

**JUZGADO DE LO PENAL**

**NÚMERO 13**

**SEVILLA**

**Procedimiento Abreviado: 505/2015**

**SENTENCIA Nº**

En Sevilla, a 12 de junio de 2017.

Vistos por mí, Dña. Yolanda Sánchez Gucema, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal número 13 de esta ciudad, en Juicio oral y público, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 505/2015, seguido por un **DELITO DE PREVARICACIÓN, FRAUDE Y EXACCIONES ILEGALES Y DELITO SOCIETARIO** contra **FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ**, nacido el 26 de agosto de 1964 en Sevilla, hijo de Fernando y de Rosa con DNI 28471683Y, representado por el Procurador D. Juan Antonio Moreno Cassy y asistido por el Letrado D. José Manuel Carrión Durán; contra **ANTONIO RODRIGO TORRIJOS**, nacido en Sevilla el 6 de noviembre de 1950, hijo de Sergio y de Amalia, con DNI 28415319S, representado por el Procurador D. Ángel Onrubia Baturone, y asistido por el Letrado Dña. Encarnación Molino Barrero; contra **GONZALO MARÍA CRESPO PRIETO**, nacido en Estepa, Sevilla el 27 de noviembre de 1943, hijo de Gonzalo y de Pilar con DNI 28256902E, representado por el Procurador Dña. María Inmaculada Muñoz Camacho y asistido por el Letrado D. Miguel Villegas Berdejo; contra **DOMINGO ENRIQUE CASTAÑO GALLEGO**, nacido en Sevilla el 31 de agosto de 1969, hijo de Domingo y de Manuela, con DNI 28475977, representado por el Procurador Dña. Marta Ibarra Bores y asistido por el Letrado D. José Manuel García-Quiles Gómez; contra **JORGE PIÑERO**

**GÁLVEZ**, nacido en Sevilla el 7 de mayo de 1941, hijo de Antonio y de Carlota, con DNI 21607867B, representado por el Procurador D. Manuel Martín Toribio y asistido por él mismo; contra **JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ**, nacido en Málaga el 1 de enero de 1938, hijo de Luis y de Rosario, con DNI 24638989D, representado por el Procurador Dña. Reyes Martínez Domínguez y asistida por el Letrado D. Luis Jordana de Pozas; contra **LUIS SANCHEZ MANZANO**, nacido en Sevilla el 2 de noviembre de 1970, hijo de José Luis y de Francisca, con DNI 33380109W, representado por el Procurador D. Javier Otero Terrón, y asistido por el Letrado D. Francisco Gallardo Báez; contra **JOSÉ LUIS MIRÓ MORALES**, nacido en Irún, Guipúzcoa, el 20 de abril de 1971, hijo de José Luis y de María Ángeles, con DNI 24257049F, representado por el Procurador D. José Luis Arredondo Prieto y asistido por el Letrado D. Carlos Sáiz Díaz; contra **MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE**, nacida en Sevilla el 20 de noviembre de 1960, hijo de Juan Manuel y de María Victoria, con DNI 31224097X, representada por el Procurador D. Antonio Pino Copero y asistido por el Letrado D. Miguel Cuellar Portero; contra **JOSÉ ANTONIO RIPOLLÉS MUÑOZ**, nacido el 2 de agosto de 1966 en Sevilla, hijo de José Luis y de Inocenta con DNI 28892626, representado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas, y asistido por el Letrado D. Francisco Rufino Charlo; y contra **RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO, SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS SA**, representado por el Procurador D. Fernando Enrique Fernández, asistido por el Letrado D. Francisco Gallardo Báez, todos en situación de libertad por esta causa, siendo partes acusadoras el **MINISTERIO FISCAL**, representado por el Ilmo. Sr. D. Juan Enrique Egocheaga Cabello y **MAYORISTAS ASENTADORES DE FRUTAS Y VERDURAS**, representado por el Procurador Dña. Laura Leyva Royo y asistido por el Letrado D. Miguel de Jesús Pareja: **Y MERCASEVILLA, S.A.**, representada por el Procurador Dña. Cristina Núñez Ollero y asistido por el Letrado D. Jaime García-Quiles Gómez, representado por su Administrador Concursal,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Los presentes autos de Procedimiento Abreviado dimanar de las Diligencias Previas nº 5612/2009 del

Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla, incoadas en virtud de atestado.

**SEGUNDO.**- Instruido el procedimiento y conferido el traslado de las Diligencias al Ministerio Fiscal éste formuló escrito de acusación entendiendo que los hechos recogidos en la conclusión I son constitutivos de un delito de fraude y exacciones ilegales del art. 436 del CP en concurso medial con un delito de prevaricación del art. 404 del CP de la que han de responder criminalmente por el primero de ellos Fernando Mellet Jiménez, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo Crespo Prieto, María Victoria Bustamante Sainz, Domingo Enrique Castaño Gallego y Jorge Piñero como autores; y como cooperadores necesarios en calidad de extraneus José Antonio Ripollés, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales. Por la segunda infracción a Fernando Mellet Jiménez y como cooperador necesario Luis Sánchez Manzano. Solicita por el delito de fraude y exacciones ilegales la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo y cargo público por el tiempo de 8 años; y a cada uno de los cooperadores necesarios una pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público durante el tiempo de la condena; y por el delito de prevaricación a Fernando Mellet y Luis Sánchez Manzano la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público durante 9 años. Y termina solicitando junto a la imposición de las costas procesales que se decrete la nulidad del concurso y contrato de opción de compra firmado entre las empresas Mercasevilla y Sanma de fecha de 23 de febrero de 2006 y actos derivados del mismo.

Y a tal efecto recoge en los hechos: "a.- En fecha 14 de octubre de 2003 la empresa Mercasevilla, como vía para obtener recursos económicos que aliviaran su difícil situación económica, suscribió con la entidad Larena 98 un derecho de superficie sobre parte del suelo de Mercasevilla, obligándose la empresa Larena, que pensaba construir Naves para su alquiler, al pago mensual de un canon por importe de 58.738 euros, pago que se iniciaría al año de la firma tras cumplirse el plazo de carencia. Sin embargo y tras efectuar un primer pago, la empresa Larena ante las dificultades en obtener la licencia de obras que había solicitado en febrero de 2004 y tomando conocimiento de la falta de la acometida eléctrica necesaria para

el suministro regular de luz a las parcelas, dejó de pagar el canon e interpuso un pleito contra Mercasevilla por incumplimiento de contrato. El Director General de Mercasevilla, el acusado Fernando Mellet Jiménez, junto al consejero de Mercasevilla, el acusado Domingo Enrique Castaño, intentaron convencer a la empresa Larena para que desistiera del pleito, ofreciéndole otras oportunidades de negocio, pero ante la falta de acuerdo con la empresa Larena, quien ya había perdido el interés por construir en los terrenos de Mercasevilla, decidieron buscar otra empresa interesada en explotar los suelos y que por tanto pagara el canon mensual, poniendo fin al pleito. Para ello los acusados contactaron con la empresa constructora Sando, quien tenía interés puesto que era ya concedora del posible traslado de la unidad alimentaria de Mercasevilla a otros terrenos, lo que generaría una nueva bolsa de suelo para construir en Sevilla.

Los acusados pactaron con Sando que esta, a través de su filial Sanma, se haría cargo de la reclamación económica de Larena, poniendo fin al pleito y subrogándose en el derecho de superficie y a cambio, aparte de recibir el pago del canon, Mercasevilla les adjudicaría directamente un derecho de opción de compra sobre todos los terrenos, llegándose a elaborar un protocolo entre Mercasevilla y la filial de Sando, la empresa Sanma en donde se fijaba el precio de los terrenos y que la cantidad que Sando pagara a Larena se descontaría del precio final. Esta idea, sin citar en concreto a la empresa Sando, fue manifestada por los acusados Fernando Mellet y el también acusado Jorge Piñero Gálvez en la reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de fecha 28 de junio de 2005. Luego en la reunión de fecha 15 de julio de 2005, los acusados reiteraron la idea citando ya expresamente que la empresa interesada era Sando. En fecha 18 de Julio de 2005, la empresa Sando llegó a un acuerdo con Larena, abonando a esta la cantidad de 1.080.000 euros, subrogándose la filial Sanma en el derecho de superficie. Sin embargo la segunda parte del acuerdo no se pudo consumir ante la resistencia al modo de adjudicación directa de los terrenos que los acusados Fernando Mellet, Domingo Enrique Castaño, Antonio Rodrigo Torrijos y Gonzalo Crespo Prieto encontraron en los restantes miembros del consejo de Administración de Mercasevilla, entre ellos, los miembros de Mercasa y el Secretario y el Interventor municipales, por lo que de común acuerdo los acusados convencieron a los demás al menos para que el sistema de venta

fuera el del concurso y no el de subasta. Decidido el sistema de concurso público, los acusados encargaron la confección del pliego de condiciones a los acusados Jorge Piñero Gálvez, a la sazón vicesecretario del consejo, a la también Consejera M<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz y a José Antonio Ripollés Muñoz, economista externo, vinculado profesionalmente desde hacía años a la entidad. Los tres confeccionaron un pliego a la medida de los intereses de Sando. Ya desde el mes de Julio de 2005, los acusados informaron a la empresa Sando de este cambio y garantizaron a sus responsables, los acusados Luis Sánchez Manzano, José Luis Miró Morales y José Luis Sánchez Domínguez que el concurso les sería adjudicado, manteniendo desde esa fecha comunicación permanente sobre los términos del pliego y la valoración de cada cláusula, lo que permitió a Sando y a su filial Sanma preparar con mucha antelación su oferta. En fecha 8 de noviembre de 2005, la Comisión Ejecutiva acordó proponer al consejo de admón. y a la Junta la adjudicación, mediante concurso, del derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla. En las cláusulas del pliego elaborado se introdujeron dos que tenían como fin favorecer a Sando. La primera, la cláusula de limitación al alza, que penalizaría a las ofertas económicas que excedieran en más de un 10% la media de todas las ofertas. Con la fórmula matemática de baremación empleada, ideada por el profesor Pajares, a instancia del acusado José A. Ripollés, se daba la consecuencia ilógica de que se puntuara igual a la oferta que estuviera en el mismo porcentaje sobre la media que por debajo de la media. Además de esa manera Sando se aseguraba que, partiendo de un precio de tasación de 105 millones de euros, y siendo su oferta el precio ya pactado de 106 millones, ninguna oferta más interesante económicamente que la suya se viera beneficiada sino por el contrario penalizada y excluida de la valoración. La segunda cláusula fue la de titularidades previas, que otorgaba puntuación a aquellos oferentes que poseyeran ya sobre los terrenos de Mercasevilla algún derecho, pues Sando era ya, a través de su filial Sanma, titular del derecho de superficie, aún no inscrito, y era concededor que ninguna otra empresa constructora que pudiera concurrir al concurso tenía titularidad parecida sobre los terrenos. También beneficiaba a Sando la confección de la llamada oferta técnica, la programación, financiación y apoyo técnico en el desarrollo de las operaciones de traslado y construcción de la nueva sede, pues, aunque este tema era ajeno al fin del concurso, Sando tuvo

desde el mes de julio de 2006 y hasta la publicación del pliego tiempo muy superior a cualquier otro oferente para confeccionar una muy completa oferta técnica. Aprobado el concurso, se publicó el pliego de condiciones y acudieron al mismo un total de 8 empresas, de las cuales 5 no incluyeron oferta social, una tampoco además oferta técnica y otra no ofreció cláusula de revalorización, siendo en general 5 de ellas merecedoras del calificativo de ofertas de relleno o de compromiso. De las 8 ofertas, destacar además que todas ellas en el precio de los terrenos ofrecían cifras iguales o muy próximas a la inicial de 105 millones, salvo Noga que ofertó un precio de más de 158 millones y la empresa Landscape que ofertó un precio de compra de 115 millones. Abiertas las plicas, la mesa de contratación encargó a los acusados M<sup>a</sup> Victoria Bustamante y José A. Ripollés, que hicieran la valoración de todas las ofertas, lo que hicieron favoreciendo los intereses de Sando. Así otorgaron a la oferta de Sanma puntuación por tener un derecho de superficie a pesar de saber que no estaba inscrito y que en el pliego se había hecho constar que las fincas estaban libres de cargas. Asimismo, valoraron la oferta de la opción de compra de Sanma como al contado en su integridad, cuando lo cierto es que era una fórmula de pago a plazo, lo que facilitó otorgar a Sanma una mayor puntuación es ese apartado. Además, valoraron la oferta social de Sanma con más puntos que la de Noga cuando en realidad ambas ofertas sociales eran objetivamente muy parejas. En la valoración de la oferta económica, los acusados penalizaron la oferta más ventajosa económicamente para Mercasevilla, como era la de la empresa Noga, al aplicar la ya citada cláusula de limitación al alza, lo que benefició a la oferta de la empresa Sanma, filial del grupo Sando. Entregada la valoración, la Mesa de Contratación en fecha 13 de febrero de 2006 propone a la Comisión Ejecutiva que elija la oferta de Sanma, cosa que la Comisión hace en fecha 15 de febrero de 2006.

b.-Como consecuencia de todo lo anterior, el acusado Fernando Mellet, en nombre de Mercasevilla y el acusado Luis Sánchez Manzano, en nombre de Sanma, empresa del grupo Sando, firmaron en fecha 23 de febrero de 2006, el contrato de opción de compra, cumpliendo así los acusados con el compromiso que tenían con Sando desde que su filial Sanma se subrogó en el derecho de superficie. En el citado contrato, destacar que se fijó el pago aplazado del precio de la opción de compra.

La acusación particular de la Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas de Sevilla, formuló escrito, alegando su condición de accionista de Mercasevilla SA, de acusación por un delito societario de administración desleal del art. 295 del CP, instando la condena como autores directos los administradores de derecho de la sociedad Mercasevilla, Gonzalo Crespo Prieto, Antonio Rodrigo Torrijos, Domingo Enrique Castaño Gallego, y Fernando Mellet Jiménez, y como cooperadores necesarios Luis Sánchez Manzano y Luis Sánchez Domínguez, solicitando se imponga a todos ellos la pena de dos años de prisión, a excepción de a Gonzalo Crespo a quien se le solicita seis meses. Y como responsabilidad civil se decrete la nulidad del contrato suscrito entre Mercasevilla SA y Sanma SA con la pérdida de las cantidades entregadas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Y subsidiariamente a indemnizar a Mercasevilla en el daño que la actuación penal le ha infringido, esto es la de 25.000.000 €.

La acusación particular de Mercasevilla SA presentó escrito con fecha de entrada en el Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla el 5 de enero de 2015 por el que formulaba acusación contra Fernando José Mellet, Domingo Enrique Castaño Gallego, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo M. Crespo Prieto, Jorge Piñero Gálvez, José Antonio Ripollés, María Victoria Bustamante Sainz, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales, por los delitos de fraude y exacciones ilegales y de prevaricación, entendiéndolo que son autores de ambos delitos Fernando José Mellet, Domingo Enrique Castaño Gallego, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo M. Crespo Prieto, Jorge Piñero Gálvez, María Victoria Bustamante Sainz y en su condición de extraneus como autores también José Antonio Ripollés, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales, solicitando se imponga a todos ellos por el primer delito la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 8 años, y por el segundo delito la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por 9 años. Así mismo solicita se decrete la nulidad de pleno derecho del concurso de adjudicación a un tercero de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, así como del contrato de adjudicación subsiguiente de 23 de febrero de 2006 y los negocios que provengan de los mismos, así como que indemnizen solidariamente a Mercasevilla

en la suma de 25.000.000 €.

Dado traslado, por la Defensa de cada acusado se solicitó la libre absolución de sus patrocinados:

La defensa de Fernando José Mellet niega todo lo correlativo a la primera de las conclusiones. Y respecto a la segunda, comienza esgrimiendo la inexistencia de delito de prevaricación del artículo 404 del código penal. A tal efecto niega el dictado de una resolución en un asunto administrativo, rechazando el delito de prevaricación por la firma del contrato de concesión del derecho de opción de compra obrante en los 11405 a 11409, describiendo la naturaleza civil del mismo se refleja en la estipulación novena. Continúa con la valoración de los informes de Don Alejandro Nieto y Don Juan Antonio Campora, la normativa aplicable, exclusión de Mercasevilla de la aplicación de la Ley de Contratos por el propio objeto del contrato; exclusión de Mercasevilla de la aplicación de la Ley de Contratos por la propia naturaleza subjetiva de la entidad al no ser considerada Administración Pública; sobre la aplicación de las normas del Derecho Privado y el sometimiento de las cuestiones litigiosas derivadas del contrato a la jurisdicción civil y no contencioso-administrativa; sobre el patrimonio de Mercasevilla, S.A. y su independencia del patrimonio del ente público territorial municipal; Sobre su regulación en la Ley de Régimen Local; la determinación por parte del Tribunal Supremo de que la responsabilidad se sitúa en el ámbito del derecho privado; el dictado de una resolución sin justificar; nunca ha actuado de tal forma que dictara una resolución contraria a derecho generadora de injusticia.

Inexistencia del delito de fraude y exacciones ilegales del artículo 436 del código penal: refutando de la condición de funcionario público de Fernando Mellet Jiménez, mediante realización de una interpretación in malam partem del artículo 24 del código penal; así como evidente naturaleza jurídica mercantil de la sociedad Mercasevilla, S.A., en la cual su capital no es íntegramente público, y, por tanto, no se constituiría en un medio propio de la administración, y Mercasevilla se somete a la legislación mercantil y no administrativa en lo que respecta a sus órganos y las tomas de decisiones de estos; estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo De Derechos Humanos; principio de taxatividad penal que opera en

la interpretación y aplicación de la ley penal.

Inexistencia de delito de administración desleal del artículo 295 del código penal.

Por todo ello solicita la absolución de su defendido, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa de Rodrigo Torrijos comienza enunciando las siguientes cuestiones previas: la prescripción del delito societario y las cuestiones recogidas en el recurso de apelación contra el Auto de Procedimiento abreviado de 5 de diciembre de 2014, como la vulneración del principio de legalidad y del principio "non bis in ídem" (art. 25.1 C.E. y art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966): imposibilidad que sobre los mismos hechos puedan instruirse ni enjuiciarse dos procedimientos diferentes por distintos juzgados, e infracción del art. 300 de la LECR, sobre los mismos hechos no pueden recaer resoluciones contradictorias, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24 de la CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.1 CE) al Juez competente y juez ordinario predeterminado por la Ley, todas ellas garantías esenciales del juicio justo. Continúa, entendiendo que, los hechos realizados por Antonio Rodrigo no constituyen delito alguno y por ello no puede ser calificado de autor, cómplice ni encubridor de ningún hecho típico; ni procede estimar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La defensa de Gonzalo M. Crespo Prieto por escrito de 27 de mayo de 2015 solicitó la nulidad de las actuaciones desde el auto de 12 de marzo de 2015 por el que se acordó la apertura del juicio oral por vulneración a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, comenzando con la falta de eficacia y nulidad de los escritos de conclusiones del Ministerio Fiscal y resto de acusaciones, y para el caso de que no fuere estimado se presentan escritos de conclusiones provisionales entendiendo su disconformidad con el Ministerio Fiscal, por el nulo protagonismo del acusado en las actuaciones referidas por los escritos de conclusiones, instando la aplicación de atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

La defensa de Domingo Enrique Castaño con carácter preliminar, y sin perjuicio de su desarrollo en el trámite del art.

786 p. 2 de la L.E.Crim, anuncia como cuestión previa la prescripción del delito societario por el que acusa la Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas de Sevilla (art. 295 del C.P.), pues, de conformidad con lo establecido en los arts. 130.5, 131.1, 132 del C.P., en relación con el art. 295 del C.P. dicho delito está prescrito, para continuar negando los hechos, la infracción penal y la autoría y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de su defendido instando el dictado de sentencia absolutoria.

La defensa de Jorge Piñero, rechaza en su integridad la conclusión correlativa de los escritos de acusación y muy especialmente las que le afectan, negando la más mínima participación de Jorge Piñero en la preparación de dicho concurso, objetando que se hubiese producido alguna irregularidad o que hubiere conocido que otros la hubiesen cometido, siendo la participación del Sr. Piñero absolutamente irreprochable en todos los aspectos y, desde luego, acción no constitutiva de infracción penal alguna, y con ello nunca sería atribuible responsabilidad civil alguna, al no haberse producido en ningún caso daños ni perjuicios derivados de los hechos enjuiciados ni para Mercasevilla ni para ninguna otra persona física o jurídica; y huelga hablar de delito, de autoría y de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa de María Victoria Bustamante en escrito de 2 de junio de 2015 se mostraba disconforme con el correlativo en cuanto a la ajenidad y desconocimiento de la Sra. Bustamante Sainz de acto ilícito alguno, continuando con la ausencia de comisión delito alguno en los hechos narrados en los escritos de acusación, así como de la falta de autoría dada la ausencia de hecho delictivo alguno; sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La defensa de José Antonio Ripollés presentó acusación por escrito de 15 de mayo de 2015 y dentro del término conferido formuló las siguientes consideraciones: los hechos no ocurren como relatan las acusaciones, no son constitutivos de infracción penal; no procedería hablar de autoría, y por ello su absolución.

La defensa de José Luis Sánchez Domínguez esgrimió que el Sr. Sánchez Domínguez fue formalmente administrador único de Sanma hasta el 27 de marzo de 2008, si bien paulatinamente y por razones de edad -cuenta en la actualidad con 77 años- fue

cediendo responsabilidades en la empresa a ejecutivos del grupo, que asumían la gestión de las nuevas inversiones, mientras que el Sr. Sánchez Domínguez culminaba las que, hasta esa fecha, estaban aún pendientes de concluir. En concreto, y por lo que a los hechos objeto de enjuiciamiento en este procedimiento se refiere el Sr. Sánchez Domínguez no intervino en modo alguno en la decisión de Sanma de subrogarse en la posición que Larena 98, S.L. ostentaba respecto de cierto suelo de Mercasevilla, ni en la determinación de Sanma de acudir al concurso para la adquisición de un derecho de opción de compra sobre determinados terrenos de Mercasevilla, decisiones ambas que fueron adoptadas por el Consejero Delegado del grupo, que dirigió el proceso con el auxilio de otros directivos de la compañía. Posteriormente lleva a cabo un relato de hechos, que entiende no son constitutivos de delito y por ello huelga cualquier pronunciamiento sobre el grado de participación de su representado en los mismos, si bien, como ya ha quedado dicho, el Sr. Sánchez Domínguez no intervino en todo el proceso de la adjudicación a Sando del derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla; entendiéndose que por no ser los hechos constitutivos de delito, huelga cualquier pronunciamiento sobre la concurrencia de circunstancias modificativas de una responsabilidad criminal inexistente. Si bien, por así exigirlo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y sólo por tal razón, se alega, en su caso, la concurrencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, pues desde el 16 de abril del 2010 (folio 5281) entendiéndose que el Juzgado emprendió una búsqueda prospectiva de supuestos delitos falsarios, de prevaricación administrativa o urbanísticos, a costa de supuestas irregularidades en la concesión de licencias relacionadas con las naves que Sanma construyó en los terrenos sobre los que tenía un derecho de superficie, carente de la más absoluta justificación, pues ningún indicio existía en la causa que permitiera iniciar una investigación por tales delitos, investigación prospectiva que se ha prologado no menos de tres años, alargando al menos en ese tiempo de manera innecesaria la duración de la fase de instrucción, sin que ninguna de las acusaciones haya formulado acusación por tales hechos; y dada la atipicidad de la conducta de mi mandante procede su absolución con todos los pronunciamientos favorables. En su caso, y tómesese esta alegación sólo por ser obligada por exigencias jurisprudenciales, procedería, en apreciación de atenuante invocada con carácter subsidiario en el apartado

anterior de este escrito, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.1.2 del Código Penal.

La defensa de Luis Sánchez Manzano comienza su escrito alegando la naturaleza privada de Mercasevilla, no siendo administración pública y por ella sujeta al derecho privado, para posteriormente llevar a cabo un relato de hechos de la secuencia cronológica según el acusado, entendiendo que los hechos narrados no son constitutivos de delito y por ello no cabe pronunciamiento sobre su participación. Y al no ser constitutivos de infracción penal, no concurrirían circunstancias modificativas de una responsabilidad criminal. No obstante lo anterior, alegan para el hipotético caso de condena, la presencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, al entender que desde el 16 de abril del 2010 (folio 5281) el Juzgado emprendió una búsqueda prospectiva de supuestos delitos falsarios, de prevaricación administrativa o urbanísticos, a costa de supuestas irregularidades en la concesión de licencias relacionadas con las naves que Sanma construyó en las parcelas sobre las que tenía un derecho de superficie, investigación estéril e injustificada que se ha prolongado no menos de tres años, alargando al menos en ese tiempo de manera innecesaria la duración de la fase de instrucción, sin que ninguna de las partes acusadoras hayan formulado acusación por tales hechos. Y por ello, procede la absolución del acusado, y en su caso, sólo por ser obligada por exigencias jurisprudenciales, procedería, en apreciación de atenuante invocada con carácter subsidiario en el apartado anterior de este escrito, la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.1.2 del Código Penal. Asimismo, aun cuando todas las acusaciones se consideran por esta parte infundadas, la formulada por Mercasevilla y por la Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas de Sevilla son temerarias, al ejercitar acciones civiles infundadas que han dado lugar al señalamiento de una fianza de 32.500.000 € de manera absolutamente infundada, por lo que se interesa la imposición de costas por temeridad y mala fe, al amparo de lo dispuesto en el art. 240 LECrim.

La defensa de José Luis Miró Morales presentó escrito con fecha de entrada el 29 de septiembre de 2015, negando los hechos expuestos por el Ministerio Fiscal y por las acusaciones

particulares en todo lo que contradiga el relato fáctico llevado a cabo en el meritado escrito, argumentando inicialmente la posición concreta del Sr. Miró en el Grupo Sando, sin que fuera a administrador de la sociedad (ni del Grupo Sando en general, ni de su filial inmobiliaria Sanma), ni accionista de la compañía, sin que el Sr. Miró tuviera poderes de administración ni poderes generales de representación de las sociedades. En los hechos objeto de enjuiciamiento tampoco tuvo poder especial para representar a Sando. Distingue la defensa dos operaciones de inversión diferenciadas: la adquisición y explotación de derechos de superficie de los terrenos de Mercasevilla y la adquisición de una opción de compra, concluyendo que la intervención del Sr. Miró en la fase de preparación de la oferta de Sanma al concurso. Respecto a la supuesta alteración del pliego de condiciones del concurso para beneficiar a Sanma; pese a que el Sr. Miró no intervino en la fase de los hechos relativos al concurso público, muestran su disconformidad respecto de las supuestas alteraciones de pliego para beneficiar a Sanma. Entiende que los hechos descritos no son constitutivos de ilícito penal alguno, por lo que las conductas atribuidas al Sr. Miró no son constitutivas de delito de fraude y exacciones ilegales del art. 436 del código penal en concurso ideal con un delito de prevaricación del art. 404 del código penal, y no siendo los hechos anteriormente narrados constitutivos de ningún delito, no es posible atribuirle ningún tipo de participación. Y al no existir dolo ni imprudencia, no cabe imputar delito alguno a D. José Luis Miró y tampoco cabe atribuir ningún tipo de responsabilidad civil ex delicto. No existe perjuicio económico causado por las acciones del Sr. Miró, ni lucro directo o indirecto para su persona como consecuencia de los hechos objeto de enjuiciamiento. Entiende su defensa que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, toda vez que ésta no existe. Si bien, subsidiariamente, debe manifestarse que el enorme retraso que ha acumulado la tramitación de la causa con momentos de paralización absoluta durante períodos de tiempo muy prolongado, que son única y exclusivamente atribuibles al Juzgado de Instrucción, ha conculcado el Derecho Fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 21.6º CP).

La defensa de Sando Proyectos Inmobiliarios SA en escrito efectúa relato secuencial de hechos entendiendo que no siendo los hechos constitutivos de infracción penal alguna no existe

responsabilidad civil.

**TERCERO.** - Recibidas las actuaciones procedentes del Juzgado de instrucción, se señaló día y hora para la celebración del Juicio Oral fijadas para los días 17, 19, 20, 24, 25, 26, 31 de enero, 1, 2, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 21, 22, 23 de febrero, 2, 3, 7, 8 y 10 de marzo de 2017.

**CUARTO.** - Siendo el día y la hora señalados, comparecieron las partes personadas, quienes hicieron las manifestaciones que constan en el acta levantada en soporte informático.

Practicada la prueba admitida como pertinente y en trámite de conclusiones, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales, en el sentido de añadir a los hechos:

“En fecha 14 de octubre de 2003 la empresa Mercasevilla, como vía para obtener recursos económicos que aliviaran su difícil situación económica, suscribió con la entidad Larena 98 un derecho de superficie sobre parte del suelo de Mercasevilla, obligándose la empresa Larena 98, que pensaba construir Naves para su alquiler, al pago mensual de un canon por importe de 58.738 euros, pago que se iniciaría al año de la firma tras cumplirse el plazo de carencia. Sin embargo y tras efectuar un primer pago, la empresa Larena ante las dificultades en obtener la licencia de obras que había solicitado en febrero de 2004 y tomando conocimiento de la falta de la acometida eléctrica necesaria para el suministro regular de luz a las parcelas, dejó de pagar el canon e interpuso un pleito contra Mercasevilla por incumplimiento de contrato. El Director General de Mercasevilla, el acusado Fernando Mellet Jiménez, junto al consejero de Mercasevilla, el acusado Domingo Enrique Castaño, intentaron convencer a la empresa Larena 98 para que desistiera del pleito, ofreciéndole otras oportunidades de negocio, pero ante la falta de acuerdo con la empresa Larena, quien ya había perdido el interés por construir en los terrenos de Mercasevilla, decidieron buscar otra empresa interesada en explotar los suelos y que por tanto pagara el canon mensual, poniendo fin al pleito. Para ello los acusados Fernando Mellet Jiménez y Domingo Enrique Castaño, contactaron con la empresa constructora Sando, quien tenía interés puesto que era ya conocido el avance del nuevo

PGOU con el posible traslado de la unidad alimentaría de Mercasevilla a otros terrenos, lo que generaría una nueva bolsa de suelo para construir viviendas en Sevilla. Los acusados Fernando Mellet, Domingo Enrique Castaño, Antonio Rodrigo Torrijos y Gonzalo Crespo Prieto pactaron con Sando que ésta, a través de su filial Sanma, se haría cargo de la reclamación económica de Larena 98, poniendo fin al pleito y subrogándose en el derecho de superficie y a cambio, aparte de recibir el pago del canon, Mercasevilla les adjudicaría directamente un derecho de opción de compra sobre todos los terrenos, llegándose a elaborar un protocolo entre Mercasevilla y la filial de Sando, la empresa Sanma en donde se vinculaban ambas operaciones, se fijaba el precio de los terrenos y que la cantidad que Sando pagara a Larena 98 se descontaría del precio final. La posibilidad de la opción de compra, sin citar en concreto a la empresa Sando ni al protocolo que se estaba negociando, fue manifestada por los acusados Fernando Mellet y el también acusado Jorge Piñero Gálvez en la reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de fecha 28 de junio de 2005. Luego en la reunión de fecha 15 de julio de 2005, los mismos acusados comunicaron el acuerdo para la subrogación citando ya expresamente que la empresa interesada era Sando, pero omitiendo cualquier referencia al protocolo que se había negociado para la venta paralela de los terrenos. En fecha 18 de Julio de 2005, la empresa Sando llegó a un acuerdo con Larena, abonando a esta la cantidad de 1.080.000 euros, subrogándose la filial Sanma en el derecho de superficie. Sin embargo la segunda parte del acuerdo no se pudo consumar ante la resistencia al modo de adjudicación directa de los terrenos que los acusados Fernando Mellet, Domingo Enrique Castaño, Antonio Rodrigo Torrijos y Gonzalo Crespo Prieto encontraron en los restantes miembros del consejo de Administración de Mercasevilla, entre ellos, los miembros de Mercasa y el Secretario y el Interventor municipales, por lo que de común acuerdo los acusados antes citados convencieron a los demás al menos para que el sistema de venta fuera el del concurso y no el de subasta, lo que les permitiría manipularlo para garantizarse que lo ganara la empresa Sanma y evitar que ésta también dejara de pagar el canon de locación mensual. Decidido el sistema de concurso público, los acusados encargaron la confección del pliego de condiciones a los acusados Jorge Piñero Gálvez, a la sazón vicesecretario del consejo, a la también Consejera, la acusada M<sup>ª</sup> Victoria Bustamante Sainz y al acusado José Antonio Ripollés

Muñoz, economista externo, vinculado profesionalmente desde hacía años a la entidad. Los tres confeccionaron un pliego a la medida de los intereses de Sando. Ya desde el mes de junio de 2005, los acusados informaron a la empresa Sando de este cambio y garantizaron a sus responsables, los acusados Luis Sánchez Manzano, José Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales que el concurso les sería adjudicado, manteniendo desde esa fecha comunicación permanente sobre los términos del pliego y la valoración de cada cláusula, lo que permitió a Sando y a su filial Sanma preparar con mucha antelación su oferta. En fecha 8 de noviembre de 2005, la Comisión Ejecutiva acordó proponer al consejo de Admón. y a la Junta la adjudicación, mediante concurso, de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla. En las cláusulas del pliego elaborado a la medida de Sanma, se introdujeron dos que tenían como fin directo favorecer a Sando. La primera, la cláusula de limitación al alza, que penalizaría a las ofertas económicas que excedieran en más de un 10% la media de todas las ofertas. Con la fórmula matemática de baremación empleada, ideada por el profesor Pajares, a instancia del acusado José A. Ripollés, se daba la consecuencia ilógica de que se puntuara igual a la oferta que estuviera en el mismo porcentaje sobre la media que por debajo de la media. Además de esa manera Sando se aseguraba que, partiendo de un precio de tasación de 105 millones de euros, y siendo su oferta el precio ya pactado de 106 millones, ninguna oferta más elevada económicamente que la suya se viera beneficiada sino por el contrario penalizada y excluida de la valoración. La segunda cláusula fue la de titularidades previas, que otorgaba puntuación a aquellos oferentes que poseyeran ya sobre los terrenos de Mercasevilla algún derecho, pues Sando era ya, a través de su filial Sanma, titular del derecho de superficie, aun no inscrito, y era concedor que ninguna otra empresa constructora que pudiera concurrir al concurso tenía titularidad parecida sobre los terrenos. También beneficiaba a Sando la confección de la llamada oferta social y de la oferta técnica, la programación, financiación y apoyo técnico en el desarrollo de las operaciones de traslado y construcción de la nueva sede, pues aunque este tema era ajeno al fin del concurso, Sando tuvo desde el mes de junio de 2005 y hasta la publicación del pliego tiempo muy superior a cualquier otro oferente para confeccionar una muy completa oferta técnica y adecuar asimismo la oferta social expuesta en el pliego a los intereses que ya conocían de

Mercasevilla y de su futura fundación socio asistencial.

Aprobado el concurso, se publicó el pliego de condiciones y acudieron al mismo un total de 8 empresas, de las cuales 5 no incluyeron oferta social, 6 no aportaron mejora en la fórmula de determinación del precio, una tampoco además oferta técnica y otra no ofreció cláusula de revalorización, siendo en general 5 de ellas merecedoras, por su escaso volumen y detalle, del calificativo de ofertas de relleno o de compromiso. De las 8 ofertas, destacar además que todas ellas en el precio de los terrenos ofrecían cifras iguales o muy próximas al inicial, de 105 millones, salvo Noga que ofertó un precio de más de 158 millones y la empresa Landscape que ofertó un precio de compra de 115 millones. Abiertas las plicas, la Mesa de Contratación, presidida por el acusado Gonzalo Crespo, encargó a los acusados María Victoria Bustamante y José A. Ripollés, que hicieran la valoración de todas las ofertas, lo que hicieron favoreciendo los intereses de Sando. Así otorgaron a la oferta de Sanma puntuación por tener un derecho de superficie a pesar de saber que no estaba inscrito y que en el pliego se había hecho constar que las fincas estaban libres de cargas. Así mismo, valoraron la oferta de la opción de compra de Sanma como al contado en su integridad, cuando lo cierto es que era una fórmula de pago a plazo, lo que facilitó otorgar a Sanma una mayor puntuación es ese apartado, disminuyendo su diferencia de valor con la oferta de Noga que era de 30 millones de euros al contado. Además, valoraron la oferta social de Sanma con más puntos que la de Noga cuando en realidad ambas ofertas sociales eran objetivamente muy parejas. En la valoración de la oferta económica, los acusados penalizaron la oferta más ventajosa económicamente para Mercasevilla, como era la de la empresa Noga, al aplicar la ya citada cláusula de limitación al alza, lo que benefició a la oferta de la empresa Sanma, filial del grupo Sando, causando en suma un perjuicio económico a Mercasevilla. Entregada la valoración, la Mesa de Contratación en fecha 13 de febrero de 2006 propone a la Comisión Ejecutiva que elija la oferta de Sanma, cosa que la Comisión hace en fecha 15 de febrero de 2006.

Como consecuencia de todo lo anterior, el acusado Fernando Mellet, en nombre de Mercasevilla y el acusado Luis Sánchez Manzano, en nombre de Sanma, empresa del grupo Sando, firmaron en fecha 23 de febrero de 2006, el contrato de opción de compra, cumpliendo así los acusados con el

compromiso que tenían con Sando desde que su filial Sanma se subrogó en el derecho de superficie. En el citado contrato, destacar que se fijó el pago aplazado del precio de la opción de compra.

Añadiendo, como alternativa, para el caso de que se estimara la cuestión previa planteada por la defensa del encausado Fernando Mellet, sobre la no consideración de la empresa mixta Mercasevilla como administración pública en la realización de estos hechos y de la no consideración penal del encausado como funcionario público, todos los hechos narrados serían constitutivos de un delito societario del artículo 295 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos. Y del delito societario, en su caso, responderían como autores, Fernando Mellet Jiménez, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo Crespo Prieto, Maria Victoria Bustamante Sainz, Domingo Enrique Castaño Gallego y Jorge Piñero Gálvez y como cooperadores necesarios, José Antonio Ripollés, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales, retirando posteriormente por prescripción en relación a este delito a Antonio Rodrigo Torrijos. Adicionando, por el delito societario, procedería en su caso, a cada acusado una pena de una pena de 2 años de prisión y conforme al art. 56,3º, redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos, una pena accesoria de inhabilitación especial para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público durante el tiempo de la condena.

La acusación particular de Mayoristas Asentadores De Frutas y Verduras: en el sentido de entender que pudiendo ser los hechos igualmente constitutivos de otros tipos penales, pero por los que esta parte no acusa, dejamos a la decisión de la Juzgadora la aplicación -en su caso- del art. 77 CP, que regula el concurso de delitos; retirando la acusación frente Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo M. Crespo Prieto y José Luis Sánchez Domínguez, modificando la inicial petición de responsabilidad civil reservándose de forma expresa la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción competente, una vez finalizado el juicio penal, solicitándose se tenga por hecha la reserva expresa de esta parte en orden al ejercicio de la acción civil.

La acusación particular de Mercasevilla SA: se modifica el contenido de la conclusión provisional séptima en el sentido de ampliar la declaración de responsabilidad civil con carácter

subsidiario de la entidad "Sando" por la actuación delictiva de sus representantes, a que indemnicen a Mercasevilla, SA en la cantidad de veinticinco millones de euros (25.000.000 €) cantidad que resulta de la diferencia entre el importe ofertado por la entidad licitante Grupo de Inversiones Noga SAU, de pago al contado de 30.000.000 € y la suma satisfecha por Sanma, de forma aplazada, que ascendió a 5.000.000 €.

La defensa del Sr. Mellet elevó a definitivas las conclusiones provisionales, con las modificaciones contenidas en el escrito presentado en el acto del plenario, dadas las alteraciones llevadas a cabo por las acusaciones pública y particulares, añadiendo la jurisprudencia posterior a su escrito de defensa en relación a las consideraciones de naturaleza privada de Mercasevilla, ante la alternativa presentada por el Ministerio Fiscal, así como la ausencia de caracteres en la persona del Sr. Mellet de la calidad de administrador de hecho, aclarando, que tal condición hay que distinguirlo del apoderado o gerente a los efectos legales correspondientes y que nos ocupan, los cuales excluirán a mi patrocinado de la intervención que se le supone por las acusaciones.... no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho. Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho (sentencias 261/2007, de 14 marzo, 55/2008, de 8 de febrero).

Así mismo y de manera alternativa, para el supuesto de que se produjera una condena podría aplicarse la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas. Los hitos relevantes son los siguientes: la causa se incoa el 18 de septiembre de 2009, el juicio se celebra a partir del día 17 de enero de 2017. A turno de reparto se envió el 18 de noviembre de 2015, sin haberse dado traslado a Sando como responsable civil, por lo que dicha actuación injustificada, tuvo que volver la causa al Juzgado de Instrucción. Se reciben en el juzgado de lo penal el 10 de mayo de 2016.

Entretanto se produce una interrupción de más de un año entre el 21 de diciembre de 2011 (Tomo XXIII) y el 31 de enero de 2013, sin que exista más causa que la justifique que el hecho de la instrucción del atestado que se realiza a espaldas del

Juzgado de Instrucción y las partes por la guardia civil a instancias de Manuel Blanco Montenegro. A pesar de la complejidad de la causa las interrupciones han sido variadas y sin justificación, habiendo transcurrido siete años y cuatro meses desde que se inició la misma. Se llevó a cabo una investigación policial al margen de la propia instrucción del juzgado. El informe de la UCO tramitado supuso una nueva dilación, puesto que la causa estuvo más de un año sin activación.

Con fecha de 13 de julio de 2012, el Sr. Manuel Blanco Montenegro, director general de Mercasevilla se personó en las dependencias de la UCO acompañado de la letrada Dña. Lourdes Fuster Martínez, en calidad de testigo, aportando una documentación que hasta el 14 de junio de 2013 no obraba en las actuaciones judiciales. Dicha documentación, al parecer, no fue reclamada por el juzgado hasta mucho tiempo después. No obstante, lo anterior, se anticipaba por la UCO, según se refiere en el folio 9370 de las actuaciones, que la citada documentación quedaba depositada en el grupo, para su estudio, lo que, tras el mismo, daría lugar a su remisión a la autoridad judicial junto con un informe de análisis.

Y en materia de responsabilidad civil, añade ante las pretensiones de Mercasevilla SA, que no existe prueba alguna que determine el daño causado, lo cual se corrobora con las diversas peticiones formuladas por las acusaciones, entre las que nos encontramos la del Ministerio Fiscal que no solicita indemnización alguna o reparación del daño, la de Mercasevilla, S.A. que la fija a una posterior reclamación en vía civil con reserva expresa de acciones, lo que conduce a la actuación del principio de intervención mínima del Derecho Penal y la de la Asociación de Mayoristas de Frutas que realiza una petición sin la aportación ni solicitud de informe pericial contable, tal y como considera el Ministerio Fiscal como esencial en la página 92, segundo párrafo, del estudio realizado por Don Juan Enrique Egocheaga Cabello, al respecto de la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de prueba en el proceso penal, editado por la Junta de Andalucía y el Centro de Estudios Jurídicos.

La defensa de Antonio Rodrigo Torrijos, tras la constancia de la retirada de acusación frente al mismo por el delito societario, se remite a su escrito de conclusiones provisionales y cuestiones previas presentadas, añadiendo, para el caso de que

se entendiera que ha existido conducta delictiva alguna, invocan la atenuante de dilaciones indebidas, citando las siguientes:

Los hechos origen de este procedimiento según el relato contenido en el escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, comenzaron a partir del 14.10.2003, y más concretamente habrían tenido lugar durante los años 2.005-2.006, por lo tanto, ya habrían transcurrido más de 13 años o bien casi 12 años según la fecha que se tome en cuenta. El procedimiento tramitado en el Juzgado de Instrucción nº 6 tuvo una duración de más de 7 años, -desde el Auto de incoación de las diligencias previas de fecha 17.04.2009 (F. 1 y ss.) hasta la última diligencia de remisión al Juzgado de lo Penal núm. 13 en fecha 6.05.2016.

En el procedimiento existen los siguientes lapsos temporales de inactividad: Desde la providencia de fecha 13.03.2012 por la que se accede a lo interesado por una acusación (F. 9753) hasta el Auto de fecha 12.06.2012 por el que se acuerda la práctica de diligencias (F. 8761 y ss.) transcurren 3 meses de inactividad. Desde la providencia de fecha 12.09.2012 (F. 8.810) hasta el Auto de fecha 31.01.2013 (F. 9.355 y ss.) por el que se une atestado de la UCO transcurren un lapso temporal de 4 meses sin que existan resoluciones judiciales. Desde el citado Auto de fecha 31.01.2013 (F. 9.355 y ss.) hasta el informe del Ministerio Fiscal de fecha 3.04.2013 en el que solicita la práctica de diligencias transcurren más de 3 meses. Por otro lado, en el Juzgado de Instrucción nº 6, se imputó a 14 personas más-respecto de las que se dictó auto de sobreseimiento- además de las diez personas contra las que el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares han dirigido su acusación. Esto motivó actuaciones procesales que resultaron innecesarias: Regla Maria Pereira Baus (F. 591 y ss.), Pilar Giraldo (F. 3.767 y ss.), Emilia Barrial Chamizo (F. 7.619 y ss. y F. 12.067 y ss.), Miguel Ángel Millán Carrascosa (F. 8.142 y ss.), José Manuel Ferrera Rimada (F. 8153 y ss. y F. 12.337 y ss.), Manuel Jesús Marchena Gómez (F. 8463 y ss.), Alfredo Delmo Suárez (F. 10.038 y ss.), Ignacio Bayón Marine (F. 10.044 y ss.), José Romero González (F. 10053 y ss.), Bárbara Gutiérrez Maturana (F. 10.059 y ss.), Martín Eugenio Sánchez (F. 10.065 y ss.), Antonio Vicente Sánchez Ramade (F. 10.073 y ss.), Eduardo Báñez García (F. 10.080 y ss.), Juan Nicolás Báñez García (F.10.087 y ss.), María Isabel Evans (F. 12.074 y ss.), Alberto Balbontín Abad (F.

12.332 y ss.).

Destaca también, las siguientes actuaciones procesales que dieron lugar a dilaciones indebidas: comienzo de la fase intermedia es el 3.12.2013, en la misma se dan una serie de irregularidades procesales que dilatan el procedimiento; en primer lugar se dicta Auto el 3.12.2013 por el que se transforma las Diligencias Previas en Sumario (F.12.512 y ss.); el citado auto es dejado sin efecto por el Auto de fecha 19.12.2013 por el que se estima el recurso de reforma del Ministerio Fiscal (F. 12.546 y ss.). Posteriormente, el 20.12.2013 se dicta Auto de transformación en procedimiento abreviado (F. 12.557 y ss.), el mismo fue recurrido en reforma y posterior apelación por el Ministerio Fiscal y el resto de las partes personadas. Finalmente, por la Audiencia Provincial fue estimado dicho recurso de apelación en su Auto 1025/2014 de fecha 4.12.2014 (F. 14.171 y ss.), acordando que se retrotraigan las actuaciones al trámite anterior del auto de 20.12.2013. Por último, se dicta un segundo Auto de transformación en procedimiento abreviado de fecha 5.12.2014 (14.252 y ss.). Trascurrió 1 año hasta que se dictó la resolución adecuada para pasar de diligencias previas a procedimiento abreviado, y fueron necesarios 3 autos (1 de Sumario y 2 de proa). Tras dictar el Auto de apertura de juicio oral en fecha 12.03.2015 (14.866 y ss.), presentados los escritos de defensa, se acordó la remisión a reparto y se dan una vez más una serie de irregularidades procesales que dilatan el procedimiento: por providencia de fecha 18.11.2015 (F. 16.740) el Juzgado de Instrucción nº 6 acordó la remisión del procedimiento a reparto. El Juzgado de lo Penal nº 13 devolvió las actuaciones al Juzgado de Instrucción nº 6 para que se cumplimentara un trámite imprescindible, como era el traslado a Sanma SA en calidad de responsable civil subsidiaria para que presentara escrito de conclusiones. Tras lo cual el Juzgado de lo Penal nº 13 recibió la causa con fecha 10.05.2016, transcurren 6 meses que entiende constituye una dilación indebida dado que dicho trámite pudo y debió ser dado simultáneamente al de las defensas.

La defensa del Sr. Castaño, ratificó sus conclusiones provisionales presentando escrito que recoge puntualmente consideraciones en torno a las modificaciones de las partes, añadiendo que subsidiariamente, para el hipotético caso de que se entendiera que ha existido conducta delictiva alguna, invocan

la atenuante de dilaciones indebidas, citando los lapsos temporales que coinciden íntegramente con las recogidas en el escrito de defensa del Sr. Rodrigo Torrijos, añadiendo, que se invoca la atenuante analógica muy cualificada de cuasi-prescripción del mismo artículo 21.6 del Código Penal: el delito societario prescribe a los 5 años (art. 295 CP en relación con el art. 131 p. 1 CP). El hecho por el que se acusa es la adjudicación fraudulenta de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla. El hipotético delito se habría consumado, en el cómputo más perjudicial para el Sr. Castaño, el día 15.02.2006, fecha en la que la Comisión Ejecutiva aprobó por unanimidad, la propuesta de adjudicación a favor de Sanma, efectuada por la Mesa de Contratación (F. 2843 a 2849). El dies a quo es el 15.02.2006, siendo en consecuencia el dies ad quem el 15.02.2011. Respecto a la fecha de interrupción del plazo de prescripción, por Auto de 2.11.2009 se acordó citar para declarar en calidad de imputado al Sr. Castaño (F. 1.921 y ss.), quien compareció apud acta para designar su defensa el 9.11.2009 (F. 1.998) y prestó por primera vez declaración judicial en fecha 17.12.2009 (F.3208 y ss.). Conforme a lo expuesto, siendo el dies a quo del delito societario el 15.02.2006, el plazo de prescripción se interrumpe, en el cómputo más perjudicial para mí representado, el 2.11.2009, fecha en la que se acordó la citación del Sr. Castaño para declarar en calidad de imputado. El plazo de prescripción del delito societario es de 5 años y el procedimiento se dirige respecto al Sr. Castaño una vez transcurrido 3 años y 9 meses desde el inicio del plazo establecido, es decir, transcurrido el 75 % del plazo de prescripción. Por todo ello esta defensa considera que debe ser aplicada la atenuante analógica muy cualificada de cuasi-prescripción. (SAP de Sevilla Secc. 7ª 7/2016, STS Sección 1ª 416/2016 de 17 d mayo. RJ2016\1958, STS Sección 1ª 288/2016 de 7 abril RJ2016\2197).

La defensa del Sr. Crespo eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, resaltando la falta de consideración de entidad Pública de Mercasevilla, negando el carácter de poder adjudicador de Mercasevilla, presentando como alternativa para el caso de que se aceptara la calificación jurídica, principal y/o alternativa, promovida por el Ministerio Fiscal de reconocer que, la intervención que como consejero-presidente tuvo Gonzalo Crespo, estuvo fundada en la seguridad y convencimiento del acierto de los informes y criterios de los consejeros técnicos del

Consejo de Administración, en concreto vicesecretario del consejo, secretario, interventor y consejeros de Mercasa- llamados estos sí a garantizar la legalidad de los trámites y acuerdos -, y del buen hacer de los profesionales - Sr. Ripollés, Sra. Bustamante y Sr. Pajares- que asistieron el desarrollo del proceso, tanto en la redacción de los pliegos como en la valoración de las ofertas. Sobre estas premisas tan solo cabe apreciar, en su caso, que Don Gonzalo Crespo actuó con un error invencible sobre la ilicitud del hecho (14.3 CP) o subsidiariamente sería de aplicación el artículo 14.1 del Código Penal al concurrir un error invencible sobre el hecho constitutivo de infracción, lo que en ambos casos excluye la responsabilidad criminal. A tal efecto, se remite a la sentencia del TS 782/2016, de 19 de octubre, en referencia al error, así como la de STS 411/2006, de 18 de abril y en la STS 1287/2003, de 10 de octubre, 415/2016, de 17 de mayo, STS 5522/2016, de 14 de diciembre.

Desde las anteriores consideraciones, Gonzalo Crespo: no disponía de formación ni conocimientos como evaluar el mayor o menor acomodo a la legalidad de la decisión de convocar el concurso que se desarrolló, iniciativa promovida y avalada por el criterio del secretario municipal quien gozaba de la máxima autoridad de referencia en materia jurídica para los consejeros municipales junto al que ofrecían los consejeros de Mercasa; su voto a favor de convocar un concurso y no una subasta fue igual de compartida y secundada por todos los consejeros de Mercasa (técnicos y no técnicos) además de por los concejales municipales en el Pleno que autorizó dicho proceso, sin que en momento alguno se sometiera a votación la opción de convocar una subasta al mejor postor al igual que el resto de consejeros de Mercasa, confió en la pericia de los técnicos jurídicos y económicos designados al efecto para la redacción de los pliegos incluyendo los criterios de valoración, entre ellos el Sr. De la Cruz, abogado del Estado y consejero de Mercasa; no disponía de formación económica, financiera o estadística que le permitiera evaluar el acomodo a los pliegos de la fórmula económica que sirvió para valorar las oferta, labor que fue encomendada a la Universidad de Sevilla quien designó al Sr. Pajares al efecto y a quien el Sr. Crespo ni conocía; no participó en la validación ni valoración de las ofertas, asumiendo como acertado el trabajo que al efecto fue realizado por la Sra. Bustamante y el Sr. Ripollés quienes gozaban de la confianza en

pleno del Consejo de Administración asumiendo éste por unanimidad el resultado de dichos trabajos de valoración. En definitiva, el Sr. Crespo no obró con dolo, ni se ha probado lo contrario, dado que no podía sospechar que estaba haciendo algo mal, o tan mal que pudiera llegar a representarse que fuera delictivo, toda vez que los llamados a formular tales advertencias nada advirtieron ni el secretario municipal o el interventor municipal, quienes ni en la Comisión Ejecutiva como en el consejo, Junta de Accionistas o Pleno Municipal, - en donde el secretario es garante de la legalidad de los acuerdos por ley de bases de régimen local-, tampoco tacharon de inadecuado o ilegal el proceso o adjudicación, a lo que hay que añadir la falta de advertencia alguna ni por el Sr. de la Cruz, Abogado del Estado, ni el Sr. Gil, economista de Mercasa que no apreciaron tacha de legalidad en el concurso, bien en los pliegos o bien en la valoración de las ofertas, o que el proceso no fuera transparente y cumplidor de la publicidad que se demandaba. Los llamados a garantizar la legalidad de dicho proceso son los asistentes técnicos. El rol garante no lo ostentó en ningún momento Gonzalo Crespo, a quien incumbía como presidente velar porque se ejecutasen los acuerdos del consejo, (art. 29 de lo estatuto sociales) sobre la base de la garantía de legalidad de los llamados a dotarla, que no eran otros que los consejeros técnicos.

Subsidiariamente a la anterior calificación alternativa, si se estimase, por las circunstancias del hecho y las personales del autor, que el error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (14.1 CP) fuera vencible, también procedería la exclusión de la responsabilidad criminal, al no admitir ni el tipo de fraude y exacciones ni el tipo de la administración desleal una comisión imprudente. Eventualmente, para el caso en el que se desestimaran el argumento ante expuesto, se esgrime la aplicación del art. 14.3 CP (error sobre la ilicitud del hecho) que, por las mismas razones antes expuestas respecto de la invencibilidad del error sobre los elementos de la infracción, es de carácter invencible. Si se estimara que el error es vencible, será de aplicación la atenuante obligatoria prevista en el mismo art. 14.3 CP, que debería agotar los dos grados allí previstos.

De forma también alternativa, el examen de las circunstancias particulares del caso, permiten hablar de una dilación del proceso especialmente extraordinaria o superextraordinaria, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy

cualificada, a tenor del art. 21.6 del C. Penal. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario (STS 370/2016, de 28-4). Para aplicarla con ese carácter el TS requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (SSTS 739/2011, de 14-7; y 484/2012, de 12-6). A este respecto, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora de tramitación hasta el juicio oral. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 37/2013, de 30 de enero (ocho años); Los hechos investigados en instrucción son muy sencillos: si un concurso estuvo o no amañado. Otra cosa es que se haya dilatado injustificadamente la instrucción, intentando expandirla forzosamente hacia la Gerencia de Urbanismo con trámites innecesarios además de parones injustificados, como por ejemplo: 4 meses de paralización injustificada desde el 12.09.12 ( 8810) al 31.01.2013 (9.356) • Otros 3 meses de paralización desde el 31.01.2013 (9.356) hasta el 30.04.2013 ( 9860) • 6 meses que tardó en incorporarse el atestado de la Guardia Civil entregado el 27.07.12 (f. 9384), que no se incorporó hasta el 31.01.2013 (9.356). Este atestado de la Guardia Civil se entrega el 27.07.12 (9384) y no se completa hasta casi un año después, el 10.06.2013 (f. 10.624) sin que se haya indagado por qué ese injustificado retraso pese a que tan solo consta la documental entregada por el gerente de MSA el 30.07.2012 y las 5 testificales se practican entre septiembre y octubre del 2012. Ningún retraso puede ser reprochado a la actuación de mi defendido durante la tramitación de la instrucción, fase intermedia o juicio.

La autodefensa del Sr. Piñero, reiteró, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, la nulidad por las cuestiones planteadas en las cuestiones previas, y modificando su escrito en el sentido: manteniendo una postura plenamente exculpatoria, se añade subsidiariamente, para el solo supuesto de que la sentencia que se dicte condenase a D. Jorge Piñero

Gálvez por alguno de los delitos objeto de acusación, procedería la apreciación, con el carácter de muy cualificada, de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas contemplada en el artículo 21.6 del Código Penal, al haberse dado en altísimo grado tales dilaciones indebidas, extraordinarias e injustificadas. Igualmente, en ese mismo supuesto subsidiario procedería también la aplicación a D. Jorge Piñero de la atenuación de responsabilidad prevista en el artículo 65.3 del Código Penal, en el sentido de imposición al inductor o cooperador necesario que no reúna las condiciones o cualidades que fundamentan la culpabilidad del autor de la pena inferior en grado a la señalada por la Ley.

