Ponce, porque lo no probado (funciones exactas de su cargo) no es relevante a efectos de subsunción en el tipo; el segundo, porque precisamente por esa razón no era necesario preguntar al Jurado sobre cuáles eran tales funciones expresamente atribuidas; el tercero, porque no puede calificarse como error en la valoración de la prueba basado en documentos literosuficientes la conclusión de que el Sr. Ponce seguía ostentando el cargo de Subdirector General; y el cuarto del Sr. Ponce y octavo del Sr. Ponce, por lo razonado en el Auto de la Sala de 2 de abril de 2012.

Sexto.- Sobre el error o ignorancia del Sr. Ponce sobre su condición de funcionario a efectos penales. (Motivo 6º de su recurso).

Invoca por último la defensa del Sr. Ponce, en su sexto motivo de apelación, indefensión por no haberse admitido como punto del objeto del veredicto la alegación referida a la ignorancia de su condición de funcionario, que en su opinión habría podido permitir la apreciación de un *error de tipo* contemplado en el artículo 14.2 Cp.

El motivo no puede prosperar. El error invocado no recae sobre *hechos*, sino sobre la interpretación jurídica del concepto de funcionario a efectos penales. El Sr. Ponce no ignoraba qué cargo ocupaba, cuáles eran sus atribuciones, ni qué actividades realizó en lo referente a la creación y puesta en funcionamiento de la Escuela de Hostelería en terrenos de Mercasevilla. Lo que acaso ignoraba es que tales hechos puedan ser determinantes la calificación *jurídica* de cohecho. En consecuencia, la inclusión en el objeto del veredicto de esa supuesta ignorancia era improcedente por no ser relevante.

A mayor abundamiento, debe insistirse en que en la medida en que el Sr. Ponce manifestó que el Sr. Mellet le había dicho que la iniciativa en la solicitud de la dádiva provenía de Don Antonio Rivas, es de todo punto evidente que no podía ignorar que estaría colaborando con un cohecho de una autoridad pública, por lo que el conocimiento o ignorancia de su condición de funcionario no era determinante de la aplicación del tipo.

Séptimo.- No existen razones para una condena al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Que desestimando íntegramente los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de Don Daniel Ponce Verdugo, de Don Fernando José Mellet Jiménez y de Don Antonio Rivas Sánchez contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Tercera), en causa seguida por delito de cohecho, debe confirmar y confirma la referida resolución impugnada en todos sus extremos, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvase los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