En el supuesto de condena, esgrime que "...estaría sobradamente justificada por las siguientes circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas muy cualificadas: a).- Transcurso de nada menos que once años desde que tuvieron lugar los supuestos hechos y aproximadamente ocho años desde que comenzó esta causa, sin que haya siquiera concluido el juicio ni, obviamente, se haya dictado sentencia; b).- La existencia de numerosos períodos en que existió paralización de las actuaciones, o bien una ralentización de las mismas prácticamente equivalente a la paralización, o incluso, en algunos casos, realización de actuaciones en las que se invirtió baldíamente mucho tiempo y que finalmente evidenciaron ser erróneas, o irrelevantes, o tardías, o desconectadas totalmente del objeto de la investigación, con la consecuencia global de una enorme prolongación totalmente injustificada del proceso, por completo ajena a los acusados e incluso a la mayor o menor complejidad de la causa (...). Esas situaciones se han dado desde luego en la presente causa, especialmente en las fases primera e intermedia, es decir, cuando el mismo se encontraba bajo la competencia del Juzgado de Instrucción. Entre otros, podemos señalar como especialmente significativas los siguientes períodos: el año 2011 casi completo, puesto que a todo lo largo de él solo se toman varias declaraciones. El comprendido entre julio de 2012 (folio 8800), tras las declaraciones testimoniales de D. Venancio Gutiérrez y D. Arturo Cortés de la Cruz, y 7 de junio de 2013 (folio 9898), en que, después de la presentación de Informe de la UCO sobre el resto de los licitadores, y de que el Ministerio Fiscal hubiese solicitado en 31 de enero de 2013 la declaración de todos ellos como imputados (folio 9861), el Juzgado dictó Auto en la indicada fecha 7 de junio de 2013

acordando dichas declaraciones. 3 - En realidad, el anterior período se extiende hasta el 8 de octubre de 2013 (folio 11964), en que, tras la petición fiscal de que se declarasen prescritos los supuestos delitos que hubiesen cometido los responsables de las restantes empresas concursantes (los cuales habían ya declarado como imputados), el Juzgado estimó dicha pretensión y los declaró efectivamente prescritos, lo que supone, además del reconocimiento implícito de haber posibilitado la prescripción por el retraso en tales decisiones y actuaciones, la total injustificación y pérdida de todo ese tiempo invertido (casi año y medio) a la vista de la absoluta irrelevancia e inutilidad de lo realizado. El enorme tiempo invertido (muchos meses) en la investigación de una supuesta "prevaricación urbanística" en la Gerencia de Urbanismo de Sevilla, con motivo de las licencias requeridas para la construcción de naves sobre el derecho de superficie sustentado primeramente por Larena y después por Sanma, investigación que incluyó las declaraciones de numerosas personas como imputadas en unos casos y como testigos en otros, además de numerosas peticiones de documentaciones a la Gerencia de Urbanismo y envíos de las mismas por parte de dicho Organismo, finalmente todo ello (que realmente nada tenía que ver con el supuesto amaño del concurso que era objeto de investigación) quedó absolutamente en nada - acreditándose así su total irrelevancia e improcedencia- al archivarse el proceso respecto a todos los mencionados imputados y al quedar excluidos aquellos hechos del Auto de Proa y, por ende, del de apertura del juicio oral y, obviamente, también de enjuiciamiento. El también desmesurado tiempo perdido (casi exactamente un año) desde que en diciembre de 2013 dictó la Sra. Magistrada Instructora el primer Auto de conversión de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folio 12557) hasta que en diciembre de 2014 dictó el segundo Auto de Proa (folio 14193) tras declarar la Sra. Instructora la nulidad del primero y la retrotracción de las actuaciones para la práctica de unas diligencias (declaraciones como testigos, y no como imputados como se le había pedido, de los intervinientes en el proceso de negociación entre Larena, Mercasevilla y Sanma) cuya necesidad se había puesto de manifiesto y era por tanto conocida por la Sra. Instructora desde que la UCO presentó el atestado con documentación entregada por D. Manuel Bueno, Director de Mercasevilla, todavía en 2012, es decir, mucho antes del primer Auto de Proa (folio 9360). El gran retraso y lentitud con que fueron tramitados por la Sra. Instructora los recursos de

apelación directos para ante la Ilma. Audiencia Provincial contra el definitivo Auto de Proa, lo que provocó la tardanza en la resolución de dichos recursos y también en la remisión de la causa a reparto para su enjuiciamiento (folio 16740). Conforme a la doctrina jurisprudencial y la casuística antes enunciada, cualquiera de dichos períodos y, por supuesto, la suma de todos ellos, es suficiente para la estimación como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas, con independencia de que también lo es por sí misma la enorme y desproporcionada duración general del proceso. Por otra parte, la propia doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es ya unánime en descartar -para la aplicación de la atenuante- la exigencia de ningún tipo de protesta o de petición de celeridad por parte de las defensas, ya que ello iría en contra de elementales derechos de los acusados, entre ellos el de la posibilidad de que se produzca la prescripción de los delitos que se les atribuyen. En este sentido invocan entre otras las sentencias de 13 de noviembre de 2003 (JUR 881), 25 de noviembre de 2004 (JUR 353), 23 de septiembre de 2002 (JUR 8169), 21 de junio de 2006 (JUR 4927), y 30 de septiembre de 2010 (JUR7655)..”

La defensa de José Luis Sánchez Domínguez, eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, ratificando su escrito de conclusiones, si bien modificando en cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad y añadiendo en los hechos, literalmente: “Pues bien, a fecha de hoy han transcurrido ya once años desde la firma del contrato, sin que el Ayuntamiento de Sevilla haya desafectado los terrenos ni se hayan dejado éstos expeditos. Consecuentemente Mercasevilla está obligada a reintegrar a Sanma el precio pagado por la opción, reintegro que procedería cualquiera que hubiera sido el adjudicatario del derecho de opción de compra, que quería así frustrado al no cumplirse la condición de que los terrenos estén expeditos en el plazo de diez años desde la firma del contrato, por causa exclusivamente imputable a Mercasevilla y/o a alguno de sus socios, singularmente el Ayuntamiento de Sevilla”.

La defensa de la Sra. Bustamante elevó a definitivas las conclusiones provisionales primera a quinta de su escrito de conclusiones inicial presentado el 2 de junio de 2015 (folios 15465 y ss.), añadiendo la negativa a la calificación alternativa que de los hechos ha realizado el Ministerio Público, de manera sorpresiva, en sus conclusiones definitivas en cuanto afecta a la Sra. Bustamante que, palmariamente, ni ha abusado de las

funciones propias de su condición de consejera de Mercasevilla de forma distinta a otros consejeros de la entidad no acusados, ni ha causado perjuicio económico alguno a los socios de la entidad que ni siquiera se dice cuáles hayan podido ser, no habiéndose propuesto prueba alguna sobre el particular en irreparable quiebra del principio acusatorio. Así mismo, continúa, afirmando que "...para el caso de que pudiera dictarse algún pronunciamiento condenatorio, concurre de forma manifiesta la atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento que se prevé en el artículo 21.6 del vigente Código Penal, en ningún caso atribuible a la Sra. Bustamante, haciendo suyas las alegaciones que sobre el particular acaban de realizar el resto de defensas y que se concretan en: -más de siete años de tramitación de la causa hasta su enjuiciamiento; - amplias investigaciones prospectivas, en especial las diligencias que afectaron a multitud de personas en relación con un inexistente delito de prevaricación urbanística en el seno de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla y a otros imputados, que finalmente terminaron en el sobreseimiento por falta de acusación y por declaración de prescripción; amplios períodos temporales sin actividad procesal alguna en el año 2013; - demora producida por la sustitución del Cuerpo de Policía Nacional en funciones de Policía Judicial por la U.C.O. de la Guardia Civil y por la aportación por esta del segundo atestado, casi un años después de iniciado (entre el 27 de julio de 2012 y el 13 de junio de 2013), sin causa alguna de especial complejidad que lo justifique..."

La defensa del Sr. Ripollés elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, si bien, con carácter subsidiario, para el supuesto de condena, interesó la aplicación de dos circunstancias atenuantes, añadiendo literalmente:

"El Sr. Ripollés es economista, profesional libre, con despacho abierto en Sevilla desde hace muchos años, desarrollando tareas propias de su especialidad fiscal, no pertenece a Mercasevilla, ni depende por tanto de la misma, y nunca fue contratado por el Ayuntamiento De Sevilla o por órgano público o autoridad, no tuvo mando, ni ejerció, ni ejerce, jurisdicción pública. El Ministerio Público, en su modificación de conclusiones provisionales, al elevarlas a definitiva, cuando menos, pone en duda la condición de administración pública de Mercasevilla, y en consecuencia de funcionarios públicos o en su caso "extraneus" de los acusados, para cuyo caso plantea una

petición de condena con carácter alternativo, por un presunto, y hemos de decir que inexistente, delito societario. D. José Antonio Ripollés fue contratado como profesional libre por Mercasevilla, empresa mixta cuyo carácter de administración pública se pone en duda, y fue contratado a través o por medio de su Director General Sr. Mellet, como éste declaró en el acto del juicio al ser preguntado por esta parte. Si el Sr. Mellet no es cargo público, sino que se le ha venido considerando, aunque discutido por él, como "extraneus", mi defendido de ser considerado como "extraneus" sería "el extraneus del extraneus" y nos parece una figura muy forzada, sobre todo cuando estamos ante esta jurisdicción penal, en la que forzar los conceptos y los hechos resulta muy complicado de encajar para así encajar una posible condena. No siendo el Sr. Ripollés funcionario o "extraneus", no se le podrá aplicar los tipos de prevaricación y fraudes y exacciones ilegales.

No obstante lo anterior, para el supuesto de que por el Juzgado se entendiere de forma distinta, tanto para el supuesto de contemplar un presunto delito tipo del artículo 436 del C. Penal, como de un presunto delito del artículo 295 del C. Penal, hoy derogado, debemos decir, que el Tribunal Supremo tiene declarado que, si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales, si se podría hablar de inducción o cooperación necesaria. Así se pronuncia la STS 37/2006 de 25 enero. Vemos como el Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación, tanto provisional como la modificada y elevada a definitiva, habla de la figura del cooperador necesario cuando se refiere a don José Antonio Ripollés, no así exactamente la acusación particular Mercasevilla. De entenderse de aplicación al Sr. Ripollés la figura del cooperador, según declara la sentencia antes citada, la hipotética pena, de ser procedente la condena, podría llevar aparejada la reducción o rebaja de pena a la inferior en grado aplicando la atenuante analógica muy cualificada por no ser funcionario público, como también dice la STS 257/2003 de 18 de febrero, que trata del delito de fraude y exacciones ilegales. Invocamos también la STS, Sala de lo Penal, Sección Primera, sentencia 600/2014 de 3 de Septiembre, cuando se refiere a la condición de funcionario y declara que: "Con relación a los recurrentes Inocencio y Roberto es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el artículo 28 del Código Penal como tales "extraneus" puedan no ser autores materiales del delito de prevaricación pero si autores por

cooperación necesaria (STS 1493/1999 (RJ.1999- 9436) ; 501/2000 (RJ. 2000-2441) o 627/2006 (RJ. 200 6-6295) , bien que de acuerdo con el artículo 65 del C. Penal incurran en una penalidad inferior "...los Jueces y Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado " Por lo tanto el tratamiento jurídico-penal, en su supuesto de condena en cualquiera de los supuestos planteados por las acusaciones, sería distinto, al menos, en cuanto a la aplicación de la pena tal y cómo se contempla por dichas acusaciones, pues estaríamos ante la existencia y aplicación de la referida atenuante muy cualificada, con reducción de la pena a la inferior en grado. Consideramos, además, de aplicación otra atenuante, como es la de dilación indebida, del artículo 21.6 del C. Penal, y basta para ello la constancia en autos de la fecha de inicio de las actuaciones, con fecha de incoación 18/09/2009, y actualmente nos encontramos en el mes de marzo de 2017. No se justifica tan dilatado tiempo ni aun por los numerosos tomos existentes en esta causa, sobre todo teniendo en cuenta la enorme cantidad de diligencias practicadas que fueron innecesarias, hasta el punto de llegar imputarse a personas que por no existir ni tan siquiera unos mínimos indicios de responsabilidad penal luego no pudieron ser acusadas como Daniel Ponce Verdugo, Emilia Barrial Chamizo, Manuel J. Marchena Gómez, Miguel Ángel Millán Carrascosa, Isabel Evans López o Alberto Balbontin Abad. Además, se ha practicado una voluminosa prueba documental, que se ha visto a lo largo del juicio como no útil, innecesaria y que nada aporta; prestaron declaración también las distintas entidades que participaron en el concurso y que tampoco fueron imputadas, ni traídas luego a juicio como testigos pese a afirmarse que formularon ofertas de relleno, y sea todo ello dicho con los debidos respetos y en términos de estricta defensa. Por lo tanto, decimos que para el supuesto de una hipotética sentencia condenatoria dejamos invocadas la existencia y aplicación de estas dos atenuantes muy cualificadas, con la reducción de la pena en dos grados.

Modificación de conclusiones provisionales por parte del Ministerio Público. Hasta este momento procesal, ninguna de las tres acusaciones, imputaban a José Antonio Ripollés Muñoz ser autor de un delito societario. Toda la prueba propuesta en su día por esta defensa, admitida por el Juzgado y practicada, se propuso y practicó para nuestra defensa por un presunto delito de fraude y exacciones fiscales, del tipo del art. 436 del C. Penal

y del mismo tipo y también de un presunto delito de prevaricación del que acusa la entidad Mercasevilla, entidad que eleva a definitiva sus conclusiones provisionales en cuanto a los tipos invocadas. Esto es, la propia Mercasevilla, que sería en principio la afectada principal por un delito societario no ve, y por ello no acusa, el pretendido delito societario que imputa.

La defensa de Luis Sánchez Manzano, Sando y del Sr. Miró elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales instando se apreciaran las atenuantes expuestas por las restantes defensas, a las que se adhieren.

Tras conceder la última palabra a los acusados, quedaron a continuación los autos Vistos para Sentencia.

**QUINTO.** - Que en la tramitación de las presentes actuaciones se han seguido las prescripciones legales.

## **HECHOS PROBADOS**

**ÚNICO.** - En fecha 14 de octubre de 2003 la empresa Mercasevilla, como vía para obtener recursos económicos que aliviaran su difícil situación económica, suscribió con la entidad Larena 98 un derecho de superficie sobre parte del suelo de Mercasevilla, obligándose la empresa Larena 98, que proyectaba construir naves para su posterior arrendamiento, al pago mensual de un canon por importe de 58.738 euros, pago que se iniciaría al año de la firma tras cumplirse el plazo de carencia. Sin embargo y tras efectuar un primer pago, la empresa Larena ante las dificultades en obtener la licencia de obras que había solicitado en febrero de 2004 por defectos en la petición que no fueron subsanados y de los obstáculos para obtener financiación, dejó de pagar el canon, demandando a Mercasevilla por incumplimiento de contrato.

El Director General de Mercasevilla, el acusado Fernando Mellet Jiménez, como consecuencia de la demanda de la empresa Larena 98, pactó con la empresa constructora Sando que ésta, a través de su filial Sanma, se haría cargo de la reclamación

económica de Larena 98, poniendo fin al pleito y subrogándose en el derecho de superficie y a cambio, aparte de recibir el pago del canon, Mercasevilla les adjudicaría directamente un derecho de opción de compra sobre todos los terrenos, llegándose a elaborar un protocolo de intenciones entre Mercasevilla y la filial de Sandó, la empresa Sanma, en donde se vinculaban ambas operaciones, se fijaba el precio de los terrenos y que la cantidad que Sandó pagara a Larena 98 se descontaría del precio final.

La posibilidad de la opción de compra fue manifestada por los acusados Fernando Mellet y el también acusado Jorge Piñero Gálvez en la reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de fecha 28 de junio de 2005, comunicando, en la reunión de fecha 15 de julio de 2005, que la empresa interesada era Sandó.

En fecha 18 de Julio de 2005, la empresa Sandó llegó a un acuerdo con Larena 98, abonando a esta la cantidad de 1.080.000 euros, subrogándose la filial Sanma en el derecho de superficie. Sin embargo, la segunda parte del acuerdo no se pudo consumir ante la decisión de que el sistema de venta fuera el del concurso.

Decidido el sistema de concurso público, el Sr. Mellet encargó la confección del pliego de condiciones a los acusados Jorge Piñero Gálvez, Vicesecretario del Consejo, a la también Consejera, la acusada María Victoria Bustamante Sainz y al acusado José Antonio Ripollés Muñoz, economista externo, que fueron los encargados de confeccionar un pliego para el concurso citado.

En fecha 8 de noviembre de 2005, la Comisión Ejecutiva acordó proponer al Consejo de Administración y a la Junta la adjudicación, mediante concurso, de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla. En las cláusulas del pliego elaborado se incluyen determinadas cláusulas. La primera, la cláusula de limitación al alza, que penalizaría a las ofertas económicas que excedieran en más de un 10% la media de todas las ofertas, mediante la fórmula matemática de baremación empleada, ideada por el profesor Pajares, a instancia del acusado José A. Ripollés.

Una segunda cláusula fue la de titularidades previas, que otorgaba puntuación a aquellos oferentes que poseyeran ya sobre los terrenos de Mercasevilla algún derecho. Y Sandó era ya, a través de su filial Sanma, titular del derecho de superficie,

aun no inscrito. Existía una tercera cláusula, la llamada oferta social y otra de oferta técnica, consistente en la programación, financiación y apoyo técnico en el desarrollo de las operaciones de traslado y construcción de la nueva sede.

Aprobado el concurso, se publicó el pliego de condiciones y acudieron al mismo un total de 8 empresas, de las cuales 5 no incluyeron oferta social, 6 no aportaron mejora en la fórmula de determinación del precio, una tampoco oferta técnica y otra no ofreció cláusula de revalorización. Todas las ofertas contenían cifras iguales o muy próximas al inicial de 105 millones como precio de la opción de compra, salvo la mercantil Noga que ofreció un precio superior a 158 millones y la empresa Landscape que ofertó un precio de compra de 115 millones.

Abiertas las plicas, la Mesa de Contratación, presidida por el acusado Gonzalo Crespo, encargó a los acusados María Victoria Bustamante y José A. Ripollés, que hicieran la valoración de todas las ofertas, otorgando a Sanma puntuación por tener un derecho de superficie no inscrito y concediendo una mayor puntuación por la oferta social. En la valoración de la oferta económica, se penalizó la oferta de la empresa Noga, al aplicar la citada cláusula de limitación al alza, sin que se excluyera.

Entregada la valoración, la Mesa de Contratación en fecha 13 de febrero de 2006 propone a la Comisión Ejecutiva que elija la oferta de Sanma, cosa que la Comisión hace en fecha 15 de febrero de 2006.

Como consecuencia de todo lo anterior, el acusado Fernando Mellet, en nombre de Mercasevilla y el acusado Luis Sánchez Manzano, en nombre de Sanma, empresa del grupo Sando, firmaron en fecha 23 de febrero de 2006, el contrato de opción de compra, cumpliendo así los acusados con el compromiso que tenían derivado de la adjudicación del concurso. En el citado contrato se fijó un pago aplazado del precio de la opción de compra.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - Con anterioridad al inicio del plenario se resolvieron parte de las cuestiones previas, existiendo reserva de alguna de ellas en sentencia.

Y como expone la ST del TSJ de Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2017 y de 4/2014 de 27 de mayo , *acorde a la que aligeraron de trámites que se aspiraba a lograr con la introducción del procedimiento abreviado, por LO 7/1988, de 28 de diciembre, en contraposición a la regulación prevista por el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para similar trámite en el ámbito del procedimiento ordinario, se incorporó el artículo 786,2 que ahora nos ocupa, que en consecuencia hemos de entender se concibió para la resolución de incidentes de menor trascendencia, que admitan una inmediata resolución, pero por el contrario, cuando se trate de cuestiones de índole compleja, que consecuentemente no puedan tener esa rápida resolución, por exigir un estudio detenido de la causa, o que no pueda desvincularse de una previa confrontación con el resto de la prueba obrante en la causa, exigir esa inmediatez a ultranza podría llegar a afectar al derecho constitucional de las partes no proponentes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, incluida su indefensión, cuando paralelamente no llega a vislumbrarse en qué medida pueda suponer una limitación del derecho de defensa del proponente. Consideraciones éstas que aparecen avaladas por una reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo (STS núm. 401/2012 de 24 de mayo, 511/2011 de 16 de mayo, 818/2011 de 21 de julio, 1290/2009 de 23 de diciembre, 224/08 de 30 de abril, 160/97 de 6 de febrero, 286/96 de 3 de abril, 545/95 de 7 de abril, 1000/94, de 31 de mayo).*

Por lo que, en el presente caso, habiéndose formulado una serie de cuestiones de una cierta complejidad técnica, que exigen, no solo el estudio de una causa de una enorme extensión, sino también un estudio detenido de antecedentes jurisprudenciales y legales, se proceden a resolver las cuestiones previas, reproduciendo por escrito, las ya argumentadas, y continuando con aquellas que se reservaron para sentencia.

Principiamos con el análisis de las presentadas por las partes antes de analizar los elementos integrantes de las tres infracciones penales objeto de acusación, si bien en orden distinto, comenzando con las cuestiones procesales, y enlazando aquellas íntimamente unidas, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias.

## **1.- CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES**

## **ACUSADORAS:**

### **A.- En relación a la Asociación de Mayoristas:**

Se solicita por la defensa de Gonzalo Crespo en su escrito de conclusiones provisionales, que se decrete la falta de legitimación de esta acusación particular para reclamar indemnización, ab initio. Se trata de la excepción de falta de legitimación AD CAUSAM, y por tanto es una cuestión relativa a la relación jurídico material que ha de resolverse necesariamente en sentencia, tras el debate en torno a al delito de administración desleal, al no ser falta de legitimación AD PROCESSUM.

Así mismo, esgrime la defensa del Sr. Crespo que la acción ejercitada por Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas de Sevilla (en adelante Asociación) se trata de una acción particular y no popular. Basta con comprobar que la acusación lo es en base a un presunto acto integrado del art. 295 del CP, y no de prevaricación ni de fraude y exacciones ilegales.

La Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas justifica su legitimación por la titularidad de un paquete accionarial que tiene de la entidad Mercasevilla, siendo el único socio de la misma que no tiene condición de Entidad Pública, basado en el "grave perjuicio en el patrimonio de la sociedad y de cada uno de sus socios".

El Art. 295 del C. P vigente al tiempo de los hechos, preceptuaba que *"los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido"*.

La Sala II del TS se ha pronunciado a favor de la inclusión del patrimonio social y también de los socios como parte del bien jurídico, en SSTs 623/2009 de 19 de mayo de 2009 ,

y 949/2004, de 26 de julio de 2004: *"En este tipo (art. 295) la infidelidad del administrador se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad.(...) Ese perjuicio, como es claro, afecta directamente tanto a los socios como a la sociedad".( SSTS 867/2002, caso Banesto , y 71/2004, caso Wardbase-Torras y STS 11/04/2007 y STS 18/07/2011 ).*

El delito de administración desleal, previsto en el Art. 295 del C. P, según la redacción anterior, es un tipo de resultado que está constituido expresamente por el perjuicio económico evaluable a los socios y el sujeto pasivo del delito es la sociedad o su patrimonio y el resultado del delito es un perjuicio económicamente evaluable, entendiendo por tal perjuicio la merma patrimonial o la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. Por lo tanto, la inexistencia del perjuicio da lugar a que la acción carezca de tipicidad penal. En el delito de administración desleal el perjuicio no se origina a un tercero sino a la propia sociedad administrada o a alguno de sus socios. Lo que determina su legitimación para ejercitar la acusación particular.

En las resoluciones, SSTS 655/2010, de 13 de julio de 2010; 374/2008 de 24 de junio de 2008; 121/2008 de 26 de febrero de 2008, se sintetiza la necesidad de distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso perjudicado). Y si bien es cierto que la jurisprudencia tiene declarado que los perjudicados son las entidades jurídicas en las que se integran los socios, y no éstos directamente (SSTS 620/2004, 298/2003 y 1231/2002), también lo es que los socios minoritarios están facultados para interponer querrela o personarse como acusadores particulares y ello, aunque la sociedad no hubiera adoptado el acuerdo de interponer querrela en Junta General contra el querrellado. El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas han de recaer sobre la sociedad, y el sujeto pasivo del delito, además de ésta, titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto activo, los propios socios por cuanto las cantidades apropiadas, de una forma u otra -como dividendos o reservas que hubieran incrementado el valor de la sociedad- hubieran

pasado a pertenecer a los socios, siendo en este aspecto también perjudicados, aun cuando la responsabilidad civil derivada del delito se otorgue directamente a favor de la sociedad. Por tanto, la legitimación de los socios minoritarios para personarse en la causa no debe ser cuestionada" (STS 17/04/2013).

El tipo exige que se cause directamente un perjuicio económicamente evaluable a los sujetos pasivos, que debe tener naturaleza patrimonial. Puede consistir tanto en una minoración del patrimonio como en la ausencia de un incremento patrimonial esperado, y es por ello, que ha de estarse al análisis del delito. Y en este caso, nadie ha debatido ni se discute el tanto por ciento del paquete accionario de la Asociación en relación a Mercasevilla SA, de ahí su legitimación para ejercitar la acusación particular.

### **B.- Respecto a la declaración de concurso de Mercasevilla:**

Por BOE de 9 de mayo de 2016 y por auto del mismo mes se decreta el concurso voluntario de acreedores de Mercasevilla, y de conformidad con el art. 51 de la Ley Concursal, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, siendo que en este caso, que se ha acompañado por la entidad Mercasevilla escrito del Administrador Concursal así como resolución judicial de su nombramiento, quedando subsanado este defecto procesal alegado por la defensa de la Sra. Bustamante.

### **2.- INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN.**

Se trata de una cuestión que no inmersa dentro del concepto de cuestión previa, tal y como ha sido planteada, es decir, discuten las defensas que los hechos objeto de debate por razones sustantivas pertenecen al radio de acción de otras Jurisdicciones, por concebir que el contrato de 23 de junio es privado y sometido sus incidencias a la jurisdicción civil.

No se comparte esta sinopsis formulada por la defensa del Sr. Mellet, por resultar indudable que es la Jurisdicción Penal la competente para analizar si las acciones llevadas a cabo por los acusados se encuentran inmersas dentro de las infracciones

penales de prevaricación, fraude y exacciones ilegales y delito societario en su modalidad de administración desleal, y practicar una subsunción lógica de las acciones de los acusados para comprobar si se encuentran subsumidas dentro de delitos objeto de acusación.

Cuestión distinta, es examinar si los hechos objeto de este procedimiento son constitutivos de delito, por entender, como pretenden las defensas que se trata de una cuestión administrativa, o en su caso, civil.

Si bien, para alcanzar tal solución, es preciso analizar toda la prueba practicada y concretar si los hechos son o no atípicos, y ello, sin lugar a dudas, compete a los Juzgados de lo Penal.

Por ello, se desestima esta pretensión.

### **3.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD. NON BIS IN IDEM. INTANGIBILIDAD DE RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES. JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY. COSA JUZGADA**

#### **A.- Cosa Juzgada e intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, non bis in ídem.**

El proceso penal, en función de las distintas modalidades de procedimiento, admite la invocación de la cosa juzgada mediante artículo de previo y especial pronunciamiento (art. 666.2 LECrim) o en el marco de las cuestiones previas a las que se refiere el art. 786.2 de la LECrim.

Esta cuestión también ha de ser desestimada en su integridad, no sólo por estar ya resuelta en la resolución de la Ilma. AP de Sevilla de 14 de septiembre de 2015, sin que haya acaecido circunstancia o prueba nueva que permita alcanzar un conclusión distinta, especificándose, literalmente: *“Alega el recurrente la vulneración del principio de legalidad y “non bis in ídem” por considerar que los hechos ya han sido enjuiciados y existen resoluciones firmes dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 10 y Sección 7ª de esta Audiencia Provincial. Como se refiere en la STS 349/2015, de 3 de junio “...la conocida y reiterada sentencia de esta Sala núm. 1226/1998, de 15 de octubre, sistematiza la doctrina jurisprudencial en*

torno a la cosa juzgada: a) Su naturaleza: Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la cosa juzgada es la garantía de todo acusado a defender su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos; es una de las manifestaciones en las que se proyecta el derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24-2º de la Constitución, si bien tiene también evidentes conexiones con el principio non bis in idem el cual ha de entenderse implícito en el art. 25-1º del mismo texto, y por lo tanto aparece vinculado íntimamente a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.... b) Las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso, produciendo la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, i) desde luego tiene tal eficacia la sentencia firme, ya sea absolutoria o condenatoria. Como se afirma en la Sentencia de 16 de Febrero de 1995, solo las sentencias firmes en cuanto suponen un enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ya ha soportado una acusación y un juicio, encierra tal consecuencia preclusiva, ii) aunque a las sentencias firmes deben asimilarse los autos, también firmes de sobreseimiento libre en la medida que son un equivalente procesal de las sentencias en los supuestos a los que se refiere el art. 637, que se caracteriza por la inexistencia de juicio oral, que se reputa innecesario por la concurrencia de cualquiera de los tres supuestos a que se refiere el citado artículo, supuestos cuya inequívoca e indubitada existencia constituye un juicio de certeza análogo al de la sentencia si bien se alcance en fase anterior al juicio oral, que por ello resulta innecesario. Precisamente la consecuencia de esta equivalencia procesal entre la sentencia y el auto de sobreseimiento libre, se encuentra en el art. 848 que permite el acceso a la casación de dichos autos en el supuesto de falta de tipicidad del hecho, aunque... c) Las que consecuentemente resultan excluidas, de la producción del efecto de la causa juzgada: - Los autos de sobreseimiento provisional porque no impiden por su propia naturaleza, la reapertura del proceso - art. 641-. - Tampoco producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo del artículo 313y269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito. En tal caso no existe propiamente proceso penal, este ha sido rechazado a limine. - El supuesto contemplado en el art.789 -regla 5ª- apartado 1º previsto para el ámbito del Procedimiento Abreviado en el que se prevé el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal. Se

*afirma en la sentencia ya citada de 16 de febrero de 1995 que en la medida que el texto penal se limita a acordar el archivo, sin referirse al término sobreseimiento libre, que sin embargo es utilizado -en la modalidad de provisional- en el inciso siguiente, ha de estimarse que tal archivo no es equivalente al sobreseimiento libre y que por tanto del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso. d)Requisitos: En relación al número y entidad de identidades que deben existir entre el primer proceso ya resuelto de forma firme, y el segundo en el que puede ser operativa la excepción de cosa juzgada, si bien inicialmente se exigió la trilogía de: identidad subjetiva (eadem personae) entre los inculcados del primer proceso y el siguiente, identidad objetiva (eadem res) entre el hecho sometido a enjuiciamiento en los dos juicios e identidad de acción (eadem causa petendi) entendidos no en abstracto, sino en concreto, es decir, idéntica causa de pedir entre la primera resolución firme, y la que se pretende con el segundo proceso, la más reciente jurisprudencia de Sala ha reducido las identidades a los concretados en la identidad del hecho y la identidad de la persona inculpada, ya que ni el título por el que se acusó o el precepto penal en el que se fundó la acusación resultan relevantes, en la medida que lo fundamental es el objeto del proceso, que debe ser el mismo y sigue siéndolo aunque se modifique la calificación entre uno y otro proceso....( STS 488/2000, de 20 de marzo ).En lo que está de acuerdo reiteradas sentencias de esta Sala es que no producen esa eficacia preclusiva las resoluciones en las que se rechaza una querrela o una denuncia por entenderse que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito conforme a los arts. 313y269 LECr., tampoco los autos de sobreseimiento provisional (art. 641y 789.5.1ª LECr.) ni los llamados autos de archivo, previstos en el mismo art. 789.5.1ª para los casos en que se estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que es el auto que fue dictado en las Diligencias en las que se apoya la invocada vulneración constitucional. Así, en la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1995 se declara que a primera vista puede parecer que, dada la coincidencia de este supuesto con el previsto en el núm. 2º del art. 637 como causa de sobreseimiento libre ("cuando el hecho no sea constitutivo de delito"), esa resolución de archivo de tal regla 1ª del art. 789.5 habría de equipararse a esta modalidad de sobreseimiento libre. Pero estimamos que, precisamente por haber huido el legislador del término sobreseimiento libre en ese*

*párrafo 1 de la citada regla 1ª, cuando en el párrafo siguiente se utilizó sin remilgo alguno el de sobreseimiento provisional, hemos de entender lo contrario; esto es, que la ley no quiere conceder a estos autos de archivo la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres. En la Sentencia de esta Sala 3 de febrero de 1998, citando otras, expresa que no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el Procedimiento Abreviado, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del inciso primero de la regla primera del apartado 5 del art. 789 de la LECrim. Igual criterio se mantiene en las sentencias de 15 de octubre y 18 de noviembre de 1998, en las que se expresa que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo del artículo 313 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito ni el supuesto contemplado en el art. 789 -regla 5ª- apartado 1 Legislación citada LECRIM art. 789.5.1º previsto para el ámbito del Procedimiento Abreviado en el que se prevé el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal, estimando que tal archivo no es equivalente al sobreseimiento libre y que por tanto del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso. Conforme a la doctrina que se deja expresada el auto dictado al amparo del artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el que se acordó el archivo de las diligencias no impide su reapertura posterior, careciendo pues, de eficacia preclusiva y eso es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa. El criterio y citas son reiteradas en la STS núm. 1612/2002, de 1 de abril de 2003; donde añade que esta concepción es compatible con el entendimiento internacional del principio, pues el párrafo segundo del art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH ), considera que nada "obsta a la reapertura de un proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada". Con mayor razón esta reapertura puede producirse cuando no ha llegado a existir enjuiciamiento ni sentencia absolutoria o resolución equivalente, conforme a nuestra legislación procesal interpretada jurisprudencialmente, sino una mera resolución*

*inicial o provisional de archivo...".*

Se trata de una cuestión estudiada y analizada por el TS en su sentencia de 25 de octubre de 2016, donde excluye expresamente al sobreseimiento provisional de este efecto.

*Teniendo en cuenta lo expuesto el motivo alegado debe de ser desestimado, pues sin perjuicio que esta cuestión ya fue resuelta en el expediente gubernativo del Juzgado Decano de Sevilla, en el que se llegó a la conclusión de que los hechos objeto de unas y otras diligencias "...son hechos anteriores y distintos a los que se refiere a los delitos cometidos en la resolución del concurso público sobre la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla S.A. en el que el denunciante ni siquiera participó por lo que carecía de la condición de perjudicado ...", (Folio 662), siendo también significativo lo referido por el representante legal de la entidad Larena 98 en cuanto a que el motivo de la interposición de la denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 10 fue ".. La falta de devolución de la fianza por parte de Mercasevilla una vez recibida la indemnización por parte de Sanma..." (Folio 3.800), las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 10 de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones sin la práctica de ninguna diligencia al amparo de lo establecido en el artículo 641 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "... Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que hay dado motivo a la formación de la causa...", (Folios 218 y 244), confirmada por la Sección 7ª de esta Audiencia (Folio 13.278) desestimando la existencia de indicios respecto a un posible delito de estafa y negando legitimación para denunciar otros hechos, no tienen el efecto preclusivo interesado".*

Las diligencias previas del Juzgado de Instrucción nº10 de Sevilla se inician con auto de 29 de mayo de 2007, en virtud de denuncia presentada por Larena contra Mercasevilla (folio 175 y ss.), donde Larena esgrimía: "Todo lo narrado supone, que Mercasevilla " pudo haber engañado " de forma premeditada a la entidad Larena 98, S.L., pues en el momento de la firma de la escritura de cesión de los derechos de superficie, estos derechos no podían acceder al Registro de la Propiedad de Sevilla y poder constituirse legalmente, pues en esas fechas, la escritura de cesión de derechos de superficie no podía inscribirse de forma legal en una única finca registral, tal y como lo acreditamos con el certificado del Registro de la Propiedad nº

Cuatro de los de Sevilla. (...) Es decir, creemos que siguen sin existir las obras de urbanización sobre las parcelas ( suministro eléctrico de media y baja tensión, ni red de abastecimiento de agua y vertidos, construcciones e instalaciones ), que corresponden realizar exclusivamente a Mercasevilla, S.A., puesto que como propietario único de la finca registral 7.507, debería haber tramitado y realizado las correspondientes obras de urbanización de las parcela (...) Tres años después, pudiera comprenderse, que la única intención de Mercasevilla ( cuando firmó el contrato de derechos de superficie con la entidad Larena 98, S.L. ) era obtener el canon de locación mensual ( la renta por los terrenos arrendados ) y por salir de la terrible situación económica que mantiene Mercasevilla. Todo lo anterior es narrado para acreditar en sede judicial, las dificultades económicas de Mercasevilla de carácter históricas, y la falta de las actuaciones jurídico urbanísticas legales para que se segreguen las parcelas correspondientes donde poder inscribir los derechos de superficie, puesto que no es posible inscribir en el Registro de la Propiedad unos derechos de superficies, si previamente, no aparecen las parcelas registrales donde materializar el asiento registral. Item más, a todo lo anterior, le tenemos que sumar, que por parte del Ayuntamiento de Sevilla, se aprueba inicialmente , el Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla ( P.G.O.U. ), hoy (aprobado; definitivamente, donde entre otras muchas zonas, se afecta de forma extraordinaria a la parcela de Mercasevilla, S.A. y de paso de vacía completamente el contenido económico del contrato de derechos de superficie firmado con la demandada y todo ello, como consecuencia del anuncio del traslado de la actual Mercasevilla al Nodo Logístico Norte ( Majarabigue ), alterando el suelo actual de Mercasevilla, que pasa de industrial a urbano, con una nueva ordenación y una previsión de construcción de 2.124 viviendas”...

Es decir, en su denuncia Larena se centra en la presunta ESTAFA que Mercasevilla podía haber cometido, entendiendo que era el sujeto activo de la misma, y Larena el pasivo. A tal efecto, sólo a partir del decimoquinto antecedente, introduce a Sanma Desarrollos Urbanísticos, como mercantil que se subrogó en el derecho de superficie de Larena, continuando en la imputación a Mercasevilla la imposibilidad de inscribir el derecho real, incluso de Sanma, y sólo de manera somera en el decimoquinto de los antecedentes habla de un concurso simulado. Tal es así, que inicialmente el Juzgado de Instrucción nº10 califica (ab initio) la

infracción penal como estafa, al estudiar la relación bilateral entre Larena y Mercasevilla.

El Ministerio Fiscal emite informe el 26 de septiembre de 2007 con el siguiente contenido: "Los hechos denunciados evidencian una relación mercantil entre denunciante y denunciado, que transcurre en un tiempo dilatado, desde el acuerdo privado de 14 de octubre de 2.003 a la demanda judicial del año 2.006, lo que posibilitaba una suficiente toma de conocimiento de cuantos datos se considerasen necesarios, para evitar irregularidades en el cumplimiento del acuerdo referido. Las entidades sujetas de la relación mercantil descrita, por su misma entidad comercial y por la presumible importancia de las magnitudes económicas del proyecto, objeto de acuerdo, no parece que puedan ser tan fácilmente engañadas, por cuanto estaban en condiciones de tener toda la información que lo hubiese evitado. El tercero, con relación al contrato inicial, que parece traerse a la denuncia como expresión de dolo defraudatorio, no solo era conocido por el denunciante sino que formó parte, según propia manifestación de un acuerdo transaccional, por el que el denunciante recibía un beneficio económico. Todas las actuaciones urbanísticas aludidas aparecen dentro de una inicial apariencia de legalidad y ni siquiera el denunciante las cita de forma directa, más allá de enmarcar lo que considera un incumplimiento contractual. Los procesos penales deben discurrir fuera de los meros juicios de intenciones, deben iniciarse con todos los datos fácticos que puedan permitir una válida subsunción en norma penal, prevaleciendo la especificidad de los órdenes jurisdiccionales (en este caso el civil) y con celoso cumplimiento de los principios de "intervención mínima e intervención legalizada". En consecuencia, procede y así se interesa decretar el Sobreseimiento Provisional, del Art. 641 de la Ley Enjuiciamiento Criminal y Archivo de actuaciones".

Es decir, el Ministerio Fiscal entiende, como hizo el Juzgado de Instrucción nº10, que se trata de la relación sinalagmática entre Larena y Mercasevilla; estadío inmediatamente anterior, tempor-espacialmente hablando, de lo que constituye el objeto de este procedimiento, y por tanto de una secuencia cronológica preliminar. Nos hallamos ante hechos distintos, con sujetos activos y pasivos diferentes, toda vez que la relación entre Mercasevilla y Sanma es empleada en la denuncia como elemento interpretativo posterior para intentar acreditar que la actuación de Mercasevilla frente a Larena era constitutiva de estafa. Y de

ahí el Ministerio Fiscal en su escrito se refiera para instar e sobreseimiento a esa relación bilateral objeto de un contrato de derecho de superficie.

Y el auto de 7 de marzo de 2008 del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Sevilla especifica que: “De la documental aportada, consta que al menos desde el año 2003, existen relaciones comerciales entre la entidad Larena 98 S.L. y la entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla S.A. y que incluso suscriben un contrato de derechos de superficie que es elevado a público. La entidad denunciante requirió a Mercasevilla notarialmente a fin de que cumpliera con las obligaciones contraídas en el citado contrato, e interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia n.º 22 de Sevilla, Procedimiento Ordinario 1667 /06. Ambas entidades acuerdan transaccionar el procedimiento y Larena 98 S.L. cede sus derechos de superficie a cambio de una compensación económica y como consta en el contrato de 18 de julio de 2005, quedó resuelta totalmente y extinguida la relación contractual. Pues bien, la entidad denunciante, lo que denuncia es que la tercera entidad, a la que ceden sus derechos en ese acuerdo transaccional aún no ha inscrito sus derechos en el registro, narrando en su escrito de denuncia suposiciones y alegando que nos podemos encontrar ante un contrato simulado que pretende alterar el precio de las cosas. Ante la existencia de suposiciones únicamente y no constando indicio alguno de criminalidad debemos desestimar el presente recurso, destacando que la entidad denunciante cedió sus derechos con el fin de poner fin a un procedimiento civil que ellos habían iniciados y se apartaron voluntariamente y desistieron del ejercicio de las acciones civiles, firmando voluntariamente un acuerdo, aceptando las condiciones de forma libre, sin violencia ni amenazas, sin engaño, no existiendo indicios de la existencia de una operación fraudulenta ni de una maquinación o trama para alterar el precio de las cosas”.

Y el auto de 26 de mayo de 2010 (f. 13278 y ss.), de la Ilma. AP de Sevilla Sección Séptima resuelve: “La extensa denuncia que formula la entidad Larena 98 S.L. no califica ni siquiera de forma provisional los tipos penales que considera que pudieran haber sido cometidos en relación a la narración de hechos que formula, hechos apoyados en la mayoría de las ocasiones con documentos, pero también añadiendo otros que son suposiciones o hipótesis basados en datos que reconoce que

ignora, según expresamente refiere (folio 12 de la denuncia), con lo que hasta cierto punto es consciente de la inconsistencia de sus afirmaciones para el inicio de una investigación judicial sin otros añadidos. El análisis de la denuncia y del recurso nos lleva a concluir en primer lugar que la mercantil apelante está poniendo en conocimiento del Juzgado haber sido sujeto pasivo de un delito de estafa, o al menos de haber podido serlo. El engaño para con ella, consistiría en que habiendo adquirido el derecho de superficie sobre unos terrenos de la entidad denunciada, a la firma de la escritura pública de estos no podían tener acceso al Registro de la Propiedad, ni hacerse efectivo su derecho, unido ello a que los graves incumplimientos por parte de la entidad cedente en materia urbanística había provocado que el contrato hubiera de resolverse cuando se habían realizado una serie de gastos e inversiones considerables que le ha acarreada un grave perjuicio patrimonial. El examen de la documentación que ha presentado pone de manifiesto que ese posible engaño que le hubiera llevado a suscribir un acuerdo que de antemano sabía Mercasevilla que no se podía llevar a término, y con el fin de obtener un lucro ilícito, no es admisible. Los contactos entre Larena 98 y Mercasevilla para obtener el derecho de superficie y la cesión para explotación de determinadas parcelas que ésta tenía (parcelas 19-1, 19-2 y 20-1 a 20-13 de la Unidad Alimentaria de Mercasevilla incluidas en el Estudio de Detalle UA-AE-4 suelo urbano con destino industrial) habían comenzado en agosto de 2003, y así se recoge en la Junta General Extraordinaria de la empresa mixta municipal celebrada el 29/09/2003 en la que se acuerda adjudicar a Larena ese derecho. Da a entender la denuncia que es dato relevante del proceder irregular de la denunciada el que el Proyecto de Compensación de la citada Unidad de Ejecución (instrumento urbanístico para ejecutar la urbanización del solar) no se presentó sin embargo ante la Gerencia de Urbanismo hasta el 8/10/2003, esto es, nueve días más tarde, presentación, no obstante anterior a que se suscribiera entre denunciante y denunciada el contrato privado de cesión de los derechos de superficie y explotación, que lo fue el 14/10/2003, y por supuesto anterior a que se elevara a escritura pública dicho convenio que tuvo lugar el 5/02/2004. En el ínterin, es cierto que el Proyecto de ejecución no estuvo exento de avatares puesto que si inicialmente se aprueba ( y se aprueba después de la firma del contrato privado y antes del otorgamiento de la escritura pública, en cuanto que ocurrió el 29/10/2003) lo fue de

forma condicionada al cumplimiento de determinados presupuestos que la gerencia impuso, entre ellos, al depósito de una determinada suma correspondiente a un porcentaje que ascendía a 386.076'70 € (documento 8) que luego Mercasevilla pidió que se fraccionara, a lo que se accedió, obteniéndose dicha aprobación final el 15/04/2004. El resto de las alegaciones que vierte en su recurso la apelante son quejas relativas a la imposibilidad de obtención de las licencias de obras, los perjuicios que le supuso tener que trasladar a Sevilla efectivos de su empresa, la contratación de personal, desembolsos en publicidad (cartas, vallas que se llegaron a efectuar) y que desembocó, tras cruzados requerimiento notariales entre las partes a que se instase demanda civil para cumplimiento de contrato o en su caso para la indemnización por los perjuicios (Juicio Ordinario del Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Sevilla autos 1667 /04) en el que a su vez se presentó por Mercasevilla demanda reconvenzional por incumplimiento del canon de locación litigio que terminó con un acuerdo transaccional que se plasma en escritura pública de 15/09/2005 por la que recibiendo 1.080.000 €, Larena cede sus derechos a la entidad Sanma. Habida cuenta los hechos arriba reseñados y teniendo presente el examen de la carpeta de documentos presentados por la mercantil apelante, y en particular el acopio de documentación reunida y aportada a posteriori que igualmente podía haber sido obtenida de forma previa a la suscripción de los acuerdos con Mercasevilla con una diligente información que se hubiera recabado, el que pudiera llevarse a error a Larena 98 sobre la situación económica de la entidad mixta (con dificultades históricas según reza en la denuncia), o sobre la situación urbanística de los terrenos cuya explotación quería conseguir, no es admisible. En cualquier caso, no existen datos que permitan afirmar en razón a las actuaciones realizadas por la denunciada ante la Gerencia de Urbanismo que existiera una manifiesta finalidad de engaño por ésta. A propósito de los negocios jurídicos criminalizados, de las estafas que pueda producirse en el curso de contratos, dice la STS 695/09 de 26 junio: En los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude (Cfr. SSTs de 12-5-98 EDJ 199812550, 1-3-99, 23-2-2001, 21-11-2001, 12-4-2002). Como viene manteniendo esta Sala y ha

recordado la STS núm. 895103 de 18 de junio EDJ 2003180484, "la ley requiere que el engaño sea " bastante "y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico o de efectividad, sino normativo- abstracto y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado. Con esto quiere decirse -sigue indicando la misma resolución- que lo exigido es un engaño de calidad, escenificado de forma que sustraerse a él, en las condiciones dadas, presentase cierto grado dificultad. Que es lo único que podría justificar el esfuerzo estatal de protección del bien jurídico en riesgo". Las actuaciones llevadas a cabo por Mercasevilla ante la gerencia de Urbanismo no permiten concluir que no existiera intención de que el contrato llegase a buen puerto, siquiera fuera por el interés que le suponía se pagase el precio convenido. Tampoco podemos dejar de tener en cuenta, tratándose la parte denunciante de quien se trata (una mercantil de cierta entidad que opera en el mercado y que va a acometer una empresa de envergadura) lo que supone en la estafa el principio de autoprotección o de autorresponsabilidad a los efectos de lo que pudiera ser el engaño bastante que la estafa exige. A propósito del mismo dice muy sucintamente la STS 1039/2009 de 22 de octubre que: "El principio de autorresponsabilidad exige la nota del engaño "bastante" pero solo opera respecto de quien en las relaciones jurídico-económicas no guarda la diligencia de un ciudadano medio, siendo su consecuencia que no se puede solicitar la protección del sistema penal por parte de quien no adopta las precauciones usuales. La doctrina de esta Sala tiene declarado que en relación al requisito de que el engaño sea bastante, esta nota en un juicio en concreto, y por tanto en relación al caso enjuiciado, ha de verificarse si lo es desde un plano objetivo y subjetivo. En un plano objetivo para verificar si la maquinación es capaz de producir error en la víctima por tener suficiente apariencia de veracidad y realidad. En un plano subjetivo en relación con las concretas circunstancias personales del engañado -SSTS de 26 de Julio 2000 y 71712002, entre otras--. En definitiva, no se puede convertir en estafa cualquier incumplimiento de un negocio

jurídico. Larena 98 se siente perjudicada como consecuencia del fallido contrato que suscribió con Mercasevilla, prueba de ellos es el, informe pericial que aporta como documento número 4 y que cuantifica como daño emergente a resultas del frustrado convenio (en el que incluye desde la fianza que prestó, al canon único que pagó y gastos de muy diversa índole) en 1.439.156'59 €, y como lucro cesante calculado al año 2020 el de 8.435.000 €, y al año 2, .030 en 14.635.000 €. No obstante, y pese a todo, acepta la transacción cediendo a la entidad Sanma sus derechos en 1.080.000 € el 15/09/2005 (documento 23 de los presentados) sin que ninguna razón de en su denuncia que justifique porqué lo hizo, limitándose a mencionar que por indicación de Mercasevilla. Esto nos lleva a considerar que, si aceptó el convenio pese a todo, estando como están las sociedades mercantiles en el mercado para obtener beneficios, lo fue porque lo estimó una opción, si no considerablemente ventajosa, al menos no perjudicial para sus intereses. La conclusión a todo lo expuesto es que no consideramos que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de un presunto delito de estafa. La segunda de las cuestiones que se mencionan en la denuncia viene referida a lo que la misma califica como tercera fase, que es la actuación de Mercasevilla una vez que Larena rompe vínculos comerciales con la misma y Sanma la sustituye en el derecho de superficie. Se llega a decir en la denuncia que " ... creemos que Mercasevilla S.A. ha permitido la cesión de los derechos que Larena 98 S.L. tenía en la ampliación de Mercasevilla al estado manteniendo de forma simulada un contrato de derechos de superficie sobre un suelo que no ha sido objeto de urbanización, y todo ello pudiera haber favorecido a la entidad Sando en el concurso público de adjudicación de los terrenos de Mercasevilla y su posterior traslado a Majarabique ". Con las mencionadas afirmaciones se está dando a entender un proceder irregular de la sociedad mixta municipal y de sus responsables para favorecer en un concurso público a determinada sociedad (Sando, a cuyo grupo pertenecía Sanma) que podría motivar en su caso la existencia de responsabilidades penales de diversa naturaleza, entre ellas, del título XIX del libro II del CP. Ahora bien, refiriéndose este extremo de la denuncia a hechos presuntamente delictivos que atentan contra bienes jurídicos en que no es directa y personalmente perjudicada, su legitimación en este aspecto para recurrir una decisión de archivo teniendo en cuenta la naturaleza de su personación en las actuaciones como acusador particular exclusivamente, no

existe, con lo que tampoco en este aspecto puede prosperar su recurso”.

Se acordó de forma casi inmediata, y por ende, sin llevar a cabo actuaciones de investigación, el sobreseimiento provisional el 26 de septiembre de 2007 (folio 216 ), resolviéndose por auto de 28 de septiembre de 2007 (folio 218), siendo confirmado por la Ilma. AP de Sevilla en resolución de 26 de mayo de 2010 por un presunto delito de estafa entre Larena y Mercasevilla, sin que exista pronunciamiento expreso, y por ello no se archiva ni siquiera provisionalmente, en relación a las actuaciones entre Mercasevilla y Sanma por entender que carecía Larena de legitimación para denunciar, de manera que la resolución de la Ilma. AP de Sevilla se refiere jurídica y únicamente a las dos primeras fases de la denuncia, sin entrar en la que incidentalmente Larena menciona entre otros sujetos, que constituyen el objeto de este procedimiento.

Resulta significativo que las partes esgriman los principios de “cosa juzgada” y “non bis in indem”, basándose en la resolución de la Ilma. AP de Sevilla, sólo en aquellas partes que pueden resultar beneficiados, dado que ya la Ilma. AP de Sevilla en su mencionada resolución califica a Mercasevilla como Sociedad mixta municipal, y, sin embargo, ello no lo compartan, ni lo consideren ya “juzgado”. Pero reiteramos, la AP nada resuelve sobre lo que es objeto de debate en este procedimiento. Sino analiza de forma pormenorizada la relación previa entre Mercasevilla y Larena, observando el estadio inmediatamente anterior a lo que se ha enjuiciado en el PROA 505/15.

No nos hallamos ante dos procedimientos sobre los mismos actos, y especialmente, el segundo no trata sobre unos hechos ya instruidos y enjuiciados por otro, no existió enjuiciamiento previo y por ende sin resoluciones contradictorias entre sí. El sobreseimiento provisional indica que hasta el momento en que se resuelve no existen indicios de delito, sin perjuicio de su reapertura e investigación, en este u otro procedimiento, dentro del plazo de prescripción de 5 años, y ello con independencia de que el auto de SP1 sea firme. Es más, la defensa del Sr. Torrijos intenta justificar la diferencia entre una y otra resolución: “El Juzgado de Instrucción nº 10 ha dictado auto acordando “el archivo de las presentes actuaciones por considerar que los hechos denunciados no eran constitutivos de infracción penal” (Hecho único del Auto de 7 de marzo de

2008, F. 244), "... no existiendo indicios de la existencia de una operación fraudulenta ni de una maquinación o trama para alterar el precio de las cosas" (in fine del Razonamiento jurídico único). El Juzgado de Instrucción nº 6 dictó auto acordando continuar las diligencias por los trámites del procedimiento abreviado por considerar que los hechos podrían ser constitutivos de los delitos de prevaricación administrativa del art. 404 y de asociación ilícita del art. 515 del C.P. - también se acusó de maquinación para alterar el precio de las cosas y ahora se acusa de fraude y exacciones ilegales y delito societario ".

Sin embargo, olvida la defensa, que la Ilma. AP de Sevilla en la apelación interpuesta por Larena y que pone fin (provisional) no entra en el fondo de la cuestión objeto de esta Litis y por tanto no analiza los argumentos del Juzgado de Instrucción nº10 por entender que se carece de legitimación para denunciar la tercera fase, relación Mercasevilla y Sanma.

Ni que decir tiene que no existe doble enjuiciamiento, no habiéndose llevado a cabo ni siquiera doble instrucción, toda vez que la denuncia se archivó provisionalmente ad limine, no existen dos sentencias, no resultando de aplicación la STS de 22 de noviembre de 2013, ni vulneración del art. 25 de la CE, al no existir duplicidad de enjuiciamiento ni dualidad de procedimientos sancionadores.

No existe tampoco vulneración a la intangibilidad de las resoluciones firmes, por la propia naturaleza del sobreseimiento provisional, sin que tampoco sea aplicable la STS de 17 de septiembre de 2013 ni del TC de 24 de mayo de 2012, al no afectar a la seguridad jurídica, dado que no existe revisión por otro juzgado del juicio efectuado por otro, especialmente cuando se está refiriendo a la cosa juzgada.

No existe analogía en la doctrina expuesta por la defensa de Antonio Rodrigo en relación con el principio "non bis in ídem" (entre otras, la S.T.S. de 22 de noviembre de 2011 y 5796/2013), que establece que en casos de doble enjuiciamiento de la misma persona por el mismo hecho, ha de darse prevalencia a la primera sentencia y declarar la consiguiente nulidad de la segunda, toda vez que no ha existido un doble enjuiciamiento, ni doble sentencia. Solo estamos ante este plenario y la presente sentencia.

No concurre vulneración del art. 25.1 de la CE ni del art.

7 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Reiteramos no existe duplicidad de enjuiciamiento ni de procedimientos sancionadores y por ello tampoco infracción del art. 25 del CP, por lo que no nos encontramos ante los supuestos descritos en la SS.T.S. de 8 de julio de 2013 (Roj 3886/2013). No existe modificación de resoluciones firmes ni infracción de seguridad jurídica, y por ello, no se trata analógicamente de los supuestos previstos en las Sentencias de la Sala Segunda de 4 de julio de 2013, (nº 668/2013) y de 17 de septiembre de 2013 (roj 4602/2013), ni la STC 114/2012 de 24 de mayo y de 20 de mayo de 2013 (Roj 2698/2013).

Cabe también aludir al problema de la apertura de procedimientos independientes ante un sobreseimiento provisional, señalando al respecto la sentencia del Tribunal Supremo núm. 338/2015 de 2 de junio que la firmeza de un auto de sobreseimiento provisional impide la reapertura de la causa, salvo que se aporten nuevos elementos no obrantes en los autos en el momento en que recayó aquella resolución, es decir que un error de valoración no justificará que se pueda reconsiderar esa decisión, pero ello no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que esa decisión impida que otro Juzgado o Tribunal pueda investigar esos mismos hechos a través de otro procedimiento diferente, siempre que, aun cuando puedan tener una mayor o menor relación, estos puedan considerarse diferentes, ya que si se da esa identidad necesariamente lo que deberá procederse es a reabrir las diligencias, pero si se trata de conductas nuevas, cometidas en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, con intervinientes que sólo parcialmente coinciden con los que fueron objeto de la investigación anterior, procede iniciar un procedimiento nuevo, que en ningún caso puede ser considerado continuación del anterior, como ocurre en el presente caso, en el que como hemos dicho en el anterior nada se resolvió sobre Mercasevilla y Sanma y el concurso público y la existencia o no de alterar precios, dado que la Ilma. AP lo archivó por falta de legitimación para denunciar de Larena, y por ellos, sin analizar conductas y actos nuevos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, subraya los elementos integrantes del instituto de la cosa juzgada: *“Según recuerda la sentencia 230/2013, de 27 de febrero, esta Sala tiene reiteradamente establecido al tratar de la cosa juzgada en el marco del proceso penal (SSTS*

608/2012, de 20-6 ; 630/2012, de 16-4 ; 846/2012, de 5-11 ; 974/2012, de 5-12 ; y 62/2013, de 29-1 , entre otras muchas] que, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto; todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes. La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal -señalan las referidas sentencias- es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación del principio " non bis in ídem " y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución . Según la misma doctrina jurisprudencial, para que opere la cosa juzgada siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son sus elementos identificadores en el proceso penal; y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros. Carece así de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal: i) identidad sustancial de los hechos objeto de la sentencia firme y del segundo proceso. ii) identidad de sujetos activos del delito en ambos procesos, esto es, de las personas sentenciadas y de las acusadas. (...)

En la sentencia 608/2012, de 20 de junio , se insiste en que la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, de modo que, resuelta

*por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona ( STS de 24/04/2000 ), pues una de las primordiales garantías del acusado estriba en el derecho a no ser enjuiciado penalmente en más de una ocasión por unos mismos hechos. (...) Así lo corrobora la sentencia de esta Sala 849/2013, de 12 de noviembre, al advertir que el Tribunal Constitucional - sentencia 91/2008 de 21-7, entre otras- ha reiterado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribire, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (en el ámbito penal sujeto y hecho nada más). Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que el TC tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hechos, y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial. La sentencia del Tribunal Constitucional 48/2007, de 12 de marzo, ha recordado que, desde la STC. 2/1981, viene afirmando que el principio "non bis in idem" integra el derecho*

*fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; y 2/2003, de 16 de enero). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente ( SSTC 2/2003, de 16- 1 ; 180/2004, de 7- 11 ; 188/2005, de 4-7 ; 334/2005, de 201-2 ; y 48/2007, de 12-3 ). La sentencia de esta Sala de casación 487/2007, de 29 de mayo, subraya cómo la STC 334/2005, 20 de diciembre, ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del "non bis in idem" reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal forma que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la segunda resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concorra una sanción desproporcionada (también SSTC 229/2003 , 159/2003 y AATC 513/2005 , 395/2004 y 141/2004 ).En similar sentido las SSTS 1207/2004, de 11-10 , y 225/2005, de 24-2 , conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-5-2003, establecen que el principio " non bis in idem " se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho del principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE , que*

*en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento ( STC 2/2003 de 16-1 ), y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/81, de 30-1 .” (...).Lo que viene a determinar, que para que prospere la cosa juzgada sea exigible: a) una identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso, de modo que el objeto del proceso penal, integrado por el hecho histórico acotado en el “factum” de la resolución precedente, debe coincidir en lo esencial con el relato fáctico subsiguiente, sin que este presupuesto se vea afectado por la variación de elementos claramente accesorios o circunstanciales; y b) identidad de sujetos pasivos, es decir, de personas sentenciadas y acusadas, de modo que la persona imputada o acusada en la segunda causa ha de ser la misma que aquélla contra la que se dirigió la acusación en la primera causa, definitivamente resuelta por un pronunciamiento de condena o de absolución (STS núm. 508/2015 de 27 de julio , núm. 486/2015 de 16 de julio).*

Y la STS de 30 de noviembre de 2016, distingue la cosa juzgada civil de la penal: *“Pese a su trascendencia, la atención de la dogmática procesal -con la excepción de importantes e imprescindibles aportaciones bibliográficas- se ha centrado de modo preferente en el proceso civil. Debe por ello evitarse el riesgo de importar al proceso penal una excepción que no presenta una identidad sustancial cuando sus efectos se proyectan sobre uno u otro orden jurisdiccional. A diferencia de lo que acontece en el proceso civil, en el orden jurisdiccional penal resulta indiferente la identidad de las partes y la causa petendi. La prohibición del bis in ídem adquiere pleno significado, con independencia de que no exista una identidad de partes entre quienes promovieron la acusación y condena en el primer proceso y quienes lo hagan en el segundo. Igual de irrelevante es la causa petendi, de forma que no se legitima un nuevo proceso por hechos ya enjuiciados cuando la acusación -ya sea pública o privada- se limita a rectificar o matizar los conceptos que, en el primero de los casos, habría justificado el ejercicio del ius puniendi. Esta singularidad de la cosa juzgada se explica por el hecho de que el objeto del proceso penal es un factum, no un crimen. Y ese objeto se identifica por la persona del acusado y por el hecho delictivo que se le imputa. De ahí que, si el hecho y*

*la persona que lo ha ejecutado permanecen invariables, el efecto de cosa juzgada desplegará toda su eficacia, por más que la exacta delimitación de esa identidad objetiva no esté exenta de dificultades. Resulta esencial que en el esfuerzo ponderativo de esa pretendida identidad, de cuyo desenlace va a depender la viabilidad o inviabilidad constitucional de un segundo proceso, se tome en consideración el hecho, no en su dimensión puramente histórica, naturalista, entendida como una sucesión encadenada de acontecimientos, sino en su genuina dimensión jurídica, esto es, como hecho susceptible de ser subsumido en un determinado tipo penal. El hecho que integra el proceso no es otra cosa que una hipótesis fáctica con algún tipo de significado jurídico. Y su adecuado entendimiento no permite transmutar ese objeto, así explicado, en una suerte de objeto normativo, en el que un cambio de calificación jurídica autorizaría un nuevo proceso. Esa concepción del objeto del proceso permitiría no descartar la existencia -todo lo matizada que se quiera- de una cosa juzgada implícita, que alcanzaría a toda secuencia fáctica abarcada en el juicio histórico pero que, por una u otra razón, la sentencia dictada no ha traducido en términos jurídicos. No se olvide, en fin, que el principio non bis in ídem no sólo protege al investigado frente a una nueva sanción por una conducta ya penada en un anterior proceso, sino que también excluye la exposición pública derivada del sometimiento a un nuevo proceso, perjuicio que no debería nunca entenderse neutralizado por el sobrevenido consuelo de una sentencia absolutoria.”*

Por tanto, no se comparte la argumentación que las partes otorgan a la redacción del auto de la Sección 7 de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de mayo de 2010, que en nada perturba, ni afecta el Acuerdo de Juzgado Decano. La STS de 25 de octubre de 2016, que reiteramos niega la posibilidad de otorgar eficacia de cosa juzgada al sobreseimiento provisional, sintetiza que: *“respecto a la posibilidad de que por un juzgado se investiguen los mismos hechos ya sobreseídos provisionalmente por otro distinto, la doctrina de esta Sala (STS. 543/2011 de 15.6), exige que las diligencias de que este procedimiento trae causa, si bien relacionadas, sean distintas e independientes, al basarse en hechos nuevos. Por ello la circunstancia de que personas previamente investigadas por hechos anteriores hayan logrado un sobreseimiento no impide que sean investigadas posteriormente, pero si se trata de los mismos hechos sobre los que existe información nueva, es obvio que se requiere la*

*reapertura de las diligencias sobreesididas provisionalmente. Pero si se trata de conductas nuevas, presuntamente cometidas en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, con intervinientes que sólo parcialmente coinciden con los que fueron objeto de la investigación anterior, procede iniciar un procedimiento nuevo, que en ningún caso puede ser considerado continuación del anterior.”*

Reiteramos, son dos procedimientos, con tiempos cronológicos distintos y con sujetos intervinientes diferentes; centrado, el actual, en el segundo estadio, relacionado con el anterior, que generó la apertura de un procedimiento nuevo.

**B.- Cuestión enlazada con la anterior: sobre unos mismos hechos no puede instruirse ni enjuiciarse dos procedimientos distintos, tal y como exige el art. 300 de la LECrim.**

Y ello con independencia de que esta Juzgadora llega a la conclusión, por lo expuesto anteriormente, de que se trata de hechos distintos, integrado por participantes disímiles y secuencias cronológicas desiguales.

Siguiendo las líneas de defensa, se continúa analizando los argumentos expuestos por Antonio Rodrigo Torrijos, a los que se adhieren los demás.

Es en base a tal presupuesto y en cumplimiento de la legalidad, por lo que el Juez Instructor nº6 eleva consulta gubernativa el día 6 de agosto de 2009 al Juez Decano para conocer si la causa del Juzgado de Instrucción nº10 de Sevilla genera antecedente para el Instrucción nº6, siendo resuelto por el Decanato en la cuestión de competencia 221/09 (folio 662). Consecuencia de ello, se inician las presentes diligencias previas. Entienden las defensas, que se advierte una gran controversia ante las dos Juzgados, uno de ellos (el nº6) siguió investigando y el otro (Instrucción nº10) archivando, si bien se trata de dos procedimientos distintos, de ahí que ninguno se inhibió en favor de otro.

Si bien, tal cuestión ha sido mantenida en el tiempo por inactividad de las partes, bastando con comprobar que ni acusaciones ni acusados ha solicitado la acumulación de procedimientos, si entendieren aplicables el art. 300 de la LECrim o el 17.5 de la LECrim de conformidad con la redacción

vigente en el momento de los hechos, al más antiguo (Instrucción 10), teniendo desde el año 2009 hasta el 12 de marzo de 2015 para solicitarlo, sin que ninguna de las partes así lo hiciera, buscando así mismo que sendos procedimientos se llevaran, si en su caso correspondiera, ante el mismo Juzgado, buscando también una resolución de cada uno de los Juzgados Instructores, susceptibles de recurso de reforma y apelación.

Si existiera una eventual conculcación de los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no constituye un problema de orden público que determinara la nulidad de lo actuado, desde el momento que habría que valorar la actuación de las partes, que podían haber solicitado y esgrimido a través de los mecanismos de acumulación, sin que se hubiere argumentado esa conexidad entre ambos procedimientos, que generara ab initio, una resolución de la Juez Instructora, quien ni siquiera se planteó, dada la resolución del Ilmo. Sr. Decano de Sevilla.

Reiteramos se trata de una cuestión que ya resolvió la Ilma. AP de Sevilla el 15 de septiembre de 2015 denegando el instituto de la cosa juzgada, así como del non bis in ídem.

Se dejó sin analizar por el Juzgado nº 10 la tercera fase de la denuncia, decidiendo únicamente sobre la relación entre Mercasevilla y Larena, siendo sujeto pasivo Mercasevilla, sin identidad con el Instrucción nº 6 de sujeto, objeto y hecho, dada la legitimación del denunciante. Siguiendo con esta línea argumental, debe examinarse si se planteó en su momento ante el sobreseimiento de determinados hechos, por las partes, si debían o no tener ambos procesos una tramitación conjunta o por el contrario seguir caminos paralelos, solución está última que fue la finalmente acogida por dos Juzgados distintos y por el Acuerdo del Ilmo. Sr. Juez Decano de esta ciudad. Insistimos, no se da esa total identidad fáctica ni subjetiva a la que aludíamos, sino sencillamente, diferentes facetas o aspectos de un hecho complejo que han acabado siendo objeto de un enjuiciamiento independiente sin que por ello, en ningún caso, haya determinado que se conculque el principio del "non bis in ídem".

**C.- Ligado directamente, se encuentra la no vulneración al Juez Ordinario predeterminado por la Ley.**

La Sentencia del TS de 27 de julio de 2015: “2.1. De conformidad con una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS 534/2014, de 27 de junio ; 246/2014, de 2 de abril ; 335/2014, de 14 de abril ó 673/2013, de 17 de septiembre , entre otras muchas), el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley está contemplado en el art. 24 CE y supone: a) que el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica; b) que esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, de modo que al venir su composición previamente determinada por la ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar. Partiendo de esta premisa, esta misma Jurisprudencia, y en palabras de la S. citada en primer lugar, ha establecido que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la misma competencia entre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.

Este derecho únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la ley atribuye su conocimiento, manipulando el texto de las normas de distribución de competencia con manifiesta arbitrariedad. En este sentido, es también reiterada la doctrina de esta Sala de lo Penal, según la cual la infracción de las normas de reparto no da lugar a la vulneración de este derecho fundamental, por cuanto son disposiciones de carácter interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, sino regular la distribución del trabajo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional. De forma que sólo cuando fuesen arbitrariamente alteradas mediante cualquier maniobra para atribuir a un determinado juzgado el conocimiento de un concreto asunto por motivos espurios, podría plantearse la vulneración de tal derecho, generalmente asociada al abuso de jurisdicción e indefensión irreversible, no subsanable en fases procesales posteriores, del investigado, por lo que realmente se vulneraría

*no el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley sino el derecho al juez imparcial. En esta misma línea se ha pronunciado una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional. Es el caso, entre otras muchas, de la STC 191/2012, de 12 de diciembre (con cita de numerosas resoluciones anteriores), según la cual, constituye doctrina reiterada de ese Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias. No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido. No obstante, se ha apreciado cometida la vulneración del derecho fundamental de referencia cuando se dicta una decisión que supone despojar de la potestad de jurisdicción al órgano judicial -o en su caso al titular de éste- que la ostentaba «contra el texto claro e inequívoco de la ley» ( STC 35/2000, de 14 de febrero , FJ 2, en un caso de apropiación por un juez de instrucción de la competencia del de paz para conocer de una falta cometida en su municipio); o lo que es lo mismo, cuando se modifican «sustancialmente las normas sobre atribución de competencia legalmente establecidas, en aplicación de la tesis no avalada por norma legal alguna, y no exenta de complicaciones de extenderse en el futuro» ( STC 131/2004, de 19 de julio , FJ 4, en cuanto a la indebida exigencia de que vuelva a fallar un asunto quien ya no ejerce funciones jurisdiccionales, en detrimento del titular actual del juzgado), lo que es totalmente distinto del caso presente. En la citada STC 35/2000, de 14 de febrero, se declaraba a su vez que el derecho al juez predeterminado puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencia con manifiesta arbitrariedad. La figura del juez predeterminado implica, continúa esta resolución, que haya sido creado por una norma legal, invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de especial o excepcional, funcionando, así como garantía de la independencia e imparcialidad de la judicatura, valores constitucionalmente protegidos por tal derecho*

*fundamental. En resumen, el recurrente confunde atribución de competencia con la del conocimiento de un asunto que corresponde a la propia competencia del juez”.*

Trascendental y muy pedagógica lo constituye la sentencia de la Ilma. AP de Málaga 21/2007.

La cuestión esgrimida por las defensas de la falta del prepuesto constitucional del Juez ordinario predeterminado se basa en la “asunción indebida” de la competencia de este procedimiento, presupuesto íntimamente relacionada con el tema del Reparto, lo que compromete totalmente su imparcialidad.

En respuesta a esta causa de oposición, el propio Instructor presenta ante el Juzgado Decano de esta localidad informe de competencia interna, por entender que ya lo tiene por jurisdicción y territorial.

Y en el acuerdo de 10 de agosto de 2009, el Ilmo. Sr. Decano de los Juzgados de Sevilla toma la decisión en la cuestión de Competencia entre ese Juzgado y el Juzgado de igual clase nº JO de Sevilla, registrándose como tal en el Libro correspondiente. Ante la cuestión planteada por interpretación de las Normas de Reparto, entre el Juzgado de Instrucción nº 6 de esta ciudad, dimanante de las Diligencias Previas nº 2514/2009, y el Juzgado igual clase nº 10, en relación a sus Diligencias Previas nº 3422/2007, se acuerda, tras examinar las presentes actuaciones, remitir las mismas al primero de los Juzgados citados para que continúe con su instrucción y tramitación y ello por cuanto la Norma 8.3 de las de Reparto entre los Juzgados de Instrucción de Sevilla estableciendo que si un Juzgado deduce testimonio para el conocimiento separado de unos hechos de los que aparece noticia en un procedimiento del que ya viene conociendo, sería ese mismo Juzgado quien debería conocer del procedimiento que se incoe como consecuencia del testimonio deducido; sin que pueda apreciarse la existencia de un conocimiento previo por parte del Juzgado de Instrucción nº 10 en el procedimiento ya indicado, pues los hechos que se ponían en su conocimiento por la denunciante Larena 98, S.L. y que fueron objeto de archivo por considerar el citado juzgado que eran constitutivos de infracción penal, son hechos anteriores y distintos a los que se refieren a los delitos cometidos en la resolución del concurso público sobre adjudicación un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla, S.A., en el que la denunciante ni siquiera participó por lo que carecería de la

condición de perjudicado”. Y por ello, acuerda la remisión de las anteriores Diligencias Previas al Juzgado de Instrucción nº 6 de esta capital y no envío y conocimiento al Juzgado de Instrucción nº 10. (folio 662).

Pues bien, la realidad es que esta cuestión ha sido resuelta por la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 27 de febrero de 2009, (Recurso de Apelación nº 748/08) que viene a recoger el criterio de la Audiencia reflejado en el Auto de la Sección Tercera de fecha 24 de Abril de 2007 que ya estableció: que las normas de reparto de asuntos entre los distintos Juzgados y Tribunales son disposiciones públicas de carácter interno que no tienen la función de establecer la jurisdicción ni la competencia, lo que corresponde a las Leyes procesales, sino regular la distribución del trabajo por exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, por lo que la atribución de competencia de los órganos judiciales a la que afecta la predeterminación por Ley formal prevenida en el artículo 24-2 de la Constitución, no puede equipararse con el reparto o distribución del trabajo entre los distintos órganos jurisdiccionales. Y en el supuesto objeto de litis entre dos Juzgados de Instrucción de Sevilla dotados ex lege de la misma competencia material, de ahí que cuando la controversia se centra en cual debe ser el órgano jurisdiccional al que dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde el conocimiento de determinado asunto, aún en los supuestos en que la decisión resolutoria de la misma se considerare contraria a las normas procesales, no entrañaría por sí misma una vulneración de normas esenciales del procedimiento ni, por tanto, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, ni tampoco del derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley indicado artículo 24-2 de la Constitución ni, por ende, del derecho a un Juez imparcial, siendo por cuanto antecede que procede la desestimación de la nulidad de actuaciones sustentada en la vulneración de los derechos aludidos.

Se trata de una normativa destinada internamente a repartir el trabajo entre Juez y Tribunal con la misma competencia territorial, objetiva y funcional, de manera que no afecta a las garantías del derecho fundamental alegado, sin que exista tampoco una mera infracción en las normas de reparto, toda vez que existe una resolución dictada por el Único Órgano Judicial con competencias para ello, que interpreta normas de

reparto y la relación con la causa tramitada y sobreseída por el Juzgado de Instrucción nº10, como lo hace la Ilma. AP de Sevilla en las diversas resoluciones presentadas en los recursos de apelación presentada por la defensa de Antonio Rodrigo Torrijos. Y una investigación practicada conforme a los supuestos del art. 303 de la LECr siempre es factible.

La vulneración del derecho fundamental alegado exige algo más. No solo una discrepancia interpretativa sobre a qué juzgado del mismo orden corresponde el conocimiento de un asunto, cuestión gubernativa, sino, como ha dicho el Tribunal Constitucional, en alguna de las resoluciones citadas, una sustracción indebida e injustificada de dicho conocimiento al órgano al que la ley lo atribuye, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencia, no de reparto, con manifiesta arbitrariedad, a más de la existencia de una indefensión irreversible del investigado, que no es el caso. (ST de Ilma. AP de Málaga 21/2007).

Nos encontramos ante el Juez con competencia objetiva, territorial y funcional, respetando las normas de competencia aprobadas por Sala de Gobierno, previa consulta de sistema de reparto, unido a la inactividad de las partes (que esgrimen esta posible infracción), de instar la acumulación al procedimiento más antiguo, si estimaran que existía conexidad, o de rogar la acumulación de sendos procedimientos o exigir al Juzgado de Instrucción nº6 que se pronunciara no sobre la cosa juzgada o el non bis in idem, sino sobre la necesidad de que en una secuencia cronológica con participantes diversos y distintos, uno o dos órganos judiciales debieran conocer de un asunto. No existe atribución de manera irregular el conocimiento de esta causa ni vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, por lo anteriormente expuesto.

La causa ha de ser desestimada.

### **3.- INFRACCIÓN DE GARANTÍAS POR LA FALTA DE IMPARCIALIDAD DE LA JUEZ INSTRUCTORA.**

La STS de 27 de julio de 2015: *“El derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 de la Constitución (también en art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos , en el art. 6.1 Convenio Europeo para la*

*Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ] comprende, según una dilatada jurisprudencia de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el derecho a un juez o tribunal imparcial. La imparcialidad y objetividad de los jueces y tribunales no solo es una exigencia básica del proceso debido derivada de la exigencia constitucional 824 de actuar únicamente sometidos al imperio de la ley ( art. 117 CE ), como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los jueces y tribunales, sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado Social y Democrático de Derecho ( art. 1.1 CE ), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopta sea conforme al ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio y a sus titulares ( STS 79/2014, de 18 de febrero , STS 974/2012, de 5 de diciembre , o STS 1320/2011, de 9 de diciembre , entre otras muchas). Consecuentemente, y como decíamos en la primera de las sentencias mencionadas (con citación de otros muchos precedentes de esta Sala), la obligación del juzgador de no ser «Juez y parte», ni «Juez de la propia causa», supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra. En tal sentido la Jurisprudencia viene distinguiendo entre una «imparcialidad subjetiva», que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes; y una «imparcialidad objetiva», es decir, referida al objeto del proceso, por lo que se asegura que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el "thema decidendi" y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo. En esta misma línea se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional - STC 149/2013, de 9 de septiembre, STC 47/2011, de 12 de abril, STC 55/2007, STC 306/2005, de 12 de diciembre o STC 69/2001, de 17 de marzo, entre otras muchas. La última, la sentencia del Pleno 133/2014, de 22/07 , con cita de la Jurisprudencia constitucional precedente, argumentando en su fundamento jurídico tercero, después de invocar y reproducir parcialmente la STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta , "desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se*

*dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni perjuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso ( STC 36/2008, de 25 de febrero , FJ2), incidiendo en que <> ( STC 26/2007, de 12 de febrero , FJ4). A estos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino <> (así SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4)". Sigue así esta Sala de lo Penal, como lo hace el Tribunal Constitucional, la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para quien el derecho a un juez imparcial forma parte del derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En la misma línea pueden citarse otras sentencias más recientes como las dictadas en los casos Margas contra Croacia, de fecha 27 de mayo de 2014, u Oleksnadr Volkov contra Ucrania, de 27 de mayo de 2012. 2.3. Con anterioridad en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vera Fernández- Huidobro contra España, de fecha 6 de enero de 2010 , recordaba este Tribunal que aunque es verdad que el artículo 6.1 del Convenio garantiza el derecho a un «tribunal independiente e imparcial» y que la noción de «tribunal» no se extiende al juez de instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una «acusación en materia penal», las exigencias del derecho a un proceso equitativo en su sentido más amplio implican necesariamente que este órgano sea imparcial, en la medida en que los actos llevados a cabo por él influyen directa e inevitablemente sobre el desarrollo y, por tanto, sobre la equidad del procedimiento posterior incluido el proceso propiamente dicho; y ello aun cuando algunas de las garantías procesales contempladas por el artículo 6.1 del Convenio pueden no aplicarse en la fase de instrucción. A favor de incluir al juez de instrucción dentro de la garantía del derecho a un tribunal imparcial consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución , se había pronunciado ya este Tribunal Supremo, en su STS 757/2009, de 1 de julio , donde habíamos declarado que el juez de instrucción, como cualquier juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que*

*desempeñan en el 825 proceso; debiendo resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del derecho. Ahora bien, dicho lo anterior, el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del juez de instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal no es idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento. En efecto, decía nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 69/2001, de 17 de marzo, con citación de otros pronunciamientos del mismo órgano, lo siguiente: «no puede olvidarse que el Juez de Instrucción posee, en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del acusado (SSTC 145/1988, de 12 de julio , FJ 5 , 164/1988, de 26 de septiembre, FJ 1 y 106/1989, de 8 de junio , FJ 2), y es que no todo acto de instrucción compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez , sino tan sólo aquel que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral ( SSTC 106/1989, de 8 de junio , FJ 3, 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3 y 320/1993, de 8 de noviembre , FJ 2 ).*

*De aquí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario, el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez un convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de los autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso y condicionará las resoluciones que en lo sucesivo vaya adoptando. Por estas razones el uso por el instructor de su conocimiento privado o de sus conocimientos extraprocesales afecta principalmente a la materia probatoria, y sólo muy limitadamente posee una proyección en la fase de instrucción, pues los efectos de las diligencias probatorias y su valor como actos de prueba derivan de lo que resulte del juicio oral y de la eficacia que le otorgue un órgano judicial, distinto del instructor, que presencie sus sesiones y dicte Sentencia en su día». En esta misma línea se pronunciaba esta Sala de lo Penal,*

*en su STS 798/2007, de 1 de octubre. Declarábamos en ella que, en contra de lo que sucede cuando se trata del órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento, que debe decidir sin condicionamientos acerca de la pretensión de condena, es claro que las propias circunstancias de la investigación pueden hacer nacer en el instructor un cierto prejuicio relativo a la culpabilidad del imputado, lo cual, de otro lado, si bien determina la imposibilidad de que el instructor forme parte del tribunal del juicio, no le inhabilita para continuar con su labor. De forma que, aun cuando pueda sospecharse de la existencia de prejuicios en el juez instructor acerca de la culpabilidad del imputado como consecuencia de la investigación, ello no le impediría continuar con la dirección de aquélla. Es más, esos conocimientos podrían determinar legítimamente el sentido de sus futuras decisiones respecto de la instrucción. Otra cosa podría suceder, decíamos en esta resolución, si la predisposición en contra de la persona del imputado, no de los hechos a investigar, tuviera un origen extraprocesal, pues ello exigiría una revisión más detenida de las decisiones adoptadas. Sin perjuicio de que en esa fase tales actuaciones tendrían un valor solo provisional en cuanto en su mayoría serían susceptibles de recurso, y que, además, el resultado de la investigación tendría que ser valorado por el órgano responsable del enjuiciamiento tras su incorporación como prueba al juicio oral, las exigencias de la imparcialidad del instructor se refieren más bien a su actitud en el desarrollo de la instrucción, en el sentido de que no sería admisible desde la perspectiva constitucional y legal una predisposición en contra del imputado que colocara a este en una situación de inferioridad durante esa fase, que pudiera traducirse en la injustificada denegación de diligencias, en la adopción de medidas cautelares asimismo injustificadas o en el enfoque de la instrucción exclusivamente en su contra, lo que hemos denominado más arriba motivaciones espurias generadoras de una indefensión irreversible, pero teniendo en cuenta que la imparcialidad del juez desde esta perspectiva debe presumirse. Por lo demás son precisamente los actos de instrucción lo que impide al instructor formar parte del tribunal de enjuiciamiento. En el derecho comparado de los Estados miembros del Consejo de Europa es mayoritaria la instrucción a cargo de la fiscalía y no sería coherente aplicar cánones más rigurosos cuando la misma esté encomendada al juez, como es nuestro caso, pues la vulneración del Convenio debe producirse por las mismas causas en un caso y otro. Cuestión distinta es que la aplicación del derecho interno*

*que encomienda la dirección de la instrucción al juez pueda traducirse en un refuerzo de las garantías que tiene su efecto en la incorporación al plenario de determinadas diligencias de instrucción llevadas a cabo ante el mismo”.*

Basta con leer las cuestiones procesales de este procedimiento para comprobar que a lo largo del mismo, ninguna de las partes ha planteado durante la Instrucción incidente de recusación de los arts. 217 y ss. de la LOPJ.

No compete a esta Juzgadora examinar si concurren o no las causas prevista en el art. 219 de la LOPJ, al carecer absolutamente de competencia para ello, especialmente cuando ninguna de las defensas o acusaciones han ejercitado tal acción conforme al art. 223 de la LOPJ, correspondiendo al Órgano fijado en el 224.5 de la LOPJ su apreciación, so pena de evitar contravención de la LOPJ.

La mención practicada por las partes en el trámite de cuestiones previas se refieren al incidente de recusación esgrimido en otro procedimiento, el de las DP 614/09, sin que exista equivalencia de procesos y sin que sea factible su trasposición, no siendo suficiente las contestaciones de alguno de los acusados a las preguntas de la defensa en torno a la relación de parentesco de la Ilma. Juez Instructora con el anterior economista o contable de Mercasevilla, antes de iniciarse todo el entramado objeto de enjuiciamiento.

No puede afirmarse que las defensas hayan mantenido el rigor exigido cuando apoyan sus argumentos de ausencia de imparcialidad en meras alegaciones de “irregularidades graves”, que, sin embargo, no identifican, ni detallan ni reseñan de forma pormenorizada, sin que tampoco las hayan justificado y sin que pueda ejercitarse en el PROA 505/15 y ante este Juzgado el derecho del art. 228 de la LOPJ por no haberse iniciado el incidente en esta causa.

En este punto, existe preclusión del trámite, ya que tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 259/2015 de 30 de abril *“la recusación constituye el instrumento legal establecido para preservar el derecho a la imparcialidad, probando el motivo que determina su pérdida en el concreto caso enjuiciado, en el momento procesal oportuno y a través del procedimiento adecuado. La parte que cuestiona la imparcialidad no puede prescindir del procedimiento establecido para ello, la*

*recusación, y alegar después extemporáneamente este supuesto vicio de nulidad, que no ha sido planteado en la forma y en el momento oportuno, y concluir con una solución distinta conllevaría necesariamente infringir las garantías legales, toda vez que es preciso que se practiquen en el procedimiento y en los plazos exigidos legalmente.”*

Ninguna de las partes pone de manifiesto que el Juez de Instrucción mantuviera relaciones indebidas con las partes; pero tampoco, que se acercara al objeto del proceso, con prejuicios que hayan condicionado su función jurisdiccional, sin que basten meras dudas sobre la imparcialidad en el fuero interno de los acusados, siendo preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas; lo que no ha acaecido en el presente caso, unido a la extemporaneidad y a la ausencia de presupuestos formales de su petición.

#### **4.- NULIDAD DE LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y DE RESTANTES ACUSACIONES. ACUSACIÓN IMPLÍCITA.**

Entiende la defensa de Gonzalo M. Crespo, que el relato de los hechos en el que se basa el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y el resto de acusaciones además de no corresponderse con la realidad, carece de eficacia acusatoria por resulta insostenible como para conferir al Sr. Crespo, ni tan siquiera provisionalmente, el protagonismo e involucración en aquellos, sin que en el mismo se efectúe una remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones. Y concibe la defensa, a la que se adhieren todas las demás, que el escrito de conclusiones presentado por el Ministerio Fiscal es nulo de pleno derecho, ex art. 238 LO.P.J., el auto de Apertura de Juicio Oral dictado sobre la base de tal escrito es igualmente nulo, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela judicial efectiva integra el derecho a conocer la acusación formulada; y si llegado el límite de calificación, la acusación se plantea de forma defectuosa o incompleta y la única solución debió haber sido tenida por no hecha.

Continúa la meritada defensa que el significado de la acusación, por muy provisional que sea, exige unas cotas de

precisión de la conducta más alta de la imputación, y de ahí que sea necesario concretar qué conducta de Gonzalo Crespo hubiere permitido sentarle en el banquillo de los acusados, pues no puede reconocerse de los discursos acusatorios provisionales de las acusaciones que por su carácter genérico, vago e impreciso debieron haberse reputado nulo e ineficaz a los efectos de la apertura del juicio oral, toda vez que no se subraya lo nuclear para considerar válida la acusación frente a Sr. Crespo, esto es, no se sintetiza la modalidad de contratación pública del art. 436 del CP elevándose a categoría de indicio de delito el concurso convocado para contratar la opción de compra. Ni qué acto específico de esa modalidad de contratación pública tuvo la intervención Gonzalo Crespo, ya que fuera del Consejo de Administración, Comisión Ejecutiva o Mesa de Contratación, órgano en los que participaba no como autoridad sino como Presidente, sin que se señalen los vestigios concretos de los que se sirven las acusaciones. Destaca la defensa que el Sr. Crespo no fue llamado a la causa a iniciativa de las acusaciones sino como consecuencia del interés mostrado por una de las partes para que declarara como testigo, lo que le convirtió en imputado por ser integrante de la mesa de contratación. Siendo tan inconcretas las acusaciones debieron ser consideradas ineficaces y nulas.

Y basándonos en la misma jurisprudencia esgrimida por la defensa, ésta nos lleva a la solución contraria. Tal y como recoge la STS de 15 de diciembre de 2016: *“Es indudable que el derecho a ser informado de la acusación forma parte de las garantías que derivan del principio acusatorio. El Tribunal Constitucional es constante en manifestar que el derecho a ser informado de la acusación encierra un « contenido normativo complejo » cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC 12/1981, de 10 de abril, F. 4 ; 95/1995, de 19 de junio , F. 3 a); 302/2000, de 11 de diciembre , F. 2). (...) Complementariamente, la doctrina constitucional refleja que el adecuado desarrollo del derecho de defensa no sólo exige del conocimiento de ser sujeto pasivo del procedimiento, sino de cuáles son los hechos concretos en los que se atribuye una participación, pues las posibilidades de defensa se concretan inicialmente en saber cuál es el factum objeto de proceso y no -*

*como parece pretender el recurrente- en el juicio de subsunción típica que puedan merecer unos acontecimientos cuyas circunstancias concretas están todavía pendientes de ser esclarecidas y definidas. Una información que -sólo cuando se hayan recabado las necesarias fuentes de prueba-, deberá complementarse con el alcance jurídico que las acusaciones personadas atribuyen a los hechos investigados, pues sobre esta dimensión normativa también debe poderse ejercer una defensa contradictoria. En todo caso este derecho de información, de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, debe de abordarse de acuerdo con el tipo del proceso y con la legalidad reguladora del mismo ( STC 211/91, de 11-11 ), habiendo establecido la doctrina constitucional ( ATC 135/2002, de 22-7 , con base en las SSTC 225/1997, de 15-12 y 87/2001, de 2-4 ) que " no es constitucionalmente imprescindible que la imputación quede plenamente fijada en el acto de imputación ante el Juez de Instrucción, pudiéndose concretar a lo largo de la instrucción hasta el escrito de calificaciones provisionales, de manera que en la contestación al mismo el acusado puede proponer las pruebas que estime pertinentes y ejercer a partir de ese momento plenamente su defensa tanto frente a los hechos como frente a sus calificaciones jurídicas, así como durante el juicio oral ".*

En su sentencia 34/09, de 9 de febrero, el Tribunal Constitucional (...) manifestó que " Al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, este Tribunal ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que «forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación» (...) Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener «los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito», que es lo que ha de entenderse «por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa» ( STC 87/2001, de 2 de abril [RTC 2001, 87], F. 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita.

sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 36/1996, de 11 de marzo [RTC 1996, 36], F. 5 ; 87/2001, de 2 de abril [RTC 2001, 87], F. 5 ; 33/2003, de 13 de febrero [RTC 2003, 33], F. 3 ; 299/2006, de 23 de octubre [RTC 2006, 299], F. 2 ; 347/2006, de 11 de diciembre [RTC 2006, 347], F. 2".

No se comparte los argumentos expuestos por la defensa del Sr. Crespo, a la que se han adherido los restantes, toda vez que a lo largo de la Instrucción se ha informado por parte del Juzgado Instructor de los hechos que se le imputan y en el auto de Procedimiento Abreviado se contienen un relato de hechos también pormenorizado. Se refieren concretamente a los escritos de conclusiones provisionales de las tres partes acusadoras.

Y en este extremo, de conformidad con el art. 783 de la LER el Juez de Instrucción comprobó si se formulaba acusación, o en su caso sobreseimiento del 637 y 641 de la LECR, así como si los escritos reunían los presupuestos del art. 650, actuación llevada a cabo a través del auto de PROA y de Juicio oral.

No trata de una acusación inconcreta, ineficaz y no existe infracción del principio acusatorio, sin que pueda estimarse ab initio que cause indefensión toda vez que existe en el apartado primero de los respectivos escritos a priori, modificado en el trámite de conclusiones, en los que se contiene hechos fundamentadores de la presunta responsabilidad, sin que pueda advertirse ausencias que conlleven la imposibilidad de subsunción lógica de unos hechos al caso concreto y a la infracción penal del tipo penal por el que son acusados.

De esta manera el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación da respuesta a las exigencias al 650 del CP, recogiendo en su apartado primero los hechos que considera punibles, desglosando en el A) los actos que estima integrantes del tipo del 436 del CP y en el B) la existencia o no de prevaricación, desglosando acciones, autores y penas. Igual en relación a sendas acusaciones.

Y en este punto, el Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales, atribuye hechos concretos y específicos, enlazándolo con quien entiende que es el autor o

cooperador de los mismos, así en su primer escrito, el de conclusiones provisionales concreta que: "el Director General de Mercasevilla, el acusado Fernando Mellet Jiménez, junto al consejero de Mercasevilla, el acusado Domingo Enrique Castaño, intentaron convencer a la empresa Larena para que desistiera del pleito, ofreciéndole otras oportunidades de negocio, pero ante la falta de acuerdo con la empresa Larena, quien ya había perdido el interés por construir en los terrenos de Mercasevilla, decidieron buscar otra empresa interesada en explotar los suelos y que por tanto pagara el canon mensual, poniendo fin al pleito. (...). Posteriormente continua que "los acusados contactaron con Sando, pactaron con Sando, llegando a elaborar un protocolo entre Mercasevilla y la filial de Sando, Sanma. Esta idea fue manifestada por los acusados Fernando Mellet y Jorge Piñero Gálvez en la reunión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de fecha 28 de junio de 2005. Luego en la reunión de fecha 15 de julio de 2005, los acusados reiteraron la idea citando a Sando (...)la segunda parte del acuerdo no se pudo consumir ante la resistencia al modo de adjudicación directa de los terrenos que los acusados Fernando Mellet, Domingo Enrique Castaño, Antonio Rodrigo Torrijos y Gonzalo Crespo Prieto encontraron en los restantes miembros del consejo de Administración de Mercasevilla público, los acusados encargaron la confección del pliego de condiciones a los acusados Jorge Piñero Gálvez, a la sazón vicesecretario del consejo, a la también Consejera M<sup>ra</sup> Victoria Bustamante Sainz y a José Antonio Ripollés Muñoz. Los tres confeccionaron un pliego a la medida de los intereses de Sando. Ya desde el mes de Julio de 2005, los acusados informaron a la empresa Sando de este cambio y garantizaron a sus responsables, los acusados Luis Sánchez Manzano, José Luis Miró Morales y José Luis Sánchez Domínguez que el concurso les sería adjudicado, manteniendo desde esa fecha comunicación permanente sobre los términos del pliego y la valoración de cada cláusula, lo que permitió a Sando y a su filial Sanma preparar con mucha antelación su oferta. (...) En las cláusulas del pliego elaborado se introdujeron dos que tenían como fin favorecer a Sando. (...) Además de esa manera Sando se aseguraba que (...). Aprobado el concurso, se publicó el pliego de condiciones y abiertas las plicas, la mesa de contratación encargó a los acusados M<sup>ra</sup> Victoria Bustamante y José A. Ripollés, que hicieran la valoración de todas las ofertas, lo que hicieron favoreciendo los intereses de Sando. Así valoraron (...) los acusados penalizaron la oferta más ventajosa

económicamente (...) Entregada la valoración, la Mesa de Contratación en fecha 13 de febrero de 2006 propone a la Comisión Ejecutiva que elija la oferta de Sanma. b.-Como consecuencia de todo lo anterior, el acusado Fernando Mellet, en nombre de Mercasevilla y el acusado Luis Sánchez Manzano, en nombre de Sanma, empresa del grupo Sando, firmaron en fecha 23 de febrero de 2006, el contrato de opción de compra.

Para el Ministerio Fiscal Los hechos narrados son constitutivos en el apartado primero A.- Un Delito de fraudes y exacciones ilegales del art. 436 del Código Penal que atribuye a Fernando Mellet Jiménez, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo Crespo Prieto, Maria Victoria Bustamante Sainz, Domingo Enrique Castaño Gallego y Jorge Piñero Gálvez, y como cooperadores necesarios, en calidad de extraneus José Antonio Ripollés, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luís Miró Morales B.- Un Delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, que cuya autoría lo conecta a Fernando Mellet Jiménez y como cooperador necesario en calidad de extraneus Luis Sánchez Manzano.

Es decir, del escrito de calificación del Ministerio Fiscal se concretan acciones u omisiones que han orientado totalmente el debate sobre qué hechos constituyen el objeto de la acusación e indicando al acusado la dirección del ataque y las pruebas en que éste se basará, a fin de que el inculpado pueda disponer adecuadamente su defensa. Por consiguiente, no existe indeterminación en la acusación y no ha generado indefensión de los acusados. Cuestión distinta es si los hechos recogidos en el escrito constituyen o no las infracciones penales de los artículos 404, 436 o 295 del CP, y por tanto si se subsumen en los elementos integrantes del tipo, cuestión a resolver de fondo.

Tampoco pueden compartirse que desde un inicio las acusaciones no compendian la resolución que consideren administrativa y causante de la "prevaricación", toda vez que al menos en el escrito del Ministerio Fiscal, aparece recogido en el hecho segundo y sólo describen una de ellas la de 23 de febrero de 2006, y tal y como posteriormente se analizará en la acusación particular se describe pormenorizadamente el acto complejo.

Es decir, el citado escrito reúne las exigencias precisas para que el acusado obtenga el conocimiento como sujeto pasivo que es del procedimiento, cuáles son los hechos concretos en

los que se atribuye una participación, lo que ha permitido, como es de ver, solicitar medios de prueba y participar en ellas, habiendo podido defenderse de la misma, como efectivamente ha hecho. Y como recoge la STS de 15 de diciembre de 2016: "no es constitucionalmente imprescindible que la imputación quede plenamente fijada en el acto de imputación ante el Juez de Instrucción, pudiéndose concretar a lo largo de la instrucción hasta el escrito de calificaciones provisionales, de manera que en la contestación al mismo el acusado puede proponer las pruebas que estime pertinentes y ejercer a partir de ese momento plenamente su defensa tanto frente a los hechos como frente a sus calificaciones jurídicas, así como durante el juicio oral "

Lo mismo hay que argumentar respecto a las restantes acusaciones, que en cinco folios de hechos concretan la participación que entienden llevaron a cabo los acusados por el delito societario como autores y cooperadores necesarios, llegando incluso a especificar en qué consiste el dominio del hecho. A tal efecto comienza con la fijación de los elementos jurídico penales integrantes del 295 del CP. En su escrito con fecha de entrada el 29 de diciembre de 2014 subraya "los hechos concretos de imputación" a los siguientes: el acusado D. Fernando Mellet como Director General de la compañía, elevó el 15 de julio de 2005 una propuesta de solución a la Comisión Ejecutiva, órgano ejecutivo formado por una representación de los miembros del Consejo de Administración entre los que se encontraban los también imputados Sres. Rodrigo Torrijos, Crespo Prieto y Castaño Gallego que pasaba por la sustitución en la posición negocial de Sanma, filial del grupo inmobiliario Sando. A esta iniciativa se habría llegado por el Sr. Mellet como consecuencia de las instrucciones recibidas por D. Domingo Enrique Castaño quien le habría indicado que el grupo Sando tenía serios intereses en posicionarse en Mercasevilla dada la reciente modificación del PGOU que reconocía una importante edificabilidad a los terrenos de la Unidad Alimentaria, así como de cara al proyecto de futuro traslado de las instalaciones a una nueva ubicación. La solución se planteaba, inicialmente, como una subrogación de Sando por Larena, así como una sucesiva opción de compra sobre la totalidad de los terrenos del Mercado Central a adjudicar a dicha entidad. Una vez manifestada la conformidad por parte de los representantes de Sanma puede entenderse que los acuerdos estaban prácticamente alcanzados (...) A pesar de que inicialmente la operación se había diseñado y

consensuado en base a una adjudicación directa, (...) se decidió por la forma del concurso público, desestimando la subasta pública, opción que habría sido la más ventajosa para los intereses de la compañía. (...) Los acusados Rodrigo Torrijos, Crespo Prieto, Castaño Gallego Y Mellet Jiménez decidieron la opción del concurso público puesto que, como más tarde se comprobaría, resultaría una forma en Ja que más fácilmente podría conseguirse el resultado final pretendido que no era otro que la adjudicación última a Sanma. (...) Por parte de la Comisión Ejecutiva se encargó la elaboración de los pliegos de condiciones que servirían de base al concurso al letrado D. Jorge Piñero Gálvez, y a los técnicos Dña. María Victoria Bustamante y D. José Antonio Ripollés y sería la propia beneficiaria final, Sando, quien remitiría a la propia Mercasevilla "su" propio modelo de pliego (...). Con la referida condición Sanma y también los hoy acusados se aseguraban que su oferta en la licitación partiera con una importantísima ventaja sobre el resto de licitadores ya que era la única entidad con la capacidad y solvencia necesaria para una operación de esta envergadura que cumplía el criterio exigido. (...) La cláusula de limitación al alza, (...) gravemente perjudicial que ha de considerarse para los intereses de Mercasevilla (...) En esta limitación tuvo una muy directa participación el acusado Rodrigo Torrijos que, consciente de capacidad de control en la compañía y dominio del hecho, claramente mayor inclusive que el del propio Presidente del Consejo de Administración el también acusado Sr. Crespo Prieto, impondría en el Consejo de Administración de 30 de noviembre, el criterio "*distinto a los meramente economicistas y desde luego no especulativos*" que habría de seguirse en el proceso de licitación pública que se iba a acometer. Esta finalidad política impuesta a una sociedad privada (Mercasevilla) por el socio mayoritario (Ayuntamiento de Sevilla) a través de su representante (el Sr. Rodrigo Torrijos), supone un acto claro y notorio de administración fraudulenta, adoptándose un acuerdo perjudicial para los intereses de la mercantil, contraviniendo los más lógicos criterios empresariales que, como decimos, deberían haber primado sobre los particulares de cualquier representante político. (...) Ha resultado acreditado igualmente que, por parte de los miembros de la Mesa de Contratación, se efectuó una valoración fraudulenta de las distintas ofertas presentadas, manipulando inclusive los informes de algunos de los técnicos a fin de determinar el resultado buscado. Como consecuencia de las valoraciones de las distintas ofertas, realizaron una

propuesta de adjudicación a la Comisión Ejecutiva que de una forma totalmente fraudulenta escondía una previa adjudicación y los compromisos alcanzados entre los gestores de ambas entidades, los cuales habían sido mantenidos en secreto y ocultados a la mayor parte de los consejeros y, por supuesto, a los accionistas. En definitiva, y a los efectos que a esta parte interesa, los acusados diseñaron un proceso de enajenación del principal activo de la compañía, (...) para beneficiar a un tercero, la compañía Sanma. (...)

Y en este caso, ninguna duda existe de la atribución de los hechos por parte de Asociación, que sintetiza las vicisitudes que entiende que constituyen los elementos del tipo, fijando los autores, retirando en sus conclusiones respecto a tres de ellos, así como la participación que creer tuvo cada uno de ellos, y el perjuicio que entiende se originó a la sociedad. No cabe hablar de indefensión. Basta con leer este resumen de la calificación primera para evidenciar que reglan conductas y atribuyen autorías y en su caso cooperación, permitiendo a las partes conocer la infracción penal enjuiciada y acusada previamente, así como emplear los medios precisos para combatirla.

Igual sucede con Mercasevilla y su escrito de 5 de enero de 2015 que en su apartado primero y en nueve folios destina a concretar los hechos que entiende tuvo participación Fernando José Mellet Jiménez, Domingo Enrique Castaño Gallego, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo María Crespo Prieto, Jorge Piñero Gálvez, José Antonio Ripollés Muñoz, María Victoria Bustamante Sanz, Luis Sánchez Manzano, José Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales, calificados provisionalmente como de delito del 436 del Código Penal, Y del artículo 404 del Código Penal, entendiéndolo como autores a los Sres. Fernando José Mellet Jiménez, Domingo Enrique Castaño Gallego, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo María Crespo Prieto, Jorge Piñero Gálvez y María Victoria Bustamante Sanz, y en condición de *extraneus*, resultan autores de los citados delitos los Sres. José Antonio Ripollés Muñoz, Luis Sánchez Manzano, José Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales. A tal resultado, narra de forma exhaustiva y especificidad: (...) Fernando Mellet Jiménez, en una sesión de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla, propuso, contemplado como estaba el traslado de la unidad alimentaria en el proyecto de modificación del PGOU, ofertar una opción de compra por la totalidad de los terrenos de Mercasevilla SA., lo cual solucionaría el contencioso mencionado

anteriormente con Larena 98 SL., además de proporcionar una importante inyección económica para la entidad Mercasevilla SA. (...) se iniciaron en mayo de 2.005 negociaciones entre el Sr. Mellet con los señores Luis Sánchez Manzano, José Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró, representantes del grupo Sando, que fueron presentados al Sr. Mellet por Domingo Enrique Castaño (...). Al grupo Sando se le hizo saber por el Sr. Mellet que la adquisición del derecho de opción de compra necesariamente estaría condicionada a la subrogación en la posición que Larena 98 SL (...). Por lo anterior, y ante la proposición, plasmada incluso en un protocolo de intenciones redactado en connivencia entre el Sr. Mellet y el grupo Sando, consistente en que Sanma, filial del grupo antedicho, se subrogara en el derecho de superficie que ostentaba Larena 98, obteniendo igualmente una opción de compra sobre los terrenos en los que situaba Mercasevilla, es por lo que el Sr. Mellet introdujo en la sesión de la Comisión Ejecutiva del 28 de junio de 2005 la posibilidad de concertar la meritada operación de opción de compra, reservándose en ese momento mención alguna hacia el grupo Sando. Posteriormente, se acordó facultar al Sr. Mellet para convenir en la subrogación del derecho de superficie y transaccionar extrajudicialmente con la entidad Larena 98 SL., (...), y ello a pesar de tener ya el Sr. Mellet acordadas con carácter previo las condiciones de la adjudicación con el grupo Sando. En cuanto a la licitación pública, (...) tanto el Sr. Mellet como el Sr. Rodrigo Torrijos presionaron al objeto de que se convocara un concurso en lugar de la subasta, puesto que el concurso les concedía mayores garantías para predeterminar la adjudicación final con quien ya habían adquirido el compromiso de adjudicar la opción de compra. Continuaron llegándose a redactar un llamado protocolo de intenciones con unas condiciones parecidas a las que finalmente presentó y por las que le fue adjudicada la licitación a Sanma. Por la insistencia de los Sres. Mellet, Rodrigo Torrijas y Castaño frente a la reticencia (...) se acordó la licitación pública mediante concurso con la confabulación, habida cuenta los antecedentes obrantes y a los que se ha hecho mención, por parte de los imputados Mellet, Gonzalo Crespo, Castaño, Rodrigo Torrijas, Sánchez Domínguez, Sánchez Manzano y Miró para que el concurso se predeterminara de tal manera que fuese adjudicado a Sanma, siendo que para ello, y con conocimiento expreso de la predeterminación de la adjudicación del concurso, encargaron la redacción del Pliego de Cláusulas a los también acusados Sres.

Jorge Piñero, José Antonio Ripollés y M<sup>a</sup> Victoria Bustamante, personas que, habiendo recibido las instrucciones precisas para ello, se prestaron a la confección del Pliego de Cláusulas al exclusivo objeto de adjudicar la licitación a la oferta que presentara Sanma, finalidad que previamente a la redacción del pliego, conocían. (...), y que concluyó en la consumación del ardid al haber sido adjudicado el concurso a la entidad a la que se pretendía beneficiar. (...) reflejándose, por el contrario, en el Pliego, que los citados terrenos se encontraban libres de toda carga, lo que impidió que otros licitantes conocieran la existencia de este derecho, y vició el meritado Pliego, resultando igualmente perjudicados los intereses económicos de quien me manda, con lo que el propósito ilícito argüido por los acusados aseguraba su exitosa culminación, pues todos ellos fueron plenamente conscientes de que ninguna otra entidad licitadora ostentara derecho alguno de tal naturaleza.(...) En cuanto a la valoración y baremación de las ofertas, fueron efectuadas por los acusados Sr. Ripollés y Sra. Bustamante, beneficiando igualmente a Sanma en perjuicio de los intereses de Mercasevilla SA de una manera arbitraria, parcial e ilícita y plegándose a las directrices cursadas por los otros acusados. De esta forma, en referencia a la valoración del precio de la opción, se benefició consciente y fraudulentamente a Sanma (...) los acusados valoraron el citado derecho otorgando una posición más que ventajosa a la finalmente adjudicataria. En referencia a la oferta económica, (...), los Sres. Ripollés y Bustamante, siguiendo criterios de los demás acusados en confabulación con los empresarios del grupo Sando, y para beneficiar a éstos, la consideraron temeraria en aplicación de la controvertida e inusual cláusula de limitación al alza. (...) En fecha 15 de febrero de 2.006, y a propuesta de la Mesa de Contratación, en reunión de la Comisión Ejecutiva, se acuerda aprobar la adjudicación del concurso a Sanma que culmina con el contrato ya referido de fecha 23 de febrero de 2.006 que contiene, una contradicción absoluta con la valoración de la oferta económica que ha sido objeto de adjudicación, al considerar la Mesa de contratación, que asumió íntegramente el informe redactado por los Sres. Ripollés y Bustamante como pago al contado el precio de opción. Finalmente, cabe destacar que el Sr. Castaño en septiembre de 2.007, tras cesar como Consejero de Mercasevilla SA., entró a prestar sus servicios con la categoría de Director en una de las compañías pertenecientes al grupo SANDO.

Es por ello, que tanto el escrito de calificación del artículo 650 como el de conclusiones definitivas (del que no se ha petitionado nulidad ni infracción alguna), ha cumplimentado en su totalidad la función de orientar el objeto del procedimiento, previa fijación en el auto de apertura del juicio oral, precisando qué hecho o hechos constituyen el objeto de la acusación e indicando a los acusados la dirección de la ofensiva y las pruebas en que éstos se basarán, a fin de que todos los inculpados conozcan desde un inicio de los hechos objeto de investigación, han dispuesto adecuadamente su defensa. Insistimos, no existe indeterminación del escrito, ni de los hechos punibles. Los acusados se han percatado de los sucesos imputados, con su posibilidad de defensa, sin que exista deficiencia formal, sin que se trate de meras referencias genéricas, de forma que no procede la nulidad de los escritos y de lo actuado.

No nos hallamos en el supuesto blandido por la defensa del Sr. Crespo como artilugio jurídico destinado a la nulidad de las acusaciones. Basta con leer el auto de 19 de julio de 1997 para comprobar que no se trata de simples comentarios generales, sin que pueda empuñar como base la ausencia de hechos concretos, dado que las acusaciones fijan y describen actos y omisiones sobre los que específicamente basan sus responsabilidades. Reiteramos, no existe ausencia de hechos concretos y fijados, exponiéndose una acusación criminal, habiendo sido informados todos de los hechos objeto de acusación, previa imputación, con un auto de PROA suficientemente detallado, y AJO que contiene todas y a cada uno de los hechos objeto de acusación, así como los tres escritos de calificación, sin que pueda apreciarse acusación vaga, tácita, imprecisa habiendo facultado a todos los acusados conocer la causa por la que se hallan en este procedimiento penal, habiendo dispuesto y disfrutado de los mecanismos de defensa, al conocer desde el momento procesal oportuno el sustrato fáctico atribuido a cada uno de los acusados, ya sea individualmente ya sea en conjunto, como previo concierto o confabulación, como emplea Mercasevilla.

Procede desestimar esta cuestión previa. En la STS de 4/03/2009 no se requiere que el relato fáctico tenga que ser exhaustivo, es decir, un relato minucioso y detallado o pormenorizado, porque las exigencias del principio acusatorio son materiales.

Y la STS de 2 de junio de 2016: *"Con respecto a los requisitos del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional tiene declarado que este principio "admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso" (STC 53/1987).*

*Y en la misma dirección se pronuncia el supremo intérprete de la Constitución cuando afirma que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, y tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia" ( SSTC 11/1992 , 95/1995 , 36/1996 , 225/1997 y 302/2000 ). También argumenta el Tribunal Constitucional que "el debate procesal en el proceso penal vincula al Juzgador, impidiéndole excederse en los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse" ( SSTC 205/1989 , 161/1994 y 225/1997 ). Por último, el principio acusatorio implica que "nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado previamente contra él una acusación suficientemente determinada , por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria, de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria ( SSTC 95/1995 y 302/2000 ). Y advierte, en igual sentido, que el art. 24 de la Constitución prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes (SSTC 9/1982, 20/1987 y 87/2001), por lo que deben rechazarse las llamadas acusaciones tácitas o implícitas (SSTC 163/1986, 319/1994 y 230/1997). Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 299/2006 , de 23 de octubre , al tratar en la vía de amparo el derecho a ser informado de la acusación que se anuda en la demanda al carácter "confuso e inconcreto" del escrito de acusación*

presentado por la querellante, argumenta el TC que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo" cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados , para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC 12/1981, de 10 de abril ; 95/1995, de 19 de junio ; y 302/2000, de 11 de diciembre ). Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa " (STC 87/2001, de 2 de abril). Por eso, sigue diciendo la referida sentencia 299/2006 , no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados ( SSTC 9/1982, de 10 de marzo ; 163/1986, de 17 de diciembre ; 17/1989, de 30 de enero ; 358/1993, de 29 de noviembre 1996 , de 11 de marzo; 87/2001, de 2 de abril ; y 33/2003, de 13 de febrero ). La doctrina que se acaba de exponer ha sido también acogida en numerosas sentencias por la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Y así, en las resoluciones que se han ido dictando al respecto se afirma que el juez penal no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso y que no han sido objeto de acusación, imponiéndose como exigencia de carácter material que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de la acusación (STS 865/1997, de 13-6). Y especifica también que las conclusiones definitivas constituyen la cuestión a dilucidar, el tema, los límites del juicio y la vinculación del Tribunal, integrando el apoyo básico para la construcción de la sentencia (SSTS 18-11-1991; 1/1997, de 28-10; y 1259/2000, de 13-7). (...) Esta jurisprudencia sobre las exigencias procesales del principio acusatorio sólo se ve aligerada en su rigor y exigencia por la distinción entre hechos

*nucleares o básicos del tipo delictivo y hechos totalmente accesorios o periféricos, que en realidad sólo aderezan o complementan la narración histórica sin afectar a su esencia. En lo que concierne a estos últimos el Tribunal Supremo se muestra mucho más flexible y abierto en sus criterios, de tal forma que si bien con respecto a la base fáctica de la acusación el juzgador no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurara en la acusación, sí permite, en cambio, ampliar los detalles o circunstancias de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el plenario en aras de una mayor claridad expositiva o de una mejor comprensión del supuesto de hecho enjuiciado ( SSTS 669/2001, de 18-4 ; y 1223/2001, de 19-6 , entre otras muchas)*

Se adiciona que se ha producido una modificación de los escritos de conclusiones, sin que las defensas, hayan entendido que estos le hubieren ocasionado indefensión. Y es por ello, que al desarrollar las acusaciones el bosquejo general incriminatorio en la descripción de hechos concretos del escrito de acusación tanto pública como privada no puede entenderse que existan omisiones irresolubles ni que los añadidos sean inadecuados desestructurados y carentes de sistematización, de forma que no se ha generado una indeterminación, inseguridad en las pretensiones constitutivas de los elementos integrantes de los diversos tipos penales.

#### **5.- NULIDAD DE LO ACTUADO POR DECLARACIÓN COMO TESTIGO DE MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE, PREVIA A SU DECLARACIÓN COMO INVESTIGADA.**

La acusada María Victoria Bustamante prestó declaración como testigo con las advertencias de los arts. 434 y ss. de la LECr en los folios 602-605, si bien no existe vulneración del art. 25,2 del CP y de los arts. 118, 520, 309 y 789 de la LECR.

El día 27 de abril de 2009 se incoan diligencias previas, resultando que de los autos el Juzgado de Instrucción, ab initio, se entendió que sólo existían indicios racionales de criminalidad contra Fernando Mellet Jiménez, Daniel Ponce Verdugo, Regla M<sup>a</sup> Pereira Baus y Antonio Rivas Sánchez, acordándose el día 17 de julio de 2009 diligencias de investigación, resultando que tanto Fernando Mellet (28 de julio de 2009) como Daniel Ponce (30 de julio de 2009) se acogen a su derecho a no declarar y el

mismo día 28 de julio, tras la declaración de Fernando Mellet se dicta providencia acordando la declaración testifical de José Antonio Ripollés Muñoz y María Victoria Bustamante Sainz, técnicos que elaboraron el informe de estudio y valoración de las ofertas para la adjudicación por concurso de un derecho de opción de compra de parcela de Mercasevilla y a Jorge Piñero Gálvez, por entender inicialmente por el Juzgado de Instrucción que la actuación de ambos técnicos se limitó a lo expuesto en su providencia.

En la misma fecha se procede a la declaración testifical del Sr. Ripollés, quien a preguntas de un querellante aclara que: "Que el declarante no recuerda si difería mucho el cronograma encargado al estudio de arquitectura y el contenido en la oferta de Sando. Que los técnicos, el declarante, Jorge Piñero y una técnica de urbanismo del Ayuntamiento, estudiaron una a una las ofertas presentadas en el concurso público, sin tener en cuenta todo lo que hubieran podido elaborar con anterioridad", sin que mencionara expresamente a María Victoria Bustamante, quien procedía inmediatamente a prestar declaración como testigo.

Si bien en la citada declaración, la Sra. Bustamante, tras prestar juramento o promesa, comienza con sus manifestaciones para lo que fue citada, para dar explicación de los informes previos a su intervención y la valoración del concurso, dando explicación de ello, si bien admitiendo su participación en la elaboración del pliego de condiciones para el concurso, especificando que llevó a cabo un informe inicial al concurso y haciendo un avance y estudio sobre todos los pasos que había que dar para el traslado de Mercasevilla, continuando con la admisión de su participación en un borrador del pliego de condiciones que remitió por correo electrónico a Jorge Piñero, que lo iba corrigiendo previa consulta de la declarante con el citado Sr. Piñero y con Fernando Mellet. Que al borrador final le dio el visto bueno el Secretario del Ayuntamiento, aclarando el contenido de las cláusulas controvertidas, como la de limitación al alza.

Y tal es la convicción inicial de su no participación por parte del Juzgado de Instrucción que, el 30 de julio, al recibir declaración de imputada a Regla Pereira (folio 591 y ss.) se añaden preguntas sobre si existe o no conocimiento de Enrique Castaño, Antonio Rodríguez Torrijos, Alfonso Mir y Manuel Marchena, sin que se mencione en la declaración a María

Victoria Bustamante.

Pero es más, basta con comprobar que el día 7 de agosto de 2009 se presenta escrito por parte de Jorge Piñero al Juzgado en el que literalmente se expone: "Posteriormente, sin embargo, la Dirección de la Sociedad me encargó la redacción del Pliego de Condiciones en estrecha colaboración con los cualificadísimos técnicos que ya estaban interviniendo (Dña. Victoria Bustamante, funcionaria de la Gerencia de Urbanismo, y D. José Antonio Ripollés, economista, ambos con dilatada experiencia en concursos públicos, la primera por la preparación de los mismos y el segundo por su frecuente intervención profesional en ellos), así como con los servicios jurídicos de la Empresa Nacional Mercasa Más adelante me referiré al modo en que fue confeccionado dicho Pliego de Condiciones. (...) Como ya he adelantado, aunque la redacción formal del Pliego me fue encomendada, el propio encargo partía ya de la base de que algo tan complejo requería de la colaboración máxima posible de los técnicos y expertos de los entes implicados (la propia Mercasevilla S.A., con sus técnicos propios o contratados, y sus socios Excmo. Ayuntamiento de Sevilla y Empresa Nacional Mercasa, con los respectivos servicios jurídicos) y por ello ya de entrada se determinó que M<sup>a</sup> Victoria Bustamante, técnica de la Gerencia de Urbanismo, de altísima formación jurídica en materia de contratación pública y de amplísima experiencia en la preparación de concursos públicos, me proporcionase, como lo hizo, modelo de Pliegos de Condiciones de concurso público para, con su ayuda constante e inestimable, bajo su inmediata y continua supervisión y con la intervención de muchos otros expertos, adaptarlo al supuesto concreto de que se trataba". Y llega en su escrito a exponer que la "elaboración del Pliego fue el resultado de una labor conjunta de muchas personas, todas ellas más expertas que el exponente en Derecho Público, (...) reiterando nuevamente la participación de María Victoria Bustamante, subrayando que respecto a María Victoria Bustamante, si bien no puedo recordar en qué momento fue incorporada, sí que recuerdo perfectamente las siguientes circunstancias, que fue aportada por D<sup>a</sup> Victoria Bustamante, aunque ignoro si por propia iniciativa o por la de la Dirección General de Mercasevilla o la de tercero, y que le argumentó siempre que esa cláusula era absolutamente habitual en toda clase de concursos públicos de carácter administrativo y que ella misma la había utilizado con esa habitualidad, en lo que

estuvo de acuerdo siempre D. José Antonio Ripollés”.

Se procede a la unión de documental y práctica de declaración de imputado a Jorge Piñero el día 25 de septiembre de 2009 en la que, nuevamente, tras el escrito de agosto de 2009, incluye a María Victoria Bustamante como la autora del pliego de condiciones bastando con analizar sus declaraciones a las preguntas, especialmente la número 11, en la afirma sin género de dudas que Mellet le informó que tendría el apoyo continuo de la Sra. Bustamante; en la 12 : “Que en la ideación y elaboración de la cláusula del alza desproporcionada no tuvo intervención alguna. Y en la segunda, está seguro que en el borrador que le paso la Sra. Bustamante ya venía la cláusula de titularidad previa si bien no puede recordar si en reuniones posteriores se pudo haber hecho alguna ampliación o modificación de la redacción de la misma y 13 ; “ Que además la Sra. Bustamante le manifestó que en la práctica dicha cláusula era habitual en los concursos y el Sr. Ripollés no se opuso nunca a la misma y en este sentido quiere aportar tres pliegos de condiciones de otros concursos donde se recoge la referida cláusula. Que en relación a la cláusula de titularidades previas el compareciente no la considera en modo alguno injusta ya que el titular de cualquier derecho de ocupación sobre los terrenos de Mercasevilla, que con el nuevo plan de ordenación urbana iba a destinarse a uso residencial, iba a perder ese derecho y merecía una compensación. Y a preguntas del Letrado del Sr. Mellet: “Que según cree el declarante M. Victoria Bastamente y el Sr. Ripollés, fueron nombrados por indicación del Presidente de Mercasevilla Don Gonzalo Crespo Prieto para la contribución que tuvieron en la elaboración del pliego de condiciones. Y está seguro que fue nombrado por dicho Presidente para la valoración de las ofertas. Incluso a su propia defensa responde “Que los modelos de pliegos de condiciones que ha aportado en los que se incluye la cláusula de alza desproporcionada se han sacado de Internet y la persona que se lo ha dado le ha dicho dicen que proceden de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla”.

En la declaración de imputado del Sr. Piñero, posteriormente se une documentación relativa a Pliego.

Y todo ello, conlleva a la necesidad de dictar auto de 25 de septiembre de 2009, tras el escrito de Jorge Piñero, especialmente de 7 de agosto de 2009) y de su declaración, por el que se dicta auto en el que se acuerda la declaración como

investigados de la Sra. Bustamante y el Sr. Ripollés, a la vez que otras diligencias de instrucción, acordando su declaración para el día 22 de octubre de 2009.

Las actuaciones llevadas a cabo el día 1 de octubre de 2009, folios 824 y ss. tras auto de la misma fecha se encuentra asistida de su Letrado (folios 824 y 825), con anterioridad a su declaración, si bien teniendo en cuenta la providencia por la que mutaba su status, de ahí que se garantizaron sus derechos de defensa.

No existe infracción del art. 24 CE ni del 775 de la LECR, prestando declaración el día 5 de octubre de 2009 (folio 904 y ss.), acogándose a su derecho a no declarar.

La sentencia del Tribunal Constitucional 126/2011, de 18 de julio ( RTC 2011, 126 ), reiterando y extractando la doctrina anterior sobre el derecho de defensa en la fase de instrucción ( SSTC 14/1999, de 22 de febrero ( RTC 1999, 14 ) ; 19/2000, de 31 de enero ( RTC 2000, 19 ) ; 68/2001, de 17 de marzo ( RTC 2001, 68 ) ; y 87/2001, de 2 de abril ( RTC 2001, 87 ) ), recuerda que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas ( STC 273/1993, de 20 de septiembre ( RTC 1993, 273 ) ):

*a) Nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado. b) Como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación. c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión. Pero la materialidad de esa indefensión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre*

la posición del imputado”.

Y el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de julio de 2012: *“Razona el órgano judicial con base en las SSTC 186/1990 , 100/1996 , 149/1997 y otras citadas por éstas, conforme a las cuales una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el Juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible. (...)Sostiene el órgano judicial proponente que una de las reglas estructurales del proceso penal de adultos exigidas por el derecho al proceso con todas las garantías en nuestra jurisprudencia constitucional (citando las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 149/1997, de 29 de septiembre , entre otras), es la relativa al derecho que tiene toda persona a no ser acusado formalmente sin haber adquirido con carácter previo durante la instrucción la condición de imputado , a los efectos de que se le dé a conocer el hecho punible que se le imputa y ejercer su defensa sin límites desde ese momento , para que se le ilustre de sus derechos y especialmente del de ser asistido de letrado y para poder exponer su versión exculpatoria ante el Juez instructor. (...)Sostiene el órgano judicial proponente que una de las reglas estructurales del proceso penal de adultos exigidas por el derecho al proceso con todas las garantías en nuestra jurisprudencia constitucional (citando las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 149/1997, de 29 de septiembre , entre otras), es la relativa al derecho que tiene toda persona a no ser acusado formalmente sin haber adquirido con carácter previo durante la instrucción la condición de imputado , a los efectos de que se le dé a conocer el hecho punible que se le imputa y ejercer su defensa sin límites desde ese momento , para que se le ilustre de sus derechos y especialmente del de ser asistido de letrado y para poder exponer su versión exculpatoria ante el Juez instructor. (...)En definitiva, si, como recuerda la ya citada STC 18/2005, de 1 de febrero , FJ 5, lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es "garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona*

*inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [ STC 68/2001, de 17 de marzo , FJ 3 c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2 ; 14/1999, de 22 de febrero , FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero , FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3 ; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4 ; y 70/2002, de 3 de abril , FJ 4]”.*

Por otro lado, la de investigado es una situación temporal-jurídica; y procesalmente puede ser precursora de la acusación, y dado que es evidente que imputar significa la atribución a una persona de hechos que pudieran ser constitutivos de delito, la declaración en concepto de tal adquiere una importancia vital en cuanto al derecho de defensa, puesto que desde ese momento no cabe duda alguna de la condición del imputado, superior a la del mero sospechoso, que le hace acreedor de las garantías procesales necesarias en evitación de la indefensión. Además, es una declaración constante del Tribunal Constitucional la de que no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación, artículo 118 de la Ley Procesal Penal , se lesiona tal derecho fundamental si el instructor retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, lo cual en definitiva propicia una conducta procesal contraria al artículo 24 de la Constitución que además incide en la «prueba prohibida» del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En conclusión, el instructor no puede eludir, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la imputación, que el sujeto pasivo asuma el «status» de parte procesal (Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 mayo 1993 [RJ 1993\152] y varias más de 19 abril 1993 [RTC 1993\129]). (ST de AP de Castellón de 30 de diciembre de 2016)

Y en este caso, inicialmente no existían indicios racionales en la persona de María Victoria Bustamante, ni se ha retrasado de manera arbitraria, siendo que tras el escrito de 7 de agosto de 2009, y la declaración del Sr. Piñero, en el mes de

septiembre cuando se acuerda su declaración de investigada, sin que concurra intento de eludir que María Victoria Bustamante conociera su imputación, hasta el límite que la diligencia se practica en octubre de 2009.

Se desestima esta cuestión previa.

## **6.- PRESCRIPCIÓN DEL DELITO SOCIETARIO.**

El Acuerdo General de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 29 de abril de 1997, sustentó que los plazos señalados para la prescripción de los delitos, en función de las penas que pudieran corresponderles, venían determinados por las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas derivadas del caso concreto. Con posterioridad, el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de diciembre de 2008 recogió que "*Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997*", lo que se ha reflejado en nuestra Jurisprudencia indicando que no debe tenerse en cuenta el grado en que el delito fue cometido (consumación o tentativa), ni la participación concreta del acusado (autoría o complicidad necesaria o no necesaria), ni -menos aún- la concurrencia de circunstancias genéricas atenuantes o agravantes ( STS 7/2010, de 22-1. (STS de 24 de noviembre de 2016).

Es preciso determinar el momento en el que la infracción penal se encuentra consumada, a los efectos de fijar el comienzo del cómputo: "*La STS de 26 de enero de 2017: "Efectivamente, el artículo 295 no exige para cumplir las exigencias del tipo objetivo la realización de varios actos. Es posible, sin embargo, dado su tenor literal, (...dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones...), apreciar una unidad típica de acción cuando, establecida una determinada finalidad, el autor la ejecuta a través de varias acciones unidas por la obtención de aquel objetivo y ligadas por un vínculo temporal, aunque cada una de ellas fuera suficiente para determinar la consumación del delito. No será así si cada acción, resulta fácilmente identificable, responde a una finalidad o motivación diferente y se independiza de las otras en su ejecución, de forma que la primera acción se interrumpa,*

*alcanzada y agotada su finalidad, y en un momento posterior se aprovecha la idéntica ocasión para realizar otra acción similar, aunque distinta, ejecutada, a su vez, en uno o varios actos. Por otro lado, dando mayor relevancia a otros aspectos se ha negado que el periodo de un año entre uno y otro acto sea decisivo para excluir el delito continuado (STS nº 1032/2013, de 19 de diciembre), siempre que los demás datos apreciables revelen la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley. De la misma forma, tampoco impedirá la apreciación de una unidad típica de acción, siempre que ese lapso temporal no sea demostrativo de la interrupción de la primera o primeras acciones y del inicio y desarrollo independiente y separado de las posteriores.”*

*Y la STS de 20 de mayo de 2016: “Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, y se ratifica en la STS 656/2013, de 22 de julio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con “animus rem sibi habendi” y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad”, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador. En consecuencia, en el caso actual, y con aún en el supuesto de que el recurrente pudiese haber aceptado el descuento de las facturas libradas por la empresa del otro condenado, referidas a obras no realizadas, con la finalidad de favorecer su financiación, pero sin ánimo de pérdida definitiva del dinero transferido al patrimonio de la segunda empresa, el delito de administración desleal se consuma igualmente, pues la consumación solo requiere la realización de la actividad desleal, y la consiguiente producción de un perjuicio económico evaluable”.*

En este caso, se desprende, como después veremos que existe una unidad típica de acción que da lugar a un solo delito, que se entiende consumado en la del día 15 de febrero de 2006, fecha en la que la Comisión Ejecutiva aprobó por unanimidad, la propuesta de adjudicación a favor de Sanma, efectuada por la Mesa de Contratación (F. 2843 a 2849). Y último hecho

recogido en el escrito de calificación definitiva del Ministerio Fiscal y acusación particular como atribuible al órgano societario.

La Asociación Sindical Empresarial de Mayoristas asentadores de Frutas, Verduras y Hortalizas de Sevilla se personó en el procedimiento el 10 de marzo de 2011, (folio 8168) en su condición de accionista de Mercasevilla y como parte perjudicada, esgrimiendo que ya estaban en los autos como imputados D. Fernando Mellet Jiménez, D<sup>a</sup> Maria Victoria Bustamante Saiz, D. José Antonio Ripollés Muñoz, D. Luis Sánchez Manzano, D. Gonzalo Crespo Prieto Y D. Domingo Enrique Castaño Gallego, y otros, dirigiendo adicionalmente en su denuncia frente a D. Antonio Rodrigo Torrijos, en su calidad de vicepresidente y miembro de la Comisión Ejecutiva de la entidad Mercasevilla, S.A. Al mismo tiempo es de valorar que el Ministerio Fiscal, entiende que para el caso de que no concurren los presupuestos básicos de los fraudes y exacciones ilegales si son subsumibles dentro del delito societario del 295 del CP, analizando que lo único que distingue una u otra acción lo es el carácter mercantil o no de la entidad Mercasevilla, de manera que la imputación de esa acción existe desde un inicio, independientemente de la nomenclatura empleada para tipificar la acción, toda vez que se imputan hechos y acciones u omisiones pero no concretamente tipos penales, hasta los momentos de los escritos de calificación.

Si partimos de la fecha de consumación, la de 15 de febrero de 2006 y las penas previstas en el art. 295 del CP, prescribe a los 5 años (art. 295 CP en relación con el art. 131 p. 1 CP), la infracción penal no se encuentra prescrita. El Ministerio Fiscal formula acusación contra Fernando Mellet Jiménez, Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo Crespo Prieto, Maria Victoria Bustamante Sainz, Domingo Enrique Castaño Gallego y Jorge Piñero Gálvez y como cooperadores necesarios, José Antonio Ripollés, Luis Sánchez Manzano, Luis Sánchez Domínguez y José Luis Miró Morales, retirando en el mismo acto contra Antonio Rodrigo Torrijos. Y la Asociación reitera en su escrito de conclusiones contra Antonio Rodrigo Torrijos, Gonzalo M. Crespo Prieto, José Luis Sánchez Domínguez.

Hay que comprobar en cada uno de los acusados el momento en que el procedimiento se dirige contra el presunto culpable (art. 132.2 del CP), a los efectos de analizar si la infracción penal se hallaba o no prescrita, teniendo en cuenta la

nueva redacción del artículo 131.2 CP operada por la LO 5/2010 de 22 de junio, de forma resulta que sólo los actos judiciales de intermediación de carácter persecutorio tienen efecto interruptivo, de todo ello se infiere que ningún otro acto de parte tiene tal efecto, sino sólo la resolución judicial de carácter persecutorio y sustancial, ( Ver las SSTC 29/2008, 20 de febrero , 195/2009 de 28 de septiembre ; 2016/2009 de 23 de noviembre , 59/2010, de 4 de abril y 133/2011, de 18 de julio que reitera la doctrina de la STC 63/2005 de 14 de marzo ), propio de una puesta en marcha del procedimiento reveladoras de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis, de modo que las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos interactivos.

Y es por ello, preciso subrayar que resoluciones sustanciales se han originado inicialmente para evitar o no la prescripción del delito societario:

- Fernando Mellet la causa se dirige frete a él por auto de 27 de abril de 2009 (folio 1) y se recibe declaración el 28 de julio de 2009 (folio 150 y ss.), así como auto de 6 de octubre de 2009 (folio 108083 y ss.), auto de 15 de octubre de 2009, declaración el 22 de octubre de 2009 (folio 1269 y s), y de 2 de julio de 2010 (folio 5786 y ss.).
- Gonzalo M. Crespo Prieto, auto de 10 de diciembre de 2009 (folio 3166) en la que se acuerda su imputación recibándose declaración el 29 de enero de 2010 (folio 3722).
- María Victoria Bustamante Sainz: auto de 25 de septiembre de 2009 (folios 741 y ss.) y declaraciones 5 de octubre de 2009 (folios 904 y ss.), 11 de noviembre de 2013 (folios 12340 y ss.).
- Domingo Enrique Castaño Gallego: auto de imputación formal el 2 de noviembre de 2009 (folio 1921 y ss.), declaración el 17 de diciembre de 2009 (folios 3208 y ss.), y 11 de noviembre de 2013 (folios 12.342 y ss.).
- Jorge Piñero Gálvez, previamente citado como

testigo, y tras escrito de agosto de 2009 se acuerda declaración como investigado que se practica el 25 de septiembre de 2009 (folios 724 y ss.) así como imputación por auto de 6 de octubre de 2009 (1083 y ss.).

- José Antonio Ripollés: auto de 25 de septiembre de 2009 (folio 741 y ss.) y declaraciones el 5 de octubre de 2009 (folio 908 y ss.), y de 22 de octubre de 2010 (folios 3681 y ss.).
- Luis Sánchez Manzano, auto de imputación de 1 de diciembre de 2009 (folio 3136) y declaración el 29 de enero de 2010 (folios 3385 y ss.).
- Luis Sánchez Domínguez: auto de 1 de diciembre de 2009 (folio 3136 y ss.) y declaración de 22 de febrero de 2010 (folio 3675 y ss.).
- y José Luis Miró Morales: auto de 1 de diciembre de 2009 (folio 3136) y declaración el 8 de febrero de 2010 (folios 3461 y ss.).

Tratándose de un delito cometido con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010 habrá de estarse a los citados plazos de prescripción. El art. 295 fijaba penas de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, y conforme al art. 132 en la anterior redacción la infracción penal prescribía a los cinco para penas privativas de libertad por más de tres y que no exceda de cinco, teniendo en cuenta la regla del art. 132.3, se está a la que exige mayor plazo de prescripción, siendo de 5 años. El auto del TS de 26 de enero de 2017 cuando trata sobre administración desleal del anterior 295 lo fija en 5 años, para hechos cometidos antes de 2010.

Es por ello, que para estos acusados la infracción penal no se encuentra prescrita, sin que proceda el análisis respecto a Rodrigo Torrijos por haberse retirado acusación por ambas pública y particular en relación a esta infracción.

Y desde que se recibe declaración de investigado la causa no ha estado inactiva durante 5 años, sin perjuicio de las dilaciones indebidas o cuasi prescripción esgrimida por las partes.

Se desestima nuevamente esta oposición.

**7.- DILACIONES INDEBIDAS**, no es una cuestión previa, sino una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, que ha sido alegada por las partes tanto en los escritos de conclusiones provisionales como en definitivos, y sólo procede su examen tras el estudio de los elementos del tipo penal, la autoría y con ello, con la correspondiente sentencia condenatoria.

**8.- EXISTENCIA DE TRANSCRIPCIONES GRABADAS Y SU PRONUNCIAMIENTO EN LA STS DEL TS DE OCTUBRE DE 2014.**

Ya en sentencia del TS de 16 de mayo de 2014 se pronuncia sobre la nulidad de la transcripción de una grabación unida relativa a la conversación mantenida entre Fernando Mellet y Daniel Ponce el día 27 de enero de 2009 en el despacho del primero con los empresarios del Grupo La Raza, por vulnerar el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, declarando su nulidad.

Por auto de 29 de octubre de 2013, folios 12185 y ss. se acuerda por el Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla la unión de las transcripciones de la Segunda Grabación, adjuntado en folios 12191 al 12213. Y basta con comprobar, y no se ha practicado prueba en contra en el plenario que las personas referidas en la grabación que se adjunta lo son: José Ignacio Rojas, Pedro Sánchez Cuerda, Fernando Mellet, Regla Pereira y Juan Carlos Recio; y por ende no es la referida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia mencionada, con lo que no existe pronunciamiento previo por parte del TS sobre la nulidad de la citada transcripción.

**9.- INFRACCIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICIÓN POR APORTACIÓN DE LA DOCUMENTAL DE MANUEL BLANCO MONTENEGRO EN GUARDIA CIVIL, UNIDAD CENTRAL OPERATIVA, EN FOLIOS 9985 Y 11763, ATESTADO DE 27 DE JULIO DE 2012.**

Y en este extremo, la STS de 2 de febrero de 2017: *“Como ha destacado reiteradamente la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el principio de contradicción en el*

*proceso penal, hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, F. 4; 56/1999, de 12 de abril, F. 4; 79/2000, de 27 de marzo, F. 3). Se muestra así como una exigencia ineludible del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías, siendo obligación de los órganos judiciales posibilitarlo, y sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Se añade además la consideración de que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, F. 2 ; 162/1997, de 3 de octubre, F. 4 ; 102/1998, de 18 de mayo, F. 2 ; 79/2000, de 27 de marzo, F. 3 ; 154/2000, de 12 de junio , F. 2). Respecto del principio de igualdad de armas, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 178/2001, de 17-4 , indicaba que « del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia ( SSTC 66/1989, de 17 de abril, F. 12 ; 186/1990, de 15 de noviembre , F. 5). En esta línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen ( SSTC 102/1998, de 18 de mayo, F. 2 ; 114/2000 [RTC 2000, 114], de 5 de mayo, F.*

2; 154/2000, de 12 de junio , F. 2) ».

*Es evidente además que los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso, son de particular vigencia en dos trámites concretos de la fase de instrucción o de investigación, que es a la que el recurso viene referido:*

*a) En la fase de proposición de diligencias de investigación o de incorporación de los medios de prueba, en la que el investigado debe contar con las mismas opciones de propuesta que las acusaciones, sin perjuicio de la facultad rectora del Juez de instrucción a la hora de admitir y rechazar tales instrumentos en función de su pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos o para la determinación de los eventuales responsables y*

*b) En el momento de la práctica de tales diligencias. Tanto cuando las diligencias que vayan a ser practicadas hayan sido propuestas por la propia defensa, como cuando se practiquen de oficio o hayan sido impetradas por la acusación, la representación del investigado debe contar con las mismas posibilidades que el resto de las partes para interrogar a los testigos o para intervenir activamente en su práctica, si bien, más allá de una presencia material que puede ser modulable en función de la naturaleza de la diligencia o por el conflicto de la presencia de la parte con otros derechos que puedan resultar afectados, la defensa debe contar con una posibilidad, real y operativa, de interrogar o hacer interrogar a los que declaran en contra del acusado, así como de actuar de manera que pueda poner de relieve todos aquellos aspectos que entienda que anulan, alteran, debilitan o matizan la fuerza incriminatoria de cualquier actuación investigativa que pueda llevarse a término; y cualquier limitación de esta regla, no sólo precisa de un deber extraordinario de motivación, sino que puede encontrar límites infranqueables derivados del derecho defensa.*

*En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( STEDH de 14 de diciembre de 1999, Caso A.M. contra Italia ) ha entendido que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que « por regla general, los apartados 1 y 3.d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros,*

*citada, pg. 711, ap. 51, y Lüdi contra Suiza de 15 de junio de 1992, serie A, núm. 238, pg. 21, ap. 49). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que, ni en la fase de la instrucción ni durante los debates, el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saidi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A, núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A, núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31 -33)». Y más recientemente, ha señalado (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lwcd, § 40), que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario». El Tribunal Constitucional se ha manifestado en el mismo sentido, atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso ( STC 155/2002, de 22 de julio ), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que, conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE , interpretado conforme al art. 6.3.d) TEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso ( SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31 ; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41 ; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26 ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34 ; de 20 de septiembre de 1993, caso Saidi c. Francia, § 43 ; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Lúea c. Italia , § 40). ( STC n.º 57/2002, de 11 de marzo ). Encontrándose además en la jurisprudencia del TC, algunas precisiones recogidas, entre otras, en la STC 1/2006, en la que se identifica que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpatoria, «pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia*

constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que conforme a las provisionales legales haya podido observarse en la fase sumarial» (STC 155/2002, de 22-7; 206/2003, de 1-12). Se sostiene así, en definitiva, que no existe vulneración del principio de contradicción cuando « aun existiendo una falta de contradicción inicial, esta tiene lugar, con posterioridad, de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa » ( STC 187/2003, de 17-10 ). Como ha destacado reiteradamente la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el principio de contradicción en el proceso penal, hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, F. 4 ; 56/1999, de 12 de abril, F. 4 ; 79/2000, de 27 de marzo , F. 3). Se muestra así como una exigencia ineludible del derecho de defensa y del derecho a un proceso público con todas las garantías, siendo obligación de los órganos judiciales posibilitarlo, y sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Se añade además la consideración de que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, F. 2; 162/1997, de 3 de octubre, F. 4; 102/1998, de 18 de mayo, F. 2; 79/2000, de 27 de marzo, F. 3; 154/2000, de 12 de junio, F. 2). Respecto del principio de igualdad de armas, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 178/2001, de 17-4 , indicaba que « del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia ( SSTC 66/1989, de 17 de abril, F. 12 ; 186/1990, de 15 de noviembre , F. 5). En esta

*línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen ( SSTC 102/1998, de 18 de mayo, F. 2 ; 114/2000 [RTC 2000, 114], de 5 de mayo, F. 2; 154/2000, de 12 de junio , F. 2) ».*

La defensa de Luis Sánchez Manzano se refiere ya el día 8 de abril de 2013 al informe de la Guardia Civil de 13 de junio de 2012, nº95/2012, unido a esta causa mediante Diligencia de Ordenación de fecha 31.01.2013, en el que consta en el folio 5 del atestado un acta de comparecencia del testigo D. Manuel Blanco Montenegro, y es en base a toda esa documental cuando solicita la práctica diligencias de investigación, como la testifical de D. Jorge Segura Rodríguez y D. Rafael Orti Baquerizo, miembros de "DELOITTE" que suscribieron, respectivamente, los informes de auditoría de los años 2005 y 2006 de "Sanma", adjuntando toda esa documental.

Se remiten atestado y documental al Juzgado de Instrucción, tal y como consta en el folio 10037 y no 11763, enviado el día 10 de junio de 2013, acordándose su unión por resolución de 31 de julio de 2013 (10566 y ss.), describiéndose su contenido en los Tomos 27, 28 y 29, siendo notificada en debida forma y recepcionada por las defensas, vía traslado de Procuradores.

Resulta incuestionable que, posteriormente, se recibe declaración de investigado el día 14 de junio de 2013 a Alfredo Delmo, a Ignacio Bayón, José Romero y otros, en la que participan la mayor parte de los Letrados de las defensas aquí personados.

El primer escrito relacionado con esta documental lo presenta la defensa de Domingo Enrique Castaño quien en el folio 11948 solicita los folios 1-39 por entender que no se adjuntan al atestado, por escrito de 5 de julio de 2013, siendo resuelto por providencia (folio 11949, ubicado en el anexo xv, folios 11694 y 11695).

La defensa de Fernando Mellet, en primer lugar, y tras

disponer de todos los documentos, presenta escrito de 27 de septiembre de 2013 instando la prescripción, el sobreseimiento libre por cuestiones de fondo (folios 11951 y ss.), así como tres días después manifestaciones complementarias al citado escrito (folio 11961). Todo ello es contestado el 8 de octubre de 2013. Y esta misma defensa interpuso recurso de reforma en julio de 2013, peticionando entrega de copia de toda documental, dándose efectivo traslado a las partes personadas, e instando la suspensión de las declaraciones acordadas. Y por escrito de 14 de junio de 2013 esgrime la vulneración del derecho de defensa por el principio de contradicción

Se añade que el resto de documental a la que se refiere en los folios indicados por esta defensa en las cuestiones previas, se trata de documental aportada por el también acusado José Antonio Ripollés por escrito de abril de 2013.

Se dicta auto de 31 de julio de 2013 por el Ilmo. Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla (folios 10566 y ss.), por el que se acuerda su escaneo y continuación en tomos 27, 28 y 29, notificándose a la vez auto de 31 de julio de 2013 y entrega de DVD con la documentación.

Y con posterioridad a tal entrega, el día 23 de octubre de 2013 se recibe declaración a Emilia Barrial Chamizo (folio 12.67), María Isabel Evans (misma fecha folio 12074); se une atestado ampliatorio por providencia de 28 de octubre que acuerda la entrega de copias (12095 y 12182, respectivamente). Y es por auto de 29 de octubre de 2013 cuando se acuerda por el Juzgado de Instrucción la práctica de nuevas diligencias de instrucción consistentes en documentales y de imputación (Alberto Balbotin (8 de noviembre de 2013, 12332), y Domingo Enrique Castaño (folio 12337) y María Victoria Bustamante (folio 12340) y J.M. Ferrera (11 de noviembre de 2013, folio 12337) para el día 11 de noviembre, disponiendo totalmente de la documental.

Y es el escrito de defensa del Sr. Mellet de 22 de octubre de 2013 (folios 12241 y ss.) cuando comienza a discutir sobre la motivación del Sr. Blanco Montenegro (folios 12241 y ss.), oponiendo como argumento la falta de citación como testigo, implicando, a su entender, un quebranto al derecho de contradicción. Si bien la meritada defensa no solicita la práctica de prueba alguna, permaneciendo inactivo sólo en este sentido, reiterando su petición de nulidad y retención de documentos. En

otro escrito de 22 de octubre de 2013 (12365) interpone recurso de apelación directo por cuestiones de fondo, sin que entre a discutir tal documental ni en las motivaciones del Sr. Blanco Montenegro ni en la necesidad de su declaración.

Después de este bloque de prueba, se continúan practicando diligencias, recibándose el 30/10/2013 (12286) informe de Gerencia de Urbanismo, del que se da traslado por providencia de 8 de noviembre de 2013 (12317).

Las peticiones de las defensas como la de María Victoria Bustamante (12320, fecha de 6 de noviembre de 2013) se centra en otros extremos (recurso de apelación directo, por cuestiones de fondo y carencia de base para imputación).

Por auto de 29 de noviembre de 2013 se hace constar por SS<sup>a</sup> Instructora que la documentación aportada en su momento a la UCO por el Sr. Blanco Montenegro, fue presentada por la Guardia Civil al Juzgado en fecha 13 de junio de 2013 mediante atestado 98/2012, obrante el mismo a los folios 10.580 y siguientes, dándose traslado a las partes mediante auto de 31 de julio de 2013, integrando los volúmenes 27, 28 y 29 de la causa.

Posteriormente, se dicta auto de 3 de diciembre de 2013 en el que transforma los autos en Sumario, siendo recurrido por la casi totalidad de defensas, a excepción de la del Sr. Piñero (folio 12525) (Ministerio Fiscal, folio 12516; Luis Sánchez Manzano, 12519; José Luis Miró (12521), Fernando Mellet (12526 y 12536). Con petición de sobreseimiento y de resolución de recursos previos), Luis Sánchez Manzano (12527), Gonzalo Crespo (12529, con petición de sobreseimiento), siendo resuelto por auto de 19 de diciembre de 2013 en el que deja sin efecto la transformación en sumario. Y por auto de 20 de diciembre de 2013 se acuerda el sobreseimiento libre respecto a seis investigados (12552), continuando el 20/12/13 con la evolución por los trámites del Capítulo II (f. 125571) y sobreseimiento en relación a otros tres investigados.

Contra el auto de Proa de diciembre de 2013 se interpone recurso de reforma por el Ministerio Fiscal instando diligencias de investigación por escrito de 10 de enero de 2014 (folios 12626 y ss.), en el que se solicita tanto documentales de Larena, Mercasevilla como a Agencia Tributaria y documental contable y subsidiariamente como complementarias también las

testificales de Armando Rozado, Domingo Vera Goñi y Juan Maduit. Es decir, en base a la documental unida, el Ministerio Fiscal emplea las armas a su disposición para garantizarse la contradicción, solicitando pruebas personales de quienes aparecen en los citados documentos.

Defensa de Fernando Mellet se opone a la práctica de nuevas diligencias y no solicita ninguna nueva peticionando la suspensión de todas las actuaciones e instando se concreten imputaciones (escrito de 4/12/13 de 12650). Recurso de reforma de 5 de diciembre de 2013 contra la providencia fijando ratificación de dictamen pericial por parte de la defensa del Letrado Sr. Mellet. Y en escrito de 10 de diciembre de 2013 se reseña ya la tardía aportación de esta documental y el retraso en su unión y entrega a las partes, entendiéndose que le ha generado indefensión la práctica de las declaraciones de 14 de junio, si bien no consta que haya solicitado su reiteración, una vez que estuviere debidamente ilustrado con toda la documental, especialmente cuando en este escrito (folio 12677) esgrime la nula relevancia de toda esta documental.

Se adhiere la defensa de Jorge Piñero si bien no solicita nuevas por escrito de 21 de marzo de 2014.

Las siguientes partes interponen recurso o presentan recurso, todos ellos por motivos de fondo, sin alegar absolutamente infracción del derecho de contradicción ni validez o falsedad, ni siquiera impugnación de la documental presentada por el Sr. Blanco ante la Guardia Civil:

- Primer escrito de Antonio Torrijos de 3 de enero de 2014, y no solicita diligencias de investigación, escrito de 10 de enero de 2014 (folio 12688). Escrito de 7 de enero de 2014 (folio 132359)
- Luis Sánchez Domínguez interpone recurso contra el auto de proa por cuestiones de fondo (escrito de 26/12/2013, folios 12694 y ss.)
- Luis Sánchez Manzano interpone recurso de reforma contra el auto de PROA por las mismas razones por cuestiones de fondo sin solicitar diligencias de instrucción ni alegar oposición de la documental, ni de pericial, ni cadena de custodia (escrito de 30 de diciembre de 2013, folios 12794 y ss.).

- Gonzalo Crespo igualmente por escrito no fechado con fecha de entrada de enero de 2014 contra auto de PROA sin solicitar diligencias de instrucción ni alegar nada de la documental (folio 12841)
- Jorge Piñero ejercita recurso de apelación directo por cuestiones de fondo sin solicitar diligencias de instrucción por escrito de 2 de enero de 2014 (folio 12851, aportando documental que une a su escrito.
- José Antonio Ripollés recurso de apelación directo contra el auto de proa de diciembre de 2013, por cuestiones de fondo (escrito de 3 de enero de 2014, folio 12880).
- José Luis Miró recurso de apelación directo contra el auto de proa de diciembre de 2013, por escrito de 3 de enero de 2014 (folio 12913), aportando numerosa prueba documental.
- Defensa de Fernando Mellet por escrito de entrada de 3 de enero de 2014 por no tramitación de recursos de apelación, principio acusatorio, sin que reitere diligencias algunas para someterlo a contradicción. (Folio 12997). Y en este escrito reitera todo lo relativo a la aportación de la documental de Manuel Blanco.
- Defensa De Antonio Torrijos en escrito de 7 de enero de 2014 alega las mismas cuestiones previas, sin que se alegue nada de sin solicitar diligencias de instrucción ni alegar nada de la documental.
- Asociación de Frutas presenta escrito el 3 de enero en apelación directo a los efectos del art. 295 del CP.
- Defensa de Victoria Bustamante escrito de 7 enero de 2014 reitera nuevamente todo lo relativo a la nulidad de su declaración testifical, conocimiento previo del Juzgado de Instrucción nº10 y cuestiones de fondo sin solicitar diligencias de instrucción ni alegar nada de la documental (folio 13235).
- Defensa de Domingo Enrique Castaño escrito de 21 de enero de 2014 recurso de apelación directo contra el auto de proa de diciembre de 2013, por

cuestiones de fondo sin solicitar diligencias de instrucción ni alegar nada de la documental, alegar indefensión por falta de motivación. (folio 13320)

Continúan practicándose diligencias de investigación como el Decreto de la Fiscalía de Medio Ambiente en la que en fecha de 14 de julio de 2010 el Ilmo. Sr. Javier Rufino archiva diligencias (folio 12703); así como oficio de la Gerencia de Urbanismo (folio 12757) de 26 de diciembre de 2013 con documentación anexa.

La acusación de J. Ignacio Zoido por escrito de 30 de diciembre de 2013 (folio 12773) solicita diligencias de investigación tanto testificales como informes de expertos económicos, y testificales. Posteriormente se une atestado de actuación de Enrique Castaño, su cónyuge e Isabel Evans. Y la entidad Mercasevilla en escrito de 2 de enero de 2014 (folio 12812 apartado segundo considera necesaria la práctica de diligencias).

Y basta comprobar como la defensa de Emilia Barrial solicita por escrito de 3 diciembre de 2013 (folio 13371) nuevas diligencias de instrucción, al igual que la defensa de Isabel Evans también presenta nuevas diligencias de instrucción escrito de 6 de noviembre de 2013. Se dicta auto 25 de febrero de 2014 por el que se acuerdan nuevas diligencias (folio 13468).

Por auto de 27 de febrero de 2014, se acuerdan otras actuaciones de instrucción (folio 13547) solicitadas por las defensas. Por escrito de 25 de marzo de 2014, la defensa de Emilia Barrial presenta nuevo informe pericial. Que tras la aportación de la documental se continuaba investigando, lo demuestra incluso los actos propios de las partes, siendo que la defensa de Jorge Piñero por escrito de 21 de marzo de 2014 solicita se deje sin efecto el auto de PROA mientras queden por practicar las diligencias acordadas, sin solicitar cualquier otra (13627).

Por auto de 6 de abril de 2014 se desestima recurso y se acuerda práctica de nuevas diligencias de instrucción a partir de abril de 2014: testifical de Domingo Vera (8 de abril, folio 13637), reiteración de informe de Colegio de Arquitecto, informe de Agencia Tributaria de Mercasevilla (folio 13650). Así como petición de nuevas diligencias, como Mercasevilla (escrito de abril de 2014, folio 13654), Emilia Barrial (escrito de 29 de

noviembre, folio 13718). Llegando a instar al Ministerio Fiscal la nulidad del auto por no practicarse todas las diligencias acordadas. Se adjunta más documental (folio 13854, tales como manifestaciones de Antonio Pardal y documental de la Gerencia de 7 de abril de 2014). Por auto de 22 de abril se acuerdan nuevas actuaciones y el de 16 de mayo de 2014 (13969), más diligencias documentales y seis testificales. Añadiendo más el auto de 5 junio (f. 13995) en la que se añade un testigo más, por lo que se recibe declaración a Armando Rozados (f 14002). Domingo Vera Goñi (140009). Juan Manduit (14013), todas ellas el 23 de junio de 2014, así como a Manuel Solá (14.022). María José Sáez (14025), J.M Chinchilla (14029), y estos tres el 24 de junio de 2014- Se adjunta nuevo documental por Mercasevilla (14042), y por UCO (14064).

Y reitera nuevas diligencias Emilia Barrial el 22 de diciembre de 2014 (14393).

Y la reacción de las partes defensoras ante los medios de investigación se centra nuevamente en la presentación de escritos instando el archivo el 22 de mayo de 2014 (14082, Fernando Mellet). Posteriormente se reiteran escritos relativos a los hechos objeto de imputación, esgrimiendo ausencia de infracción penal, formulando peticiones que nada tiene que ver con el derecho de contradicción: tales como las defensas de Luis Sánchez (folio 14453). Sánchez Domínguez (14477), Gonzalo Crespo (14483), Piñero (folio 14494), Antonio Rodrigo Torrijos (folio 14526), Fernando Mellet con petición de amparo (14629). Domingo Enrique Castaño (14640). J. A. Ripollés (14654).

Por auto de 10 de marzo de 2015 se acuerda la declaración de María Victoria Bustamante para el 8 de abril.

Por todo ello, se garantizó el derecho de contradicción de todas las partes, su facultad para impugnar la documental aportada, cuestionar la custodia, su autenticidad, solicitar pruebas grafológicas, estudio informático, testifical del Sr. Blanco, aportar nuevo documental contradictoria, periciales .... Basta con ver la actuación de la defensa de Luis Sánchez Manzano que aporta nuevo soporte documental.

La actuación procesal desde la aportación de la documental por Manuel Blanco a UCO por parte de las defensas ha sido incesante y continua, llevando a cabo unas peticiones crónicas, si bien la mayoría limitadas a intentar justificar la no subsunción de

sus hechos a los tipos objetos de persecución penal, sin que ninguno de ellos, haya solicitado diligencia de instrucción, ni testifical, ni pericial, ni documental, con la excepción de la Sra. Bustamante, que después renunció.

Es más, con la salvedad de la defensa del Sr. Mellet, ninguna defensa, desde que tuvieron conocimiento de la aportación de Manuel Blanco han esgrimido infracción alguna.

No existe transgresión del derecho de defensa ni vulneración a un proceso con todas las garantías, dada la posibilidad de las partes de poder practicar y solicitar las diligencias de instrucción precisas, e incluso presentar en el juicio oral periciales y documentales que lo contradigan, especialmente cuando tras su aportación se han practicado diversas diligencias de investigación, siendo que en su mayoría solicitadas o bien por el Ministerio Fiscal o por las defensas de aquellos acusados que han sido sobreseídos, sin que ninguna de los aquí solicitantes hayan petitionado ninguna, con las salvedades que luego se dirán.

No lo infringe el hecho de haber prestado declaración con anterioridad dado que el art. 400 de la LECr faculta al investigado para solicitar declarar cuantas veces QUISIERE. Se une el argumento de que la exigencia de una nueva declaración surge sólo ante hechos nuevos (art. 775 de la LECR), no ante cada diligencia de instrucción que se va practicando, toda vez que una solución distinta devendría en un procedimiento interminable.

En este caso, la defensa de la Sra. Bustamante por escrito de 22 de diciembre de 2014 (folio 14432) oferta prestar nueva declaración como investigada, siendo acordado por auto de 10 de marzo de 2015 (folio 14861) para el día 8 de abril, renunciándose a ello por su defensa en escrito de 19 de abril de 2015 (folio 14974), por entender que carece de sentido al haberse dictado auto de apertura de juicio oral, si bien RENUNCIA EXPRESAMENTE A SU DECLARACIÓN, sin que solicite nulidad alguna por el dictado de un auto que abre juicio oral, sin recibir declaración previamente a uno de los acusados, previa petición.

Es decir, de la aportación de dicho documental no puede constatarse la existencia de infracción al derecho de

contradicción, toda vez que:

a) En la fase de proposición de diligencias de investigación o de incorporación de los medios de prueba, en todos los investigados han contado con las mismas opciones de propuesta que las acusaciones, sin perjuicio de la facultad rectora del Juez de instrucción a la hora de admitir y rechazar tales instrumentos en función de su pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos o para la determinación de los eventuales responsables y en este caso se han practicado diligencias no solo a instancia del mismo Juzgado de Instrucción, sino a propuesta del Ministerio Fiscal y de diversas defensas, como hemos visto anteriormente, lo que invalida tal infracción, sin que la inactividad de proposición de diligencias puede implicar sin más que existe infracción de un derecho de tal magnitud. Se adiciona que las partes no pueden mantener, en base a la buena fe procesal, una inactividad en cuanto a las diligencias de investigación, y ausencia de impugnación, una vez conocida la documental presentada por el Sr. Blanco. Cuestión diferente hubiere sido una denegación no justificada jurídicamente por parte del Juzgado Instructor.

b) En el momento de la práctica de tales diligencias, por parte del Juzgado de Instrucción se ha convocado a todas las partes, contando con todas las posibilidades para interrogar a los testigos o para intervenir activamente en su práctica, tanto desde un punto de vista presencial como con la facultad de poder interrogar a todos, incluso a los que declaran en contra de los acusados.

Es decir, en la actuación instructora se evidencia la igualdad de armas, base del principio de contradicción, y las partes han contado con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales.

Es por ello, que se desestima esta cuestión previa.

**10.- POR LA DEFENSA DEL SR. MELLET SE ENARBOLA COMO ARGUMENTO PARA NO PODER TENER EN CUENTA LA DOCUMENTAL RECOGIDA POR LA UNIDAD CENTRAL OPERATIVA, EN FOLIOS 9985 Y 11763, ATESTADO DE 27 DE JULIO DE 2012, LA INFRACCIÓN EN LA CADENA DE CUSTODIA, ASÍ COMO IMPUGNACIÓN**

**MERAMENTE FORMAL DE LA DOCUMENTAL, ASÍ COMO  
TAMBIÉN DE LA PERICIAL LLEVADA A CABO POR EL  
PERITO JUDICIAL.**

**A.- Comenzando con la cadena de custodia:**

Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 157/2016 de fecha 26 de febrero, haciendo referencia a su sentencia núm. 775/2015, de 3 de diciembre, se viene entendiendo como "cadena de custodia" el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. Teniendo por tanto, tal como recoge la sentencia del Tribunal Supremo 173/2016 de fecha 2 de marzo, la finalidad de garantizar la exacta identidad de lo incautado y de lo analizado, poseyendo por tanto un valor instrumental para garantizar que lo analizado fue lo mismo que lo recogido, correspondiendo a la policía judicial ser los garantes del cumplimiento de la misma como recuerda el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y recuerda el art. 11 apartado g) de la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Decreto 769/1987 Regulator de la Policía Judicial ( STS 1190/2009 de 3 de Diciembre ; 6/2010 de 27 de Enero o 129/2011 de 10 de Marzo ). Es por tanto a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba (ATS núm. 420/2016 de 25 de febrero, con mención de las STS. núm. 1190/2009 de 3 de diciembre y núm. 6/2010 de 27 de enero). Y la del TS de 19 de enero de 2017: "La cadena de custodia es el proceso que transcurre desde que los agentes policiales intervienen un efecto del delito que puede servir como prueba de cargo, hasta que se procede a su análisis, exposición o examen en la instrucción o en el juicio. Proceso que debe garantizar que el efecto que se ocupó es el mismo que se analiza o expone y que no se han producido alteraciones, manipulaciones o sustituciones, intencionadas o descuidadas. Esta Sala no mantiene una concepción formal, sino material de la cadena de custodia. Así ha establecido que la integridad de la cadena de custodia debe garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello que se ha recogido y

*aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y, en definitiva, el juicio del Tribunal, es lo mismo*". Igual las dos sentencias del TS de 15 de diciembre de 2016.

En este caso, no existe infracción en la cadena de custodia, dado que tal y como advierten los agentes de la Guardia Civil que actúan como testigos, con TIP J 97413 R y J 82381 K, existe constatación absoluta de la misma desde que Manuel Blanco Montenegro les entregara toda la documental, que fue íntegramente presentada ante el Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla. Y en este extremo, mal puede hablarse de cadena de custodia con anterioridad, al no intervenir previamente ni agentes policiales ni judiciales. La cadena de custodia está vinculada con la primera inspección de la policía, de modo que son ajenos a ella los problemas que puedan surgir con evidencias que aparezcan en el lugar del delito después o antes, sin que fuesen avisados para el examen de los vestigios y aportados directamente en comisaría.

Desde que UCO la recibe se acredita tanto documental como testifical que la cadena está debidamente hilada y documentada, sin que exista infracción, estando con la declaración de los agentes totalmente convalidada, sin que desde la entrega a los agentes pudiera hablarse de tal concepto y sin que pueda tampoco concretarse rotura o manipulación.

Cuestión distinta, y que no afecta a la cadena de custodia, lo constituye el hecho de que quede o no acreditado la autoría de los documentos y la procedencia de cada uno de los correos electrónicos y de los archivos adjuntos a los mismos, pero reiteramos, no afecta a lo expuesto por la defensa del Sr. Mellet, a lo que se han adherido los demás acusados. Y, aun así, no se trataría de una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (STSS 195/2014, 3 de marzo; y 506/2012, 11 de junio y 884/2012, 8 de noviembre, entre otras).

Es por ello, que no existe acreditación, de que se haya producido rotura desde la entrega de la documental de Manuel Blanco Montenegro a la UCO y de esta al Juzgado de Instrucción.

Resulta trascendente observar el momento procesal en que se ha llevado a cabo la impugnación tanto de la "cadena de custodia", como de la documental y la pericial, debiendo

estudiarse si se ha practicado dentro de los plazos exigidos, en momento procesal hábil. No se trata tanto del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal.

**B.- Impugnación meramente formal de la documental, así como también de la pericial llevada a cabo por el perito judicial.**

La defensa del Sr. Mellet refuta no sólo la cadena de custodia, sino también el dictamen pericial judicial, así como la documental presentada por el Sr. Blanco en el trámite de cuestiones previas, que ratifica en su informe. En las cuestiones previas, las restantes partes se adhieren en su integridad, sin exponer los puntos, extremos y justificaciones de la meritada impugnación.

Al igual que cualquier tipo de infracción de carácter procesal, desde el momento que la parte tenga conocimiento o presuma la existencia de una contravención en la cadena de custodia, en la validez de las documentales y del informe pericial, debe señalarlo y hacerlo valer dentro de la instrucción penal, reiterándolo en los diversas fases procesales convenientes, especialmente cuando no se trata de una vulneración de un derecho fundamental que puede ser esgrimido, examinado y valorado en cualquier momento, incluso de oficio.

Existe un Acuerdo no jurisdiccional, de fecha 21 de mayo de 1999, ratificado el 25 de mayo de 2005, tras indicar que el art. 788.2 LECrim se aplica sólo a los casos expresamente previstos en él, recupera una regla general, que entendemos, con la STS de 29-6-09, aplicable tanto al proceso por sumario como al abreviado, concluye: "La proposición de pruebas periciales se sujetará a las reglas generales sobre pertinencia y necesidad". Se describen las dos tendencias a la hora de fijar cómo se debía llevar a cabo la impugnación:

- o una laxa que exigía la mera impugnación de forma genérica en el escrito de conclusiones provisionales sin determinar ni siquiera el motivo de la impugnación. Ejemplos de estos supuestos son las SSTS 1446/2003, 1520/2003 y 1511/2000 que consideran que no cabe imponer a la

defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado y que al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el plenario) despliegue toda su eficacia. Siguiendo esta interpretación la STS 585/2003 afirma que basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba y práctica de la prueba en el proceso penal.

- o y otra más estricta que exigía una argumentación lógica. Y la STS 475/2006, de 2 de mayo, especifica en relación a un dictamen pericial que no hubo propiamente impugnación del informe realizado, pues no se cuestionó la capacidad técnica de los peritos informantes, no se solicitó ampliación o aclaración alguna de éstos, no se propuso un nuevo análisis contradictorio de aquél. Y de esta forma, ha llegado a aclarar que no se trata de un mero trámite formal, que debería considerarse fraudulenta, la mera impugnación sin una concreta queja no teniendo la indefensión un contenido formal sino material (SSTS 31.10.2003 y 23.3.2000, la STS 7-3-2001, la STS 140/2003 (de acuerdo con doctrina ya reiterada de esta Sala, la argumentación del recurrente en este punto no puede admitirse, una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se expresa en el trámite del informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 LOPJ, lo que permite corregir los abusos procesales como pueden ser las impugnaciones ficticias y meramente oportunas carentes de cualquier fundamento), STS 72/2004 de 29.1, exige que la impugnación, como declaran algunas sentencias de esta Sala casacional. Debe precisarse el extremo impugnado y la razón de la impugnación (STS 29.6.09): si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad de aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método

empleado, etc. y los motivos específicos por los que se cuestionan tales extremos.

Y la Fiscalía General del Estado en otro tipo de dictámenes periciales, pero igualmente aplicables, al igual que en la prueba documental, mantiene que: “En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a requisitos: ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 noviembre, 1153/2003, de 15 septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así “cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita” (SSTS 652/2001, de 16 de abril y 585/2003, de 16 abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando “...se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo, en el informe oral o en este recurso de casación” (SSTS 156/2003, de 10 de febrero, 585/2003, de 16 abril, 587/2003, de 16 abril). La STS 156/2004, de 9 febrero declara que “normalmente el momento adecuado es el escrito de conclusiones provisionales, pues los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de Ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ. Y las impugnaciones efectuadas en el mismo acto del juicio oral impiden la reacción de la acusación orientada a la proposición de nuevas pruebas...Por lo tanto no puede considerarse válida a estos efectos la impugnación del recurrente, realizada ya en el acto del plenario”. La STS 72/2004, de 29 enero exige que los informes se impugnen “como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contra-análisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial” añadiendo que “la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo”.

Y en este caso, esta teoría puede ser aplicable no sólo a los dictámenes periciales, sino a la documental adjuntada en todo el procedimiento, y ver el momento procesal en el que las partes lo han impugnado. En relación a la pericial judicial,

independientemente de la mera impugnación formal, ha asistido al acto del plenario para justificar y exponer las razones de su ciencia y por qué ha alcanzado este resultado, con lo que se estará a la sana crítica y a la valoración conjunta de la misma, siendo objeto de otro dictamen de parte que también ha de ser contrastado y comparado con el pericial, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral, quedando así sometida a las garantías propias de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto. Lo esencial para la validez de la prueba pericial y por tanto para que esta pueda tener virtualidad para desvirtuar la presunción de inocencia es el respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal. Lo relevante pues es que el dictamen pericial prestado en el acto del juicio oral sea filtrado por los principios de contradicción e igualdad (STS de 2015)

Y de la LECr se constata que reseñada la impugnación a los informes periciales y documentales se puede realizar en el escrito de conclusiones provisionales en el procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando el Tribunal Supremo la idoneidad de la misma ya que si bien no está previsto un nuevo trámite de proposición de prueba para las acusaciones tras las conclusiones provisionales de las defensas, sería posible una reacción de las acusaciones en el ámbito del artículo 729.2 de la LECrim. Cabe entender, por tanto, que no deben admitirse impugnaciones efectuadas con posterioridad al trámite de conclusiones, o por lo menos no pueden surtir los efectos de abocar la práctica de la prueba al acto del juicio, con lo cual se descartan algunas posturas que sostenían la posibilidad de una impugnación eficaz a estos efectos al inicio de las sesiones del juicio oral.

Lo que resulta evidente, que ha de valorarse, la impugnación sorpresiva no impide la valoración de las pruebas "periciales cualificadas documentadas" y la documental, no siendo conforme a la buena fe procesal la negación del valor probatorio si fue previamente aceptado expresa o tácitamente (SSTS 16.4.01, 31.10.01, 10.2.03, 16.4.03, 15.9.03, 17.11.03). Debe realizarse en el escrito de conclusiones provisionales (SSTS 9.2.04, 15.3.04) aunque, excepcionalmente, pudiera admitirse en el momento procesal preclusivo para la aportación de documentos, si el motivo de impugnación hubiera surgido o sido conocido con posterioridad. A los efectos de situar dicho

momento preclusivo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 656, 668 y 669 (referidos a los artículos de previo pronunciamiento, aunque sus afirmaciones sean extensibles a todo el proceso) y 728 LECrim, en cuanto al proceso ordinario y 781 y 784 LECrim para el Procedimiento Abreviado y de Enjuiciamiento Rápido (arts. 795.4 y 802.1 LECrim), si hubiere surgido o conocido con posterioridad al escrito de conclusiones, que no es el caso.

Y respecto a la prueba documental, se ha impugnado su aportación y su procedencia. Y la STS de 13 de octubre de 2009: “Pero es lo cierto que, pese a la extemporánea impugnación documental de la defensa, los documentos podían ser valorados como lo han sido con racionalidad en la sentencia, máxime cuando la defensa no ha anudado a la impugnación argumento alguno que sostenga la presunta ilegitimidad de los documentos.”

Y en cuanto a la meritada, que se refiere en su integridad a la descrita en el apartado anterior (el noveno), hemos de decir, que ninguna de las partes desde su aportación en 2013 hasta el auto de procedimiento abreviado la ha impugnado hasta el momento de cuestiones previas. Nadie ha alegado su falsedad, la falta de acreditación de su procedencia... y por ello, ninguna diligencia pericial en ningún sentido. Ninguna duda existe, e incluso así lo admiten todas las partes, que la citada documental fue aportada por Manuel Blanco Montenegro a la UCO. Cuestión distinta es la procedencia anterior de la misma, y cómo fue hallada, extremos de imposible prueba al no haberse practicado en el acto del juicio la testifical de Manuel Blanco.

Ello no implica que la misma no pueda aceptarse sin más, habrá que valorase los documentos admitidos, ver si existen indicios de realidad al coincidir con otros averados, así como compararlo con las testificales, especialmente cuando incluso las partes que los rechazan se basan en parte en alguno de esos documentos para centrar su defensa. Basta con ver el folio 14487 en el que la defensa de Gonzalo Crespo se refiere a que “la falta de participación del Sr. Crespo en el intercambio de correos que se refieren en la página 29 (folio 2288) del informe de la Policía Nacional unido a la instrucción (folios 2259 y ss.), y que constan en la diligencia obrante a los folios 2630 a 2634, o entre los que constan referidos en el atestado 2012-005605-00000098 de la Guardia Civil de fecha 27 de julio de 2012

(folios 10.572 a 10.603) eximiría a mi defendido de la ideación conocimiento o participación en lo que el auto denomina el proyecto. E incluso la defensa del Sr. Piñero se refiere al informe de Armando Rozados (folio 10720)... , entre otros, tal y como recoge en su escrito de conclusiones provisionales ( apartado tercero); o la defensa del Sr. Mellet que se refiere a los mismos en su escrito de conclusiones en el apartado cuarto: folios 10626 a 11245, 11405 a 11410, 11541 a 11563, 11611 a 11669: de María Victoria Bustamante (folio 15470, se remite a toda la prueba documental desde folio 1 hasta el final), o la defensa de José Luis Manzano y Luis Sánchez Domínguez que se remite a toda la documental del Ministerio Fiscal, y por tanto entre ellas todo el anexo de prueba documental Tomos 27, 28 y 29, Domingo Enrique Castaño que solicita como prueba documental la totalidad de las actuaciones, la defensa de José Luis Miró que para justificar su posición jurídico procesal se remite a los folios 10720 a 10734, informe de Armando Rozados Y la defensa de la Sra. Bustamante para demostrar que no intervino ni propuso la composición de la Mesa de Contratación, ni "introdujo" las dos cláusulas que se califican como prevaricadoras, se basa en el transvase de emails recogidos en el meritado atestado.

Cuestión distinta lo constituye el hecho de que tal documental acredite aquello que las acusaciones o defensas pretenden, sin que baste una mera impugnación formal, ni tampoco su carácter extemporáneo para dotarle de absoluta validez, al apreciarse en algunos documentos ausencia de datos informáticos o técnicos que le proporcionen validez, y ello reiterando que, ante la falta de testifical de Manuel Blanco, se desconoce el lugar de aparición de los bloques documentales.

Comprobado que, desde su aportación, las partes no han formulado mayor impugnación que al derecho de contradicción, o en su caso si las partes conocían o sabían o autorizaron que se procedieran a unir los emails, (defensa del Sr. Mellet), lo cierto es que leído todos y cada uno de los escritos de conclusiones provisionales de las defensas:

No existe impugnación si siquiera formal en los escritos de conclusiones de: Gonzalo Crespo, Antonio Rodrigo Torrijos, Jorge Piñero, Fernando Mellet, María Victoria Bustamante, José Antonio Ripollés, José Luis Manzano, Domingo Enrique Castaño, José Luis Miró, Luis Sánchez Domínguez y Sando.

Por tanto, habremos de estar a la normal valoración de la prueba, y lo que la misma acredite, de forma conjunta, y siempre que existan indicios de su procedencia, sin que sea suficiente una negativa, sin más.

**11.- INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL PARA CONOCER DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL, ART. 24 DEL CP EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.**

La entidad Mercados Centrales De Abastecimiento De Sevilla, S.A. - Mercasevilla, S.A. - es una Sociedad Anónima creada en régimen de empresa mixta, con una participación del 51'25 % por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, del 48'20 % por la Empresa Nacional Mercasa, y del 0'17 % de la Asociación Empresarial de Mayoristas Asentadores de Frutas, Verduras y Hortalizas de la provincia de Sevilla.

Si bien la naturaleza de Mercasevilla y el concepto de Funcionario Público, constituyen elementos integrantes de dos de los tipos penales objetos de acusación, como el de fraude y exacciones ilegales y de prevaricación, constituye un punto de partida trascendente para comenzar a estudiar si la acción llevada a cabo por los acusados es o no constitutiva de estas dos infracciones. Y es por ello, que continuaremos con el análisis de la entidad Mercasevilla y del concepto de funcionario público.

Basta leer el procedimiento en su integridad para comprobar, que ninguna de las partes, a pesar de que todas las someten a debate y discusión (existiendo incluso conclusiones alternativas del Ministerio Fiscal), ha planteado cuestión prejudicial de carácter contencioso administrativo. Puestos en relación los arts. 10 LOPJ y 4 LECr. debe afirmarse que, como regla general, la LOPJ ha suprimido las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal; sin embargo, el TC- sentencia 30/1996 de 24 de febrero ha admitido el carácter necesario de determinadas "cuestiones prejudiciales" propias del orden contencioso-administrativa con la finalidad de evitar que resulte contradicción entre dos resoluciones judiciales. Es lo que esgrimen todas y cada una de las partes, posibles sentencias contradictorias. Así se esgrime la STS TSJ de la sala de Social

41/13, la sentencia de la Sala de lo Social Del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, resolución 687/2016, frente a la Sentencia del TS de TS de 16 de mayo de 2014, que es de la Sala Cuarta.

En este punto, hemos de decir, que existe pronunciamiento expreso en la Jurisdicción Penal sobre la naturaleza jurídica de Mercasevilla en su reciente sentencia del TS de 16 de mayo de 2014. Y todos los argumentos expuestos ya fueron tenidos en cuenta por la STS de 16 de mayo de 2014, especialmente cuando las resoluciones a las que se refieren las partes son del TS pero ni siquiera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sino de lo Social, no entendiéndose por qué las defensas le otorgan mayor valor jurídico a las sentencias del Tribunal Supremo pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales, y no a la Sala Penal que interpreta desde esta naturaleza qué se entiende por funcionario, y cuál es el ámbito en el que desarrolla sus funciones Mercasevilla. Ya existe unificación de doctrina por parte del Supremo del distinto concepto que función pública y empresa pública en la jurisdicción penal y en otras sedes.

Y la meritada sentencia ya resuelve la naturaleza jurídica de Mercasevilla, así como el carácter de funcionario de Fernando Mellet en su relación bilateral con la citada entidad, tratándose de una sentencia firme.

Y de forma rotunda expone: “ *Pues bien, sobre el concepto penal de funcionario público aplicable a supuestos similares al que aquí se dilucida, se remiten las sentencias de esta Sala 186/2012, de 14-3, y 166/2014, de 28-2, entre otras, a la 1590/2003, de 22 de abril, en la que se afirma que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 del C. Penal, conforme al cual “se considerará funcionario público 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”, es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que 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 68/2003, de 27-1). Se trata 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 este los*

*funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Recurso N°: 1765/2013 52 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 2059/2002, de 4-12), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 37/2003, de 22-1 y 1952/2000, de 19-12), 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 solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo. Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas —prosigue argumentando la STS 1590/2003, de 22-4— 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 temporalidad (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). Apoyándose en lo anterior, se matiza en la sentencia 166/2014, de 28 de febrero, que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y Recurso N°: 1765/2013 53 no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir*

*a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.*

*Al trasladar al caso enjuiciado los anteriores criterios jurisprudenciales, se observa en lo que se refiere a la entidad Mercasevilla, S.A. que, según se especifica en el fundamento tercero de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, se trata de una empresa mixta del sector público local que ejerce una indudable función pública, al estar encargada de la prestación de un servicio público de esa índole de competencia local, con capital mayoritariamente público. En concreto: los servicios de mercados centrales de mayoristas y el de matadero. Destaca la sentencia del Tribunal del Jurado, siguiendo los criterios que ya se habían establecido en el auto del Tribunal Superior de Justicia de 2 de abril de 2012, que el socio mayoritario de Mercasevilla es el Ayuntamiento de Sevilla, con un 51 % de las acciones, y que también es socio de la misma Mercasa, empresa pública de la Administración del Estado, cuyos accionistas Recurso N.º: 1765/2013 54 son la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), siendo su capital íntegramente del Estado, la cual detenta el 48% del capital social. En vista de lo cual, concluye el Tribunal del Jurado 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 entidad 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. Visto lo que antecede, no puede cuestionarse que, tal como señala la sentencia del Tribunal del Jurado y asume después el Tribunal de apelación, tanto el director general como el subdirector de Mercasevilla son nombrados por la autoridad pública a través de la Junta General que gobierna la sociedad, al hallarse está controlada de forma abrumadoramente mayoritaria por capital público. 4. De otra parte, y en lo que atañe al requisito de la participación del recurrente en el ejercicio de funciones públicas, se afirma en la sentencia del Tribunal del Jurado y se ratifica en la de apelación al remitirse al auto dictado el 2 de abril de 2012, que Mercasevilla, S.A., 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 Recurso N°: 1765/2013 55 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%. La empresa mixta Mercasevilla tiene, pues, carácter público, y alberga como finalidad la prestación de un servicio público. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, acogiendo el criterio de la del Tribunal del Jurado, se dice que Mercasevilla, S.A., es una entidad que tiene encomendada la gestión de servicios públicos. (...) ". Por todo lo cual, concluye afirmando la sentencia del Tribunal del Jurado, no contradicha en estos extremos por la de apelación, que 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. De modo 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. Así lo acredita, según señala el Tribunal del Jurado, el hecho de que la subvención concedida por la Consejería de Empleo para equipamiento de una Escuela de Hostelería se fuera a instalar en los terrenos de Mercasevilla. A lo que ha de añadirse como dato relevante que era esta sociedad y no la Fundación Recurso Nº: 1765/2013 57 quien suscribió 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 cuyo proyecto sería desarrollado por la Fundación Socio-Asistencial. (...).*

*Tal como se subraya en las sentencias de esta Sala 1590/2003 y 166/2014, anteriormente acotadas, está admitido que el Estado puede actuar mediante sociedades estatales revistiendo formas jurídico privadas, por considerarse que de esa manera se gestionan más adecuada y eficazmente los intereses generales, situación que se considera justificada cuando se trata de administrar intereses generales. Y aquí, al estar en juego la inversión de una subvención pública con fines de generar empleo en una zona golpeada por el paro laboral, no resulta razonable afirmar que la sociedad de capital público utilizada, junto con la Fundación que constituye su instrumento jurídico, no estaban prestando un servicio de interés general y público cuando invirtieron el dinero de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en la instalación de la Escuela de Hostelería, ocasión que aprovecharon los acusados para sobornar a los empresarios que iban a materializar en la práctica el objetivo social de la subvención pública”.*

Y una sentencia posterior de 11 de marzo de 2015 reitera el concepto de función pública, remitiéndose en su integridad a la sentencia de 16 de mayo de 2014, entendiéndose como funcionario público también a los gestores de empresas que prestan servicios públicos, aunque adopten forma mercantil.

Igual se pronuncia la sentencia del TS en relación al

concepto de funcionario en la sentencia de 27 de julio de 2015, sobre la diferenciación entre funcionario público en derecho administrativo y en derecho penal. Y por ello, no puede entenderse que en el presente caso implique infracción al principio de legalidad y taxatividad penal como esgrimen las defensas, tal y como puede observarse en sendas sentencias del Tribunal Supremo.

Y la Ilma. AP de Sevilla en resolución de 14 de septiembre de 2015 en relación al recurso de apelación interpuesto por María Victoria Bustamante (folios 16571 y ss.) analiza ya el concepto de función pública y la naturaleza de la Entidad Mercasevilla; así como auto de la misma fecha de la Ilma. AP de Sevilla en relación al recurso presentado por los restantes acusados contra el auto de PROA (fundamentos cuarto, quinto), centrándose en el fundamento octavo a los argumentos de la defensa de Fernando Mellet y en relación a la existencia del dictado de un acto administrativo, centralizando la Ilma. AP de Sevilla la naturaleza de Mercasevilla en la resolución del TS de 16 de mayo de 2014, resolución centrada en la citada entidad y en el concepto de funcionario público en relación a la citada empresa en el fundamento jurídico séptimo, y lo hace en relación a este mismo caso, y teniendo en cuenta ya los argumentos reiterados por las partes tanto respecto a la jurisprudencia diversa, al concepto de poder adjudicador

La Ilma. AP de Sevilla en la resolución de 27 de enero de 2014 y posteriormente en el auto de 14 de septiembre de 2015, dictamina que: *" (...) En cuanto a la condición de funcionario público, la STS 149/2015, 11 de marzo, con cita de la STS 1.590/2003, de 22 de abril de 2004, realiza un análisis de esta cuestión enfocado precisamente a los dirigentes de empresas de capital público refiriendo que, , , , como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 CP (con anterioridad artículo 119 CP 1973), conforme al cual "se considerará funcionario público 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", es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que 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 y 4 de diciembre de*

2001). Se trata 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) la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (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 temporalidad (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 (STS de 19 de diciembre de 1999); 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, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación

*de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)... de manera más reciente se mantiene esta misma doctrina en la STS 421/14, de 16 de mayo, caso Mercasevilla...".*

Y la sentencia de la Ilma. AP de Málaga en sentencia de caso Malaya, 21/2007 efectúa un estudio jurisprudencial del TS del concepto de funcionario público y concreta que: *"Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (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).*

La sentencia anteriormente citada del TS no infringe el principio esgrimido por la defensa del Sr. Mellet y los restantes Letrados, y simplemente analiza tanto a los integrantes como a la entidad desde un punto de vista funcional y no meramente formal.

Partimos de un dato innegable, cual es el hecho de que la creación de la empresa mixta parte de la municipalización del servicio de mercados por parte del Ayuntamiento, que se basa en el art. 86.3 de la Ley de Bases (Ley 7/1985, 2 de abril), que declara la reserva en favor de las entidades locales los servicios esenciales de mataderos, mercados y lonjas, y del art. 18.1 del Reglamento de Servicios, y la prestación de dicho servicio se ha constituido una figura jurídica personificada intermedia, cual es la empresa mixta y forma de gestión indirecta de dicho servicio, reconocida legítimamente en los arts. 85.4.e). 104.2 y 4º del Texto Refundido; y 102 y siguientes del Reglamento de

## Servicios.

También se pronuncia en tal sentido la Ilma. AP de Sevilla en su resolución de 14 de septiembre de 2014, resoluciones que ya ha contado con la resolución del TSJ de la Sala de lo Social en la que se resuelve las cuestiones planteadas por la defensa del Sr. Mellet que lo es de marzo de 2014.

Y si bien concurren diversas resoluciones de la Jurisdicción Penal, en nada nos puede afectar la Social, ni siquiera la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dada la interpretación que lleva a cabo el TS del art. 24 y de las empresas mixtas, si bien la Sala del TSJ aclara que: " Por otra parte debe constatarse la realidad fundamental plasmada en precedente sentencia de esta Sala, de que la Unidad Alimentaria es un solo servicio público en régimen de monopolio gestionado por una empresa mixta, "ST TSJ Andalucía de 19 de octubre de 2005, de 22 de enero de 2015.

El TSJ de Andalucía en su sentencia de 24 de octubre de 2014 la califica como "Empresa Mixta Municipal Mercasevilla, en su condición de prestadora del servicio de mercado central de abastecimiento y matadero de Sevilla, poniendo de relieve limita su intervención a la puesta a disposición de los mayoristas de las instalaciones donde aquellos realizan aquella comercialización. Por esta razón, la Administración insiste en su escrito de interposición en que la apelada sí realizaba materialmente aquellas operaciones, incluida la tenencia, transporte, almacenamiento, exposición y venta de la mercancía. Se alega en este sentido que conforme al artículo 69 del Reglamento de Régimen Interior de Mercasevilla, tiene funciones de control y vigilancia, y se establecen sanciones por la comercialización de productos en mal estado, lo que supone el deber de comprobar. A ello se añade que el artículo 7 b) del Reglamento de prestación de Servicio de Mercados Mayoristas impone a la apelada el deber de evitar las ventas no ajustadas a las disposiciones vigentes, lo que, en definitiva, supone que dicha empresa tiene funciones de inspección de la comercialización, siendo pues responsable por el incumplimiento de las reglas que la regulan. Y es en eso en lo que se basa la STS de 16 de mayo de 2014.

Y la Sala de lo CA del TSJ de Madrid en relación a Mercamadrid: "Es cierto que la entidad mercantil Mercamadrid, S.A. carece propiamente de la condición de Administración Pública al tratarse de una empresa mixta participada al 51% por

el Ayuntamiento demandado y constituida [conforme al artículo 4 del Reglamento de Prestación del Servicio de los Mercados Centrales de Abastecimiento (Mercamadrid), de fecha 6 de abril de 1984], con la finalidad única de "gestionar los Servicios de Mercados Mayoristas, así como el resto del complejo comercial y de las instalaciones de Mercamadrid, en aras a conseguir que el abastecimiento de la ciudad, la Comunidad Autónoma de Madrid y todas aquellas otras posibles áreas de influencia, se realicen en las mejores condiciones de competencia y transparencia de mercado, como igualmente mejorar en todos los órdenes el ciclo de comercialización de los productos alimenticios". Se trata, pues, de una empresa constituida para la gestión indirecta del servicio público de abastos que, como competencia propia, le atribuye al Ayuntamiento demandado el artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Régimen Local."

Es por ello, que el TS Sala 2, cuando analiza la naturaleza jurídica de Mercasevilla, entiende que se trata de una entidad mixta municipal, y le atribuye competencia una *competencia municipal mediante concesión administrativa en régimen de monopolio: los servicios de Mercados Centrales y Matadero, que constituyen materia propia de la competencia municipal, que 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. Y 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.*

El TSJ Andalucía, Ceuta y Melilla en sentencia de noviembre de 2010: "el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, que dispone lo siguiente: "El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Seguridad en lugares públicos. b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. c) Protección civil,

*prevención y extinción de incendios. d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales; e) Patrimonio histórico-artístico. f) Protección del medio ambiente. g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores. h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud. j) Cementerios y servicios funerarios. k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. ll) Transporte público de viajeros. m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo. n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria".*

La prestación de servicios públicos a través de la fórmula de sociedades mercantiles de capital mixto -público y privado- que presta servicios públicos que tenga encomendado, actuación que tiene que ver con la prestación del servicio público de mercados centrales mayoristas que tiene encomendada, que desde el punto de vista penal le otorga la naturaleza de empresa mixta municipal, y por ende pública, independientemente que desde el punto de vista del derecho Administrativo no constituyan Administración per se, aunque le reconozcan esa función, que constituye la base valorada por el TS, así como el control que ejerce el mayor capital público.

Es en base a esa interpretación funcional de función pública donde se atribuye la naturaleza de Mercasevilla como empresa mixta del servicio público local, y con ello la facultad de ser sujeto activo sus miembros de delitos reservados para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cuestión distinta lo constituye la esencia de la venta de terrenos o en su caso los acuerdos adoptados, y si son o no actos administrativos, dado que la sentencia de 16 de mayo de 2014 se trata de una subvención pública y aquí la venta de terrenos a través de la modalidad de opción de compra, con lo que es preciso analizar en los fundamentos siguientes los diversos los elementos integrantes de sendos tipos penales, es decir si Mercasevilla,

como sociedad mixta municipal realiza una determinada actividad empresarial, fuera de "...Una vez que la sociedad municipalizada ostenta la propiedad de tales fuera de los servicios centrales de abastecimiento, y por tanto si esos actos concretos pueden ser calificados o no como actos administrativos o no lo son".

Y trascendental resulta la sentencia de 14 de febrero de 2017, que define el concepto de función pública: *"Ya hemos hecho referencia, al examinar recursos anteriores, la posición de esta Sala sobre el concepto de funcionario público, a estos efectos penales, y añadir que en la Sentencia 447/2016, de 25 de mayo, referida a quien pertenecía a la estructura administrativa de una corporación municipal, se recuerda asimismo, con cita de sentencias anteriores, que el Código Penal se ha decantado por un concepto amplio de funcionario, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el Código Penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que se "considerará funcionario público" a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación. Los ejes rectores del concepto de funcionario a efectos penales pasan por criterios distintos. Por un lado, tendrán esta consideración todos aquellos que presten servicios a entidades y organismos públicos. Pero no se agota en este criterio la atribución del concepto de funcionario en cuanto que puede venir también atribuido por el hecho de actuar sometido a la actividad de control del derecho administrativo. Como ha dicho un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo y que en la indagación del ámbito funcional al que ha de atenderse para predicar la condición de funcionario público, la STS 1030/2007, 4 de diciembre, apuntaba que "...en cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido*

*también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos. La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos. Así, en la STS nº 1292/2000, se dice que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública». En la STS nº 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública». También en este sentido la STS nº 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS nº 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo «verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos», como la STS de 16 de mayo de 2014 califica la actuación de Mercasevilla en el Organigrama municipal, concepto, reiteramos que va más allá del Derecho Administrativo.*

Al tratarse de una empresa mixta-pública, con finalidad de servicio público, vemos que toda su actuación no se encuentra sometido únicamente a la aprobación de sus directivos, habiendo sido preciso la autorización de toda la actividad objeto de examen ante el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, donde se inició un expediente administrativo, y sometido a su legislación, y de ahí que la venta de los terrenos no se practicara de forma directa, estando todos los acusados, al final, y la mayor parte de los testigos, conformes en someterlos al menos a los principios de concurrencia y publicidad, tratándose de entidad mixta municipalizada sometida al ordenamiento jurídico privado en todo lo que no sea la prestación del servicio público o la contratación relacionada con él, de manera que desde el punto de vista del derecho penal, la función de Mercasevilla, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho privado. Y así la Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas establecía: " Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios "El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, posterior a los hechos aquí enjuiciados, dio una nueva redacción a este regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Y en este caso, basta con analizar el Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2005 para comprobar que la propia entidad decide "proponer a la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mercasevilla, S.A." "la convocatoria de concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de su Unidad Alimentaria, en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que forma parte de la indicada propuesta", previa solicitud y obtención del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de autorización expresa para llevar a cabo dicha adjudicación".

Y como reitera la STS de 16 de marzo de 2015: "el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Y ello en modo alguno puede implicar infracción del art, 4 del CP y del principio de legalidad penal.

Y esto mismo lo ratifican los acusados integrantes de Mercasevilla cuando en sus propias actas de las Juntas, de la Comisión Ejecutiva se pronuncian como "la Empresa Mixta, en tanto que prestadora del Servicio Público Municipal de Mercados Centrales Mayoristas (ver folio 2733, acta de 28 de junio de 2015). Y como El Interventor del Excmo. Ayuntamiento de

Sevilla, D. José Miguel Braojos Corral señala que para que él mismo y el Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla puedan formar opinión al respecto resulta imprescindible que se les facilite una exhaustiva documentación relativa a los aspectos administrativos de la Empresa Mixta, en tanto que prestadora del Servicio Público Municipal de Mercados Centrales Mayoristas. Estas palabras son respaldadas por el Secretario General de la Corporación municipal D. Venancio Gutiérrez basándose en los folios 2818, 8663, ratificando y subrayando que está afecto a un servicio público. La misma consideración mantuvo el Sr. Gil Pascual, y fue esta cualidad la que tuvieron en cuenta todos para incluir la cláusula de alza temeraria y social, al tratarse de una empresa pública, y evitar en tal sentido la especulación. Si no, difícilmente, podrían apoyar la mayor parte de las cláusulas que fijaron en su pliego de condiciones.

Se blande como defensa del servicio público que desarrolla Mercasevilla, cuando en el Consejo de Administración literalmente para exponer la necesidad de llevar a cabo la opción de compra lo hace en base a que "el propio Sr. Director General explica por qué se ha preferido la alternativa del otorgamiento de un derecho de una opción de compra sobre otras también posibles, a saber: la de la venta de los terrenos desde este momento, desechada no sólo por requerir la previa desafectación del servicio público (f. 6833). Y el Sr. Crespo, quien cuando es recibido declaración como testigo ante el CNP (f 2593) entiende que Mercasevilla presta un Servicio Público. Y es en lo que se basan todos los políticos para intentar dar virtualidad al Pliego de condiciones y que no se pretenda obtener el mayor beneficio económico, sino evitar trazos especulativos.

Es más, en la comisión de julio de 2005 incluso cuando se analiza el tema de la compra de los suelos por la necesidad del traslado a Majarabique se informa de las actuaciones de la Gerencia de Urbanismo ya iniciada con relación a los mismos y las distintas alternativas jurídicas legalmente existentes de posible aplicación para su adquisición por parte del Ayuntamiento de Sevilla a efecto de su ulterior cesión a Mercasevilla (f 2753), así como que se cuente por parte de la Gerencia Municipal con reserva de suelos para el futuro traslado. Y en la de 30 de noviembre de 2015 cuando el Sr. Mellet informa sobre la opción de compra como mejor que la venta de los terrenos lo hace en base a la no necesidad en ese caso de desafectación del servicio público (f. 2824). Y los edificios y las instalaciones en que

actualmente se desarrollan las actividades propias de la gestión del servicio de mercados mayoristas municipales de fruta, de verdura y de pescado-, se aprecia, sin necesidad de mayores consideraciones, la concurrencia del segundo de ellos, ya que están claramente afectados al desenvolvimiento del servicio público.

En la Junta de Accionistas de 30 de noviembre se aprueba la espera de la autorización y aprobación municipal (f. 2840), así como solicitar al Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla la autorización expresa para llevar a cabo la adjudicación del derecho de opción de compra en la forma y bajo las condiciones del pliego de Condiciones (F. 2841). En el f. 1604 por parte de la Secretaría de Ayuntamiento, D. Venancio Gutiérrez Colomina, entiende que “Como entidad concesionaria de un servicio público y a tenor de lo establecido en el Artículo 128. 4. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Mercasevilla autorización municipal”.

Es más, el Pliego de condiciones del concurso concreta que: “La primera cláusula del pliego establece: “Por ello, este contrato se rige básicamente por la normativa general regulada en el Código Civil. No obstante, al tratarse Mercasevilla S.A., como se ha dicho, de una empresa mixta, de capital mayoritariamente municipal, y aunque en rigor no le resultan aplicables las exigencias y formas de la contratación administrativa y sí solo la observancia de los principios de publicidad y concurrencia, en atención a la envergadura del objeto de la contratación propuesta, a la pretensión de darle la máxima objetividad y transparencia, y al deseo de adecuar dicha contratación a la más moderna y exigente tendencia de la jurisprudencia europea, los actos preparatorios para formalizar el contrato y seleccionar al adjudicatario del mismo se van a someter a los principios de la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas (T.R. de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio, con las modificaciones introducidas en el mismo por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de Marzo, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001 de 12 de octubre), optándose para ello, como sistema de selección del adjudicatario, por la fórmula del concurso por procedimiento abierto.

Cuanto someten a autorización al Pleno del Ayuntamiento y emiten certificación e informe, cuando en el folio 1575 especifican que: “Como consta en el Expediente de Municipalización, aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno, con fecha 8 de mayo de 1971 y en la posterior Escritura de Constitución de la Empresa Mixta Mercasevilla, S.A., de fecha 27 de junio de 1971, su finalidad es la prestación del servicio público municipal de mercados centrales de abastecimiento de Sevilla, representando la parte del capital social adquirida por este Ayuntamiento el 51 % de su total. Para obtener el referido capital social en el porcentaje indicado, el Ayuntamiento de Sevilla aportó a esta Sociedad, como aportaciones no dinerarias, por un lado, la titularidad de los terrenos que conforman la Unidad Alimentaria, con una superficie de 59 hectáreas y un valor nominal de noventa y dos millones y medio de pesetas (92.500.000 ptas.), y, por otro, la concesión administrativa en régimen de monopolio de los servicios de Mercados Centrales de Mayoristas y Matadero, por un valor nominal de veinticinco millones de pesetas (25.000.000 PTAS.), llegando incluso tras advertir las consideraciones antes debatidas sobre la naturaleza de los terrenos que “ha de señalarse en todo caso, que deberá garantizarse el mantenimiento del SERVICIO PÚBLICO, que Mercasevilla viene ejerciendo desde 1971 por concesión administrativa (F 1576). Y a tal efecto, se considera preciso y necesario la autorización del Ayuntamiento: “en forma de “autorización” plenaria, a favor de la Empresa Mixta que gestiona el servicio público de mercados centrales de abastecimiento, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 128.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que establece que el concesionario no puede “Enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la entidad concedente, ni gravarlo, salvo autorización expresa de la Corporación”. Llegando a estimar como Órgano competente, en base al apartado K, del artículo 123.1, de la Ley 7/85, introducido por la Ley 57/2003, establece que es competencia del Pleno “la determinación de las formas de gestión de los servicios públicos”. Aunque la redacción no es muy afortunada, debemos entender que, constituido un organismo público, entidad pública empresarial, o entidad mercantil para la gestión de un servicio público, cualquier modificación que afecte a la referida gestión, debe contar con la autorización del Pleno de la Corporación; por ello, como ha sido entendido en el seno de los órganos de gobierno de la empresa Mercasevilla, S.A., procede elevar

propuesta al Pleno para la autorización solicitada. (Informe del Jefe del Servicio de la Secretaría de Alcaldía). Y el mismo interventor General en su escrito de 12 de diciembre califica a Mercasevilla como sociedad mixta con el objeto de prestar un servicio público de Mercado de Mayoristas por concesión administrativa, tratándose de una concesión regulada por el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, referida exclusivamente a la prestación de servicio, que va asociada al destino de los terrenos. Y en el f. 1579 se reitera nuevamente la prestación del servicio público de Mercasevilla.

Insistimos, las defensas para poder justificar la fórmula del concurso en lugar del de subasta se basan en el art. 20 de la Ley de Bienes 7/1999, como sistema normal de enajenación de bienes patrimoniales el de la subasta y señalando, no como opción, sino con el imperativo "se utilizará", el concurso siempre que el precio no sea el único criterio determinante de la enajenación y, en particular, "cuando la enajenación afecte a viviendas acogidas al régimen de promoción pública", lo que concretan la naturaleza de los terrenos objeto de adjudicación.

Y el Sr. Braojos en su primera declaración policial ya menciona "Lo normal en una venta de terrenos es que sea por subasta pero que la Ley de Contratos de la Administración Pública, también contempla la posibilidad por interés público que no solo se valore la oferta económica sino también otras de interés general (f. 2612). El Sr. Gutiérrez Colomina en f. 2615 y ss. afirma que "Para ello realizó un informe detallado en el que hacía hincapié en el hecho de que, para su preparación y adjudicación (del contrato de opción de compra) deberían de regir, con carácter preferente, las normas de la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, estableciendo la Ley 7/1999 de Bienes de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como forma normal de enajenación de bienes patrimoniales la subasta pública, permitiendo el Concurso siempre que se den una serie de requisitos.

Y los propios actos de los acusados permiten entender que nos hallamos ante una empresa mixta pública, y tal es así, que el Sr. Torrijos, a pesar de su defensa, entiende desde un comienzo que es una Administración y que lleva a cabo un servicio público, de ahí que sus pretensiones no se limiten a meras actuaciones mercantilistas, y en el mismo sentido el Sr. Mellet que cuando negocia con la Gerencia de Urbanismo (folios 10882 y ss.),

ambas lo califican de sociedad municipal. Llegando incluso a exponer “Mercasevilla es una empresa de carácter público que presta un servicio público municipalizado, y requiere una seguridad en las actuaciones de traslado y una garantía de continuidad en la prestación de los servicios”, y que “La Gerencia de Urbanismo y el Ayuntamiento de Sevilla están interesados en garantizar el cumplimiento de los fines de interés general y en garantizar la prestación de los servicios municipales y la viabilidad de la ordenación urbanística. En idéntico sentido folios 11699 y ss. Y así lo entiende la Sra. Bustamante y el Sr. Mellet que remite el borrador del contrato a la Sra. Regla Pereira y al Sr. Mellet. Estamos en todo caso ante borradores, de negociaciones inter partes y por ello, previamente pactados.

Y en el atestado de CNP cuando se estudia el derecho de reversión sobre los terrenos expropiados, afirma tras analizar las diversas sentencias y resoluciones dictadas que “origen expropiatorio de los terrenos no constituye impedimento alguno a la capacidad y legitimación de Mercasevilla para llevar a cabo la venta cuando se produzca el traslado desde su actual ubicación a otra distinta, ni tampoco respecto a su disponibilidad de los terrenos a tal fin, puesto que el posible derecho de reversión de los propietarios expropiados fue renunciado en documento público con relación a la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, renuncia expresa y solemne consagrada como válida y eficaz por la Sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla en la sentencia firme de 3 de Octubre del 2003”. Y continúa el Agente especializado: “La empresa Mercasevilla desarrolla básicamente el objeto social previsto en el Reglamento de Prestación de Servicio de Mercados Mayoristas y Matadero para el cumplimiento de las obligaciones que corresponden al Ayuntamiento en materia de abasto de la ciudad y su zona de influencia (art. 4 del citado Reglamento). De esta forma Mercasevilla constituye una Empresa Mixta con forma de Sociedad Anónima, constituida por el Ayuntamiento de Sevilla, Mercasa y otros accionistas, con un plazo de duración de 50 años, a contar desde el día 25 de junio de 1971 (Estatutos Sociales Constitutivos de Mercasevilla). Esta sociedad anónima, se constituyó previo acuerdo de municipalización con monopolio de los Servicios de Mercado Mayorista y Matadero, acordado por el Ayuntamiento de Sevilla. La prestación de estos servicios públicos, son competencias atribuidas legalmente a los Municipios conforme al art. 25.2.g) de la Ley de Bases de

Régimen Local que dispone que: "El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: g) Abastos. mataderos, ferias. mercados y defensa de usuarios y consumidores. "La prestación de servicios públicos es una manifestación de las facultades intervencionistas de la Administración, desarrollada a partir de la configuración del Estado Liberal de Derecho, definiéndose en la nueva redacción dada por la Ley de Modernización del Gobierno Local la Ley al art. 85.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de la siguiente forma: "Son Servicios Públicos Locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias". Es decir, se vincula el concepto de servicio público a la realización de una actividad prestacional en el marco de las competencias que resultan de las Leyes Sectoriales en cumplimiento de lo establecido en los arts. 25 y 26 de la LBRL. Este concepto amplio de servicio público no excluye su concurrencia con actividades ejercidas por el sector privado, en base al principio de libertad de empresa recogido en el art. 38 de la Constitución Española, y que difiere del concepto estricto de servicio público como servicio reservado por la Ley al sector público en régimen de monopolio por el art. 86.3, y del ejercicio de actividades económicas de carácter privado y no público previsto en su art. 86.1 de la LRBRL. (...) Ahora bien, nos encontramos pues en principio ante un servicio público sometido al Derecho Público y de carácter administrativo. No obstante el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1.955, regula la forma en que se han de prestar estos servicios públicos" de gestión" y no de "autoridad", como señala el profesor García de Enterría, y prevé la municipalización y la creación de Empresas Mixtas que se configuran como empresas públicas con personalidad jurídica propia y patrimonios propios que prestan los Servicios Públicos de "Gestión" sometidos al Derecho Mercantil que regula las relaciones comerciales y mercantiles de la actividad económica de los particulares. A este respecto el art. 102 del citado Reglamento de Servicios define las empresas mixtas como aquéllas en que los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares, o de aquéllas entre sí, se aportan en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización (es decir, servicios económicos de competencia local cuya gestión directa reporte más ventaja que las que pudiera reportar la iniciativa privada y la gestión indirecta). (...) realiza sobre ellas, en la STS de 24 de marzo de

1.987, al indicar que las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos, son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil en las que las corporaciones participan, en concepto de socios en los derechos que, como a tales les reconocen los Estatutos y la Legislación mercantil. pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios actúan en la prestación del servicio de una manera análoga a la de un contratista particular. Estas empresas mixtas de naturaleza jurídica pública están sometidas al Derecho Público, conforme a la teoría de los actos separables surgida en el Derecho francés y recibida por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa (asunto del Hotel Andalucía Palace de Sevilla: Auto de 17 de octubre de 1961 y sentencia de 4 de febrero de 1.965). y que ha pasado íntegramente a la vigente legislación de contratos (art. 9.3 de la Ley de Contratos del Estado), de forma que la Administración Pública (en este caso el Ayuntamiento de Sevilla) aunque adopte fórmulas de Derecho Privado para gestionar parte de su actividad sometida en este caso a Derecho Mercantil (Sociedad Anónima Mercasevilla), tiene siempre un núcleo insoslayable de actividad sometida al Derecho Público, perfectamente separable y constituido por todos aquellos actos de formación de voluntad, sometimiento o información pública, de forma que aunque el acto final en sí esté sometido al Derecho Mercantil o Civil ( en este caso el posible traslado de la empresa o posible venta de bienes patrimoniales) estos actos previos han de estar sometidos al Derecho Público - Administrativo (Ley de Contratos de la Administración General del Estado; Ley de Bienes de las Entidades Locales; Reglamento de Bienes de las EELL. A este respecto el citado art. 9.3. de la Ley de Contratos del Estado, con relación al régimen jurídico de los contratos privados celebrados por una Administración Pública, establece la diferenciación entre preparación y adjudicación del contrato, por un lado, y efectos y extinción, por otro, de tal modo que mientras aquellas fases se hallan reguladas por el Derecho Administrativo y sometidas sus controversias a la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa, éstas últimas, por el contrario, lo están al Derecho Privado y la Jurisdicción Ordinaria. Así pues, el desarrollo precontractual, constituido por la convocatoria, la licitación y la adjudicación, integran un conjunto de actos administrativos separables con

individualidad y vida jurídica propia, sometidos al Derecho Administrativo "porque la intervención de un ente público como sujeto contratante, aun cuando se trate de un contrato civil, comporta siempre la necesidad de determinadas formas y seguimiento de una cauce procedimental regulado por el Derecho Administrativo; en la segunda fase de efectos y consumación del contrato, "prima el carácter privado que margina la autotutela administrativa y atribuye a la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento y decisión" (STS de 19 de octubre de l. 981 ). Esta doctrina no es extensible más allá de la referida fase precontractual (STS de 16 de noviembre de 1.983) y en ningún caso prejuzga la condición administrativa o civil del contrato (STS de 26 de noviembre de l. 985), por cuanto, en todo caso, la fase de preparación y adjudicación del contrato siempre será administrativa en aquellos contratos que celebre la Administración".

Tal es así, que inicialmente el día 28 de junio de 2005 se reúne Comisión Ejecutiva en la que trata de estudio y encargo de informes técnicos sobre la posibilidad de concesión actual de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla para su posible ejercicio en el momento de traslado de la unidad alimentaria, en la que: "El Interventor del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, D. José Miguel Braojos Corral señala que para que él mismo y el Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla puedan formar opinión al respecto resulta imprescindible que se les facilite una exhaustiva documentación relativa a los aspectos administrativos de la Empresa Mixta, en tanto que prestadora del Servicio Público Municipal de Mercados Centrales Mayoristas. Estas palabras son respaldadas por el Secretario General de la Corporación municipal D. Venancio Gutiérrez, en la que el mismo informa de la directa aplicación de la Directiva 2004/18 de la CEE, afirmando que Mercasevilla era poder adjudicador.

Consideran las defensas que no procede su inclusión, toda vez que la transposición de la meritada Directiva se llevó a cabo en la Ley de Contratos del Sector Público, del año 2007, no aplicable por razones temporales. Si bien, la aplicación de las Directivas europeas es inmediata y no precisa adaptación legislativa, y por lo tanto es directamente aplicable y exigible desde su emisión.

Respecto a qué se entiende por poder adjudicador,

contamos con el concepto otorgado por el Acuerdo nº 104/15 de Tribunal Administrativo de contratos públicos de Aragón: *“Son tres los requisitos que se exigen para la calificación como poder adjudicador. Criterios que tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente –así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas Sentencias (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01):*

*1.- Que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA (...))*

*2.- Que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).*

*3.- Que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.*

Estos tres requisitos son cumplidos de forma indubitada por Mercasevilla: tiene personalidad jurídica, el control es público al ser una empresa de capital mayoritariamente público, y realiza una actividad de interés general y no exclusivamente industrial o mercantil. Y por ello, ratificamos el concepto que le otorga el Secretario General del Ayuntamiento.

Igual se ha pronunciado el anterior Tribunal con relación a Mercazaragoza: *“Este último requisito es el que se discute por*

*Mercazaragoza que, erróneamente, como se explicará, realiza una interpretación en la que lo mercantil, al margen del posible interés general, niega la condición de poder adjudicador. Y es errónea, porque desde 1998 el TJUE ha advertido que la idea de interés general —al margen de que sea una actividad industrial o mercantil— es la que decanta este tercer requisito. Como refleja la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto BFI Holding BV, siempre tendrá vis atractiva el carácter de interés general, aunque sea una actividad industrial o empresarial (criterio confirmado, entre otras, por la STJUE Adolf Truley, de 27 de febrero de 2003). Esta jurisprudencia se ha completado con otras sentencias que han perfilado la nota de actividad industrial o mercantil como existencia de riesgo empresarial. El TJUE ha analizado, desde una lógica funcional y no formal, la concurrencia o no de esta circunstancia, para lo que examina, como elemento determinante, las características de la actividad de la entidad, como son la competencia en el mercado, el ánimo de lucro, y la asunción real de riesgos por parte de la misma. (...) La conclusión expuesta se refuerza todavía más con el dato de que Mercazaragoza tiene la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Zaragoza. Así se reconoce de forma expresa en sus Estatutos vigentes. Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica — que por sí misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública—, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP (...). Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.»*

Y reiteramos, el conocimiento por parte de los acusados

del concepto de entidad pública de Mercasevilla y la necesidad de proceder a la venta no sólo sometido a los principios de concurrencia y publicidad (que ya sería suficiente), se basa en el hecho de que decidieran adoptar la fórmula de licitación pública, llegando a solicitar los acusados que fuera el concurso por adaptarse mejor a las necesidades de un servicio público y empresa pública, cuya venta de terrenos no puede tener sólo fines especulativos, criterio empleado por las defensas para intentar hacer el valor probatorio del dictamen pericial y los criterios puramente economicistas seguidos por él, que confronta para el caso de que se tratara de una empresa totalmente privada con intereses mercantiles.

Es por ello que, ab initio, no es factible concluir que no concurre el prepuesto básico de dos de las infracciones por los que se formula acusación, y ello sin perjuicio de analizar si se trató de acto administrativo la opción de compra sometido a tal o de un acto sujeto al derecho privado.

En atención a lo anteriormente expuesto, la cuestión planteada se desestima.

**SEGUNDO.** - Comenzando con el orden cronológico de los acontecimientos, nos centraremos en la actuación de Larena 98 y la introducción de Sanma, y como se gestionó entre esta última mercantil y Mercasevilla la opción de compra.

Ninguna duda existe sobre la pésima situación económica que atravesaba Mercasevilla inicialmente, admitida por todos los integrantes de la Comisión Ejecutiva y del Consejo de Administración que han declarado en el acto del plenario, incluido la testigo, Sra. Pilar Giraldo, concedora directa de la economía de Mercasevilla dada su relación y de sus funciones de contabilidad.

Como expone la defensa del Sr. Mellet, ya en el folio 13108 y ss. en la Junta de 23 de septiembre de 2002, en la que se nombra Director General a Fernando Mellet ya se hace constar la situación económica en la que se hallaba la sociedad mixta municipalizada, concretamente: "ante un acuerdo con la Asociación de Mayoristas de Frutas, Verduras y Hortalizas para el pago inmediato, que ya se está produciendo, de las cantidades adeudadas por los mismos en concepto de tarifas o tasas, que

tenían recurridas ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, si bien en casi todos los casos se han dictado ya sentencias desestimando dichos recursos. En atención a ese pago inmediato, absolutamente vital para la viabilidad de la empresa, que, como saben, se ha encontrado en los últimos meses al borde del colapso económico por razón precisamente de la falta de esos ingresos, forma parte del acuerdo la condonación de los intereses y de las costas correspondientes a Mercasevilla” así como que se pida al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla la adopción de todo tipo de medidas reglamentarias contra quienes se mantienen en situación de impago de sus débitos, tales como privación de licencias, órdenes de desalojo, expedientes sancionadores, etc., con independencia de que, además se les reclame el pago de las deudas, por vía de apremio si fuese necesario, (...) y elevar propuesta al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla para que adopte frente a los impagadores toda clase de medidas reglamentarias que estén a su alcance, incluidas sancionadoras en su caso, así como, también en su caso, privaciones de licencias, cierre de puestos, etc., con independencia de las que procedan para la reclamación de las deudas por la vía administrativa de apremio, (...) así como sobre las irregularidades detectadas por la Auditoría de Gestión respecto al cobro a deudores, así como se dé cuenta del mismo en el próximo Consejo de Administración para la adopción de las medidas que se consideren pertinentes”.

Y esta situación es calificada por Mercasevilla, acusación particular como de “dificilísima”.

De esta forma en los folios 2311 y ss., apoyado con documentos se hace constar que: ante la difícil situación económica de Mercasevilla, con pérdidas anuales sistemáticas, y el dato de existir varias parcelas sin ocupar (unos 40.000 m<sup>2</sup>), se había debatido reiteradas veces la necesidad de encontrar una ocupación económica para las citadas parcelas, planteándose tres alternativas: enajenación de las mismas, cesión del derecho de superficie a diferentes operadores o cesión del derecho a un solo operador que posteriormente gestionara la presencia de otras empresas. En la Comisión Ejecutiva de 6 de febrero de 2003 (doc. 1), el Director General D. Fernando Mellet comunica que una empresa denominada Larena 98. SL. “ha formulado una oferta concreta para que se le adjudiquen, en régimen de cesión de uso o de arrendamiento, la totalidad de las parcelas de las que aún dispone Mercasevilla S.A., para su explotación bien

directamente bien mediante cesiones de uso a terceras empresas y por lo que pagaría el correspondiente canon, ascendente a 120 millones de pesetas anuales (721.214'52 euros), revisable anualmente". Considera que "la oferta es muy ventajosa y solucionaría definitivamente las históricas dificultades financieras de Mercasevilla, aparte de que por supuesto, serían de cuenta de la adjudicataria la construcción sobre los terrenos de las nuevas naves y locales e incluso el coste del obligado soterramiento de la línea eléctrica de alta tensión". Se aprueba por unanimidad someter a consideración y aprobación de la Junta General de Accionistas, que se acuerda convocar para el 6 de marzo de 2003. En la Junta General Extraordinaria de 6 de marzo de 2003, el Presidente propone y se aprueba por unanimidad no pronunciarse ni tomar ninguna decisión por el momento. (DOC 2). En el Consejo de Administración de 9 de mayo de 2003 (DOC. 3), en el punto del orden del día "informe sobre uso y destino de las parcelas" se acuerda por unanimidad, confeccionar la Dirección de Mercasevilla con las colaboraciones técnicas, jurídicas y económicas que necesite, un estudio sobre la posible cesión de parcelas. En la Junta General de Accionistas de 29 de septiembre de 2003 (DOC 4), se trata en el punto 3 del orden del día la " Posible adjudicación de parcelas disponibles... La representación de Mercasa solicita que se retire esta cuestión al no haberse acompañado del informe económico solicitado en el Consejo de 9 de mayo y por entender que es competencia del Consejo de Administración y no de la Junta decidir sobre este tema. Esta cuestión se rechaza por votación contraria del Ayuntamiento y la Asociación de Mayoristas de Frutas y Hortalizas. El Sr. Mellet aporta dos informes jurídicos (Sr. Piñero y Bufete " A. Rozados") que ya habían sido distribuidos y un Informe económico (Sr. Ripollés), que consideran la operación viable y económicamente interesante. Se establece un amplio debate, que se recoge en Acta, en el que los representantes de Mercasa cuestionan la operación por los siguientes argumentos: necesidad de más tiempo e información para formarse opinión de la misma, falta de información sobre la empresa Larena 98, sobre su solvencia y si dispone de capacidad financiera y técnica para desarrollar la operación; falta de justificación del precio final fijado; y por último, si estratégicamente conviene ceder a una única empresa todo el espacio disponible en Mercasevilla. Finalmente se aprueba con el voto en contra de Mercasa, adjudicar a la entidad Larena 98 S.L. el derecho de superficie y la cesión temporal de uso y

explotación de las parcelas y se faculta al Director Apoderado D. Fernando Mellet para que en nombre de Mercasevilla pueda formalizar y suscribir con Larena 98 S.L. el contrato definitivo de constitución de derecho de superficie y cesión temporal y de uso y explotación.

A partir de esta coyuntura estructural, se alcanza como entre medio para solucionarlo el contrato de derecho de superficie entre Larena SL. y Mercasevilla en el año 2004.

Esto queda también acreditado incluso con la declaración más que especial que mantuvo el Sr. Antonio Pardal, quien en el acto del plenario mantiene un relato errático, carente de coherencia y de realidad, sin llegar a dar respuesta a lo que realmente se le preguntaba, olvidando extremos de imposible credibilidad a un empresario, tales como pago de impuestos, inscripciones en registro, y mucho más su capacidad o no para poder identificar a un acusado, manteniendo un relato inveraz u contradictorio a instrucción.

Esta negociación entre Larena y Mercasevilla se realizó directamente por el Director General que posteriormente fue ratificada por los órganos de administración de la empresa, y que se celebró sin concurso público, y así consta el certificado del acta de la Junta General de Accionistas de Mercasevilla de 29 de septiembre de 2003 (folio 2969 y ss. y 13136 y ss.) donde se refiere que se ratificaba el precontrato firmado el 4 de agosto de 2003 ( f.2976) , donde se recogen la adjudicación del derecho de superficie sobre las parcelas 19-1, 19-2 y de la 20-1 a la 20-13 a la entidad Larena 98 por parte de la Junta General, constando documentalmente el contrato con Larena 98 (los folios (2973-2990 y 5544-5551). El 29 de septiembre de 2003, se recoge una cláusula en la que se identifica de forma expresa el traslado anticipado de las actuales instalaciones de Mercasevilla a otra ubicación, Larena 98 S.L. se trasladaría con el conjunto de las instalaciones de la Unidad Alimentaria al nuevo emplazamiento, sin que por ello tuviese que recibir compensación ni indemnización alguna. La Junta General de Accionistas de Mercasevilla aprueba el precontrato con Larena 98 S.L. y faculta al Director General para firmar el contrato definitivo, que se firma el 4 de octubre de 2003 (f 6036). Y D. Rafael Vázquez Pérez, arquitecto de Mercasevilla y asesor colaborador de Larena 98 S.L., con técnicos del Departamento de Planeamiento de la Gerencia Municipal de Urbanismo para consensuar las

posibles modificaciones que fuesen necesarias en el Estudio de Detalle presentado y clarificar con la Oficina del Nuevo Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla los usos previstos para los terrenos actuales de la Unidad Alimentaria, quedando constancia que el 19 de diciembre de 2003 tiene lugar un encuentro en la oficina del P.G.O.U., motivada por la publicación en diversos medios del avance del P.G.O.U. donde se hace referencia al posible traslado de Mercasevilla.

Y documentalmente (f 6037) constan ciertas discrepancias: desde octubre de 2003, fecha de la firma definitiva del contrato en litigio, hasta final de febrero de 2004 plazo para presentar un proyecto básico, se refería a la parcela 20 (no contratada con Mercasevilla) como una única -unidad de actuación- cuando tanto en el contrato, el Estudio de Detalle y el Proyecto de Compensación registraban las parcelas desde la 20-1 a la 20-13. A Larena 98 se le notifica que la licencia de obras no se ajustaba a los citados documentos el 14 de abril de 2004, por lo que no se concede licencia de obras. Consta en el expediente de la licencia solicitada por Larena 98 ante la Gerencia Municipal De Urbanismo.

Es decir, como expone el agente del CNP con TIP 58575 y recogido en su atestado justificado documentalmente, la cronología es:

- 04/08/2003 Preacuerdo entre Mercasevilla y la mercantil Larena 98 S.L
- 29/09/2003 Ratificación en Junta General Extraordinaria de Mercasevilla
- 14/10/2003 Acuerdo Mercasevilla con Larena 98 S.L (Contrato de superficie)
- 05/02/2004 Elevación a Público del acuerdo.
- 18/07/2005 Contrato privado de traspaso y cesión de los derechos de superficie y cesión temporal de uso y explotación entre Larena 98. S.L y Sanma.
- 14 de julio de 2005. Aprobación provisional de la revisión del PGOU. Se lleva a cabo un cambio de ordenación urbanística en la parcela actual de Mercasevilla, aumentando el número de Viviendas de Protección Oficial (VPO) y disminuyendo la superficie de la parcela. Conversaciones de Mercasevilla con la Gerencia de

Urbanismo para un posible convenio urbanístico para regular las condiciones de la parcela de destino en Majarabique.

- 15/09/2005 Elevación a Público del acuerdo entre Larena 98 S.L y Mercasevilla.

Casi en un inicio comenzó el impago del canon por parte Larena, que lo imputa a cuestiones administrativas- urbanísticas (Sr. Antonio Pardal), y de forma secundaria a cuestiones relativas a la línea eléctrica (f-2975), que sin embargo no fueron las causantes del incumplimiento de las obligaciones por parte de Larena. A tal efecto en los folios 6183 y ss. se adjunta contrato de 25 de marzo de 2004 por el que, Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla, S.A. celebra contrato con Electrónica Automatización Y Montajes, S.A., adjuntando presupuesto (f 6192 y ss.) por importe de ciento veintinueve mil setecientos treinta y cuatro euros y treinta y dos céntimos. Y la actuación de Larena fue destinada desde un inicio a evitar el cumplimiento de este contrato, de manera que no presentó la declaración del ITPAJD correspondiente al derecho de superficie, ni solicitó su inscripción en el RP, pidiendo una licencia no adecuada al Estudio de Detalle y no aportó la documentación (testigo Martín Vincenti, Mauduit y Vera Goñi).

Sobre la naturaleza de los obstáculos para el cumplimiento del contrato, lo aclara el testigo Manuel Solá quien asevera que desde un inicio el problema de Larena fue el de la financiación, la imposibilidad de obtener inversión externa con un derecho de superficie y no la propiedad de los terrenos.

Se adjunta documental en la que consta: requerimiento de fecha 12 de enero de 2005, en el que se le solicita que subsane la sustitución de nuevo Arquitecto Técnico que se haga cargo tras la renuncia del anteriormente designado (folio 204); requerimiento de fecha 19 de enero de 2005, (folio 202) a fin de que presente alegaciones en plazo de diez días en aclaración de las escuetas manifestaciones planteadas por la citada entidad en su escrito de 14 de enero de 2005; requerimiento de fecha 24 de enero de 2005 para presentación de documentación complementaria "para poder ser informado el expediente" (folio 208); requerimiento de 10 de febrero de 2005, dándole plazo de quince días para que proceda a la subsanación de los citados defectos (folio 217) . Y ninguno de los citados requerimientos es atendido por la entidad Larena 98 S.L, hasta que, casi un año más tarde (folio 227) en el que interesa la solicitud de devolución

de tasas; por lo que no hubo no había existido ninguna denegación de la licencia de referencia, por parte de la Gerencia de Urbanismo. Y a pesar del citado escrito remitido por Larena 98, S.L, aun así, la Subjefe del servicio Dña. Emilia Barrial Chamizo, vuelve a conceder a Larena 98, S.L, un plazo de 10 días para que proceda a aportar la documentación requerida, advirtiéndole que, en caso contrario, "se archivará sin más trámites la solicitud de licencia de obras indicada en los términos previstos en el artículo 92 de la LRJAP-PAC" (folio 229). Frente a esta nueva resolución, la entidad Larena contesta reiterando su solicitud de devolución de las tasas, y termina dictándose resolución por la que se declara la caducidad del procedimiento Administrativo. Larena 98, (folio 253) recurre en alzada y posteriormente presenta demanda contenciosa administrativa, en reclamación no del otorgamiento de la licencia y la continuidad del expediente administrativo de concesión de la misma, sino reclamando la devolución de las tasas. Dña. Emilia Barrial Chamizo, emitió informe en fecha 14 de marzo de 2005, una vez aprobado el Estudio de Detalle, en el que resumía básicamente, lo acontecido (folio 221).

Queda acreditado testifical y documentalmente como todo desembocó con la interposición de demanda por Larena (f.5919 y ss. ) y la contestación-reconvención de Mercasevilla (f 5958 ), ratificándolo los acusados integrantes de Mercasevilla así como el testigo Armando Rozados, previa información de tal situación a la Comisión Ejecutiva 11 de febrero de 2005 contenida en los folios 2720 a 2729, en la que además se facultó al Sr. Mellet para negociar toda posible solución del conflicto planteado incluida la propuesta de Larena de que Mercasevilla le otorgue una opción de compra de los terrenos que comprenden el derecho de superficie actualmente concedido a dicha sociedad. En los folios 6034 a 6040 queda constancia de los problemas existentes, emitiéndose informe el 16 de febrero de 2005, del Sr. Ponce a solicitud del Sr. Mellet, ratificándose íntegramente en su contenido. El Sr. Rozados admite ser el Letrado encargado de la contestación a la demanda y reconvención (f. 10682 y ss.).

No existe prueba alguna, de que los Sres., Mellet y Castaño tuvieran un inicial interés en que Larena dejara de cumplir sus obligaciones y con ello intercambiar su posición por la de Sanma y con ello existiera un concierto previo para que Sanma/Sando se convirtiera en el Banco de Mercasevilla a

cambio de obtener la propiedad de los terrenos. Y prueba de ello, es que previamente a que se iniciara los tratos con otra empresa subrogada, se ofertó a Larena 98 la posibilidad de instalar una ITV, así como el mantenimiento de Vía Pública y construir viviendas de Protección Oficial, tal y como asevera el Sr. Pardal en el acto del plenario. La causa por la que Larena cesó en sus obligaciones compete a ella, siendo que Mercasevilla en su reconvención solicitó que se cumpliera el contrato. Esta dejación queda constancia no sólo por los problemas de licencia, tal y como puede observarse de la testifical del Sr. Sola y Vera Goñi, no por cuestiones eléctricas, siendo estas meramente secundarias, siendo la principal, la ausencia de inversión externa bancaria o financiera.

Sin que exista claridad entre partes y testigos en el sistema de acercamiento de Sando/Sanma a Mercasevilla, lo cierto es que en el primer trimestre de 2005, los Sres. Miró Morales y Sánchez Manzano entraron en contacto con el Sr. Mellet, sin que exista prueba de quien tuvo la iniciativa, si el Sr. Domingo Enrique Castaño u otro, dado que el Sr. Pardal se desdijo de sus manifestaciones en Instrucción, con unas explicaciones incoherentes e inconexas, aunque de forma parcial, llegando a exponer que le indicaron con quien estuvo, la misma persona que le ofertó el mantenimiento de Vía Pública.

Y reiteramos, a pesar de las numerosas sesiones de juicio, unido a la legalidad esgrimida por cada una de las partes del sistema de opción de compra y sus negociaciones, todos niegan haber tomado iniciativa alguna en contactar entre ellos para facilitar la situación de Mercasevilla, e introducirlas en las negociaciones, sin que baste con una mera afirmación de que se trataba de un hecho notorio y público el traslado.

Se contesta al Sr. Mellet el 6 de octubre de 2005: "En relación con las cuestiones planteadas por la entidad Mercasevilla S.A. sobre la relocalización de su unidad alimentaria en terrenos localizados al Norte de la Ciudad, esta Oficina del Plan informa: En la actualidad los terrenos de la entidad Mercasevilla S.A. se encuentran incluidos dentro del Área de reforma Interior ARI-DE-03 Mercasevilla del Documento de Aprobación Provisional de la Revisión del Plan General, aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno el 14 de julio de 2005. En la citada ficha de planeamiento no se ha establecido sistema de actuación ni programación por estar vinculado su desarrollo a la implantación de las nuevas

instalaciones de Mercasevilla en el Sector del SUNS-DMN-01 Nodo Logístico Norte previsto para satisfacer las demandas de suelo para su nueva localización.” Es por ello, que la aprobación no se logra hasta julio de 2005, según informe emitido a Mellet.

Es más, si las negociaciones han sido desde un inicio tan asépticas no se comprende el sistema de ocultamiento para dar un relato coherente y sin contradicciones de como Sando entró en negociaciones con Mercasevilla. Tras ocultarse, la exposición de Sánchez Manzano y Sr. Miró, no describen de manera coherente cómo se inician los contactos con el Sr. Mellet; y debido a la falta de claridad de todas las partes, no puede considerarse irrefutable que los Sres. Mellet o Enrique Castaño no tomaran la iniciativa para comenzar los tratos con Sando, al igual que no ha resultado probado lo contrario.

Ninguna duda cabe, dado que todos los integrantes de Sando así lo entendían la subrogación les parecía un negocio rentable, queda debidamente plasmado en un acuerdo transaccional entre tres partes, llevado a cabo de manera casi inmediata (ver fecha de contestación a la demanda y reconvencción, febrero de 2005) y sin transcurso de negociaciones, finalizó en la subrogación con firma el 15 de julio de 2015, previa Comisión Ejecutiva de 28 de junio de 2005 (F. 3730 y ss.) en la que el Sr. Mellet anuncia de la posibilidad de lograr un arreglo transaccional consistente en pagarle 1 millón 80 mil euros antes del día 18 de julio, fecha de la audiencia previa, siendo coincidente la fecha de la firma del contrato con la reunión de la Comisión Ejecutiva de 15 de julio de 2005 (F. 2.741 a 2743), en la que ya se informó a los Consejeros, de la solución mediante la subrogación de la mercantil Sanma en la posición jurídica de la entidad Larena 98 como titular de determinados derechos de superficie. Y el Sr. Pardal en el acto del plenario, si bien con un testimonio lleno de vacíos y lagunas, así como contradicciones admite que todo se llevó a cabo de forma legal, negociaciones entre empresas, siendo el Sr. Ponce quien lo hizo de forma activa.

En los fundamentos siguientes se analizará los tratos entre Mercasevilla y Sando, así como las testificales de Armando Rozados y el Sr. Flores, que desde un inicio resultan nimias. Y el Sr. Ponce ratifica que los tratos en nombre de Mercasevilla los llevaba el Sr. Armando Rozados, sin que hubiere conocido ni mantenido contacto alguno con el Sr. Miró en nombre de

Mercasevilla.

**TERCERO.** - Lo anterior constituye un antecedente lógico para examinar la actuación de los intervinientes en el acto de la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla, y el devenir de las negociaciones llevadas a cabo para la firma de la subrogación del derecho de superficie, haciendo que Larena 98 saliera de los terrenos objeto de Litis.

Antes de continuar sobre la valoración de la prueba y la concurrencia o no en los elementos integrantes del tipo penal, se comparte las argumentaciones de Asociación de Frutas y Verduras en relación al único delito del que tiene legitimación de la escasa o nula participación que en los hechos han tenido los Sres. Antonio Rodrigo Torrijos y José Luis Sánchez Domínguez, sin que exista siquiera meros indicios en las actuaciones delictivas de la que son objeto de acusación. Respecto al Sr. Crespo, se analizará junto al resto de fundamentos jurídicos al ser también integrante de la Mesa de Contratación y ser el Presidente de Mercasevilla dirigiendo las diversas reuniones, lo que le hace tener una mayor relevancia en los contratos.

En la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 29 de septiembre de 2003 se nombra Consejero a Antonio Rodrigo Torrijos, como Vicepresidente de la sociedad mixta municipal (f. 2709 y ss. y 6512 y ss.). En las conversaciones previas entre Larena 98 y Mercasevilla, el sr Torrijos no participó, tal y como queda probado por la documental, y con los pocos datos recordados por el Sr. Rozados, coincidentes con el Sr. Pardal, así como tampoco lo hizo en el acuerdo existente entre las tres mercantiles antes de las comisiones ejecutivas citadas antes, tal y como lo acreditan las mismas (f. 3730 y ss. y f. 2.741 a 2743). Es más, ninguno de los acusados de Sanma/Sando han mantenido ningún contacto con Antonio Rodrigo, no existe ningún testigo que enlace al mismo con la citada mercantil, así como tampoco existe documento ni correo electrónico que lo vincule con contactos internos, ni siquiera dentro de toda la extensa prueba documental presentada por Manuel Blanco, en la que pueda advertirse comunicación directa o indirecta de Antonio Rodrigo Torrijos con el grupo inversor.

De toda la prueba practicada en el plenario, incluida la documental adjuntada en Instrucción, queda limitada la

participación del Sr. Rodrigo Torrijos a los siguientes hitos temporales:

A.- La Comisión Ejecutiva de 28 de junio de 2005 (F. 2.730 a 2.736), en la que se trató de estudio y encargo de informes técnicos sobre la posibilidad de concesión actual de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla para su posible ejercicio en el momento de traslado de la unidad alimentaria, interviniendo el Sr. Gonzalo Crespo, Antonio Rodrigo, Silvia Llerena, Domingo Enrique Castaño, Miguel Braojos, Enrique García, Fernando Mellet, Jorge Piñero y Victoria Bustamante y Ángel Gil.

Se inició con la actuación de Gonzalo Crespo que expuso :  
" como consta a los presentes, en las últimas semanas han existido contactos entre la Dirección de Mercasevilla y sus socios Ayuntamiento de Sevilla y Empresa Nacional Mercasa sobre la posibilidad de aprovechar el tirón que respecto al valor de los terrenos de Mercasevilla en que se asienta esta Unidad Alimentaria supone el cambio de calificación y de usos urbanísticos de dichos terrenos en la Revisión del P.G.O.U. de esta Capital actualmente en tramitación, para obtener recursos económicos por vía de una posible concesión actual del derecho de opción de compra de dichos terrenos que sólo sería ejecutable en el momento en que esta Empresa Mixta hubiera de trasladarse a un nuevo emplazamiento, lo que permitiría, en términos generales, un saneamiento de la situación económica de Mercasevilla y, sobre todo, a corto plazo, dar una solución inmediata al contencioso planteado por la entidad Larena 98, S.A.,. A continuación, cediendo inmediatamente la palabra al Director General, para que dé más detalles. Interviene seguidamente Francisco García, apoyándole Ángel Gil, así como el Interventor del Ayuntamiento y Secretario General en los aspectos administrativos de la empresa mixta prestadora del servicio público municipal.

Y el coacusado Antonio Rodrigo redujo su intervención exclusiva en la página 4 del correspondiente Acta de la Sesión: "Don Antonio Rodrigo Torrijos toma la palabra (...) Respecto a la cualificación de los dictámenes y opiniones que tendrían que ser recabados, a él personalmente le dan una gran seguridad y tranquilidad el que se emitan por los altos técnicos del Ayuntamiento de Sevilla integrantes de esta Comisión Ejecutiva, es decir, por el Secretario General y el Interventor General de la

Corporación (...) sin que fuere preciso asesoramiento externo, así como que hay que buscar en todo caso la legalidad y transparencia, que entiende cumplidas con la publicidad y concurrencia.

D. Domingo Enrique Castaño interviene para suscribir totalmente las palabras del Sr. Rodrigo pareciéndole perfecta la idea de encargar los informes a personas de tan alta capacidad y cualificación técnica como lo son el Secretario General y el Interventor General del Ayuntamiento sevillano. Posteriormente intervienen de nuevo Francisco García, Ángel Gil, Silvia Llerena, María Victoria Bustamante a confirmar e informar de los avances en el PGOU, reiterando todos, a excepción del Presidente una participación activa en la Comisión, siendo votada y aprobado todos los puntos por unanimidad.

B.- En la Comisión Ejecutiva de 15 de julio de 2005 (f. 2741-2743), se informó a los Consejeros, estando integrada por el Sr. Gonzalo Crespo, Antonio Rodrigo, Domingo Enrique Castaño, Fernando Mellet, Jorge Piñero Ángel Gil de la pretensión de la mercantil Sanma de subrogarse en la posición jurídica de la entidad Larena 98 como titular de determinados derechos de superficie facultando al Sr. Mellet para llevar a cabo los actos necesarios, siendo aprobado por unanimidad, como posible solución al conflicto con Larena 98, limitándose Gonzalo Crespo desde un inicio a ceder la palabra al Sr. Mellet, sin que la intervención de Antonio Rodrigo y Gonzalo Crespo sea distinta al voto por unanimidad.

C.- Comisión Ejecutiva de 14 de septiembre de 2005 (f. 2744 y ss.), bajo la presidencia de Gonzalo, de Antonio Rodrigo, de Domingo Enrique Castaño. José Miguel Braojos, Venancio Gutiérrez, Ángel Gil, Fernando Mellet y Jorge Piñero, para estudiar la situación actual de la sociedad, en la que el Presidente torna a ceder inmediatamente la palabra al Sr. Mellet quien informa del cambio de uso de los terrenos de un 30 a un 40% de uso de viviendas de protección oficial, limitando Antonio Rodrigo a emitir una valoración sobre el interés general favorecido por una ampliación en el porcentaje de VPO, compartiendo esta opinión Gonzalo Crespo, y convocando junta de accionistas.

D.-Comisión Ejecutiva de 18 de octubre de 2015, bajo la presidencia de Gonzalo Crespo, participando Antonio Rodrigo Torrijos, Ángel Gil Pascual, Manuel Estrada Nora, José Ignacio

Fernández, Venancio Gutiérrez Colomina, Arturo Cortés de la Cruz, José Miguel Braojos Corral, Domingo Enrique Castaño Gallego, Fernando Mellet, Jorge Piñero, María Victoria Bustamante, José Antonio Ripollés y Carlos López; para estudiar la viabilidad de otorgamiento de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla, así como informar sobre las nuevas circunstancias urbanísticas iban a hacer necesario el traslado de la Unidad Alimentaria de Mercasevilla, así como los estudios realizados sobre las inversiones necesarias para ello y las posibilidades de ubicación de los actuales mercados e instalaciones de la Unidad Alimentaria en una nueva sede física, señalando que al efecto, tras las correspondientes prospecciones y estudios, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla ya ha seleccionado, como únicos terrenos que presentan las condiciones y capacidades adecuadas para albergar a esta Unidad Alimentaria, un área en la zona de Majarabique, iniciándose un prolongado e intenso debate, en el que participan la totalidad de los miembros de la Comisión presentes en este acto y los propios técnicos informantes sobre la forma de adquisición de los suelos y el coste para Mercasevilla, y la cesión por parte del Ayuntamiento y reserva de tales suelos. Aquí la participación activa la llevaban a cabo los Sres., Ripollés y Bustamante.

E.- La Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre de 2005 (F. 2.780 a 2803), bajo la presidencia de Gonzalo Crespo, con la participación de Antonio Rodrigo Torrijos, Domingo Enrique Castaño Gallego, José Miguel Braojos Corral, Venancio Gutiérrez, Ángel Gil Pascual, Arturo Cortés de la Cruz, Fernando Mellet, Jorge Piñero, José Ignacio Fernández y María Victoria Bustamante, se aprueba por unanimidad (F. 2782 y 2783), proponer al Consejo de Administración la adjudicación a terceros, mediante concurso, de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, con sujeción a las condiciones del Pliego de Condiciones económicas, jurídicas y técnicas y sus anexos redactados por los servicios jurídicos de Mercasevilla, analizándose el pliego recogido en los folios 2784 y ss., especificándose en el acta que se lleva a cabo un amplio debate sobre el concurso. En esta comisión, así como tampoco consta con la testifical del Sr. Braojos, Interventor, el Sr. Gutiérrez Colomina, Secretario General, o el Sr. Gil Pascual, Economista y Sr. Cortés de la Cruz que hubiera resistencia ni imposición por parte del Sr. Torrijos de sistema alguno,

habiéndose limitado únicamente a decidir entre subasta y concurso, dado que Antonio Rodrigo sólo, tal y como él mismo ha admitido, por convicciones, negando el sistema que produjera más posibilidades especulativas, optando por unanimidad todos y cada uno de los miembros de la Comisión Ejecutiva como otro sistema válido para la venta de terrenos. Nadie esgrimió inducción, o presión, y ello con independencia de que pudiera estar a favor o no de un sistema de venta directa, extremo tampoco acreditado. En este caso, el Presidente se limita de manera casi inmediata a ceder la palabra a Mellet, quien dirigió todo el debate y la cesión.

F.- Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2005 (f 2822 a 2831), bajo la presidencia de Gonzalo Crespo, en la que se trataba de "proponer a la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mercasevilla, S.A." "la convocatoria de concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de su Unidad Alimentaria, en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que forma parte de la indicada propuesta", previa solicitud y obtención del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de autorización expresa para llevar a cabo dicha adjudicación", a la que asisten Antonio Rodrigo Torrijos, Antonio Rodríguez Galindo, Cristina Vega Alonso, Marta Mejías Ortiz, M<sup>a</sup> Dolores Meléndez Martínez-Agulló, Ángel Gil Pascual, Julio Alba Riesco, Domingo Enrique Castaño Gallego, José Luis Illescas, Apolina Gómez Martínez, Enrique Castaño Gallego, Victoria Bustamante Sainz, Arturo Cortés de la Cruz, Margarita Alonso Pereira, Ángel Gil Pascual, José Miguel Braojos, Amparo Guisado Castejón, José Ignacio Fernández Estellés, D. José Antonio Vázquez Rosso, Fernando Mellet Jiménez, Jorge Piñero Gálvez, y Rafael Domínguez.

Nuevamente el Presidente cede la palabra al director General, informando sobre la idea de la posibilidad de transmitir un derecho de opción de compra surge con motivo del cambio de calificación y usos de los terrenos de Mercasevilla en el nuevo Plan de Ordenación Urbana en tramitación, que pasan de ser suelo de uso terciario a suelo de uso residencial (...), siendo que es el Sr. Mellet quien explica por qué se ha preferido la alternativa del otorgamiento de opción de compra sobre otras posibles, exponiendo que la venta de los terrenos es desechada no sólo por requerir la previa desafectación del servicio público

desde momento, sino también por no ser posible prescindir desde ese momento de los terrenos (...), entendiendo que esa última alternativa tiene todas las ventajas al permitir la conservación de la propiedad hasta el mismo traslado y la prestación hasta ese momento de los servicios, así como percibir una prima inicial aproximada de 4 millones de euros, que permitirían ir preparando el traslado. Así mismo, continúa Fernando Mellet aclarando que se ha basado en informes técnicos y urbanísticos han sido realizados por el economista José Antonio Ripollés, el urbanista Carlos López Cantos y la funcionaria de la Gerencia de Urbanismo Dña. M<sup>a</sup>Victoria Bustamante y que en los informes jurídicos han colaborado el Secretario General e Interventor del Ayuntamiento junto a letrados municipales, el letrado de esta Sociedad D. Jorge Piñero y los asesores jurídicos de Mercasa. Se adjunta como documentación: Informe del Secretario General del Excmo. Ayuntamiento - págs. 1 a 2, Informes del Vicesecretario en funciones de Secretario del Consejo de Administración y letrado de esta Sociedad, Derechos de reversión - págs. 3 a 5, Pliego de condiciones particulares, Informe sobre aspectos civiles y mercantiles, Solicitud del Director General de Mercasevilla, S.A. a la Gerencia Municipal de Urbanismo, Informe de la Oficina del Plan de Sevilla de fecha 6 de octubre de 2005, Resolución de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia Municipal de urbanismo, así como del Gerente y Consejero Delegado de la Gerencia Municipal de Urbanismo; estudio topográfico sobre localización, situación y levantamiento planimétrico de Mercasevilla. Documentación II: informes económicos elaborados por José Antonio Ripollés, doc. II valoraciones sobre los terrenos actuales de Mercasevilla por Valtecnic, Krata, Forcadell, y Documentación IV, proyecto de viabilidad urbanística de Carlos López. Y continúa el Director General, Mellet entendiendo que a pesar de que Mercasevilla podía haber optado por la adjudicación directa del derecho de opción de compra se ha escogido la licitación, aconsejada por el Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla en su informe y que sin duda es una fórmula mucho más transparente y garantista de la objetividad e imparcialidad, concretamente en este caso el concurso público abierto, regulado por un Pliego de Condiciones exhaustivo redactado por el letrado de la Sociedad D. Jorge Piñero con la colaboración inestimable de Dña. M<sup>a</sup> Victoria Bustamante y de los asesores jurídicos de Mercasa. Termina su intervención el Sr. Mellet aclarando que el precio de venta que aparece en el precitado Pliego de Condiciones del

concurso surge de las tasaciones oficiales que han sido recabadas por Mercasevilla y, por supuesto, tiene carácter básico o de mínimo. Participa activamente Jorge Piñero para dar respuesta al derecho de reversión de los terrenos en relación al origen expropiatorio de los terrenos, suscribiendo el Sr. Piñero su informe, para explicar los aspectos fundamentales del concurso, así como del contenido del Pliego de Condiciones, tanto en su contenido en cuanto a aspectos baremables, puntuaciones y contenido de opción y futura compra. Otro de los acusados, José Antonio Ripollés da respuesta a las dudas planteadas por Julio Alba sobre la escasa valoración del suelo, contestando D. José Antonio Ripollés que el precio de venta del que se parte en el Pliego de Condiciones del Concurso no es más que un mínimo que se corresponde con el fijado en las tasaciones practicadas recordando que de los doscientos setenta y tantos mil metros cuadrados de edificabilidad más de noventa mil están destinados a la construcción de viviendas de protección oficial y otra parte a usos terciarios y que, además se trata de una operación de tal gran envergadura que no se ha hecho ninguna otra igual en Sevilla, por lo que no cree que concurren más que unas cuantas grandes empresas. Señala también que no hay que olvidar que en el propio Pliego se establece una fórmula de actualización o revalorización del señalado precio mínimo y que, además, a la hora de la baremación de las ofertas se pondera especialmente la mejora del precio de compraventa y de su fórmula de revalorización. D. Antonio Rodrigo Torrijas, interviene para recordar el carácter público o semipúblico de Mercasevilla y también que las actuales políticas están orientadas a la construcción de viviendas protegidas, atendiendo que una empresa mixta pero marcada por lo público debe tener unos objetivos distintos de los meramente economicistas y desde luego no los especulativos. Y en ese momento Gonzalo Crespo somete a aprobación los acuerdos adoptados, designando a la Comisión Ejecutiva como órgano competente para llevar a cabo la contratación y facultando al Sr. Mellet para efectuar todo cuanto exigiere la efectividad cumplimiento y ejecución de lo expresado.

G.-Junta General Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Mercados Centrales De Abastecimiento De Sevilla, Mercasevilla, S.A., bajo la Presidencia Gonzalo Crespo Prieto, el día 30 de noviembre de 2015 (f. 2822 y ss.): para el estudio, aprobación y propuesta sobre posible adjudicación a tercero

mediante concurso público de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de la unidad alimentaria, estando presentes como accionistas con derecho a voto: el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, representado por el Gonzalo Crespo Prieto, por delegación expresa del Excmo. Sr. Alcalde de Sevilla, la Empresa Nacional Mercasa, representada por D. Ángel Gil Pascual, y la Asociación Empresarial de Mayoristas Asentadores en Frutas, Verduras y Hortalizas de la Provincia de Sevilla, representada por D. Manuel Castillo; comenzando nuevamente con la cesión de palabra del Presiente al Director General, quien exterioriza como se ha proporcionado a los Sres. Accionistas, la documentación que ha sido elaborada por los expertos cuyo asesoramiento se ha pedido para los distintos aspectos de este asunto, esto es el económico-financiero y el jurídico en sus subapartados urbanístico, administrativo, civil y mercantil. Explica que la idea de la posibilidad de transmitir un derecho de opción de compra surge con motivo del cambio de calificación y usos de los terrenos de Mercasevilla en el nuevo Plan de Ordenación Urbana en tramitación, que pasan de ser suelo de uso terciario a suelo de uso residencial, planteándose entonces la oportunidad que se ofrecía para aprovechar desde ahora las grandes expectativas que ese cambio ofrece. Cambio que hará necesario el futuro traslado de la Unidad Alimentaria, exponiendo las razones de la preferencia por la alternativa del otorgamiento de un derecho de opción de compra, reiterando literalmente lo expuesto en la anterior Comisión Ejecutiva, insistiendo el Sr. Piñero su explicación íntegra sobre el contenido del concurso, así como del pliego de Condiciones en su integridad, incluido los aspectos baremables, puntuaciones....

Y con ello, la Junta aceptó la propuesta de la Comisión Ejecutiva, sin perjuicio de la autorización municipal, solicitó autorización expresa al Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, designando a la Comisión Ejecutiva y facultando al Sr. Mellet, siendo aprobada por el voto favorable de todos los asistentes que representan el 99'6% del capital social.

H.- Comisión Ejecutiva de 25 de febrero de 2016 (f. 2843 y ss.) bajo la Presidencia de Gonzalo Crespo, estando presentes Antonio Rodrigo Torrijos, Domingo Enrique Castaño Gallego, José Miguel Braojos Corral, Venancio Gutiérrez Colomina, Ángel Gil, Arturo Cortes, Fernando Mellet, Jorge Piñero, José Ignacio Fernández, María Victoria Bustamante, y José Antonio Ripollés

para estudio y aceptación de la propuesta elevada por la Mesa de Contratación, en la que existe una participación activa de Gonzalo Crespo, informando sobre el seguimiento de la Mesa de Contratación, el resultado de la misma, así como concretando todos quienes han tenido una participación trascendental y básica en esta adjudicación.

Como literalmente expone la defensa del Sr. Rodrigo Torrijos: “no participó ni tuvo intervención de ningún tipo en la redacción del Pliego de condiciones que debía regir el concurso público y que fue entregado a la Comisión Ejecutiva. Tampoco recibió ni envió ni corrigió borrador de ningún Pliego, del que tuvo conocimiento por la exposición y explicación que del mismo ofrecieron los Técnicos en el seno de dicha Comisión Ejecutiva. Al menos, ninguna prueba hay de ello, ni documental, ni testifical, ni pericial, que atribuya participación de Antonio Torrijos en ninguna de las infracciones penales objeto de acusación, como la de prevaricación y fraude y exacciones ilegales”. Y si bien la testifical de los Sres. Armando Rozados, Sr. Flores, Sr. Pardal, carecen de valor probatorio, hay que unirla a la del Sr. Solá, mucho más coherente y real, y todos ellos niegan participación alguna tanto del Sr. Torrijos en las negociaciones al frente de Mercasevilla, ni siquiera “en la sombra”, ni dirigiendo al Sr. Mellet o en connivencia con él.

A ello se une, que los acusados Sánchez Domínguez, Sánchez Manzano, y Miró admiten no haber mantenido contacto alguno con Antonio Rodrigo.

No existe prueba alguna de que el Sr. Rodrigo mantuviera contacto inicial con Larena 98, ni con Sando/Sanma, ni cualquier otra participación en los hechos, salvo su mera participación en las actas de la Comisión Ejecutiva como Vicepresidente de Mercasevilla, sin que este nombramiento conlleve sin más a ser autor, cómplice o inductor de cualquiera de los actos que las acusaciones, no todas, le atribuyen, y ello con independencia de que en sus intervenciones mostrara sus ideas políticas de preferencia a un sistema de licitación, y a su deseo de evitar especulaciones en el terreno.

No participó ni activa ni pasivamente en la mesa de contratación, aprobando, como todos los miembros, los acuerdos adoptados en la Comisión Ejecutiva, sin que conste que

ejercitara presión alguna sobre los miembros de la Comisión, y sin que el hecho de que inicialmente pensara en que la venta directa fuera la mejor opción implique sin más infracción penal, dado que en la Comisión de 28 de junio entendió que era suficiente publicidad y concurrencia, si bien ante los dictámenes emitidos optó por el concurso, sin que pueda existir delito por optar entre dos sistemas igualmente válidos según los dictámenes emitidos, dado que incluso el Secretario de Ayuntamiento no opuso ni impugnó que se llevara a cabo por el sistema finalmente empleado. No queda acreditado, que fuera el Sr. Rodrigo quien convenciera a los demás para que fuera el sistema elegido ante la resistencia de los restantes miembros, porque así lo exteriorizan los testigos, el Sr. Braojos, Sr. Gutiérrez Colomina, Sr. Gil Pascual, Economista, Sr. Cortés de La Cruz, estimando todos que el sistema optado era legítimo y legal. El hecho de preferir un sistema por encima de otro, así como la necesidad de fijar una cláusula de ayuda social no le hace ser autor de las infracciones penales.

Su actuación se limitó a votar favorablemente los Pliegos de condiciones, así como también el resultado del concurso. No participó en la Mesa de Contratación, ni en la baremación.

No existe prueba, ni siquiera indiciaria de que el Sr. Rodrigo presionara para que se convocara un concurso en lugar de una subasta, ni que se confabulara con los restantes acusados. Y como expone la defensa del Sr. Rodrigo, todos y cada uno de los miembros de la Comisión Ejecutiva admiten desde un inicio haber votado libremente sin que se forzara u obligaran por una u otra opción, sin sufrir imposición alguna, ni directa ni indirectamente. De ninguna prueba documental, ni testifical queda ni indirectamente demostrado que el Sr. Rodrigo Torrijos haya manipulado el concurso, ni que tuviera interés en que Sando/Sanma lo ganara. Y como expone su defensa no existe constancia de que el Sr. Rodrigo mantuviera contacto con representante o miembro de Sando/Sanma, porque no consta unida ningún tipo de comunicación del Sr. Rodrigo Torrijos con la mercantil adjudicataria. No consta tampoco a lo largo del plenario que el Sr. Rodrigo Torrijos tuviera otra intervención en la redacción del Pliego de condiciones que debía regir el concurso que su voto en las comisiones ejecutivas, sin que figure que recibiera ni enviara ni modificara borrador de ningún Pliego. Se comparte igualmente los argumentos de su defensa en torno a que tanto de la prueba documental, unida a la causa así como de

las propias declaraciones de los coacusados y testigos que el Sr. Rodrigo Torrijos no designó de sus miembros, no formó parte de la Mesa ni asistió a sus reuniones, no tuvo intervención alguna en la misma, no se reunió con los técnicos que la formaban, no dio instrucciones ni indicaciones de ningún tipo a los mismos, no consta que diera "instrucciones precisas" a los Sres. Piñero, Ripollés y Sra. Bustamante para la confección del pliego al exclusivo fin de adjudicar el concurso a Sanma, ni que participara en la decisión de contratar al Sr. Pajares, ni participara en la valoración ni baremación de las empresas participantes en el concurso, ni conociera previamente a ninguna de las citadas empresas.

Es por ello, que el Sr. Rodrigo Torrijos no ha tenido participación alguna, fuera de la ser Consejero ostentando el cargo de Vicepresidente segundo. Se ha retirado acusación frente a él por el delito societario, y no consta que haya concertado con Sanma para que se conviniera con los interesados o usara de cualquier otro artificio, para defraudar, por lo que procede absolverle de las infracciones objeto de acusación.

Insistimos, como expone su defensa no existe constancia de que el Sr. Rodrigo mantuviera contacto con representante o miembro de Sando/Sanma, porque no consta unida ningún tipo de comunicación del Sr. Rodrigo Torrijos con la mercantil adjudicataria. No consta tampoco a lo largo del plenario que él tuviera otra intervención en la redacción del Pliego de condiciones que debía regir el concurso que su voto en las comisiones ejecutivas, sin que conste que recibiera ni enviara ni modificara borrador de ningún Pliego.

En relación al Sr. Sánchez Domínguez el Ministerio Fiscal lo incluye únicamente en el delito del 436, Mercasevilla en ambas infracciones penales, retirando la acusación frente a él, Asociación de Frutas.

En este extremo, sólo tenemos acreditación de que se trata del Presidente Ejecutivo de la Empresa, salvo por las afirmaciones del Sr. Miró y del testigo Sr. Flores, carente esta última de valor probatorio como hemos expuesto. Si bien es cierto, que en los folios 5909 y ss. de la causa el acusado Sr. Sánchez Domínguez reconoce ser el Presidente Ejecutivo y "quiere manifestar que es el único responsable del tema este de las facturas ya que en aquella época del 2.003 al 2007 era el

que decidía todo en la empresa aunque era el presidente ejecutivo y que lo decidía todo; que era la empresa era familiar y los accionistas eran sus hijos y él; que su hijo Luis Sánchez entro en la empresa con anterioridad pero fue a partir del 2008 cuando le dejo las riendas de la empresa; que la compra de los solares las llevaba él personalmente; que todas las operaciones de compra de solares las llevaba él personalmente”. Si bien, dichas manifestaciones lo hace en calidad de investigado, con los derechos que ello implica, al igual que en estas actuaciones, siendo que su versión en el acto del plenario si bien inconsistente, y precisando de la dirección de su asistencia Letrada para contestar, haciéndolo de una forma totalmente dirigida, es corroborado por su hijo, quien acepta ser el director de esta negociación, quien mantuvo los contactos y decidió sobre las negociaciones de Mercasevilla. Nada hay, salvo las manifestaciones del acusado en otra causa en la que estaba siendo investigado por un delito continuado contra la Hacienda Pública, en la que admite tener la dirección de Sando hasta el año 2008, que lo vincule con esta causa.

En estos autos, ambos niegan la mayor, y sin que sea factible alegar contradicción del 714 al ser acusados en todas y cada una de las actuaciones tanto en el Juzgado de Instrucción de Málaga como en este. En su declaración en Instrucción (f 3675 y ss.) afirma “Que el declarante no ha participado en ningún momento en este tema, nunca ha estado en Mercasevilla. Que su hijo tiene poderes para hacer esto, pero que el declarante se ha enterado de todo esto cuando ha salido en la prensa. No obstante, ahora manifiesta que con anterioridad sabía que se habían subrogado en el derecho de superficie y también lo conocía toda la empresa. Que su hijo no le comentó nada sobre la posibilidad de negocio en relación a la subrogación en el derecho de superficie, ya que no tenía que darle explicaciones ni contarle nada pues tenía todo tipo de poderes. Que se iba a retirar a finales de 2.005 y el declarante en esa época se dedicaba a terminar los asuntos que había iniciado y su hijo se iba ocupando de todo lo nuevo que iba entrando. Que el declarante actualmente está retirado y hoy no lleva nada de gestión. Que el acude a las oficinas de Sando cuando le da la gana, va cuando le apetece o no va”.

Es decir, fuera de su condición de Administrador Único de Sanma/Sando en aquellos momentos, nada hay que acredite su relación con los hechos objeto de acusación. No queda

acreditado si tomaba o no las decisiones en la empresa en ese momento, por sus contradicciones en uno y otro procedimiento, así como la falta de espontaneidad y claridad en sus manifestaciones, si bien queda acreditado que en relación a Mercasevilla, porque así lo admiten los acusados intervinientes, y el propio Sr. Sánchez Manzano, la disposición en torno al derecho de superficie y derecho de opción de compra la adoptó el Sr. Sánchez Manzano, sin que sea suficiente las discrepancias del Sr. Miró. Basta comprobar todas las testificales, así como las declaraciones de acusados, y la documental obrante para comprobar que José Luis Sánchez no ha intervenido en la relación Mercasevilla-Sanma.

Y en los folios 12935 y ss. de los autos el CNP ya en la fase inicial de contratación del derecho de superficie enumera los directivos de la empresa Sando en Andalucía que han intervenido en la subrogación del derecho de superficie de los terrenos de Mercasevilla: José María Flores Ales, Julia Álvarez García-Pumarino, Luis Sánchez Manzano, José Luis Miró Morales y Martín Vincenti Verde, Sin que conste participación del Sr. Sánchez Domínguez, siendo que son los mismos integrantes que en toda la negociación con Mercasevilla, sin que se haya comprobado que el Sr. Sánchez Domínguez participara en el derecho de opción de compra.

Es por ello, que respecto a Antonio Rodrigo Torrijos y Sánchez Domínguez procede dictar sentencia absolutoria.

A modo introductorio de los restantes fundamentos jurídicos, hemos de decir, que si todas las partes han manifestado en el acto del plenario, incluido las defensas que las actas elaboradas por Jorge Piñero son el FIEL REFLEJO DE LO ACAECIDO, resulta y así se recoge en ellas y lo firman y signan todos QUE EL CONCURSO ESTÁ REGULADO POR UN PLIEGO DE CONDICIONES EXHAUSTIVO REDACTADO POR EL LETRADO JORGE PIÑERO CON LA COLABORACIÓN INESTIMABLE DE MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE Y DE LOS ASESORES JURÍDICOS DE Mercasa (f. 2826, acta de 30 de noviembre), especialmente cuando en el acta de febrero de 2016, toda la Comisión Ejecutiva "FELICITAN AL SR. DIRECTOR GENERAL POR LA DEDICACIÓN, ESFUERZO Y EFICACIA CON QUE HA DESARROLLADO TODA OPERACIÓN. FELICITACIÓN QUE SE HACE EXTENSIVA A LA TOTALIDAD DE SU EQUIPO DIRECTIVO Y A LOS TÉCNICOS, VICTORIA BUSTAMANTE Y

D. JOSÉ ANTONIO RIPOLLÉS MALLOZ, QUE TAN ESTRECHA Y EFICAZMENTE HAN COLABORADO EN LA GESTIÓN Y ÉXITO DE ESTE PROYECTO (f.2848). Y ni que olvidar tiene el escrito del Sr. Piñero de 7 de agosto de 2009 donde admite de forma directa el encargo recibido para la redacción del pliego.

Esto mismo aparece parcialmente ratificado, e incluso ampliado por la testifical del Sr. Braojos, quien desde un inicio, en atestado, Instrucción y plenario, expone que la Sra. Bustamante fue la encargada de dar redacción al Pliego, si bien puntualiza que a requerimiento del Sr. Cataño para su remisión a los Sres. Mellet y Piñero. Es decir, ninguna duda existe de la participación trascendental de la Sra. Bustamante, y el Sr. Piñero, cuestión distinta lo constituye la prueba del encargo del Sr. Castaño. Y ello a pesar de que constara o apareciera previamente en otra concesión de obra por servicio público, sin que exista prueba, dado la declaración oscura y evasiva del Sr. Pardal en el plenario, que hace dudar de su credibilidad íntegra, incluido en el sujeto activo de quien se la ofreciera previamente.

**CUARTO.-** Es la propia acusación pública la que distingue dos fases claramente marcadas, una de ellas comienza con el litigio con Larena, al que antes hemos hecho mención y la reconvencción que formula Mercasevilla, y las diversas alternativas que esgrime se le ofertan al Sr. Pardal, incluso ITV en la misma zona, con informe del Sr. Ripollés; así como en la intervención posterior de Sando, con contactos directos entre Sando y el Sr. Armando Rozados, como letrado de Mercasevilla, entendiéndose el Ministerio Fiscal que todo ello estaba pivotado desde el Ayuntamiento. Si bien, la acusación pública subraya que todas las negociaciones entre estas dos partes (admitidas por el Sr. Rozados, incluso con el Protocolo de Intenciones), sólo era conocida por el Sr. Mellet (como le fue encomendado por los órganos de gobierno de la entidad), Sando y el Sr. Rozados, ningún otro miembro de Mercasevilla estuvo al tanto de nada, llegando incluso a resaltar como ignoraban el pleito entre Larena y Mercasevilla. Es en fecha de 15 de julio cuando se plasman las negociaciones en forma de Protocolo, negando las acusaciones al citado documento de intenciones la naturaleza de borrador, entendiéndose que desde ese momento entre ambas empresas concurría una auténtica vinculación entre las dos operaciones, ubicando en ese lapso temporal el concierto entre Sando y los

acusados unidos a Mercasevilla, y transformando a Sando en el Banco de Mercasevilla, a cambio de los terrenos.

Tratan las acusaciones de probar la preexistencia de un concierto con el licitador en el ámbito de la contratación pública que tipifica el artículo 436 CP, comprendiendo un desvalor del comportamiento que supone facilitar a los interesados en el concurso información privilegiada, frente a otros licitadores, que le hacen obtener ventaja para la adjudicación, pues precisamente para ello se concierta. No existe acusación, ni pública ni privada, por malversación del 432 del CP, delito de resultado y no de mera actividad.

El delito de fraude del art. 436 CP, sí se estructura como delito de mera actividad al consistir la acción en concertarse con otros, en principio particulares, o en usar cualquier artificio para defraudar a un ente público. El delito no requiere la efectiva producción de un resultado, sino que la mera maquinación para despatrimonializar al ente Público realizado por un funcionario.

En cuanto al delito de fraude y exacciones ilegales, la STS de 21 de julio de 2016: *"El artículo 436 sanciona a " la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público ". La jurisprudencia de esta Sala considera el fraude a la administración como un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesita para la consumación, ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial, ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal, con la finalidad de llevarlo a cabo ( STS 884/13, de 18 de noviembre o 391/14, de 8 de mayo ); razón por la que cierta doctrina destaca que una denominación más acertada para este ilícito sería la de " concierto para el fraude a la Administración". Y se ha considerado también que la relación de este tipo penal y el de malversación (que consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga los caudales públicos), es de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito que se ubica en un estadio previo al de la malversación de caudales públicos, debiendo excluirse la aplicación de aquel cuando la defraudación se materializa (STS 841/23, de 18 noviembre y 394/2014, de 7 de mayo).*

En el delito del art. 436 predomina sin embargo como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público. Y el fraude no contempla el efectivo perjuicio patrimonial exigido por la malversación.

Y la Ilma. AP de Málaga de 17 de octubre de 2016: *“ Con relación al delito de fraude, y como señalábamos en la sentencia ya mencionada de esta Audiencia Provincial de 4 de octubre de 2013 (pocas situaciones más inconvenientes en justicia que el dictado de resoluciones contradictorias en una misma Audiencia), El art. 436 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha de los hechos establece: La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Este precepto no presenta diferencias sustanciales con su precedente de 1973 si bien se ha sustituido la enumeración casuística y cerrada que utilizaba el Código derogado para describir la intervención del funcionario, por una fórmula mucho más abierta y, a la vez, más precisa técnicamente, ya que abarca la conducta típica tanto el «concierto» de voluntades o concertación del sujeto activo con los interesados en la contratación o liquidación de bienes públicos, como el uso de cualquier otro artificio o medio o dinámica engañosa; dinámicas dolosas con propósito defraudatorio directo que implican siempre una gestión desleal del patrimonio público y que se perfeccionan sin necesidad de resultado material fraudulento alguno, que, de producirse, daría lugar al pertinente concurso ideal del art. 77 del Código Penal con delito de estafa. La acción típica consiste en el «concierto», esto es ponerse de acuerdo con los «interesados», por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva. Además, también es*

*acción típica el uso de cualquier otro «artificio», esto es, de alguna «maquinación». En ambos casos, concierto o artificio, junto al «dolo» exige una intención final, esto es «defraudar» al Estado, Provincia o Municipio, considerado como «elemento subjetivo del injusto», que impide la comisión culposa del ilícito, y cuyo logro no es preciso para la consumación efectiva del mismo que, como antes se ha dicho, se produce en el momento del concierto o la realización de la maquinación (STS de 14-5-1994). El delito del artículo 436 del Código Penal no requiere que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consume con el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado. Se trata, como se ve, de un delito que protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar para el mismo». Elementos:*

*Sobre sus requisitos, sintetiza la jurisprudencia del TS que este delito requiere:*

*1.º que el sujeto activo sea un funcionario público, interviniendo en el hecho en el ejercicio de sus funciones.*

*2.º que la intervención se realice expresamente en las materias que se enuncian en el tipo penal, es decir, en algunos de los actos de las modalidades de contratación.*

*3.º que la conducta consista en concertarse con los interesados o utilizar cualquier otro artificio finalísimamente dirigido a defraudar cualquier ente público, entendiendo por concierto la conjunción de voluntades con la finalidad descrita*

*4.º finalmente, que esta concertación busque defraudar al Estado, lo que equivale a perjudicar económicamente a la entidad para la que el funcionario presta sus servicios.*

*Habiéndose reiterado que se trata de un delito de mera actividad que se consume simplemente con que exista la tan repetida concertación, con la mencionada finalidad de defraudar, pues la producción efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera de la consumación del delito y no a la de su perfección. Además del funcionario público debe responder como partícipe del delito el "extraneus", es decir, quien sin ser funcionario público*

*presta su necesaria colaboración para la realización del delito, aunque éste exija la condición del funcionario público del sujeto activo. La STS 841/2013, de 8 de noviembre, abunda en la idea de que el delito de fraude es un delito tendencial de mera actividad, que en realidad incluye la represión penal de actos meramente preparatorios, ya que no necesitan para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del defraude, sino la simple elaboración concordada del plan criminal con la finalidad de llevarlo a cabo”.*

*Y la STS de 8 de mayo de 2014: “También ha de rechazarse semejante pretensión pues, si analizamos la naturaleza del delito del artículo 436, se comprueba que el fraude a la Administración es una figura, según la descripción contenida en dicho precepto, de mera actividad, que se consume, sin necesidad de ocasionar resultado alguno, por el mero hecho de concertarse para defraudar a cualquier ente público, lo que debería llevar a una denominación más apropiada de este ilícito como delito de “concierto para el fraude a la Administración”.*

*En cualquier caso, lo cierto es que la posterior revelación de informaciones confidenciales, que integra a su vez el delito del artículo 417, aun cuando persiga así mismo la finalidad de dar cumplimiento a los ilegales propósitos que fueron causa originaria de aquel concierto, queda fuera, tanto temporal como conceptualmente, del ámbito y consiguiente desvalor del previo delito del “concierto”. De hecho, es perfectamente concebible la existencia del delito de fraude sin la concurrencia de revelación de información y viceversa, lo que evidencia de nuevo la absoluta independencia entre ambos y la falta de coincidencia, siquiera parcial, de sus respectivos contenidos. Y ello además por la clara diferencia entre los bienes protegidos por uno y otro precepto: el buen funcionamiento, la credibilidad y confianza en la Administración en el primero de tales casos (art. 417 y SsTS de 19 de junio de 2003 y 12 de noviembre de 2009) frente a los intereses propios, patrimoniales y de otro tipo, de lo público para el segundo de los supuestos (art. 436 CP).”*

*Y la Ilma. AP de Cádiz en resolución de 7 de marzo de 2016: “La bilateralidad es condición del art. 436 que exige un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de “concierto” que es vocablo que implica aunar voluntades distintas.*

*Es un delito por definición plurisubjetivo. El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios. No necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Basta la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo. La conducta desleal del funcionario se orienta tanto hacia la producción de menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos públicos- infringiendo el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público-, como en la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del patrimonio público. En realidad, el legislador tipifica un acto preparatorio de conspiración cualificado por el propósito de defraudar a un ente público. En cuanto al elemento subjetivo, estamos ante un delito de comisión dolosa, sin que queda la modalidad imprudente, incompatible estructuralmente con un comportamiento defraudador. No se exige el ánimo de lucro propio o ajeno por parte del funcionario público que comete a título de autor este delito. El bien jurídico protegido lo constituye los deberes de transparencia y objetividad que debe regir la gestión del patrimonio público, el lícito desempeño de la función pública como el propio patrimonio público frente al riesgo que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar para el mismo. Estamos ante una figura especial de conducta defraudadora del patrimonio público configurada como tipo de delito abstracto, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente”.*

**QUINTO.** - Continuamos con analizar si en el presente caso, concurren o no los elementos del tipo penal, mediante la valoración de la prueba y la subsunción del mismo al caso concreto.

Una vez fijado en el fundamento tercero se trató del antecedente lógico-económico anterior entre Mercasevilla y Larena 98, continuamos en este apartado sobre la decisión de la subrogación del derecho de superficie y de la opción de compra.

**1.º QUE EL SUJETO ACTIVO SEA UN FUNCIONARIO PÚBLICO**, interviniendo en el hecho en el ejercicio de sus funciones.

Esta cuestión ya ha sido analizada en las cuestiones previas y lo será también en el delito de prevaricación. No nos repetimos a los efectos de evitar ser redundante, duplicar o multiplicar los argumentos. Y ello sin perjuicio de que la posibilidad de participación del extraneus.

**2.º QUE LA CONDUCTA CONSISTA EN CONCERTARSE CON LOS INTERESADOS O UTILIZAR CUALQUIER OTRO ARTIFICIO FINALISTICAMENTE DIRIGIDO A DEFRAUDAR CUALQUIER ENTE PÚBLICO**, entendiéndose por concierto la conjunción de voluntades con la finalidad descrita:

### **2.1.- ESTUDIO DEL ATESTADO POLICIAL**

Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 157/2016 de fecha 26 de febrero, respecto el valor de los atestados de esta naturaleza: “ *Frente a ello debe tenerse en consideración que tal como tiene declarado con reiteración nuestro Tribunal Supremo y nuestro Tribunal Constitucional, el atestado es objeto de prueba y no un medio de ella y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios ( STS núm. 174/2015 de fecha 14 de mayo con mención STC 303/1993, de 25 de octubre y 173/1997 de 14 de octubre ). No siendo en consecuencia un documento literosuficiente, o un documento formal, que quede invalidado por el hecho de que pueda contener alguna imprecisión o incorrección, y menos aún que ello determine la nulidad de una prueba o diligencia, concretamente la invalidación de la totalidad de los documentos intervenidos en esos registros.*

La STS de 2 de junio de 2015 valora los informes llevados a cabo por cuerpos policiales en caso de bandas organizadas, si bien es aplicable actualmente también a delitos económicos y de corrupción: “*Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios del servicio de información de la Guardia Civil*

*o Brigada policial, pueden ser asumidos por la Sala, a la vista de la documental obrante en la causa y el resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales y así, a partir de ellos y de los hechos proporcionados de este modo, y como este Tribunal de casación podría controlar la racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia. En definitiva, podemos concluir que se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala. En este sentido la STS. 697/2012 de 2.10, "en un caso en que se cuestionaba la intervención de los técnicos policiales en calidad de peritos y no como testigos, recuerda que la denominada gratuitamente, con mayor o menor corrección, "prueba de inteligencia " es una modalidad probatoria no reglada o mencionada de forma explícita en los textos legales, pero ello no le quita un ápice de virtualidad probatoria, en cuanto constituye un conjunto amalgamado de elementos probatorios nominados y catalogados jurídicamente. (,...) Así pues, aunque tal modalidad probatoria no tenga una delimitación o plasmación legal, es un conjunto de elementos probatorios (documentos, testimonios, pericias, declaraciones o inferencias, etc.), de las que los jueces "a quibus" pueden apercibirse porque todos ellos se aportan a la consideración de la autoridad judicial en su dictamen de expertos, pudiendo el tribunal enjuiciador valorarlos con libertad de criterio. La prueba en sí, es válida y debe, por tanto, producir los efectos que el juzgador libremente (art. 741 L.E.Crim.) le atribuya. En el caso que nos ocupa los autores de los informes comparecieron al juicio oral ratificando los mismos, siendo sometidos a contradicción, de modo que el Tribunal pudo valorar su contenido y el de la documentación obrante en los Anexos unidos a los informes, sin que el motivo se refiera a una o unas concretas pruebas de esta naturaleza, limitándose a su impugnación genérica."*

En fecha de 11 de noviembre de 2009 se emite atestado por parte de Unidad Adscrita de Policía Judicial a Juzgados,

Tribunales y Fiscalía en la que se formulan una serie de conclusiones, de las que sólo afecta al objeto del presente procedimiento a partir de la G, toda vez que de la A a la F constituyen antecedentes lógicos de los sucesos objeto de enjuiciamiento.

Y de la A-G, se transcriben por orden cronológico, proporcionando orden secuencial a sus conclusiones: *"A.- Sin duda alguna, la empresa Mercasevilla S.A es deficitaria por definición por diferentes motivos. Esto ha venido siendo así desde sus comienzos allá por el año 1971. B. La propia estructura y funcionamiento de la Lonja del Pescado, única entre los mercados de abastos españoles, con una plantilla diez veces superior a la necesaria. hace del todo inviable una gestión económica rentable, amén de ciertas concesiones a los mayoristas, tales como no pagar las tasas o la utilización de "los boleteros" para sus propios intereses, ocupando para ello las instalaciones del propio Mercasevilla y en horario laboral, viéndose abocada la corporación Municipal. como socio mayoritario a inyectar recursos propios para su mantenimiento. C. El mantenimiento de esta situación por parte de Merca, podría tener su explicación en la presión que ejercen los sindicatos y partidos políticos sobre el Ayuntamiento. que, bajo ningún concepto han aceptado una disminución de esta plantilla ni mucho menos, un recorte en sus salarios. D. Consecuencia de lo anterior es la dimisión del Director General que precedió a D. Fernando Mellet en el cargo, D. José Espada, sin olvidar el cese de D. José Antonio García Presidente del Consejo de Administración de Mercasevilla anterior a D. Gonzalo Crespo, a consecuencia del asunto de las facturas falsas del Distrito Macarena. E. Con la llegada a la Dirección General de D. Femando Mellet se abre una nueva etapa, caracterizada por retomar las buenas relaciones entre Mercasa. El Ayuntamiento de Sevilla, Los Mayoristas y el propia Mercasevilla. F. Además de abrir nuevas vías de dialogo entre estas entidades, pone en marcha un ERE, Expediente de Regulación de Empleo (aunque a la larga no es tal, sino más bien un plan de pensiones para los trabajadores de Mercasevilla) y comienza a estudiar la posibilidad de abrir nuevas líneas de negocio en los terrenos de los que dispone Mercasevilla y que están baldíos desde su creación".*

Y directamente enlazado con el objeto de autos y fuertemente objetado por todas y cada una de las defensas, estima literalmente, el agente del CNP con TIP 58585 concluye

que:

*G. En el año 2003, F. Mellet contacta con la empresa Larena 98 S.L. con la que suscribe un contrato de superficie sobre parte de la parcela que ocupa Mercasevilla. Por los motivos ampliamente expuestos en párrafos anteriores, surge un conflicto entre ambas entidades, que de no haber llegado a un acuerdo, podría haber llevado a Mercasevilla a la quiebra técnica. Este desenlace tenía como fecha tope el 18 de julio de 2005.*

*H. En ese año (2005) y a través del área de Vía Pública del Ayuntamiento de Sevilla, dirigida en ese momento por D. Domingo Enrique Castaño Gallego, la empresa constructora Sanma, filial de Sando se pone en contacto con Mercasevilla y le ofrece la solución. Paga a Larena 98 la cantidad de un millón dieciocho mil euros y se subroga en el derecho de superficie que ésta poseía.*

*I.- Coincide en el tiempo la revisión del PGOU de Sevilla, que califica estos terrenos de Mercasevilla como "Urbanizables" lo que hace que su valor aumente considerablemente y proyecta el traslado de la Unidad Alimentaria a los terrenos de Majarabique (La Rinconada). Fernando Mellet propone a la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla la posibilidad de vender estos terrenos. Se contemplan varias posibilidades y por último se decide otorgar un Derecho de Opción de Compra sobre la totalidad de los terrenos ocupados por Mercasevilla.*

*J. A instancia de los letrados del Ayuntamiento y del propio Mercasa se propone la fórmula del concurso público, para que este acto de venta, en principio sometido al Derecho civil, en cuanto a su desarrollo quede sometido al Derecho Público (teoría de los actos separables) dando así cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia que deben informar los contratos públicos.*

*K. Hasta aquí todo es perfectamente correcto y absolutamente impecable. Se somete a estudio esta operación y se emiten varios informes que avalan esta decisión. Se encarga la elaboración del concurso a una serie de técnicos (La Sra. Bustamante, el Sr. Ripollés y el letrado del Ayuntamiento Sr. Piñero), todos ellos dirigidos por Domingo Enrique Castaño del que reciben, en última instancia, las instrucciones precisas. Es significativo que el Sr. Castaño, tras su cese (Consecuencia de su imputación en el caso Unidad) en el Ayuntamiento de Sevilla y,*

*por tanto, en Mercasevilla pasa a formar parte de la plantilla de Sando.*

*L. Los informes elaborados por estos técnicos son expuestos tanto a Comisión Ejecutiva como al Consejo de Administración que, en principio los ven perfectamente legales y correctos por lo que proceden a su aprobación definitiva. Finalmente se otorga el derecho de opción de compra a la mercantil Sanma S.A.*

*M. Cuando se analiza el pliego de condiciones que se presenta a las distintas empresas para participar en el concurso de opción de compra se comprueba que este, aunque reviste todos los caracteres de legalidad y viene avalado por diferentes técnicos, en realidad oculta una especie de adjudicación directa a favor de la empresa Sanma.*

*N. Ni de las declaraciones de los encartados ni de las investigaciones llevadas a cabo por esta Unidad se ha podido determinar la verdadera autoría de las cláusulas que componían el pliego de condiciones emitido por Mercasevilla para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos que ocupa.*

*O. El resultado de estas valoraciones se traduce en la adjudicación de ese derecho de opción de compra a la mercantil Sanma en perjuicio de la constructora Noga S.A que ofrecía 25.000.000 de euros más por la adquisición del derecho de opción de compra y 53.000.000 millones de euros más por el precio final de la compra.*

*P. Solo ha quedado claro que esas cláusulas fueron confeccionadas y valoradas por el Sr. Ripollés en lo referente a la parte económica y la Sra. Bustamante en lo referente al resto de cláusulas, si bien, según la Sra. Bustamante, sus valoraciones fueron manipuladas por Regla Pereira y Fernando Mellet antes de su publicación definitiva.*

*Q. Esta resolución, conformada por la Comisión Ejecutiva, El Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas de la empresa mixta Mercasevilla constituye, como poco, una conducta desarreglada, arbitraria de la Administración y de sus servidores que vulnera el principio de una conducta objetiva al servicio del interés general.*

*R. El concepto de funcionario público en el Código Penal: En*

*el ámbito penal se adopta un concepto amplio de funcionario público. Según el art. 24 CP. "A efectos penales se reputará autoridad al que por si solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso.... 2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe de funciones públicas. Como vemos, los títulos de incorporación para la adquisición de la condición de funcionario a efectos penales son tres: por ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Hay que tener en cuenta que cuando Alcaldes o Concejales son nombrados miembros integrantes de Consejos de administración de las sociedades mercantiles (lo mismo cabe decir respecto de las empresas mixtas) lo son primordialmente en virtud de su elección. Por tanto, la condición de consejero o administrador está inescindiblemente unida al de su cargo electo. Hasta el punto de que al término de su mandato o en caso de remoción de su cargo, necesariamente habrán de cesar también en el de consejero o administrador por ser éste inherente al primero. De esta forma queda puesta de relieve la vinculación al servicio público por uno de los títulos que exige el art. 24 C.P. No cabe duda pues, de que los miembros de las Corporaciones designados miembros del Consejo de Administración (art. 120 a 112 RSCL) cumplen con los requisitos que el CP en el art 24.2 exige para ser reputado funcionario público: el título de incorporación y la participación en el ejercicio de funciones públicas. Ello al margen de que la forma externa de gestión de dichas funciones o fines públicos sea a través de una personificación jurídico mercantil sometida al Derecho privado. A idéntica conclusión se llega respecto a la empresa mixta controlada por la Administración, cuando sean designados consejeros o administradores en los órganos de gobierno de la empresa (Art. 108 RSCL).*

*S. El art. 404 CP dice: "La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público ... .. "a sabiendas" se interpreta unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia vertida entorno al art. 358 del C.P 1973 ya derogado que regulaba la prevaricación como equivalente a*

*intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad de los actos realizados. Esto significa la exigencia de un dolo directo y, por ende, la exclusión de la comisión culposa.*

*T. De las investigaciones llevadas a cabo por esta Unidad no se ha podido determinar el verdadero conocimiento que los miembros, tanto de la Comisión Ejecutiva como del Consejo de Administración de Mercasevilla tenían acerca de esta posible irregularidad en la adjudicación del contrato de opción de compra. No obstante, parece evidente el conocimiento pleno de esta arbitrariedad por parte del Domingo Enrique Castaño, María Victoria Bustamante, José Antonio Ripollés y, probablemente el Sr. Jorge Piñero. Amén de Fernando Mellet Jiménez como el gran artífice de todo este asunto y sus colaboradores: Daniel Ponce y Regla Pereira.*

*U. A la espera de continuar la investigación, una vez se obtengan los correspondientes informes patrimoniales de los implicados solicitados a la Autoridad Judicial, y sin otras gestiones que practicar por el momento, se da por finalizado el presente informe a las 13:30 horas del día 11 de noviembre del 2009'.*

Respecto a las conclusiones advertidas por el Cuerpo Policial actuante, si bien se trata de un atestado, ratificado en Instrucción mediante diligencia testifical (f.3780 y ss.), y en el acto del plenario, sometido desde un inicio a contradicción, la cualificación del agente y de la Unidad encargada, le otorga un especial valor probatorio, actualmente concedido a estos cuerpos especializados sobre delitos económicos y/o informáticos, si bien hay que valorar las diferentes conclusiones y cómo las alcanza.

Resulta trascendental tener en cuenta la exégesis practicada por el agente interviniente que remata con los apartados de la A a la U. Desde un inicio el agente de CNP describe el objeto de su actuación, principiando con una descripción pormenorizada y exhaustiva de la documentación tenida en cuenta, adjuntándola a los autos, cuestionario de testificales, así como valoración de las remitidas por el Juzgado de Instrucción, intentando otorgar una mayor justificación con informes periciales, documentación privada y pública solicitada a Mercasevilla, informes patrimoniales..., es decir, con un estudio analítico de todo lo aportado, exponiendo razonadamente por qué llega a determinadas conclusiones.

Comencemos con los datos tenidos en cuenta por la Unidad Policial y el desarrollo de su trabajo de investigación, para comprobar si concurren o no los razonamientos suficientes y apoyos documentales para alcanzar el resultado mencionado, que es tenido en cuenta por el Juzgado de Instrucción para llevar a cabo su imputación.

En los folios 2260 y ss., compendia el objeto de la investigación y las razones del inicio, y como ese trabajo culminó con el atestado policial número 534/09 que fue remitido al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Sevilla: *“Y como tras la querrela interpuesta por el Grupo Popular y admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, la Fiscalía se inhibe en favor de este Juzgado. Que pasa a instruir las Diligencias Previas 2514/09-H. Este Juzgado ordena a la Unidad que continúe con la investigación para el total esclarecimiento de los hechos, y a tal efecto se llevaron a cabo como gestiones: solicitud a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía el listado de todas las subvenciones de las que había sido beneficiaria la Fundación Mercasevilla y solicitud a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía listado de todas las subvenciones concedidas por la Delegación de Empleo de Sevilla, entre los años 2005 y 2008. Así mismo, estudia de forma pormenorizada las donaciones a la Fundación Mercasevilla, destacando las de Sanma de 08/05/06 de 96.000 euros, y 04/10/06 de 150.000€; así como documento firmado el 6 de febrero de 2006 en Málaga suscrito por Luis Sánchez Manzano en representación de Sanma, denominado propuesta de colaboración en el desarrollo de programas sociales y mejoras empresariales en la prestación de servicios de Mercasevilla S.A., para el caso de que Sanma resultara adjudicataria del concurso. Ante las divergencias halladas en los documentos de 6 y 23 de febrero, la Unidad Especializada solicita documentación a la nueva Dirección de Mercasevilla, siendo recepcionado el 14/07/09: Certificación de la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla de 15-02-2006; Contrato de Otorgamiento de Derecho de opción de Compra de 23/02/2006; ficha Urbanística correspondiente al PGOU actualmente en trámite; contrato de Otorgamiento de Derecho de Opción de Compra de 23/02/2006; acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mercasevilla de 30/11/2005; concurso público y Pliego de Condiciones; BOP de 7 de enero de 2006 ; mesa de contratación (Acta de constitución Mesa de Contratación 09/02/2006 e Informe Propuesta sobre selección*

*de oferta y adjudicación de contrato que la mesa de contratación eleva a la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla S.A en su condición de órgano competente para la resolución del concurso convocado por Mercasevilla S.A sobre adjudicación de un derecho de opción de compra de los terrenos de su propiedad; comisión ejecutiva de Mercasevilla de 15/02/2006 acta de la Comisión; pliego de condiciones del Concurso de Adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A; contrato de otorgamiento de derecho de Opción de Compra de 23/02/2006; ofertas Económicas y Técnicas presentadas por Sanma; proposiciones Económicas de Ocho Entidades: Edamar. S.A: Construcciones Juan Robles, S.A; Sociedad Azucarera, Larios, S.A; Prasa, Grupo De Inversiones Noga, S.A.U; Sanma; Landscape Espais Promociones, S.L; Realía Business, S.A; sesión Pleno del Ayuntamiento de Sevilla 15/12/2005; certificación emitida por D. Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario General del Pleno, por delegación del Sr. Alcalde Presidente. Así mismo la Unidad actuante han valorado: Informe de Estudio y Valoración de las Ofertas para la Adjudicación por Concurso de un Derecho de Opción de Compra de la Parcela sita en la Autovía Sevilla-Málaga, Km. 1 de Sevilla; Informe de la firma Auditora Deloitte sobre los procedimientos de control internos aplicados en la Entidad "Mercados Centrales de abastecimiento de Sevilla S.A. Mercasevilla" y "Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla"; cuentas anuales Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla ejercicio 2008, colaboración en programas sociales y mejoras empresariales en la prestación de servicios en Mercasevilla.*

Se solicita por el Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla: *"que informe acerca de "las razones a las que obedece que las ofertas superiores en la proporción que se indica en el pliego de condiciones del citado concurso a la media aritmética de las ofertas presentadas, se consideren desproporcionadas, razón por la que se adjudicó dicha opción a Sando y no al Grupo de Inversiones Noga cuya oferta económica era notablemente superior. "* Así como el día 5 de Agosto de 2009 se recibe en la citada Unidad de Policía Judicial un escrito procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla aún con las Diligencias Previas número 2514/2009 en el que se decía de modo textual: *"En virtud de lo acordado en el procedimiento de referencia, adjunto remito copia de las declaraciones testificales presentadas ante este Juzgado el pasado día 31 de julio, para*

*que en virtud de las mismas y de la documentación aportada hasta la fecha por esa Unidad, se practiquen gestiones encaminadas a la averiguación de los hechos que se desprenden del contenido de dichas declaraciones.”*

Si bien no es *usus fori* en sede de Instrucción, que una vez judicializada la causa, se remitan a una Unidad Policial que valore las declaraciones judiciales testificales unidas a las documentales para practicar gestiones de averiguación, la Unidad siguiendo las instrucciones ordenadas por el Juzgado a fin de darle respuesta, solicita la colaboración del economista D. Pedro Sánchez Valdieso, colegiado nº 3554 de Ilustre Colegio de Economistas de Sevilla para facilitar explicación técnica sobre el contenido y alcance de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones del contrato de opción de compra, adjuntando una pericial independiente en el atestado, no emitido por agente o funcionario público, sin que haya sido ratificado ni sometido a contradicción, rechaza categóricamente que el sistema de puntuación propuesto se corresponde objetivamente con la propuesta económicamente más rentable (dictamen folios 2623 y ss.).

Por la Policía Judicial se comienza a recibir declaración testifical, a quienes ya aparecen referenciados en el Juzgado, principiando en fecha 15/09/09 por Gonzalo Crespo Prieto, el 18/09/09 reunión con Antonio Rodrigo Torrijos; el 24/09/09 con Antonio Pajares Ruiz; el 24/09/09 con José Miguel Braojos Corral; el 25/09/09 con D. José Ramón La Casa Marañón; el 28/09/09 con Venancio Gutiérrez Colomina; el día cinco de octubre del 2009 con D. Domingo Enrique Castaño Gallego; el 29/09/09 con el presidente de Mercasa, D. Ignacio Cruz Roche; el 05 de octubre de 2009 se remite informe patrimonial correspondiente a Fernando Mellet Jiménez; Daniel Ponce Verdugo; Regla María Pereira Baus; Antonio Rivas Sánchez.

En fecha 29 de septiembre del 2009 funcionarios de la Unidad Adscrita hacen entrega en el Juzgado de Instrucción nº 6 de una CPU (Unidad de Procesamiento o Torre de Ordenador) que fue entregada voluntariamente por la investigada D<sup>a</sup> María Victoria Bustamante Sainz. En el mismo acto, la titular del Juzgado de Instrucción nº 6 emite Auto en el que se acuerda la apertura y examen de los archivos contenidos en la C.P.U intervenida. Se adjuntan los siguientes correos electrónicos:

1.- *De: Maestre Martín, Yolanda. Enviado: el jueves 13 de octubre del 2005 a las 12:23 horas. Para: dirección. [viapublica@sevilla.org/dirección.viapublica@sevilla.org](mailto:viapublica@sevilla.org/dirección.viapublica@sevilla.org). Asunto: Pliego de condiciones Mercasevilla. Con el texto: Te envío el Pliego de condiciones Económico Administrativas de Mercasevilla. Nosotros tenemos problemas para enviarlo a Regla. Se adjunta un documento de Word con el texto: Pliego de condiciones Económicas.*

2.- *De: Regla Pereira... ( [secdirec2@Mercasevilla.com](mailto:secdirec2@Mercasevilla.com)). Fecha: Jueves 10 de noviembre de 2005 a las 08:50 horas. Para [mvbst@urbanismo-sevilla.org](mailto:mvbst@urbanismo-sevilla.org). CC: [yym@urbanismo-sevilla.org](mailto:yym@urbanismo-sevilla.org). Asunto: Pliego Mercasevilla. Con el texto: Estimada Mariví: Adjunto te remito documento que te será de utilidad para la elaboración de la propuesta técnica y económica que te ruego me envíes a lo largo del día de hoy, tal como quedamos.*

*Atentamente Fernando Mellet Jiménez. Director General. Mercasevilla. S.A. Se adjunta un documento de Word con el texto: Pliego de condiciones Económicas.*

3.- *De: Maestre Martín, Yolanda en nombre de Bustamante Sainz, María Victoria. Enviado el jueves 10 de noviembre del 2005 a las 13:24 horas. Para [secdirec2@Mercasevilla.com](mailto:secdirec2@Mercasevilla.com). Sin texto. Se adjunta un documento de Word con el texto: Pliego de condiciones Económicas.*

4.- *De: Maestre Martín, Yolanda en nombre de Bustamante Sainz, María Victoria. Enviado el jueves 10 de noviembre del 2005 a las 13:26 horas. Para: [viapublica@sevilla.org/dirección.viapublica@sevilla.org](mailto:viapublica@sevilla.org/dirección.viapublica@sevilla.org). Asunto: Temas de Mercasevilla. Texto: Julima, por favor para entregar a Regla. Gracias. Se adjuntan tres documentos de Word con los textos: Merca Pliego de condiciones económicas. Listado de anexos y Fichas anexos contrato. (Anexo 11. Doc. 11)*

Posteriormente, la Policía Judicial estudia la relación de cargos públicos y/o privados ocupados por los miembros de la Comisión Ejecutiva desde la fecha en la que se tramitó el contrato de opción de compra hasta la fecha de elaboración del informe.

El agente del CNP con TIP 58575 ratifica en el plenario el atestado, contestando a las preguntas que se le formulan, intentando dar soporte a sus razonamientos y conclusiones, no

sólo con lo adjuntado al expediente, sino en base a conversaciones mantenidas ex sumario y no unida a los autos, y por ende, al no estar sometida a contradicción y a debate no pueden ser valoradas, especialmente las manifestaciones que no se recogen de la Sra. Bustamante, y que le permiten alcanzar varias de sus conclusiones. Reitero, sólo es factible de valoración lo que “existe en los autos”, y una vez sometido a la apreciación conjunta de prueba, determinar si permite alcanzar o no a las mismas consecuencias que el agente, sin que pueda ser objeto de mención aquello que pertenece al fuero interno del funcionario interviniente; y ello a pesar de que en el plenario no se ha evidenciado ningún tipo de animadversión, ni móvil espúreo en su declaración, limitándose a concretar y efectuar mecanismos deductivos propios de su profesión y de las declaraciones que como testigos aparecen en el atestado y en sede de Instrucción.

No puede compartirse las enérgicas críticas llevadas a cabo por los Letrados de las defensas, en torno al meritado atestado, sin perjuicio de que una vez practicadas todas las pruebas no se puedan alcanzar las mismas conclusiones en su totalidad, aunque sí algunas de ellas, especialmente cuando alguno de los que prestaron su declaración ante el agente mutan su versión sobre la actuación de Mercasevilla y el concurso.

Ninguna duda existe de la afirmación contenida en el apartado H, que todos admiten, llegando el Sr. Mellet y sus compañeros a alabar el trabajo del mismo en la citada empresa mixta para intentar sacarla de la quiebra técnica que padecía.

En torno a la afirmación G:

Resulta innegable, que la función del Sr. Castaño ha estado más enlazada a la de la Sra. Bustamante, de lo que ellos admiten, al igual que sus defensas, como ahora veremos. Aunque nada hay que acredite que fuera el precursor de las relaciones entre Sando o Sanma y el Sr. Mellet, y ello sin perjuicio de otros trabajos que cualquiera de las filiales de Sando pudiera desempeñar, como afirma el Sr. Sánchez Manzano en la concesión del viario público. No puede admitirse, como afirma su defensa, que su persecución se centra en su ideología política, como miembro del PSOE, dado que no resulta investigado por ello. Por parte del grupo operativo se describen las funciones de todos y cada uno de los intervinientes en Mercasevilla, si tenían carácter político o no. Y a tal efecto, se introduce como

miembro principal del operativo de la venta de los terrenos como consecuencia de la testifical del Sr. Braojos en sede policial, instrucción y en el plenario, que identifica al Sr. Castaño como jefe político de la Sra. Bustamante y como la persona que le encargó a María Victoria la elaboración del pliego. No puede inculparse al agente interviniente tal atribución, ni tampoco que enlazara a ambos acusados, y por ello, no se trató de una mera apreciación subjetiva, sino basada en las manifestaciones de personal trascendente en Mercasevilla

No existe duda alguna que el Sr. Castaño ocupaba el cargo de Director del Área de Vía Pública del Ayuntamiento de Sevilla, para el que fue designado el 26 de junio de 2003, cesando el 15 de febrero de 2007, por designación política, a pesar de no ser técnico, como él mismo admite.

Insistimos, nada se ha acreditado en el acto del plenario de una relación previa entre el Sr. Castaño y el Grupo Sando ni de que fuera el encargado de poner en contacto a Mellet y Sando, y ello, sin perjuicio de que se trata de una actuación inocua desde el punto de vista jurídico penal. Y a pesar de ello, hasta la fecha actual resulta muy difícil conocer la forma exacta en la que Mercasevilla y Sando iniciaron su relación, sin que baste el “conocimiento público y notorio” esgrimido por Sánchez Manzano.

Queda probada la celebración de la subrogación del derecho de superficie en la posición de Larena 98, como ya hemos visto.

No se discute y se da por válido por todas las partes los puntos I y J del atestado, impugnándose a partir de la letra K.

Si resulta significativo que el Sr. Castaño se encuentre en estos momentos ocupando un alto cargo dentro del Grupo Sando, y ello a pesar de su trabajo previo en el área Pública, y de haber participado en la decisión del concurso y en la adjudicación a Sanma del derecho de opción de Compra. Y si bien ese puede tratarse de un indicio ex post a tener en cuenta de la relación existente entre el Sr. Castaño y el Grupo Sando no constituye un elemento suficiente para entender que el Sr. Castaño fue el creador del ardid para atribuir a la empresa Sanma el derecho de opción de compra mediante un concurso predestinado. Sin perjuicio de la calificación que merezca la contratación desde un punto de vista distinto al jurídico penal, y que por tanto, no valorable por este Juzgado, se afirma por el Sr. Castaño que se

hizo tras un período de selección al que concurrió con otros candidatos, como confirmaron el propio Sr. Castaño, el Sr. Sánchez Manzano y el Sr. Miró Morales.

No puede valorarse el dictamen pericial referido de Cuatrecasas dado que no iba destinado a emitir un informe previo a la contratación del Sr. Castaño, sino que se trata de una diligencia de prueba no admitida por este Juzgado en al auto de admisión de pruebas, al no aceptarse en nuestra legislación los dictámenes jurídicos y haberse acordado su devolución. Pero reiteramos, no se trata de un informe emitido por Cuatrecasas para su contratación, sino de un informe pericial para este Juzgado y que no ha sido decretado su admisión, lo que hace dudar de la credibilidad en las manifestaciones de los acusados, en torno a la mecánica del sistema de contratación. Ello no implica que el contrato de dirección al Sr. Castaño fue “un premio” derivado del contrato con Mercasevilla.

El agente especializado de la Unidad de Policía Judicial interpretó los datos que tuvo en su haber, teniendo en cuenta igualmente la identificación que en sede de Instrucción llevó a cabo el Sr. Pardal del Sr. Castaño, presupuesto no ratificado en el acto del plenario con rotundidad, siendo que el Sr. Ponce Verdugo en su relato carente de datos y de conocimientos, a pesar de su cualificación profesional, niega la reunión con el Sr. Castaño y el Sr. Pardal, para dar comienzo a las negociaciones.

María Victoria Bustamante Técnico de Administración General de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla desde 1986, venía desarrollando desde 1991 diversas funciones directivas y Jefe del Servicio de Coordinación de Vía Pública desde el 15/01/2004, tal y como aparece en el Inscripción de Mercasevilla, existiendo una verdadera relación entre ambos, el Sr. Castaño y la Sra. Bustamante, llegando a afirmarse en el plenario que era jefe político de esta última, sin que baste con intentar disgregar las áreas de Vía Pública y de Urbanismo, dado que la misma desempeñaba a efectos registrales la Jefatura de Coordinación de Vía Pública, además de la dependencia entre Vía Pública y la Gerencia de Urbanismo era funcional (folio 5823). Y en ese mismo folio se constata que María Victoria Bustamante era además, la jefa de servicio de vía pública, describiéndose esa unidad como: “Se crea como consecuencia de la Resolución de la Alcaldía número 634 de

fecha 16 de junio de 2003, en la que se constituye el Área y la Delegación de Vía Pública, con competencias, que afectan a la Gerencia de Urbanismo en relación con la vía pública y las obras de reparación y conservación viaria. La coordinación en materia de vía pública entre las diversas Unidades Administrativas de la Gerencia y el resto del Ayuntamiento, Distritos, Empresas Públicas, se realiza bajo la dependencia funcional de la Delegación de Vía Pública y con dependencia directa del Gerente de Urbanismo. Las funciones que se asignan a esta Unidad son: Coordinación de las obras de conservación y reparación del viario público, promovidas por el Ayuntamiento o las Empresas Municipales; coordinación de información en materia de vía pública; evacuación de informes de reclamaciones por daños en vía pública; coordinar las peticiones y demandas de los ciudadanos a través de la Oficina de Atención al Ciudadano, Distritos, 010 y otras Áreas Municipales relativas al espacio público." Y en octubre de 2007, el contenido de las funciones de este Servicio pasa a ser el siguiente: "Es responsable del Programa de Conservación de infraestructuras y Bienes Naturales igualmente se le encomiendan las actuaciones extraordinarias de alumbrado público y viario, en los dos sectores en los que está organizada la Ciudad, a través de un programa de inversiones dirigido y planificado por el Servicio. Le corresponde el ejercicio de las actividades técnicas y administrativas relacionadas con la conservación y mantenimiento de los viarios y espacios públicos de titularidad municipal. Igualmente, es responsable de la coordinación, supervisión técnica y normalización de las obras que los Distritos Municipales realicen sobre el viario y los espacios públicos, así como la programación, planificación y dirección de las actuaciones de inversión y conservación en materia de monumentos y rotulación viaria". (f. 5823).

Acreditado consta que Vía Pública no se encuentra inmerso dentro de la Gerencia de Urbanismo (f. 5811), si bien la Sra. Bustamante ejerce también la jefatura del Área y la Delegación de Vía Pública, con competencias, que afectan a la Gerencia de Urbanismo en relación con la vía pública y las obras de reparación y conservación viaria. No aparece unido a autos, ni por las defensas ni por las acusaciones el organigrama de Vía Pública y su relación con la Gerencia de Urbanismo, toda vez que se reitera y se remite nuevo informe (f 6319 y ss.) del de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, si bien con

escaso valor probatorio, dado que casi en su totalidad se refiere al organigrama desde el año 2009, salvo Anexo I al informe, copia del Consejo de Gobierno en sesión celebrada el 18 de julio de 2007 y los folios 6328 y ss., que reproduce el anterior. Parece, ab initio, respecto del Servicio de Coordinación y Conservación de la Vía Pública de la Gerencia de Urbanismo, no es el Área de Vía Pública del Ayuntamiento, sino que depende de la Vicegerencia.

El hecho de que no exista dependencia jerárquica orgánica no quiere decir que no mantuvieran contactos o se dieran instrucciones uno a otro, careciendo, reiteramos de sentido, la llamada de teléfono que la Sra. Bustamante realiza al Sr. Castaño, tras la Mesa de Contratación, y la explicación incoherente a un enfado con el Sr. Mellet en torno a la puntuación dada en el concurso. Especifica el Sr. Braojos que el Sr. Castaño es el jefe político de la Sra. Bustamante, la falta de vinculación orgánica queda ratificada en juicio por el Sr. Vera Goñi y el Sr. Mauduit.

Reitera el agente del CNP en el acto del plenario que el Sr. Castaño se encargaba de dar instrucciones a Sra. Bustamante, el Sr. Ripollés y el letrado Sr. Piñero. No consta demostrada relación alguna con los dos últimos en ninguna prueba practicada ni en Instrucción ni en el plenario.

Respecto a los correos electrónicos:

*A.- De fecha 13 de octubre de 2005, (folio 825), aparece remitido por Dña. Yolanda Maestre Martín, Secretaria de la Sra. Bustamante, y la dirección dirección.viapublica@sevilla.org. En él se contiene pliego condiciones económico-administrativas que habrá de regir el concurso para formalizar un contrato de opción de compra sobre la parcela de Mercasevilla sita en autovía Sevilla-Málaga, km. 1 del término municipal de Sevilla. En este borrador se hace mención expresa de la necesidad de detallar las cargas reales de la finca, y que la Mesa de Contratación: se proponía una composición con participación de los Sres. Secretario General e Interventor del Ayuntamiento. No figuraban ni la cláusula de limitación al alza, ni la de titularidad, previas. La propia defensa de la Sra. Bustamante admite que se trata de un correo emitido y elaborado por la Sra. Bustamante.*

*B.- Un segundo correo, de fecha 10 de noviembre de 2005 (folio 863), aparece enviado por la misma remitente, pero la*

*dirección electrónica de destino es [viapublica@sevilla.org](mailto:viapublica@sevilla.org).*

*Y se contesta en el folio 11147 y ss. en el que se contiene Pliego de Condiciones definitivo modificado a 9 de noviembre de 2005. En el folio 842 correo electrónico remitido por la Secretaria del Sr. Mellet a la Sra. Bustamante el 10 de noviembre de 2005 adjuntándole el borrador del Pliego aprobado por la Comisión Ejecutiva, por el que se le pide que realice la propuesta técnica y económica.*

*C.- un tercer correo, de la misma fecha de 10 de noviembre de 2005 (folio 11147), que aparece remitido del anterior desde la dirección [viapublica@sevilla.org](mailto:viapublica@sevilla.org) a Regla.*

No existe constatación alguna, ni por escrito ni testifical, de la vinculación existente, salvo la asistencia en las Comisiones entre el Sr. Castaño y el Sr. Ripollés y el Sr. Piñero. Ninguno de ellos tiene dependencia jerárquica ni funcional ni orgánica respecto al otro, ni una especial relación de connivencia.

En este caso no ha sido practicado las testificales de Regla Pereira, Yolanda Maestre ni de Julima, siendo renunciada las restantes testificales que habían sido admitidas en el acto del plenario como cuestiones previas por las defensa; existiendo correos electrónicos, cuyo contenido consta en autos, si bien en ninguno de ellos figura como destinatario/remitente Domingo Enrique Castaño y no se ha realizado tampoco ninguna prueba en Instrucción destinada a acreditar los usuarios de las direcciones de correo, siendo de fácil práctica, bastando un oficio destinado a tal fin. Niega el Sr. Castaño el conocimiento de estos emails, y si bien un Director de Área debía ser conocedor de cuestiones tan trascendentales, especialmente cuando es Consejero de Mercasevilla, no existe prueba directa ni indirecta que permita enlazarlo con los emails. Hubiere sido fácil igualmente interrogar a la Sra. Yolanda Maestre o a Julima sobre esta cuestión, dado que en Instrucción intervino la Sra. Regla Pereira pero como imputada y se archivó la causa frente a la misma. Esgrime igualmente la defensa del Sr. Castaño que el dominio de esta área es sevilla.org, en tanto que el de la Gerencia de Urbanismo es urbanismo-sevilla.org, sin embargo, de ello tampoco existe prueba destinada a tal fin, y ello pese a la facilidad de su práctica en Instrucción. O de su aportación en las cuestiones previas como documental.

El agente del CNP partió de las declaraciones prestadas en

sede policial, donde el Sr. Braojos admitió de forma clara y terminante que el Pliego de Condiciones fue elaborado por Maríví a requerimiento de Enrique Castaño para su posterior remisión al Sr. Mellet y Sr. Piñero, así como la colaboración técnica desde un inicio de la Sra. Bustamante, siendo ratificado por el Sr. Crespo en el folio 2592. Es decir, que el agente tuvo elementos o criterios de partida para alcanzar sus conclusiones, es incuestionable. A lo largo de la Instrucción y en el plenario las declaraciones de las partes y su memoria han ido cambiando, y no sólo de los acusados, sino también de los testigos relacionados con Mercasevilla. El Sr. Braojos y el Secretario del Ayuntamiento niegan tener conocimiento de cualquiera de las cláusulas, llegando a negar este último incluso ver el Pliego, a pesar de lo que afirma respecto a la reunión del 8 de noviembre y la discusión en ella planteada. El Sr. Braojos en su declaración judicial en instrucción (folios 6686 y 6691) y en el plenario narró una reunión en el despacho del actual Secretario del Ayuntamiento, con la Sra. Bustamante, en la que ésta le comentó que el Sr. Castaño le había encargado la elaboración del famoso Pliego de Condiciones, si bien tal afirmación fue negada por la Sra. Bustamante el día de su declaración como acusada en el plenario a preguntas del Ministerio Fiscal, así como por el Secretario Sr. Venancio Gutiérrez, lo que hace dudar de la declaración del testigo, teniendo en cuenta la posición ambivalente que la Sra. Bustamante ha tenido a lo largo del procedimiento, y el hecho de que el Sr. Venancio niegue haber participado en cualquier reunión con ambos.

Y hemos de decir, que la declaración testifical emitida por los dos estaba mediatizada, como el mismo Sr. Braojos afirmó ante el temor a ser imputado, llegando a llamar “a capítulo” a la Sra. Bustamante, para que bajo ningún concepto dijera que ni él ni el Secretario General del Ayuntamiento (que negó haber estado en la reunión) habían tenido intervención alguna en el concurso, cuando lo cierto es que dicho testigo aprobó el Pliego hasta en tres ocasiones, informó favorablemente y declaró con contundencia que le parece perfectamente legal y nada tiene que objetar a las valoraciones realizadas en su cumplimiento, sino que el Secretario de Ayuntamiento llegó en sede policial a afirmar que una vez analizado el Pliego la valoración no la comparte, sin que conste en ninguna fase del procedimiento, tal afirmación.

No se mencionan en el atestado, se refiere la estrecha colaboración de la Sra. Bustamante que portó gran parte de la

documentación, e incluso el día 1 de octubre de 2009 la entrega de su CPU. La postura de la Sra. Bustamante ha cambiado sustancialmente a lo largo de la Instrucción, desde un intento de colaboración absoluta inicial como testigo hasta el momento de su “investigación” en la que no ha prestado declaración en ningún momento salvo en el plenario para contradecir parte o gran parte de las manifestaciones que vertió como testigo, así como las expuestas espontáneamente a terceros no investigados. Y tampoco se comprende la no unión a los autos de toda la documentación referida, sin que dos borradores de este concurso en distintos estados de elaboración y otro pliego de condiciones relativo a la adjudicación de los terrenos de San Jerónimo-Alamillo, donde se recogía una cláusula de limitación al alza, puedan ser considerados irrelevantes.

Ya no incorporado en este atestado, aunque si en los autos, en los folios 3956 y ss. modelos de Pliegos que la Sra. Bustamante remitió al Sr. Piñero, como inicio del encargo de elaboración.

No consta en este atestado, si bien es trascendente, el folio 842 email de la misma fecha de Jorge Piñero a Regla Pereira, y ésta documento de Word que contiene un Pliego de Condiciones (folios 11110 y ss.), con la cláusula de titularidades previas (apartado 5 punto dos): “de ocupación temporal sobre los propios terrenos a enajenar: hasta 25 puntos. Se valorará la previa implantación y operatividad del concursante en locales o terrenos enclavados en la parcela objeto de la opción de compra, por título de concesión, alquiler, derecho de superficie o cualquier otro de ocupación temporal”; modificando la constitución de la Mesa de contratación.

Admitida la dirección de correo electrónico del Sr. Piñero, nuevamente el Sr. Mellet, a través de su secretaria, y el Sr. Piñero el 4 de noviembre se informan de la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre en la que contiene otro Pliego de Condiciones con modificaciones de los aspectos técnicos y su valoración y la composición definitiva de la Mesa de Contratación (f. 11128 y ss.).

En fecha de 16 de octubre se recibe (f 2059 y ss.) el borrador del pliego de condiciones del referido concurso, se hacen observaciones al margen realizadas por la asesoría jurídica de Mercasa con fecha 7 de noviembre, que es el único informe escrito emitido por dicha asesoría, asimismo está el borrador del

pliego que fue aprobado por la Comisión Ejecutiva celebrada el 8 de noviembre de 2005. En el folio 2060 se contiene las modificaciones y anotaciones del Sr. Cortés. Y en los folios 2079 y ss. el definitivo que contiene el de las famosas cláusulas que son objeto de discusión.

Se adjunta igualmente a los autos, no al atestado de CNP, Pliego de Condiciones definitivo.

Es por ello, que no consta acreditado el apartado K.

No se discute eLL.

El apartado M se analizará en el punto 2.3.

Enlazados están los puntos N y P:

Constituye un elemento sorprendente que todos y cada uno de los acusados, en el ejercicio legítimo de sus derechos constitucionales, unidos a sus defensas, consideren desde un inicio que todo lo actuado para el ejercicio del derecho de opción de compra es legal y no existe la más mínima duda de su ajuste al derecho, y a pesar de ello, niegan la forma de inicio y contacto, el desenvolvimiento de las negociaciones, la elaboración del pliego, la decisión del concurso, la mecánica de la Mesa de Contratación, y en general todas y cada una de las fases que desembocaron en el contrato de 23 de febrero de 2006.

Se afirma por el agente del CNP la imposibilidad de determinar quién es el autor del Pliego de Condiciones emitido por Mercasevilla. Y en este extremo se comparte íntegramente la afirmación del Ministerio Fiscal de que el Pliego ha sido elaborado por los acusados Jorge Piñero Gálvez, María Victoria Bustamante Sainz y el acusado José Antonio Ripollés Muñoz; si bien los órganos de Gobierno de la entidad tuvieron pleno conocimiento y contaron con la debida información. En el folio 2826 en el acta de 30 de noviembre de 2005, así como por los correos antes mencionados y debatidos por las propias defensas, se aclara que el concurso ESTÁ REGULADO POR UN PLIEGO DE CONDICIONES EXHAUSTIVO REDACTADO POR EL LETRADO DE LA SOCIEDAD D. JORGE PIÑERO CON LA COLABORACIÓN INESTIMABLE DE MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE Y DE LOS ASESORES JURÍDICOS DE MERCASA (f. 2826, acta de 30 de noviembre de 2005). A ello se añade, las primeras respuestas al interrogatorio del Sr. Mellet, Sr. Castaño, Sr. Crespo en juicio que ratifican este

extremo. Y ello, aunque sobre la decisión de la cláusula social tuviera trascendencia la intervención del Sr. Rodrigo Torrijos, y el Sr. Mellet lo afirma de manera rotunda, cambiando su declaración al día siguiente.

Si bien, al final el autor jurídico lo constituye los órganos de Gobierno de la entidad, ello no resta autoría ni responsabilidad personal a quienes lo elaboraron materialmente, y ello pese a estar aprobado expresamente contando con la documentación en sesión de 30 de noviembre de 2005, acordando someterlo a la Junta General y haciendo suyos los acuerdos de la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre de 2005. El Consejo de Administración sabía qué Pliego ratificaba, aunque pudieran introducirse nuevas cláusulas (no acreditado) a la versión admitida por la Comisión Ejecutiva, por el mero hecho de que aparece unido al mismo y por tanto discutido. No existe prueba de que se introdujeran “de rondón” cláusulas a las ya discutidas, y ello es así, porque junto a la documental, tenemos la prueba de declaración de acusados y testigos que no nos permite alcanzar una solución distinta, como después analizaremos.

Y desde un inicio, el Sr. Mellet asiente que el Sr. Piñero se encargó de la redacción de las cuestiones civiles, la Sra. Bustamante de las administrativas y el Sr. Ripollés de las económicas. Si es así, contó también con las anotaciones de Mercasa, el Sr. Cortes, tal y como hemos visto y el mismo ha ratificado en el acto del plenario.

Ninguna prueba se ha practicado en el acto del plenario que nos permita entender que la Sra. Bustamante y el Sr. Ripollés tuvieran alguna complicidad destinada a que Sanma ganara el concurso, ni que para ello idearan unas cláusulas en el Pliego destinadas a tal fin, y ello a pesar de los correos entre Bustamante y el Sr. Piñero o las conversaciones que la misma tuvo con el Sr. Castaño, cuyas explicaciones proporcionadas en el plenario o por sus defensas carecen de sentido, sin que baste con negar la posesión del teléfono del Sr. Crespo, de fácil obtención y comunicación por quienes participan en el mismo órgano de sociedad. Que existieron contactos entre el Sr. Castaño y la Sra. Bustamante en torno al Pliego de Condiciones queda claro, aunque sólo fuera por la participación en los órganos de Mercasevilla, y por el hecho de correos entre ambas áreas, así como por poseer el número personal del Sr. Castaño.

Contaron con la participación relevante del Sr. Piñero, tal y

como se recoge en el propio acta del 30 de noviembre, quien da forma coherente jurídica y ordenada al Pliego, con la fijación del precio de salida que lleva a cabo el Sr. Ripollés, así como la interpretación de la fórmula matemática encargada en tiempo record y entregada antes del plazo contratado por el Sr. Pajares.

A lo largo de la Instrucción, así como del plenario se evidencia que la preparación y adjudicación a Sanma de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla puede resultar suspicaz, receloso y existir alguna sospecha en torno a la mecánica de elaboración, a la existencia o no de tratos en el período "interregno", entre el derecho de superficie y la opción de compra, así como el precio final, y el conocimiento previo de la existencia de la Fundación Mercasevilla; no ha existido prueba directa ni indirecta a través de indicios de cualquier tipo de manipulación dirigida a favorecer a Sanma/Sando, y ello a pesar de valorar los sucesivos e incesantes contactos entre el Sr. Rozados y el Sr. Flores, Letrados de una y otra parte interesada.

En folio 10735 por el Bufete de Armando Rozados se expide el email a la Secretaria del Sr Mellet el 13 de junio de 2005, con el siguiente contenido: protocolo de intenciones, que sería el primer documento a suscribir, contrato de concesión de derecho de superficie, contrato de opción de compra, así como la afirmación de que estos dos últimos no se firmarían hasta después del Protocolo de Intenciones, irán unidos al mismo, al ser el contenido obligacional por el que se regirá la operación una vez aprobada por Órganos de Gobierno, quedando a la espera de la oportuna autorización para enviar estos documentos al abogado de Sando, para su análisis y confrontación. Y en los folios 10736 y ss. se adjunta contrato en el que resultan destacables los siguientes pactos:

- Los referidos terrenos está calificados como, habiendo sido objeto de revisión por el P.G.O.U de Sevilla..... ..  
..... .., acompañándose a este documento la ficha urbanística comprensiva de su situación, características, calificación y linderos como ANEXO 1, formando parte integrante del mismo.
- Que dentro de la anterior finca se encuentran las parcelas 19-1, 19-2 y de la 20-1 a la 20-13 (ambas inclusive),

totalmente urbanizadas y con ubicación, superficies y edificabilidad especificadas en el plano anexo, con una superficie aproximada de 48.948,72 m<sup>2</sup>, sobre las cuales se han constituido derechos de uso y superficie a favor de Sando, S.A., mediante contrato suscrito entre las partes el día.....

- Que con fecha las partes suscribieron un protocolo de intenciones, en el que se materializaron una serie de acuerdos con objeto de desarrollar y llevar a cabo las respectivas intenciones, necesidades e intereses de las mismas.

- Opción de compra y objeto.- Mercasevilla, S.A., coetáneamente a la concesión de los derechos de superficie referenciados en el Expositivo 11 de este contrato, concede a Sando, S.A. una opción de compra sobre los terrenos descritos en el Expositivo 1 de este documento.

- El precio de la opción asciende a un millón quinientos dos mil quinientos treinta euros y veintiséis céntimos (1.502.530,26 €), que se hacen efectivos en este momento, constituyendo el presente contrato eficaz carta de pago. De no llevarse a cabo la opción por Sando, S.A. en el plazo fijado, la citada cantidad quedaría en poder de Mercasevilla, S.A. De no llevarse a cabo la opción por causas imputables unilateralmente y en exclusiva a Mercasevilla, S.A., ésta devolverá el precio de la opción, incrementado en el interés legal del dinero, en un plazo no superior a dos meses desde que tal evento se produzca.

- El plazo para el ejercicio de la opción de compra va ligado al momento en el que se produzca el traslado físico de Mercasevilla, S.A. a sus nuevas instalaciones, constituyendo tal acontecer el plazo máximo para ejercitar la opción. No obstante lo anterior, y para el supuesto de que Sando, S.A. y Mercasevilla, S.A. acordasen la inscripción en el Registro de la propiedad del derecho de opción concedido, el plazo para el ejercicio de la opción sería de tres años, desde la firma del contrato. Condiciones esenciales de la opción y la compraventa:

- El precio inicial al que ascenderá la compraventa será de ciento ocho millones de euros (108.000.000 €), con una cláusula de revisión

para el momento de hacerse efectiva y materializarse la venta...

- o Del precio de la compraventa se deducirá el precio de la opción.
- o Del precio de la compraventa se deducirán también las cantidades de las que deba hacerse cargo Sando, S.A., por encima del límite de 900.000 €, como consecuencia de la sustitución de la anterior titular en la concesión del derecho de superficie.
- o Para el supuesto de ejercicio de la opción de compra por Sando, S.A., y habida cuenta que la efectividad de la compraventa va ligada y condicionada al momento de producirse el traslado de Mercasevilla, S.A. a sus nuevas instalaciones, el precio actual fijado de ciento ocho millones de euros (108.000.000 €) quedará sujeto a una cláusula de revisión cuyo incremento no podrá ser superior al 15% del precio pactado, aun cuando la tasación que al efecto se realice lo sobrepase.

En los folios 10761 ss. del procedimiento se recoge por parte del Sr. Rozados y Sando, el derecho de opción de compra:

- o opción de compra.- Mercasevilla, S. A., coetáneamente a la concesión de los derechos de superficie referenciados en el Acuerdo Primero, concederá a Sando, S.A. una opción de compra sobre los terrenos descritos en el Expositivo III de este documento, cuya ficha urbanística de adjunta como ANEXO II, y que conforman una superficie de aproximadamente 379.196 m<sup>2</sup> de suelo.
- o Una vez aprobados por los Órganos de Gobierno societarios los presentes acuerdos, se suscribirán simultánea o concadenadamente, por los representantes de ambas Sociedades, los respectivos contratos que documenten los negocios jurídicos antes relacionados, produciéndose los correspondientes abonos y

comenzando el cómputo de los plazos pactados y la plena vigencia de los acuerdos.

- o **NOVENO.- VINCULACIÓN A LA TOTALIDAD.**- La conclusión de los anteriores acuerdos, aunque se desarrollará a través de contratos autónomos e independientes, está supeditada a la formalización y cumplimiento conjunto de todos los negocios jurídicos descritos, al constituir en sí una sola unidad negocial. En consecuencia, y con independencia de las particularidades propias de cada figura jurídica, este conjunto de acuerdos constituye un todo coniunto e inseparable a efectos de interpretación, cumplimiento y contenido de derechos y obligaciones para las partes. Constituye elemento esencial de estos acuerdos, a los que queda condicionada su plena vigencia y efectividad, el otorgamiento y suscripción simultánea de los contratos antes descritos, y el haber obtenido las aprobaciones societarias y administrativas legalmente exigidas”.

Que tal documento proviene del Bufete del Sr. Rozados queda terminantemente acreditado por muchas dudas que, sobre su obra presente en el acto del plenario, tal y como lo indican los correos y las negociaciones mantenidas. Es más, todo ello casa perfectamente con su teoría de venta directa sin necesidad de más trámites, como con la intención inicial de Sando de comprar y adquirir de manera final los terrenos. Basta con ver los folios 10957 a 10969 en el que el Sr. Rozados en junio de 2005 emite un informe de naturaleza jurídica a Mercasevilla sobre la posibilidad de venta de los terrenos, concluyendo que: *“La opción de compra, en caso de ejercitarse por su titular, no será efectivamente materializada (la venta y consiguiente traditio) hasta tanto Mercasevilla, S.A no se traslade al nuevo mercado sito en Majarabique. Aunque se trata de la constitución actual de un derecho de opción sobre unos terrenos, su materialización efectiva sólo tendrá lugar cuando dichos terrenos ya no sirvan a su actual fin, esto es, cuando Mercasevilla, S.A desarrolle su actividad en otra ubicación; los terrenos de Mercasevilla, S.A, que fueron aportados para su constitución por el Ayuntamiento de Sevilla como aportación no dineraria, no pueden tener el carácter de bienes de dominio público, con independencia de que*

*estén afectos a la prestación del servicio público encomendado a Mercasevilla, S.A. Se trata de bienes privativos; considerando que el gestor del servicio es una empresa privada y que privados son los bienes afectos a la misma, al ser de su exclusiva titularidad, el régimen aplicable a la transmisión o el negocio jurídico sería el derecho privado: y que cuando los bienes están desafectados del servicio, no existe reversión de los mismos, de ahí la innecesariedad de autorización previa para transmitir, amén de no existir disposición que la exija expresamente, y Mercasevilla, S.A. no tiene que supeditarse a procedimiento alguno para la enajenación de los terrenos, sino tan solo al régimen establecido en sus Estatutos Sociales para la adopción de acuerdos por sus Órganos de Gobierno, sin exigirse mayorías cualificada”. Y ello a pesar de negar la autoría del documento recogido en f. 10906 en relación a la opción de compra sobre el derecho de superficie, así como las conclusiones recogidas en este documento, al no estar signado por él, ni reconocer la letra manuscrita, ni siquiera admitir su envío.*

Carece de credibilidad las manifestaciones del Sr. Mellet, en torno a la ausencia de vinculación de sendos contratos, a pesar de los contactos incesantes con el Letrado, y la constancia por escrito de la citada “ligadura” entre ambos pactos.

Es por ello, que parece razonable por los correos que proceden de su despacho profesional, que fue el Sr. Rozados la persona designada por Mercasevilla para estudiar la viabilidad del contrato, así como el encargado de negociar con el Sr. Flores, Letrado de Sando sobre el conjunto final. En el mismo aparece un cúmulo sucesivo de contratos, siendo el de subrogación del derecho de superficie el primero de ellos; constituyendo un TODO con el de opción de compra. Lo demuestra el pacto noveno, así como el sistema de pago y de deducciones.

Sin embargo, ello no implica infracción penal alguna, toda vez que inicialmente la entidad Mercasevilla con el Sr. Mellet a la cabeza estimaba con los informes jurídicos en su posesión que era factible, para mejorar la situación económica de la empresa, la venta directa de los terrenos, de ahí las negociaciones.

El hecho de que inicialmente se estuviera negociando como venta directa no resulta incoherente con las contrataciones anteriores de Mercasevilla, y así lo han afirmado los Letrados de las defensas, especialmente de Sando, cuando han admitido un interés directo desde el comienzo en los terrenos y en

expandirse en Sevilla. Y que las negociaciones se desarrollaron como lo hicieron en junio de 2005 no resulta ni sospechoso ni ilegal, dado que no existe constancia directa de que se mantuvieran una vez se optara por la fórmula del concurso (a excepción de Fundación). Que la actuación de sendos Letrados y su forma de declarar en el acto del juicio con lagunas en cuestiones trascendentes y que no son propias de personas dedicadas a ese trabajo, hacen aún más dudar y crear soporte a las sospechas de la continuidad en las negociaciones una vez que se decidió que se adoptara la fórmula del concurso. Sin embargo, se trata de dudas y desconfianzas sin entidad suficiente para elevarlas a la categoría de indicios, sin corroboración documental.

Y si bien esos pactos sucesivos de junio de 2005 se adoptaron con tal de solucionar el conflicto judicial con Larena, ya en esa misma fecha, y a pesar de las manifestaciones del Sr. Rozados, y por ello nada entendible, el día 22 de junio de 2005 se emite nuevo protocolo por parte del Sr. Rozados con Sando en el que, *ex novo*, se recogen los siguientes pactos:

- o *Dada la naturaleza y composición accionarial de Mercasevilla, S.A., y siendo aconsejable que los actos de disposición que van a llevarse a cabo sobre los terrenos antes mencionados se sometan a los principios de publicidad concurrencia, se va a proceder a hacer pública la licitación de los mismos, para su general conocimiento y para facilitar la concurrencia de posibles interesados, a cuyo fin estos acuerdos quedarán sin contenido alguno, careciendo de eficacia contractual o jurídico obligacional, en el caso de que a resultas de dicho procedimiento Sando, S.A. no resultara ser la adjudicataria. En tal supuesto, cualquier abono que con motivo de la suscripción del presente Protocolo hubiera hecho efectivo Sando, S.A. a Mercasevilla, S.A. le será reintegrado por ésta en un plazo máximo de quince días naturales, quedando asimismo liberada de cualquier obligación que hubiera asumido por tal concepto.*
- o *Una vez que del resultado de la licitación llevada a cabo Sando, S.A. resulte ser la adjudicataria, y*

*una vez aprobados por los Órganos de Gobierno societarios los presentes acuerdos, se suscribirán simultánea o concatenadamente, por los representantes de ambas Sociedades, los respectivos contratos que documenten los negocios jurídicos antes relacionados, produciéndose los correspondientes abonos y comenzando el cómputo de los plazos pactados y la plena vigencia de los acuerdos.*

- VINCULACIÓN A LA TOTALIDAD..- *La conclusión de los anteriores acuerdos, aunque se desarrollará a través de contratos autónomos e independientes, está supeditada a la formalización y cumplimiento conjunto de todos los negocios jurídicos descritos, al constituir en sí una sola unidad comercial. En consecuencia, y con independencia de las particularidades propias de cada figura jurídica, este conjunto de acuerdos constituye un **TODO CONJUNTO E INSEPARABLE** a efectos de interpretación, cumplimiento y contenido de derechos y obligaciones para las partes. Constituyen elementos esenciales de estos acuerdos, a los que queda condicionada su plena vigencia y efectividad, el otorgamiento y suscripción simultánea de los contratos antes descritos, y el haber obtenido las aprobaciones societarias y administrativas legalmente exigidas, en especial y como primera premisa, el haber resultado Sando, S.A. la adjudicataria de la licitación convocada al efecto.*
- RETROACCIÓN DE ABONOS Y EXENCIÓN DE OBLIGACIONES.- *En el supuesto de que Sando, S.A. no resultara adjudicataria de la licitación convocada, o de que no se obtuviesen las oportunas autorizaciones administrativas o societarias, no llegando a resultar eficaces estos acuerdos, aunque se hubieran materializado en contratos, precontratos, acuerdos parciales, etc, Mercasevilla, S.A. reintegrará a Sando, S.A. todas las cantidades que ésta le haya anticipado como consecuencia de este protocolo, quedando*

*asimismo Sando, S.A. exonerada de cualquier obligación que hubiera asumido por los mismos conceptos.*

Es decir, de la documental se desprende que ya el día 22 de junio de 2005, tanto el Sr. Mellet como el Sr. Rozados tenían conocimiento o sospechas de que se iba o podía optar por un sistema de licitación (f. 10766 y ss.), continuando con nuevo protocolo el día 23 de junio, a pesar de que no se optó por ello hasta la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre (F. 2.780 a 2803). Y a pesar de las negaciones del Sr. Rozados, existe nuevo email enviado por su bufete en el que consta que fue revisado y modificado por Sanma, para que le "echaran un vistazo" al día siguiente: "En rojo y subrayado está el control de cambios (no son muchos). En negrita sobre el rojo te destaco los temas más "peligrosos" a mi modo de ver". Y se adjunta en los folios 10789 y ss. del expediente tachaduras y enmiendas, que todos niegan, especialmente Sando, a pesar de que ya aparece con los datos personales del sr, Luis Sánchez Manzano, enviándose nuevo borrador del parte del Sr. Rozados a la Sra. Regla Pereira el día 24 de junio. Si bien ante la negativa de testigos y acusados, ninguna prueba pericial se ha practicado para conocer la autoría del documento. Si bien, hasta la fecha no se había decidido la necesidad de un sistema de licitación, dado que el Secretario de Ayuntamiento no puede fijar el día exacto del mes de junio, y el Sr. Braojos lo retrasa a septiembre y se emite informe en octubre.

Y el día 27 de junio de remite nuevo email por parte del Sr. Rozados, cuyo correo y dirección ha admitido en el que consta que "El abogado de Sando me envía este correo, en el que dan su conformidad, como proyecto o documento de trabajo, al borrador del protocolo, con objeto de que puedas hacerlo valer ante Mercasa o los Consejeros, antes de la reunión de mañana, no te olvides de poner el precio el importe exacto, que es más de 108 millones de euros, y sobre lo que estamos de acuerdo ambas partes. Y en esta continuidad incesante de emails entre el Sr. Rozados, Sra. Regla Pereira y el Sr. Flores se constata la negociación del todo vinculado, y la participación, como no podía ser de otra manera, a pesar de las reticencias del Sr. Flores, donde cada parte intenta imponer sus intereses pactando con la contraparte, sin que esta negociación pueda considerarse distinta en este sentido. Es decir, de la documental, cuyas direcciones de correo quedan acreditadas, se confirma los

contactos entre ambos, y el conocimiento directo del Sr. Mellet y del Sr. Sánchez Manzano en todo ello. Y a pesar de que el Sr. Armando Rozados niegue contactos negociadores con el Sr. Flores.

Reiteramos la falta de credibilidad del Sr. Flores, a lo que hay que añadir, también la del Sr. Rozados, quien ha resultado ser uno de los testigos con menor credibilidad, absoluta preparación en su declaración, nada espontáneo, conocedor de las leyes, por su cualificación profesional y con ello de las consecuencias de su declaración y de cómo puede perjudicar o ayudar a una y otra parte. E intenta justificar el Protocolo de Intenciones como la solución al problema de la subrogación, llegando tras sucesivas preguntas a admitir los pactos en paralelo por la opción de compra, si bien, ¿con quién?, porque tras negar periódicamente, acepta contactos con el Letrado de Sando.

Describe la comunicación directa e incesante con el Sr. Mellet, admitiendo la autoría del documento recogido en el folio 10766, si bien rechaza las correcciones efectuadas en el mismo, así como las tachaduras que aparecen en los folios 10775 y ss. Y es a partir del 27 de junio cuando el Sr. Rozados no recuerda contestación del Sr. Mellet, pese a petitionar que se le informara de la Comisión Ejecutiva del día 28 de junio, negando igualmente recordar el Protocolo de 30 de junio, dado que recalca, que una vez obtuvo la negativa por parte del Ayuntamiento de cualquier sistema de venta directa, a partir del 30 de junio centró su participación sólo en la negociación de la subrogación del derecho de superficie.

Ello queda contrarrestado, lo que le hace aún más inveraz, con la factura recogida en el folio 8998 en el que minuta por el informe de viabilidad sobre la venta de los terrenos de Mercasevilla, S.A., bajo la forma de concurso público abierto; Propuesta de Pliego de Condiciones y de métodos de baremación, mejoras y método a seguir en dicho concurso; análisis de garantías, avales y forma de pago de los depósitos y cantidades aplazadas y asistencia a cuatro reuniones con el equipo de trabajo. Y para dar explicación a este documento, intenta ubicar en una fecha distinta la decisión del sistema de licitación. Reiteramos que estas contradicciones niegan a su declaración valor probatorio alguno, unido a las lagunas de memoria que aparecen de forma continuada, en aspectos que resultan imposibles, dado lo detallado de otros recuerdos

anteriores, siendo trascendente que olvide el equipo de trabajo en la elaboración del Pliego, si envió o no modelo a Mercasevilla, para posteriormente “recordar” haber enviado varios, negando cualquier tipo de contestación por parte de la empresa pagadora de sus servicios (Mercasevilla). No puede justificar tampoco el email del f. 10839, sin recordar nada.

Y el Sr. Venancio Gutiérrez admite haber tenido una reunión con el Sr. Mellet y Piñero, así como con el Sr. Braojos, en junio de 2005, en el que por el Secretario se expuso el carácter de Poder Adjudicador de Mercasevilla y la necesidad de un sistema de licitación frente a la venta directa de los terrenos esgrimidos por Mellet y Piñero. Si bien el Sr. Venancio lo ubica en junio de 2005, el Sr. Braojos en septiembre el mismo año, y el informe jurídico no se emite hasta octubre de 2005.

Se adjunta a los autos un informe, que a priori se atribuyó al Sr. Gil, y del que no existe prueba alguna del emisor y receptor, ni siquiera de que fuera conocido por ninguno de los acusados, de las consecuencias al principio de igualdad de ese tipo de vinculación, cesando las negociaciones tras el mismo, o al menos no existe prueba alguna que nos permita alcanzar otra conclusión. Y si bien el Sr. Rozados y el Sr. Mellet niegan tal conocimiento, lo cierto es que a partir del mismo, cambiaron su forma de actuar, y sólo se firmó el de derecho de superficie, dejando de pactar, o al menos eso afirman, el de opción de compra.

Y que el Sr. Rozados tuvo una participación activa en su continuidad lo demuestran los correos destinados a conocer el contenido de las Comisiones ejecutivas (f. 10814 y ss.), para saber los “flecos que hay que añadir los contratos con Sanma”, tal y como lo demuestra documentalmente. Y el día 30 de junio emite nuevo email para Regla Pereira y el Sr. Mellet con texto corregido, continuando el 11 de julio el Protocolo Merca-Sando subrogación Larena 1.3.doc, indicando el día 14 de julio la mención de comunicación al Letrado e Sando, con el OK de Sando el mismo día 14 de julio. Y así continúan de manera perenne; y ello pese a saber que desde el día 8 desaparece la vinculación directa.

El Sr. Flores admite esas negociaciones, si bien estima que el precio ya aparecía pre-fijado por la otra parte, aceptando el doc. 10933, recibiendo el encargo tras remisión de toda la información al Sr. Miró. Rechaza el Sr. Flores que le

transmitieran la vinculación de sendos contratos, lo que carece de credibilidad, no sólo porque se ha tratado de un testigo parcial, con un relato preparado, nada espontáneo, olvidando todo aquello que podía perjudicarle y recordando todo lo que puede beneficiar al s. Sánchez Manzano y a la empresa para la que trabaja, y parte de lo que niega consta acreditado por escrito. Es por ello que carece de verosimilitud sus exposiciones en torno a los doc. 10858 y 10855, así como su explicación al precio de la opción de compra y su ausencia en los pactos, reconociendo sólo el email que le coloca antes de la reunión de junio de 2005. Y su falta de verosimilitud se centra en reconocer ser el sujeto activo de los contactos con el Sr. Rozados, y sin embargo niega cualquier tipo de negociaciones o pactos, siendo inviable en cualquier tipo de contratos como el presente, dada su complejidad la ausencia de negociaciones previas, llegando a rechazar borradores en los contactos anteriores, incluso a refutar (ver f. 19945) aquellas cláusulas que directamente se refieren a Sanma. Reiteramos, no podemos valorar esta testifical por su ausencia de credibilidad, su preparación, su falta de apoyo en datos reales, su actitud en juicio frente a las partes en el interrogatorio, cuyas preguntas podía perjudicar a la empresa para la que trabaja.

Ello implica, que desde un inicio al existir negociaciones previas, Sando tenía conocimiento exacto, exhaustivo de las pretensiones de Mercasevilla y de cuáles eran sus necesidades, pretensiones e intereses, y ello pudo beneficiar a Sando, pero lo fue en la exégesis de una contratación del derecho de superficie y un intento de firmar el de opción de compra, hasta el momento en que se optó por el concurso; sin que exista acreditación de amaño para que Sando consiguiera la adjudicación, y ello a pesar de que antes de 30 de noviembre ya pactaron que sucedía para el caso de no ser la beneficiada si salía a venta por cualquier otro sistema, y es así, todo fue por contactos previos existentes y negociaciones antes de que en el día 8 de noviembre de 2005 se decidiera acudir al sistema de venta por concurso. No existe acusación relacionada con el supuesto uso de información privilegiada u otras infracciones penales análogas.

La defensa del Sr. Miró intenta justificar la inexistencia de dolo en esas negociaciones abiertas durante el mes de junio y julio en la tendencia jurídica de una posible admisión de venta directa, basándose en el antecedente de El Corte Inglés, sin que a pesar

de ello, se haya dado explicaciones al escrito y Protocolo en el que aparece la posible existencia de un proceso de licitación.

Y en fecha de 5 de julio de 2005 se emite informe por persona desconocida, que en un comienzo se atribuyó a Ángel Gil Pascual, quien no reconoció su autoría, ni siquiera haberlo visto inicialmente, negando incluso la reunión el día 5 de julio de 2005 (folios 11730 y ss.). No existe diligencia alguna de instrucción destinada a conocer la autoría del dictamen así como su destinatario.

El Sr. Gil niega haber sido su autor, rechaza la anotación manuscrita, y a pesar de resultar ser un documento trascendental, no existe constancia de quien lo elaboró ni a quien iba dirigido, siendo la respuesta a la consulta sobre la legalidad del documento denominado "borrador de bases de protocolo de intenciones a suscribir con la firma interesada en los terrenos de Mercasevilla" informa lo siguiente: *Mercasevilla es una sociedad mercantil de capital mayoritariamente público creada para satisfacer necesidades de interés general de mercado carácter mercantil -incluso etimológicamente- puesto que su objeto social principal consiste, de hecho, en la prestación del servicio de Mercados Centrales de abastecimiento y Matadero de Sevilla. Como consecuencia de ello, Mercasevilla queda incluida entre las sociedades mercantiles a que se refiere la Disposición Adicional Sexta del T.R. de la LCAP (R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la redacción operada por el artículo trigesimocuarto, Dos, del R.O. Ley 5/2005, de 11 de marzo; ello supone que está sujeta en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia. El principio de concurrencia tiene como objetivo lograr que toda persona interesada pueda participar en condiciones de igualdad con otros posibles interesados, en el procedimiento de adjudicación de un contrato, presentando la correspondiente oferta o proposición, de tal modo que el órgano de contratación pueda disponer de una pluralidad de ofertas para seleccionar aquella que mejor se acomode al interés de la entidad que haya de adjudicar el contrato. El principio de publicidad instrumental del de concurrencia- exige que pueda llegar a conocimiento de la generalidad de los posibles interesados la convocatoria del procedimiento para la adjudicación de un contrato. • El documento que se informa, en la medida que contiene y anticipa a un posible licitador información detallada sobre las condiciones en que se va a llevar a cabo el procedimiento de licitación para la*

concesión de la opción de compra, y recoge, además, datos que podrían situar al firmante del protocolo en situación de ventaja sobre los demás posibles interesados en concurrir a dicho proceso -como la manifestación de la voluntad de la sociedad de "vincular la posible concesión del derecho de opción de compra con la solución del conflicto suscitado por la entidad Larena 98 S.L.U o la declaración de su "intención de que la posible adquirente del derecho de opción de compra de sus terrenos: ocupe la posición de dicha sociedad, subrogándose en los derechos y obligaciones como superficiaria", no se considera conforme a Derecho, al representar una quiebra del principio de igualdad de trato y, por ende, del principio de concurrencia que la sociedad está obligada a respetar. Por otra parte el documento fija de antemano, antes de su aprobación por los órganos competentes de la sociedad y del Ayuntamiento de Sevilla, y sin que se disponga de información económica suficiente que garantice la viabilidad de la operación, todos los aspectos del negocio jurídico que pretende llevarse a cabo, y en particular, el precio para el ejercicio de la opción y el precio de la compraventa de los terrenos en el momento en que la opción se ejercite, por lo que su firma comprometería a la sociedad frente al firmante del protocolo en estos dos aspectos esenciales del negocio jurídico antes de conocerse si el importe de la venta bastará para costear el desmantelamiento de la actual Merca y su traslado a la nueva ubicación. Finalmente, no se alcanza a comprender el motivo por el que la sociedad debe vincular una operación tan excepcional desde todos los puntos de vista como es la concesión de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de los que es titular y sobre los que desarrolla su actividad de servicio público, con la resolución de un conflicto puntual con una sociedad mercantil titular de un derecho de superficie sobre una determinada parcela de la misma; como tampoco está justificado suficientemente que "para facilitar la resolución, por parte de Mercasevilla, de su relación contractual con Larena de solucionar el conflicto planteado por dicha sociedad" sea necesario obtener un préstamo de la sociedad con la que se plantea suscribir el protocolo que se analiza". Y a pesar de este informe en días posteriores el Sr. Rozados continúa con la comunicación directa con el Sr. Flores,

Este informe ratifica lo expuesto anteriormente sobre la posición privilegiada que podía tener Sando en el caso de la firma del contrato negociado entre Sr. Flores y Sr. Rozados, así como

la quiebra al principio de igualdad de trato, y con ello a los principios de publicidad y concurrencia, a la imposibilidad de vinculación de sendos contratos, y al impedimento de firma antes de conocer la viabilidad económica de la operación por parte de los Órganos de Gobierno y del Ayuntamiento de Sevilla.

Y ello era conocido por sendos Letrados, así como por el Sr. Mellet y el Sr. Sánchez Manzano. Si bien, basta con ver, como las partes decidieron, tal y como consta en los emails limitar el contrato y esas negociaciones a la subrogación con Larena, sin que continúen respecto al otro contrato, incluso en octubre cuando se refiere a la elaboración de facturas a favor de Sanma, que se refiere a la meritada transacción, lo que puede ab initio deducirse que conocían el contenido del informe de 5 de julio de 2005, dado el cambio de actitud (f. 1 1730 y ss.).

Es decir, que Sanma o Sando, o cualquiera de las filiales o empresas creadas a través de UTE de sus grupos con la firma del contrato se colocaba en una posición aventajada respecto a cualquiera de todas las demás empresas queda fuera de toda duda, por la existencia de unas negociaciones previas legales, dado que no se había decidido la licitación, conociendo desde un inicio los movimientos que Mercasevilla a través de su Director General estaba llevando a cabo, incluso con la Gerencia de Urbanismo, y con ello la modificación del PGOU. Sin embargo, este no el delito objeto de acusación, sino la posible manipulación del concurso para su adjudicación a Sanma con perjuicio para el ente público. Y de ello, no existe prueba. Basta con ver, como tras este informe así como cuando las Comisiones ejecutivas decidieron el sistema a escoger, y a pesar de ello no consta que continuaran los contactos entre Armando Rozados y el Sr. Flores, sino que se tratan de meras sospechas.

Adicionamos que los intereses de Mercasevilla, se documentaron debidamente en el Pliego de Condiciones que formó parte del concurso y se publicó en el BOP, con lo que el conocimiento previo de Sando era ya orientativo y similar al resto, desde el comienzo en que el precio interesado de salida constaba ya en el Pliego. Y también lo es que eran públicas las tasaciones que obraban en el expediente de aprobación del pliego por la Junta General de Mercasevilla de 30 de noviembre de 2005 y en el de la autorización del pleno del Ayuntamiento, sobre el valor de los terrenos, a 17 de octubre de 2005, la de VALTECNIC, KRATA, FORCADELL.

Si bien tampoco es *usus fori* que una vez iniciado un procedimiento con una determinada Policía Judicial se proceda al cambio de Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado, salvo que hubiera existido algún tipo de incidencia con el primer cuerpo actuante, en el año 2012 por el Juzgado de Instrucción se muta de Policía Judicial y entra en el procedimiento la UCO de la Dirección General de la Guardia Civil, que como tal siguieron las Instrucciones llevadas a cabo por el Órgano Judicial, y que como toda fuerza de seguridad recogió en los folios 9363 del Grupo de Delincuencia Urbanística, de manera escrupulosa y exacta, precisan la orden recibida del Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla, "*siendo las 10:00 horas del día 13 de Junio de 2012, actuando como Fuerza Instructora de las presentes diligencias el Agente con Tarjeta de Identidad Profesional (TIP) número J97413R y el Agente con Tarjeta de Identidad Profesional (TIP) número J82381 K, por medio de la presente, se hace constar que: Se inicia el presente atestado para dar cumplimiento al mandamiento judicial de fecha 12 de junio de 2012, librado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, en relación con las Diligencias Previas 5612/2009, en el que se solicita a esta Unidad informe sobre las relaciones societarias entre las distintas empresas que participaron en el concurso público para el derecho de la opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla*".

Y para dar cumplimiento, los agentes realizan las siguientes gestiones: solicitud de datos al Registro Mercantil Central en relación con las sociedades que licitaron al concurso para ejercer un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A, solicitud de datos al Consejo General del Notariado en relación con las sociedades que participaron en el concurso mencionado anteriormente, y consulta de la base de datos de AXESOR en relación con dichas sociedades.

Los agentes en el acto del plenario ratifican la identidad del Sr. Blanco Montenegro, narrando como acudió de manera voluntaria ante el Grupo de Delitos Económicos de la Unidad Central Operativa, a Agentes de dicho Grupo con un disco duro que contenía cierta documentación posiblemente de interés para la investigación; y por ello, la UCO a fin de comprobar si dicha persona, dado su actual cargo, podría aportar también datos o documentación de interés para la investigación que se está llevando a cabo en este Grupo de Delitos Urbanísticos en

relación con la adjudicación de un derecho de opción de compra por la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., el Instructor acuerda su citación para que de forma voluntaria acuda a declarar en calidad de testigo, sin que sea sospechoso que compareciera acompañado de Letrado, dado que no es nada inusual tal actuación ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aunque no en los Órganos Judiciales.

Y para no planee duda del irreprochable trabajo de los agentes, han dejado constancia de todo y cada uno de los documentos y objetos recibidos, uniéndolo a los autos, así como de la actuación del Sr. Blanco, sin que exista en los agentes ánimo alguno de implicación, limitándose a cumplir las funciones de su cargo. Y a tal efecto, enuncian, como proceden a la unión de documentación hallada en dependencias de Mercasevilla, que a su juicio y el de los asesores jurídicos de dicha sociedad, pudiera ser de interés para las investigaciones que se están llevando a cabo.

Dicha documentación es foliada y sellada en presencia del declarante, siendo reseñada a continuación:

- Carpeta correos electrónicos de D. Armando Rozados (Rozados Abogados), conteniendo folios numerados del 2 al 226, escritos a una sola cara.
- Carpeta documentos elaborados por D. Armando Rozados (Rozados Abogados), conteniendo folios numerados del 1 al 65, escritos a una sola cara.
- Carpeta documentos María Victoria Bustamante, conteniendo folios numerados del 1 al 27, escritos a una sola cara.
- Carpeta documentos José Luis Miró, conteniendo folios numerados del 1 al 20, escritos a una sola cara.
- Carpeta documentos Fernando Mellet, conteniendo folios numerados del 1 al 28, escritos a una sola cara.
- Carpeta documentos José Antonio Ripollés, conteniendo

folios numerados del 1 al 36, escritos a una sola cara.

- Carpeta correos electrónicos de D. Jorge Piñeiro (Bufete Nervión), conteniendo folios numerados del 1 al 214, escritos a una sola cara.
- Carpeta negra con portada transparente, conteniendo folios numerados del 1 al 49, escritos a una sola cara.
- Sobre marrón, escrituras y diligencias bastanteo Realía, conteniendo folios numerados del 1 al 27, escritos a una sola cara.
- Sobre marrón, pliego de condiciones, dinero y recibo, vacío.
- Conjunto de folios encabezados por el epígrafe mejoras sociales, numerados del 1 al 33, escritos a una sola cara.
- Documento borrador de las bases del protocolo de intenciones a suscribir con la firma interesada en los terrenos de Mercasevilla una vez que el mismo fuere aprobado y autorizado por acuerdo de la Comisión Ejecutiva, foliado del 1 al 9, escritos a una sola cara.
- CD-R marca VERBATIM con nº de serie N121PG03D8082378B2, conteniendo copia de los archivos informáticos hallados en el ordenador de la secretaria de dirección Verónica Rodríguez, anteriormente REGLA PEREIRA BAUS, del 1-01-2005 al 31-12-2006, relacionados con la investigación.

Y posteriormente, emiten parecer sobre las relaciones societarias entre las distintas empresas que participaron en el concurso público para el derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla; exhibiendo un listado de las empresas licitadoras por orden decreciente en relación a la puntuación obtenida en el concurso por el derecho de la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla, acompañadas de la puntuación

obtenida (entre paréntesis):

1. Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A. C.L.F. A29084613 (77,63).
2. Landscape Espais Promocions S.L. C.L.F. B61690152 (54,25).
3. Grupo De Inversiones Noga S.A.U. C.L.F. B28241495 (54,00).
4. Grupo Pra, S.A. Cif: A14027635 (37,05).
5. Realia Business S.A. C.L.F. AB1787889 (36,07).
6. Sociedad Azucarera Larios S.A. C.L.F. A29000288 (32,39).
7. Edamar S.A. A14016901 (29,81).
8. Construcciones Juan De Robles S.A. C.L.F. A21010772 (19,31 )

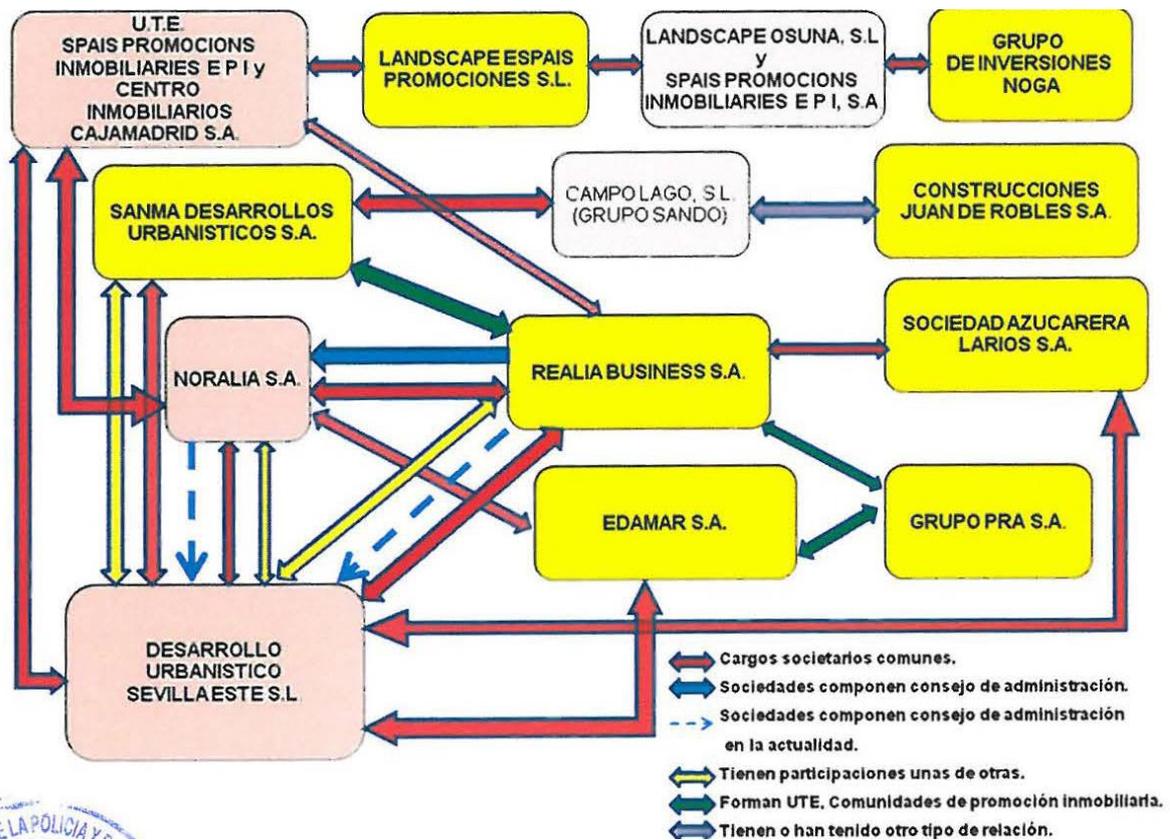
Y tras analizar cada una de las intervinientes, llevan a cabo el "levantamiento del velo" tratando de vincular (no término jurídico), y comprobar como existen enlaces entre distintas empresas, aunque no formen parte jurídica-mercantil del Grupo, ni tengan por qué ser auditadas de manera conjunta. Independientemente de que no formen una UTE o un Grupo de empresas existen entre ellas, y así consta analizado de forma exhaustiva y justificada por los agentes, como unas participan en otras y como comparten socios o apoderados entre sí, ya sean mancomunados o solidarios, a la vez en varias de las empresas licitadoras.

Resulta tan sorprendente que de las ocho empresas concursantes que nos ocupan, tan sólo el Grupo Pra, S.A. y Construcciones Juan De Robles, S.A., no mantienen relaciones societarias entre sí ni con las demás, aunque sí de otro tipo.

Llegan a enlazar cargos de unas y otras entidades que permiten concluir que: "mercantiles tratadas en este apartado se han citado, al hablar de los cargos societarios que actúan como

nexo de unión o vínculo entre las mismas, únicamente los que han sido considerados más relevantes para la investigación de cada organigrama de cargos por empresa. A la vista de las relaciones expuestas en los puntos precedentes se observa que vinculadas con la mercantil Desarrollo Urbanístico Sevilla Este, S.L., se encuentran las empresas siguientes: Sando Proyectos Inmobiliarios, S.A., Realía Business S.A., Sociedad Azucarera Larios S.A. y EDAMAR S.A. Por otro lado, tenemos a las mercantiles Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries, S.L. Y Grupo De Inversiones Noga, S.L. que se encuentran relacionadas entre sí a través de los cargos societarios que comparten con la empresa Lanscape Osuna, S.L. y la mercantil Espais Promocions Inmobiliaries EPI S.A., empresa que en la actualidad es Administradora Única de Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries S.L. Tal y como se ha explicado en el apartado 2.2 del presente informe”.

Como resumen explicativo de las relaciones societarias expuestas en los puntos anteriores se muestra el siguiente cuadro en el que las empresas licitadoras al concurso están en color amarillo y en color sepia otras mercantiles que han servido de nexo de unión entre las principales, quedando explicadas los distintos tipos de vinculaciones en la leyenda incluida en el mismo, concluyendo que : *“Es parecer de los Agentes informantes que a tenor de lo expuesto en el presente informe quedan demostradas vinculaciones entre la mayoría de las empresas que concursaron al derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla, S.A., ya sean vinculaciones de tipo societario a través de sus órganos sociales o mediante terceras personas físicas o jurídicas, así como en otros casos a través de relaciones mercantiles, empresariales y/o profesionales que han mantenido y en algunos casos mantienen algunas de las entidades objeto de investigación.*



ELAPOLICIA y...

Es decir, no puede entenderse, como pretenden las defensas que la vinculación sea examinada desde el punto de vista formal-mercantil, dado que no se trata de participación propia, sino de un entramado, en el que la mayoría de las participantes han tenido en algún o varios momentos a la vez apoderados comunes entre sí, y ello implica el conocimiento de las transacciones de importancia que cada una de ellas operaba en el mercado. Que todo ello es clave y sorprendente desde el punto de vista de la actuación de Sanma/Sando, los Sres. Sánchez Manzano y Sr. Miró, queda acreditado, pero no se ha demostrado nada que nos permita entender que Mercasevilla, ni sus miembros acusados conocieran que tipo de empresas se iban a presentar a la licitación, especialmente cuando se publicó en el BOP y todas y cada una de las empresas que quisieran podían acceder al concurso, y cuando no se ha practicado prueba alguna que nos permita vincular a los Sres. Mellet, Rodrigo Torrijos, Castaño, Crespo, Piñero, Ripollés y Bustamante con las mercantiles que se presentaron al concurso público. Es más, no se ha interrogado por las acusaciones ni por

las defensas si Noga tuvo algún tipo de contacto previo con Sando o Sanma, así como en el acto del plenario no se ha interrogado a los representantes de las mercantiles, ni se ha sometido al representante de Noga a una explicación sobre la participación de Landscape. Al menos concurren dos empresas que tan sólo han tenido intervención en alguna operación inmobiliaria con otras de las intervinientes, pero ello, no le hacen merecedora de vinculación, como Grupo Pra, S.A. y Construcciones Juan De Robles, S.A., que no han mantenido relaciones societarias entre sí ni con las demás, aunque sí operaciones mercantiles esporádicas, que no puede entenderse que afecte a su imparcialidad y libre concurrencia, tanto por formar una Ute o por actuar como vendedora de un inmueble.

Es decir, con la publicación en el BOP y con la participación de al menos estas dos empresas junto a las restantes que podían formar dos lotes diferenciados, permite garantizar la publicidad y concurrencia, que en todo caso estaba avalado por Mercasevilla, sin perjuicio del actuar del otro lado de la licitación. Si no intervinieron otras, no fue por un apaño de Mercasevilla y sus consejeros y miembros acusados, sino en su caso por negociaciones previas entre las empresas con socios en todas y cada una de ellas (meras sospechas). ¿Se garantizaría la publicidad y concurrencia si se hubiere publicado y seguido los trámites procedimentales y sólo se hubiere presentado una? Se adiciona que Noga y Landscape podían formar otro grupo diferenciado, al luchar contra la oferta de Sanma.

No se ha recibido declaración testifical en el plenario a los representantes de las mercantiles a los efectos de que expongan su participación y si existió o no connivencia entre sí, sólo se ha practicado en relación a Noga, quien entiende que participó libremente incluso con Landscape, recalcando no se vio afectada ni perjudicada.

Y a tal fin, los agentes justifican como: *“Landscape Espais Promocions S.L., cuya denominación social actual desde el 12 de marzo de 2007 es Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries, S.L. ha mantenido y mantiene a través de la empresa denominada Landscape Osuna, S.L. (B83526533), relación con otra de las mercantiles concursantes, en concreto con el Grupo De Inversiones Noga, S.A.U. (actualmente denominado Grupo De Inversiones Noga S.L. ), de la forma que se explica a*

*continuación: En el Consejo de Administración de la mercantil Landscape Osuna, S.L. se encuentran las siguientes personas físicas o jurídicas que relacionan entre sí a las empresas citadas: José Sant Amans Portabella, figura como Presidente y Consejero de la empresa Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries, S.L., Presidente y Consejero desde el 31 /01 /2003 al 15/06/2007, en Landscape Osuna, S.L.; Nicolás Osuna Pedregosa, figura en Landscape Osuna, S.L. como Consejero y Consejero Delegado Mancomunado y Vicepresidente y Consejero Delegado de la empresa Grupo De Inversiones Noga desde el 24/06/2003 hasta la actualidad; Salvador Grane Terradas, figura en Landscape Osuna, S.L. como Consejero y Consejero Mancomunado y es a su vez Consejero y Consejero Delegado de la empresa Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries S.L., anteriormente denominada Landscape Espais Promociones S.L.; Juan Miguel Guerrero Morales, figura en Landscape Osuna, S.L. como Consejero y Secretario y a su vez es Apoderado de la empresa Grupo De Inversiones Noga S.L. y hasta la actualidad es Apoderado de la empresa ESPAIS Promocions Inmobiliaries Epi S.A., empresa que además de ser en la actualidad Administradora Única de Espais & Lasia Promocions Inmobiliaries S.L., formó una U.T.E. con Centro Inmobiliarios Cajamadrid, S.A., U.T.E. que a su vez se relaciona con Realia Business, S.A. Y Desarrollos Urbanísticos Sevilla Este, S.L.*

*Y más sorprendente resulta la del Grupo Sando: "esta sociedad valorada en el concurso con un total de 77,63 puntos, resultó adjudicataria del mismo. Con motivo del cambio de denominación social, en fecha 8 de marzo de 2007, la denominación actual de Sanma S.A., pasa a ser Sando Proyectos Inmobiliarios, S.A. Anteriormente ha tenido además la denominación de Construcciones Sánchez Manzano, S.A. hasta el 4 de agosto de 2005. Sando Proyectos Inmobiliarios S.A., anteriormente denominada Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., mantiene relación con Realia Business, S.A. a través de la sociedad Desarrollo Urbano Sevilla Este S.L. Así, los Administradores Solidarios de Sando Proyectos Inmobiliarios S.A., José Luís Sánchez Domínguez Y Luís Sánchez Manzano, ostentan los cargos societarios de Presidente y Consejero, respectivamente, en Desarrollo Urbano Sevilla Este, S.L. Por otra parte, en el cronograma de cargos de Desarrollo Urbano Sevilla Este, S.L., se encuentra en la actualidad y desde el 30/06/2011, ostentando el cargo de Consejero la*

*sociedad Realia Business S.A. También se relaciona a Sando Proyectos Inmobiliarios a través de Desarrollo Urbanístico Sevilla Este con la mercantil Noralia, S.A., empresa ésta última que, aunque no figura incluida dentro de las que optaron al concurso, es nexa de unión entre Desarrollo Urbanístico Sevilla Este S.L. Y Edamar, S.A., que sí concursó. Existe de esta manera una relación indirecta entre las empresas concursantes, Sando Y Edamar. La forma en la que Noralia se encuentran vinculadas entre sí consiste en que Noralia, S.A. está participada por Noriega Y Realia Business, S.A., siendo la primera del grupo empresarial Sanchez-Ramade, como también lo es Edamar, empresa esta última que además fue absorbida por Noriega, tal y como se explica más adelante en el punto 2.7. del presente informe. En cuanto a Realia Business, S.A., en la actualidad ostenta el cargo de Vicepresidente dentro del organigrama societario de Noralia, S.A. Es lógico, por tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto, que dichas sociedades compartan los cargos societarios que se citan a continuación: Pedro Salvador Albiñana, figura como Consejero y como Apoderado Solidario Mancomunado en la sociedad Desarrollo Urbanístico Sevilla Este, S.L. Asimismo figura en la empresa NORALIA, S.A., como Apoderado y representante y como Apoderado Solidario Mancomunado. Y por último figura como Apoderado en la mercantil Realia Business, S.A.; Juan Antonio Franco Diez, figura como Apoderado Solidario mancomunado en la Sociedad Desarrollo Urbanístico Sevilla Este, S.L., siendo a su vez Apoderado Solidario Mancomunado y Apoderado en la mercantil Realia Business, S.A. Por último, figura también como Apoderado en la mercantil Noralia, S.A. ostentando además el cargo de Apoderado solidario Mancomunado. Manuel Domingo Ramírez, figura como Apoderado y como Apoderado Solidario Mancomunado en Desarrollo Urbanístico Sevilla Este, S.L. También está como Apoderado en Noralia, S.A., así como Apoderado Solidario Mancomunado de esta sociedad. Aparece como apoderado en la empresa Realia Business, S.A.. José María Richi Albert, figura como Apoderado Solidario Mancomunado y como Secretario no Consejero en Desarrollo Urbanístico Sevilla Este, S.L. Además, está como Apoderado Solidario y como Apoderado, así como Secretario no Consejero en Noralia, S.A. También es Apoderado de Realia Business, S.A. hasta la actualidad y Vicesecretario y Otros Cargos de la misma sociedad. Fermín Ibañez Moreno, figura como Apoderado y como Apoderado Solidario Mancomunado, en Desarrollo Urbanístico*

*Sevilla Este, S.L. En la mercantil Noralia, S.A. se encuentra como Apoderado pasando en esta última fecha a ocupar el cargo de Apoderado Solidario Mancomunado y Apoderado Solidario Mancomunado hasta la actualidad. Figura además en la mercantil Realía Business, S.A. como Apoderado pasando a ocupar el cargo de Apoderado”.*

¿Constituye ello elemento suficiente para concluir que existió un arreglo y que las ofertas llevadas a cabo por las distintas empresas eran de relleno? De las mencionadas por los agentes de UCO al menos existen dos que participaron sólo de manera ocasional en alguna actuación, sin que pueda entenderse que se trate de una auténtica vinculación. Que los Sres. Sánchez Manzano, Sánchez Domínguez y el Sr. Miró no han dado explicación coherente, sobre tales extremos, resulta indiscutible, sin que baste como hemos expuesto anteriormente la pericial inútil desde el punto de vista probatorio de la auditoría del Grupo Sando. Los agentes han pretendido levantar el velo de las diferentes empresas participantes, extremos que no sería necesario si todas y cada una auditaran en el mismo grupo y fueran simplemente filiales unas de otras, lo que no serían sin más un indicio importante, sino una prueba directa de la pertenencia al mismo conjunto empresarial.

No figura en el expediente, si existieron o no negociaciones por parte de Sr. Sánchez Manzano, o su empresa con el resto de sociedades intervinientes, y aunque pudieren apreciarse sospechas, las mismas no pueden ser suficientes, al existir al menos dos mercantiles sin relación, además de Noga y Landscape que presentaron ofertas que combatieron directamente con el grupo Sando, con clara intención de obtener la adjudicación.

También en los folios 9992 y ss. se practica por la UCO, informe del análisis de la documentación aportada por Manuel Blanco Montenegro, en calidad de director general de Mercasevilla S.A. y para la confección del presente informe, han tenido en cuenta documentos ya incluidos en el sumario de las Diligencias Previas nº 5612/09, que se siguen en el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla:

- Acta de la mesa de contratación de fecha 9-02-2006, junto con el informe de valoración de

ofertas de fecha de 13-02-2006 y el contrato de investigación, para la valoración del apartado 5.1 del pliego de condiciones del concurso, documentación aportada por Manuel Blanco Montenegro el día 13 de julio de 2012; documentos contenidos en la carpeta denominada "correos electrónicos de Don Armando Rozados (Rozados Abogados)"; correo electrónico de fecha 17 de enero de 2003 de Armando Rozados para Fernando Mellet, adjuntando el contrato de Larena 98, corregido y modificado (Anexo 1, página 2); correo electrónico de fecha 24 de mayo de 2004, de Bufete A. Rozados para Regla Pereira en el que adjunta informe para Fernando Mellet, sobre hipoteca de derecho de superficie de los terrenos de Larena 98 S.L.(Anexo 1, página 11 ); correo electrónico de fecha 24 de mayo de 2004, de Bufete A. Rozados para Regla Pereira, en el que se adjunta archivo denominado dictamen hipoteca superficie carta.doc, informando a la sociedad Larena 98 S.L. de la posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho de superficie, previa aprobación por los órganos de gobierno de Mercasevilla S.A. (Anexo 1, página 14); correo electrónico de fecha 2 de julio de 2004, de Bufete A. Rozados para Fernando Mellet Jiménez, con copia para Regla Pereira, adjuntando un estudio sobre el convenio urbanístico de los terrenos de Mercasevilla S.A. y modelo de convenio para suscribir con el Ayuntamiento de Sevilla (Gerencia de Urbanismo) (Anexo 1, página 17); correos electrónicos de Bufete A. Rozados para Regla Pereira, en los que se adjunta contestación a la demanda interpuesta por Larena 98 S.L. a Mercasevilla S.A., con fechas 22/02/2005 y 23/02/2005; correo electrónico de fecha 2 de marzo de 2005, de Bufete A Rozados para Fernando Mellet, con copia para Regla Pereira, recordando gestiones pendientes en relación con la demanda interpuesta por Larena 98 S.L., encontrándose entre éstas un dictamen pericial técnico,

rogándoles que hablen con Mariví para ponerlo en marcha. Asimismo, les recuerda que deben intensificar los esfuerzos con la Gerencia de urbanismo para el otorgamiento de la licencia de obras, debido a que en el escrito de Mercasevilla al Juzgado han reiterado que la licencia se obtendría a finales de abril (Anexo 1, página 77); correo electrónico de fecha 5 de abril de 2005 de Bufete A Rozados para Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntándole dos documentos, uno con comentarios de Armando Rozados y un guion acerca de las negociaciones con Larena, relativos a la opción de compra que se baraja como solución al litigio pendiente. También les remite una nota y comentarios que ha recibido esa misma mañana de Florencio, el abogado de Larena, con relación al contrato de opción, en este correo se baraja la posibilidad de la opción de compra de los terrenos sobre los que Larena 98 S.L. tenía el derecho de superficie, y el precio de los terrenos sería de 6.100.000 €, por los 48.000 m<sup>2</sup> siendo el precio de la opción de compra 1.500.000 €(Anexo 1, página 78); correo electrónico de fecha 7 de junio de 2005, de Bufete A Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntándole documento que contiene "viabilidad jurídica del otorgamiento de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla, S.A. y sobre la facultad de disposición sobre los mismos", concluyendo que "Mercasevilla S.A., no tiene que supeditarse a procedimiento alguno para la enajenación de /os terrenos, sino tan solo al régimen establecido en sus Estatutos Sociales para la adopción de acuerdos por sus órganos de gobierno, sin exigirse mayorías cualificadas" (Anexo 1, página 94); correo electrónico de fecha 13 de junio de 2005, de Bufete A Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntándole modelos de contratación a efectuar con Sando S.A. , y que se componen de: protocolo de intenciones,

que sería el primer documento a suscribir. contrato de concesión de derecho de superficie. contrato de opción de compra; correo electrónico de fecha 22 de junio de 2005, de Bufete A Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntando el protocolo de intenciones a suscribir entre Mercasevilla S.A. y Sando S.A. modificado, quedando marcadas en distinta letra y en negrita las alteraciones efectuadas (Anexo 1, página 141; correo electrónico de fecha 23 de junio de 2005 a las 14: 11 horas, de Bufete A. Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntando protocolo de intenciones debidamente corregido, conteniendo el correo lo siguiente: "Te envío el protocolo debidamente corregido tras la reunión de esta mañana. He cambiado algunas cosas respecto al que tú tienes, por lo que te ruego su atenta lectura. Solo el modelo de cláusula de revisión del precio, que te haré llegar cuando la otra parte me lo envíe" (Anexo 1, página 152); correo electrónico de fecha 23 de junio de 2005 a las 20:47 horas, de Bufete A. Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, indicándole en dicho correo: "te envío el protocolo una vez que ha sido revisado y modificado por Sanma, para que le echemos un vistazo mañana; en rojo y subrayado está el control de cambios efectuado (no son muchos) en negrita sobre el rojo te destaco los temas más "peligrosos" a mi modo de ver. Podemos revisarlo en 5 minutos, a fin de contestar/e al abogado." (Anexo 1, página 163). Correo electrónico de fecha 24 de junio de 2005, de Bufete A. Rozados a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, en el que envío el texto definitivo del borrador o documento de trabajo protocolo de intenciones. El lunes recibiré el OK al borrador, y te lo transmitiré con su redacción definitiva, para que lo hagas llegar a quien tengas por conveniente" (Anexo 1, página 175); correo electrónico de fecha 27 de junio de 2005, de Bufete A

Rozados a Regla Pereira, con copia a Fernando Mellet Jiménez, en el que dice (Anexo 1, página 187); correo electrónico de fecha 14 de julio de 2005, a las 21 :59 horas, de Bufete a Rozados A Regla Pereira, con copia a Fernando Mellet Jiménez, adjuntando el archivo denominado "Protocolo Merca-Sando subrogación Larena 1.5.doc", diciendo en el correo lo siguiente (Anexo 1, página 207); Documentos Carpeta "Documentos José Luis Miró: Fax de fecha 31 de mayo de 2005, de Armando Rozados Pérez para Fernando Mellet Jiménez, (Anexo 11, página 2); Fax de fecha 19 de mayo de 2005, enviado el día 20 de mayo de 2005 por José Luis Miró a Fernando Mellet, en el que se dice lo siguiente (Anexo 11, página 9. Documento conteniendo "pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas para la adjudicación mediante concurso público para la enajenación de terrenos, figurando en la primera página manuscrito a lápiz "Enviado por Sando 11/10/05" (Anexo 11, página 11).

- o Documentos Carpeta "Documentos María Victoria Bustamante: Fax de fecha 11 de octubre de 2005, que contiene documento donde se explica que el nuevo Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, contempla en el documento de aprobación provisional, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 14 de julio de 2005, la implantación del nuevo Mercasevilla Metropolitano en el Nodo Logístico Norte, coincidente con el ámbito del Sector Suelo Urbanizable no sectorizado (Anexo 111, página 1); Fax de fecha 27 de junio de 2005, de M<sup>ra</sup> Victoria Bustamante Sainz para Regla, Secretaria de Fernando Mellet, remitiendo borrador del Convenio entre Gerencia De Urbanismo y Mercasevilla, para garantizar la continuidad de la prestación de servicios de Mercasevilla, con motivo de la recalificación realizada por el Ayuntamiento de Sevilla, debido a la aprobación inicial del nuevo Plan General De

Ordenación Urbanística (Anexo 111, página 6); Documentos Carpeta "Documentos Elaborados Por Don Armando Rozados (Rozados Abogados): Documento conteniendo "nota informativa sobre la imposibilidad de establecer una opción de compra de las parcelas sitas en autovía de Málaga, km. 1 - objeto de cesión al grupo Larena 98 s.l. "; documento donde se encuentra manuscrito a lápiz "Armando 24102105" (Anexo IV, página 2); Documento conteniendo protocolo de intenciones que suscriben entre Mercasevilla S.A. y Sanma S.A., en relación con la subrogación con el derecho de superficie de Larena 98 S.L., y la adquisición de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, en el que figura manuscrito en el borde superior derecho de la primera página: "Último. Posterior al remitido 23.06.05 a las 20'47 h." (Anexo IV, página 7); Informe original firmado por Armando Rozados Pérez, en representación del Bufete A. Rozados, en relación con la viabilidad jurídica del otorgamiento de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla S.A. y sobre la facultad de disposición sobre los mismos, realizado con fecha 6 de junio de 2005, concluyendo lo siguiente (Anexo IV, página 53).

- Documentos Carpeta "Documentos Fernando Mellet": Borrador de posible pliego de condiciones para la adjudicación de una opción de compra sobre los terrenos propiedad de Mercasevilla. (Anexo V, página 4). En este borrador existen anotaciones manuscritas, entre ellas "fijar precio 108 mil/. €". Seis folios, manuscritos a una sola cara, en los que se refleja entre otras cuestiones las siguientes (Anexo V, página 11).
- Documentos Carpeta "Documentos José Antonio Ripollés": Dictamen en fase borrador, emitido a solicitud de Mercados Centrales De Abastecimiento De Sevilla, S.A. sobre la

viabilidad inmobiliaria de las parcelas correspondientes a la identificación Arl-DE-03 Mercasevilla, con una superficie bruta de 379.210 m<sup>2</sup>, dictamen pericial emitido por el perito José Antonio Ripollés Muñoz, en interés de Fernando Mellet Jiménez, Director General de Mercasevilla S.A., con fecha 8 de julio de 2004 (Anexo VI, página 2). Informe de opción de compra, realizado por el economista José Antonio Ripollés Muñoz, con fecha 19 de junio de 2005 (Anexo VI, página 22).

- Documentos Carpeta "Correos Electrónicos De Don Jorge Piñero (Bufete Nervión Correo electrónico de fecha 14 de junio de 2005, de Jorge Piñero Gálvez para Regla Pereira, adjuntándole informe sobre los requisitos legales que la legislación vigente pueda contemplar para el eventual otorgamiento por Mercasevilla S.A. de una opción de compra de los terrenos de su propiedad, concluyendo dicho informe con la redacción de la Disposición Adicional 6ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; Correo electrónico de fecha 17 de octubre de 2005, de Jorge Piñero para Regla Pereira, remitiendo borrador del pliego particulares económico-jurídico-técnicas que habría de regir el concurso para adjudicar un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla sitios en la autovía Sevilla-Málaga, Km. 1, parcela del término municipal de Sevilla (Anexo VII, página 79; Correo electrónico de fecha 10 de noviembre de 2005, de Vía Pública para Regla, adjuntando pliego de condiciones económico definitivo, modificado a 9-11-05 (Anexo VI 1, página 117).
- Conjunto de folios encabezados con el epígrafe "Mejoras Sociales": Documento manuscrito en el que se relacionan las mejoras sociales propuestas por la sociedades Sanma S.A., Landscape Spais S.A. y Grupo De Inversiones

Noga S.A. (Anexo VIII, página 1 ); Borrador del informe de propuesta de adjudicación del derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla SA. (Anexo VIII, página 4); Documento manuscrito de valoración de la titularidad previa de derechos sobre los propios terrenos a enajenar (Anexo VIII, página 15); Página con el número 29, documento del Informe de propuesta de adjudicación, donde se incluye la "conclusión del informe", en el que se concluye lo siguiente: "A la vista de todo lo expuesto, a continuación se sintetiza en un cuadro resumen los datos numéricos de la valoración realizada. De ella resulta, que sería la Empresa Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., la adjudicataria del concurso, por un precio de la opción de compra de un importe de 5 millones de euros más IVA y un precio final de compraventa, como mínimo de 106 millones de euros más IVA, incrementado en un 0,25 % respecto a las condiciones del Pliego valorados, conforme se relaciona en la oferta presentada y en los Pliegos de Condiciones que siguen el presente concurso. Igualmente la Empresa aporta la financiación de los proyectos, estudios y dirección técnica necesaria para elaborar el proyecto final de traslado de la Empresa Mercasevilla, S.A. a la nueva sede y una serie de mejoras destinadas a los trabajadores y a la Fundación de Mercasevilla, S.A.". Este documento es firmado en Sevilla a 13 de febrero de 2006, por José Antonio Ripollés Muñoz Y M<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz (Anexo VIII, página 18).

- o Conjunto de folios iniciados con la propuesta de valoración del punto 5.2 del pliego de condiciones: Documento mecanizado con anotaciones y correcciones manuscritas, relacionadas con la valoración de las ofertas presentadas por las sociedades, licitadoras, en relación con el concurso para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A;

Folio manuscrito de color amarillo, intercalado entre las páginas del pliego de condiciones particulares económico-jurídico-técnicas que habrá de regir el concurso para adjudicar un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Sevilla; Documentación aportada por Manuel Blanco Montenegro el día 30 de julio, que puede resultar de interés para la investigación: sobre con la inscripción "acuerdo Mercasevilla - G U, traslado; documento de fecha 26 de octubre de 2006, conteniendo: propuesta de acuerdo de colaboración entre la Gerencia De Urbanismo De Sevilla y la entidad Mercados Centrales De Abastecimiento De Sevilla S.A., Mercasevilla, a fin de establecer las bases para la relocalización de las instalaciones de esta última en el área suns-dmn-01 "Nodo Logístico Norte", en desarrollo del plan general de ordenación urbanística; Borrador de convenio entre Mercasevilla y la Gerencia de Urbanismo para garantizar la continuidad de la prestación de servicios de Mercasevilla, con motivo de la recalificación realizada por el Ayuntamiento de Sevilla con motivo de la aprobación inicial del nuevo plan General de Ordenación Urbanística, a suscribir por Emilio Carrillo Benito, Teniente de Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla, en calidad de fedatario de este acto, y Fernando Mellet Jiménez en nombre y representación de Mercasevilla S.A., en calidad de Gerente de la misma (Anexo XI, página 27); Documento original del contrato de otorgamiento de derecho de opción de compra y anexos; Original del contrato de otorgamiento de derecho de opción de compra de fecha 23 de febrero de 2006, contraído entre Fernando Mellet Jiménez, en representación de Mercados Centrales De Abastecimiento De Sevilla, Mercasevilla S.A. y Luís Sánchez Manzano, en calidad de apoderado de la sociedad Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., confeccionado en papel timbrado; Anexos

al contrato de otorgamiento de derecho de opción de compra, en el que intervienen las sociedades Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A. y Mercasevilla S.A; documentación aportada en la junta general extraordinaria de accionistas de fecha 30 de noviembre de 2005, en la que se trató el estudio y, en su caso, aprobación de la propuesta sobre posible adjudicación a tercero, mediante concurso público, de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla, s.a. para su ejercicio en el momento de traslado de esta unidad alimentaria; Informe del Secretario del Ayuntamiento de Sevilla sobre el procedimiento a seguir por la Sociedad Mercasevilla para otorgar, sobre determinados contratos sobre terrenos de su propiedad, una opción de compra a favor de un particular; 3.3.2. Informe de Jorge Piñero Gálvez, Secretario en funciones del Consejo de Administración de Mercasevilla S.A., sobre reflexiones urgentes sobre la posible incidencia que en una eventual desafectación y venta de los terrenos de Mercasevilla pudiera tener su origen expropiatorio (Anexo XIII, página 9); pliego de condiciones particulares económico-jurídicotécnicas que habrá de regir el concurso para adjudicar un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla sitios en autovía Sevilla - Málaga, KM. 1, del término municipal de Sevilla (Anexo XIII, página 14); Informe de Jorge Piñero Gálvez, sobre cuestiones civiles y mercantiles relativas a la posible concesión por Mercasevilla s.a. de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de su propiedad (Anexo XIII, página 39). 3.3.5; Escrito de Fernando Mellet Jiménez, en calidad de Director General de Mercasevilla S.A., dirigido a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, relacionado con los terrenos donde está prevista la nueva ubicación de Mercasevilla S.A. (Anexo XIII, página 45); Escrito de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla,

remitiendo informe de la Oficina del Plan de Sevilla, donde contestan a las cuestiones planteadas por Mercasevilla S.A. en el escrito relacionado en el punto anterior (Anexo XIII, página 47); Documento conteniendo resolución de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo, en sesión celebrada el día 26 de octubre de 2005, en la que se aprueba una propuesta del Gerente de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla relacionada con los terrenos para la nueva ubicación de Mercasevilla S.A..

Los agentes de UCO llegan a la conclusión, no sólo acertada sino acreditada por toda la prueba documental y testifical y de los acusados que “Han existido contactos previos a la convocatoria del concurso público para ejercer el derecho de opción de compra, entre la sociedad que finalmente resultó ser la adjudicataria del mismo (Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A.) y el poder adjudicador (Mercasevilla S.A.). Hay que tener en cuenta que estos contactos se han mantenido en fechas anteriores a la decisión de convocar el concurso público para la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla”. Sin embargo, no puede compartirse la conclusión probatoria de los tratos posteriores, salvo meras sospechas, una vez decidido el concurso y haber expuesto el Secretario de Ayuntamiento su informe en octubre de 2005 sobre la necesidad de licitación, toda vez que el documento referido en el punto 2.4.2 recogido en el Anexo IV, página 7, aparece una letra manuscrita no identificada, sin que se haya practicado prueba pericial destinada a tal efecto, y sin que corresponda con email o fax que permita conocer fecha y emisor y destinatario, excluyéndose la fecha exacta en la que se ha sobrescrito la data de envío y de elaboración.

El otro manuscrito que considera UCO fundamental para acreditar los contactos siguientes, los dos únicos, lo constituye el recogido en su punto 2.2.4, Anexo II página 11, en el que también consta, con letra original, la fecha de 11/10/2005 con la indicación de “enviado por Sando”, sin que exista constancia alguna de emisión o recepción, ni por fax ni por email, y nuevamente sin sistema acreditativo del término, así como tampoco de transmisor y destinatario, siendo rechazado por Sando y por sus trabajadores la expedición de tal escrito.

Tampoco aquí se ha practicado dictamen pericial grafológico que nos permita ver quien ha estampado tales fechas y palabras en el Protocolo de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas para la adjudicación mediante concurso público para la enajenación de terrenos de Mercasevilla. Es por ello, que negados por todos, y sin constancia documental, pericial o de cualquier otro mecanismo probatorio, nada hay que permita atribuir de forma no meramente dudosa o equívoca unos contactos entre Sando y Mercasevilla posteriores a la fecha reconocida por ellos, salvo en lo relativo a la Fundación. No existe ni prueba directa ni indirecta de ese concierto o manipulación para que Sanma ganara el concurso.

Se comparte íntegramente la conclusión alcanzada por UCO en relación a las negociaciones previas que se produjeron por medio de los abogados de ambas sociedades, siendo éstos: Armando Rozados Pérez, en representación de la sociedad Mercasevilla S.A., y José María Flores Alés, en representación de la sociedad Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A. Estos abogados negocian la subrogación por parte de la sociedad Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., del derecho de superficie en los terrenos de Mercasevilla S.A. que tiene la sociedad Larena 98 S.L., confeccionando un Protocolo de intenciones en el que se incluyen la subrogación del derecho de superficie y el ejercicio de un derecho de opción de compra, por la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., realizando las correcciones solicitadas por ambas partes, hasta llegar a un acuerdo entre ambas sociedades en las cláusulas y condiciones establecidas en dichos documentos. Sin que pueda ratificarse las correcciones llevadas a cabo por Sando del Pliego, por las razones antes expuestas, falta de acreditación y de prueba pericial grafológica, así como de las fechas de envío y de emisión de la documentación.

Se subraya por los agentes que cabe destacar que la sociedad Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A. era la única sociedad de las que licitaron al concurso de la opción de compra por la totalidad de terrenos de Mercasevilla que tenía titularidad de derechos de superficie en el sector. Sin embargo, parece ser que existían otras sociedades con otra relación jurídica en el sector, tal y como se deduce de alguna de las declaraciones que obran en el sumario de las Diligencias Previas nº 5612/09, que se siguen en ese Juzgado de Instrucción, como por ejemplo las

declaraciones tomadas a M<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz el 31 de julio de 2009, a Jorge Piñero Gálvez el 25 de septiembre de 2009 y a Fernando José Mellet Jiménez el 22 de octubre de 2009, citándose incluso en ésta última a empresas como Dole, El Corte Inglés, Hipercor y El Pozo. No obstante, lo cierto es que finalmente la única empresa con titularidad previa que se presentó al concurso fue Sanma, ya que esta había adquirido dicho derecho real a través de la subrogación en el derecho de superficie que tenía Larena 98 S.L., mediante contrato de subrogación que fue firmado el 18 de julio de 2005 y elevado a público mediante escritura de fecha 15 de septiembre de 2005. Es decir, queda probado la existencia de otras empresas con derechos y titularidades previas, independientemente de que éstas no decidieran comparecer al concurso, y ello sin tener en cuenta el escaso valor porcentual de este presupuesto en el concurso.

También concluye la UCO que: *“Con fecha 19 de junio de 2005, José Antonio Ripollés Muñoz realiza un informe relacionado con la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla S.A. José Antonio Ripollés Muñoz participó en la confección del pliego de condiciones económico-jurídico técnicas que habrá de regir el concurso para adjudicar un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, y a su vez, junto a María Victoria Bustamante Sainz, confeccionaron ambos el informe de propuesta de adjudicación del derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, concluyendo dicho informe en que sería Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A. la adjudicataria del concurso (Anexo VIII, página 18). En su informe de 19 de junio de 2005, en relación con la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla S.A., redactó el siguiente texto: “De los datos comentados podemos concluir, que la operación se encuentra compuesta por dos operaciones condicionadas y complementarias, la compraventa de suelo y la cesión temporal de uso y explotación. Vista la operación desde el punto de vista global, y dado que el objetivo de ambas entidades es acelerar el proceso de traslado del nuevo mercado a Majarabique, parece que el contrato de cesión de uso, es más una contraprestación económica de la operación, que el propio objeto de la misma, toda vez que se regulan compensación económicas por hipotéticos traslados anteriores a la fecha de 31.12.2020, que deberían reformularse de nuevo, toda vez que no parece lógico la*

construcción de naves, para ser demolidas en un periodo corto de tiempo". (Anexo VI, página 30). Posteriormente a la confección de dicho informe, con fecha 18 de julio de 2005, Sanma Desarrollos Urbanísticos firma un contrato de subrogación del derecho de superficie que tiene Larena 98 S.L., derecho de superficie que se encuentra en el interior de los terrenos de Mercasevilla S.A., abonándole el importe de 1.080.000 €, todo ello con el consentimiento de Mercasevilla S.A. Este contrato es elevado a público mediante escritura de fecha 15 de septiembre de 2005, realizada ante notario de Sevilla Antonio Ojeda Escobar. Esta circunstancia es destacable debido a que con fecha 22 de junio de 2005, ya se tenía conocimiento de que la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., debía de someterse a los principios de publicidad y concurrencia, dato deducido del correo electrónico que el Bufete A Rozados envía a Regla Pereira, con copia para Fernando Mellet Jiménez, adjuntando el protocolo de intenciones modificado a suscribir entre Mercasevilla S.A. y Sando S.A. (Anexo 1, página 141).

4º.- Destacan los agentes que en el contrato mencionado en el punto anterior, que la cantidad abonada por Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., a Larena 98 S.L por la subrogación en el derecho de superficie es de 1.080.000 €, cantidad superior a la que se comprometía Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., a pagar a Larena 98 S.L, según fax de fecha 19 de mayo de 2005, de José Luis Miró Morales de Sanma S.A. para Fernando Mellet De Mercasevilla S.A. Esta circunstancia resulta cuanto menos extraña, debido a que si en un principio, cuando lo que se estaba negociando era una adjudicación directa, Sanma S.A. sólo estaba dispuesta a pagar por la subrogación en el derecho de superficie de Larena 98 S.L., la cantidad de 900.000 €, en cambio posteriormente, una vez que se informa que debe someterse el derecho de opción de compra de los terrenos de Mercasevilla S.A., a los principios de publicidad y concurrencia, Sanma S.A., pese al riesgo de que no resulte adjudicataria del concurso del derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., se subroga en el derecho de superficie que posee Larena 98 S.L., por la cantidad de 1.080.000 €.

5º.- Con fecha 6 de febrero de 2006, Fernando Mellet Jiménez, en representación de Mercasevilla S.A. , y Antonio

*Pajares Ruiz, en calidad de profesor de la Universidad De Sevilla, firman un contrato de investigación al objeto de que el profesor Antonio Pajares Ruiz, del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Sevilla, realice un informe sobre el apartado 5, punto nº 1 (análisis técnico y valoración ) sobre la licitación a realizar por Mercasevilla sobre sus instalaciones actuales, a los efectos de facilitar las correspondientes tablas de ponderaciones, para la empresa contratante, y a solicitud de la misma (Anexo XVI, páginas 24 a 26). Con esa misma fecha Fernando Mellet Jiménez, solicita de la Directora Económica de Mercasevilla, Pilar Giraldo, realice transferencia por importe de 1.740 €, correspondiente al Informe Estadístico de la Licitación realizado por la Universidad de Sevilla, Departamento de Economía Aplicada, Estadística 1, solicitándole le remita un comprobante original de dicha transferencia necesario para la recogida de dicho informe. Con fecha 16 de marzo de 2006, la universidad de Sevilla, emite factura número 88 a Mercasevilla, por importe de 1.740,00 €, en concepto de: "informe sobre el apartado 5, punto nº 1 (análisis técnico y valoración) sobre la licitación a realizar por Mercasevilla sobre sus instalaciones actuales, a los efectos de facilitar las correspondientes tablas de ponderaciones" PROF.: Pajares Ruiz, Antonio" (P-20091632, SI-06106). (Anexo XVI página 31). Estos hechos suceden con fecha 6 de febrero de 2006, cuando la mesa de contratación se reúne para la apertura de plicas el 9 de febrero de 2006 y emitiendo el informe de valoración de las ofertas el día 13 de febrero de 2006, en el que se propone la adjudicación del derecho de opción de compra por la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., A La Sociedad Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A., Siendo Firmado éste por José Antonio Ripollés Muñoz Y M<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz. En este punto se refleja que apresuradamente, a falta de dos días para que finalizara el plazo de presentación de ofertas, Mercasevilla S.A., suscribe un contrato con la Universidad de Sevilla para la confección de un informe sobre el apartado 5, punto 1 (Análisis Técnico y Valoración) del pliego de condiciones del derecho de opción de compra por la totalidad de los terrenos de Mercasevilla S.A., a los efectos de facilitar las correspondientes tablas de ponderaciones.*

*6º.-Con fecha 13 de febrero de 2006, los técnicos José Antonio Ripollés Muñoz y M<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz, confeccionan un "informe de valoración de ofertas", (Anexo XVI*

*páginas 6 a 23), las ofertas referentes al "precio base y mínimo de compraventa (40 puntos), de las sociedades construcciones juan de robles SA... y Azucarera Larios s.a., con 15,96 puntos. Estas tres sociedades ofertaron como precio de compraventa final, 105.000.000,00 €. Este precio es el estipulado en el pliego de condiciones particulares económico-jurídico-técnicas que habrá de regir el concurso para adjudicar un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, como precio mínimo de compraventa final, que servirá de tipo-base del concurso. (Anexo XIII). Carece por tanto de toda lógica valorar con 15,96 puntos sobre 20 las tres ofertas, que en caso de haber sido inferiores en 0,01 €, habrían estado fuera de concurso por no llegar al precio mínimo de compraventa final fijado en el pliego de condiciones del concurso.*

Este es el desenlace alcanzado por la UCO, que expone su mecanismo deductivo, contestando en el acto del plenario al encargo recibido por el Juzgado de Instrucción, así como las razones de inexistencia de informe pericial grafológico e informático (procedencia de los correos y su contenido), tanto por la ausencia de petición por parte del Juzgado como por razones técnicas (papel ya impreso). Sin embargo, en este caso, una fracción de la documental es admitida por su autor, en otras se reconoce la dirección de email. Cuestión distinta lo constituyen aquellos con letras hológrafas negadas por todos, y que se excluye, a fecha actual que el autor sea alguno de los acusados, especialmente cuando ni siquiera se conoce si la impresión manuscrita es de la fecha en la que consta o se han elaborado más tarde.

Resulta constatable, que tampoco el Sr. Blanco avisó a los agentes para que comparecieran a la sede de Mercasevilla para comprobar el lugar donde aparecieron estos escritos, y la forma en la que estaban clasificados en carpetas y las razones de esta subdivisión, especialmente cuando en alguno de ellos no aparece nada que les vincule con los documentos contenidos en las mismas, ni siquiera ha sido interrogado como testigo en el plenario, dado que ha sido renunciado.

Y UCO llega a la conclusión de que Sando ha contado con una situación de preferencia y prevalencia respecto a los demás licitadores, si bien el escrito jurídico económico de 5 julio de 2005 lo condiciona a la firma de la vinculación de sendos

contratos, presupuesto que no acaeció, dado que únicamente se firmó el de derecho de superficie.

A pesar de ello, la UCO valora el mayor precio pagado en la subrogación del derecho de superficie y cómo se fija teniendo en cuenta las otras negociaciones paralelas sobre el derecho de opción de compra. Y estas contrataciones conjuntas iniciales, y la posible vinculación entre sendos contratos queda ratificado también por la testifical del Sr. Gutiérrez Colomina quien afirma tener la creencia de que sendos contratos estaban “ligados”, dado que tanto el Sr. Mellet como el Sr. Piñero le plantearon la opción de compra directa porque era necesario una indemnización a Larena, y como con la venta se obtenía directamente el dinero. Insistimos en la acreditación de esos contactos, originarios, de cómo se fue desarrollando a lo largo del tiempo, si bien tras el citado informe, así como tras las conclusiones del Sr. Secretario de Ayuntamiento, sólo existe constancia de la firma del derecho de superficie, dado que aunque inicialmente se barajó la posibilidad de un protocolo de intenciones que regulaba el caso de que Sandio/Sanma no resultada adjudicataria del concurso, el mismo no fue firmado, ante el escrito de 5 de julio, cesando en esos momentos las reuniones destinadas a pactar la vinculación, lo que conlleva necesariamente a saber que el Sr. Rozados, el Sr. Flores, el Sr. Mellet y el Sr. Sánchez Manzano conocían este escrito. Es por ello, que a pesar de que el Sr. Rozados emitiera un informe sobre la naturaleza de los terrenos y la posibilidad de hacer frente a las necesidades de Mercasevilla mediante venta directa, elabora un documento en el que regula los efectos de que Sanma no fuera la adjudicataria del sistema de licitación, que no fue acordado hasta el 8 de noviembre, sin que el informe del Secretario se emitiera hasta octubre del mismo año, partiendo el documento de su correo electrónico.

Sando contó desde un inicio con una situación originariamente privilegiada derivada de las negociaciones previas existentes con Mercasevilla, cuando todavía se pretendía proceder a la venta directa de los terrenos, sin que la misma haya negado su pretensión en la adquisición de los inmuebles, cuya posición pudo verse equiparada en su mayor parte con las restantes sociedades (estar a la espera de valorar Fundación Mercasevilla) con la publicación de todos y cada uno de los requisitos del concurso en el BOP. Y si bien existe esta conexión

anterior, que le permitía estar al tanto de las necesidades de Mercasevilla y de sus intereses, son derivadas de una actuación inicial por tratos que consideraban ajustados a derecho y que cesaron una vez se optó por un sistema distinto al de la venta directa. Y en un informe no signado de julio de 2005 (11730 y ss.) centra la desigualdad y prevalencia en la firma de ambos contratos y del protocolo, condicionados a las resultas del concurso, tal y como se recoge en su informe, constando posteriormente que sólo se firmó el contrato de subrogación con Larena 98.

Que las negociaciones de todo ello, lo llevaron el Sr. Rozados con comunicación estrecha y directa sólo con el Sr. Mellet, y el Sr. Flores con el Sr. Miró y Sánchez Manzano queda constatado.

De estos tratos, y por tanto de la subordinación de sendos pactos también eran concedores los restantes miembros, no sólo los acusados, dado que, si no fuera así, no existiría el dictamen de 5 de julio, cuya autoría no se atribuye a ninguno de los investigados, y que sin embargo mutó la forma de actuar de todos los contratantes en la relación jurídica bilateral. Y expone ese informe, literalmente: “anticipa a un posible licitador información detallada sobre las condiciones en que se va a llevar a cabo el procedimiento de licitación para la concesión de la opción de compra, y recoge, además, datos que podrían situar al firmante del protocolo en situación de ventaja sobre los demás posibles interesados en concurrir a dicho proceso”; de ahí la imposibilidad de firma de los contratos vinculados, aunque el segundo de ellos estuviere condicionado a que fuere el vencedor de la licitación.

Y el Sr. Gutiérrez Colomina relata una reunión con el Sr. Piñero y Mellet sobre junio de 2005, que el Sr. Braojos retrasa a septiembre del mismo año, en la que el Secretario de Ayuntamiento aclara a ambos la imposibilidad de una venta directa, teniendo en cuenta la naturaleza de Mercasevilla y de los terrenos, especificando en el plenario que el sistema ajustado a derecho era el de la subasta, emitiendo informe a tal efecto en octubre de 2005, si bien con un contenido no tan rotundo.

Una vez adoptado por la Comisión Ejecutiva la decisión del sistema de licitación, y basado en la libertad e igualdad de

conurrencia, se infringiría tales principios negando a Sanma/Sando su participación, a pesar de su posición generada por los contactos preliminares.

El Sr. Ripollés, desde un inicio ha mostrado un relato más real con pretensiones colaboradoras, reconociendo y admitiendo sus trabajos más o menos sucesivos para Mercasevilla y elaborando dictámenes y estudios para la misma, siendo el único que asiente su participación en el pliego, tanto en el precio de salida, cláusula de revalorización, apreciando carencias en determinados extremos, por lo que solicitó ayuda a la Universidad de Sevilla, para la creación de la fórmula matemática para la aplicación de una de las cláusulas del concurso. Y su falta de vinculación a cualquier tipo de manipulación es tal que incluso llega a concluir antes del mismo que: "En su informe de 19 de junio de 2005, en relación con la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla S.A., redactó el siguiente texto: *"De los datos comentados podemos concluir, que la operación se encuentra compuesta por dos operaciones condicionadas y complementarias, la compraventa de suelo y la cesión temporal de uso y explotación. Vista la operación desde el punto de vista global, y dado que el objetivo de ambas entidades es acelerar el proceso de traslado del nuevo mercado a Majarabique, parece que el contrato de cesión de uso, es más una contraprestación económica de la operación, que el propio objeto de la misma, toda vez que se regulan compensación económicas por hipotéticos traslados anteriores a la fecha de 31.12.2020, que deberían reformularse de nuevo, toda vez que no parece lógico la construcción de naves, para ser demolidas en un periodo corto de tiempo"* (Anexo VI página 30). Si bien todo ello, es anterior a la decisión de la licitación, y concordante con el informe de julio de 2005. No afecta en nada a que después fuera uno de los Técnicos designados para la Mesa de Contratación, tal y como fue aceptado por los órganos de gobierno, dado que no tuvo inconveniente en formular sus discrepancias cuando ha sido preciso, lo que no le hace dudar de su imparcialidad al emitir sus dictámenes y sus valoraciones.

Nadie vacila que el proceso llevado a cabo para el ejercicio del derecho de opción de compra fue desplegado con una celeridad impropia de un procedimiento administrativo como el concurso, si bien consecuencia directa de la situación económica de la empresa mixta municipal y del futuro traslado de la unidad

alimentaria. El Sr. Ripollés ante la imposibilidad de efectuar su encargo ante el escaso de tiempo y complejidad, solicitó colaboración para la elaboración de una fórmula apta para la valoración de las cláusulas económicas a la Universidad de Sevilla, siendo emitida por el Sr. Pajares, quien realizó su trabajo dentro del margen fijado, con incluso antelación, (folio 9001 y ss.), sin que el Sr. Pajares encontrara la más mínima dificultad para practicar su trabajo en el plazo prefijado ante la necesidad perentoria del concurso. Y sin que sea sospechoso que el Sr. Pajares perciba una prestación por su trabajo, o en su caso la Universidad, (ver folio 9001 y ss. factura y contrato con la Universidad). Que la actuación del mismo fue incólume se decidió en Instrucción al entender que no existía ningún indicio racional de criminalidad frente al mismo, de ahí, que el encargo de tal fórmula y su mera aplicación, tampoco puede serlo, siendo el Sr. Pajares, quien decidió la fórmula estadística. Y quien la aplica, si lo hace correctamente, no puede ser considerado como autor de una maquinación fraudulenta.

Respecto a las empresas que en el concurso ofertaron exactamente el precio de salida, tal actuación no puede ser atribuida a Mercasevilla, ni al Sr. Mellet, ni al resto de acusados vinculados con la empresa mixta municipal. Si existieron pactos entre Sando y el resto de empresas no ha quedado probado, y mucho menos reuniones de algunos de los acusados vinculados con Mercasevilla, incluido su Director General, con cualquiera de las sociedades licitadoras. Ello nos lleva a ultimar la inviabilidad de atribución a los acusados de una posible participación en ofertas que se califican por las acusaciones de relleno, sin que ni siquiera haya existido prueba que nos permita apreciar distribución de papeles o roles entre el Sr. Mellet, Rodrigo Torrijos, Crespo, Manzano, Piñero, Bustamante o Ripollés con Sando, para acreditar cualquier tipo de amaño o concierto entre sí o con el resto de mercantiles. Los acusados antes mencionados a través de los órganos de Gobierno contribuyeron a la publicación en el BOP de concurso y Pliego con todas sus condiciones.

Mercasevilla fijó sus pretensiones en las bases del concurso, por lo que no puede existir cooperación necesaria en un delito (art. 436 del CP), cuando los integrantes del órgano administrativo no han cometido infracción penal alguna, y Sando y sus miembros no han sido objeto de otro tipo de acusación, sin

que sea aplicable la nueva redacción del 436 por razones temporales de vigencia.

Salvo el Sr. Castaño, quien obtuvo un trabajo como directivo en una de las empresas de Sando, no hay prueba alguna que permita reputar cualquier tipo de motivación por parte del Sr. Mellet o cualquiera de los otros acusados en la contratación, sin que se haya demostrado beneficio o estímulo económico que Sando les proporcionara, o cualquier otro motivo que les llevara sin más beneficiar a una determinada empresa con respecto a las otras, sin que baste las donaciones a la Fundación Mercasevilla, dado que no van destinadas a los acusados.

Y el resto de apartados se analizan dentro del delito de prevaricación como tipifica el agente de CNP, así como en el apartado 2.3 y ss.

## **2.2 ANÁLISIS SOBRE DETERMINACIÓN DE CONCURSO.**

Tampoco se ha acreditado por las acusaciones la presunta insistencia de los acusados sobre el sistema de adjudicación directa, tal y como se recoge en el Auto de PROA. Y ello, sin perjuicio de que el propio Sr. Piñero admita que (en sus propias palabras) que *“ya había estudiado ese tema con motivo de la pretensión de constituir un derecho de superficie en 2003 (el que acabó siendo constituido a favor de Larena) y entendía que en cuanto a la forma de hacerlo debería ser igual en el caso de la adjudicación de un derecho de opción de compra, con la conclusión de que, dado el carácter de Empresa Mixta de Mercasevilla (por no pertenecer a Administraciones Públicas el cien por cien su capital social), así como que al tener precisamente finalidades mercantiles, la única exigencia impuesta por el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concretamente por su Disposición Adicional 6a, era la de observar los principios de publicidad y concurrencia”*, tal y como ha sido repetido hasta la saciedad por el Sr. Mellet y el resto de Consejeros.

Entiende el Ministerio Fiscal, que constituye un indicio a valorar el hecho de que desde el 28 de junio al 18 de noviembre no exista debate jurídico práctico sobre la forma adecuada de

venta de los terrenos, como subasta o concurso, sin que conste ninguna reunión con el resto de miembros de Mercasevilla sobre aspectos de la venta, y ello pese a que en fecha de 17 de julio de 2005 en los periódicos y diarios, la prensa tenía la convicción de que se iba a encargar el traslado de Mercasevilla a Sanma. Si bien, lo que acredita es que en estas fechas julio de 2005 todavía existía esa creencia o convicción, dado que el Sr. Rozados en esa fecha todavía estaba negociando con el Sr. Flores.

En ninguna de las actas, ni en las declaraciones de acusados ni testificales se ha evidenciado insistencia alguna, y ello sin perjuicio, de que en los órganos de gobierno pueda mantener una posición jurídica determinada, aprobada conforme a los estatutos, previo debate; y sin que mantener una determinada posición jurídica no ilegal, con mayor o menor vehemencia implique imposición al resto de miembros, ni coacción alguna.

Reconoce el Sr. Piñero en su informe final que se intentó transmitir por el Director de Mercasevilla, Sr. Mellet, la idea de obtener la mejor oferta económica, si bien por razones legales tuvo que adaptarse al criterio del Sr. Secretario General y a lo acordado por los órganos de Mercasevilla en relación con la celebración de un sistema de licitación en lugar de una venta directa.

Posteriormente existe una interpretación distinta en torno a las palabras y al informe del Secretario General del Ayuntamiento respecto al sistema de venta de los suelos de Mercasevilla y el modelo a escoger. En el acto del plenario, éste ratifica y reitera con criterios jurídicos que el más ajustado a derecho era el de la subasta. Si bien, no resultó tan radical en su informe de octubre de 2005, aclarando en el plenario que el modelo de concurso era igualmente legal. Este extremo será objeto de estudio más pormenorizado en el delito de prevaricación al formar parte del procedimiento a tener en cuenta para dictar el acto administrativo.

Y en este punto, si bien el Secretario de Ayuntamiento mantiene en el plenario su convicción absoluta acerca de que el sistema apto para la venta de terrenos de Mercasevilla, o en su caso el ejercicio de opción de compra, era el de subasta, Mercasevilla contó también con los informes del Sr. Armando Rozados, que entendió que podía ejercitarse directamente, así

como los del Profesor Nieto y del Sr. Cámpora, de muchos años antes que mantenían tan sólo la necesidad de una previa autorización del Ayuntamiento, presupuestos exigidos en los casos de Hipercon y El Corte Inglés, y en la cesión del derecho a superficie a "Larena 98 S.L." En el acto del plenario, ratificando su declaración en Instrucción, el Sr. Venancio Gutiérrez asevera que ya en el mes de junio, se le comentó la posibilidad de venta inmediata de opción de compra, en una reunión con el Sr. Mellet y el Sr. Piñero, en la que intentaron convencerlo con el antecedente de Hipercon, afirmando el Secretario de Ayuntamiento que se les indicó que debía hacerse bajo la fórmula de subasta, emitiendo un informe en octubre de 2005, si bien en el mismo no se contiene de forma tan categorica cuál debía ser la guía a seguir. En idéntico sentido se pronuncia el Sr. Braojos, presente en la reunión, si bien la ubica temporalmente en septiembre de 2005.

El Sr. ngel Gil en su declaración en Instrucción, luego ratificada, afirma que: "Que el declarante manifiesta que no se trataba de sacar la mejor oferta económica; la mayor preocupación era hacer un traslado adecuado de la Unidad Alimentaria. La mejor oferta económica no garantizaba que en ese traslado se cumplieran una serie de condiciones relativas por ejemplo a las empresas que se iban a trasladar, a los usuarios etc.... Que para garantizar la viabilidad de Mercasevilla no hacía falta vender todos los terrenos, si bien con la revisión de P.G.O.U se planteaba la necesidad de salir de la actual ubicación. Que el declarante no es jurista, pero cree que un concurso puede acotar y centrar mejor el tema por ejemplo del traslado. Se pretendía con la fórmula del concurso, que el declarante considera más acertada, que la empresa que se eligiera aportara algo sobre el futuro traslado, aspectos técnicos, aspectos funcionales e incluso sociales, aunque el declarante es consciente de que el tema del traslado y de la construcción de la nueva sede tenía que ser objeto de otro u otros concursos"

Al final la Comisión Ejecutiva, tras varios informes diferentes, entendió que el concurso era el método de licitación procedente cuando, contando con los razonamientos del Sr. Gil, contemplando la construcción de VPO. Y aún habra que añadir que conforme al propio Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 (artículo 85), el concurso no era la fórmula procedente sino la

obligada cuando la selección no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta económica, especialmente cuando se tuvieron en cuenta criterios de naturaleza política, emitiéndose informe por el Sr. Piñero a solicitud de Mercasevilla, ratificándose en el plenario. El Sr. Piñero confrontaba con el Sr. Gutiérrez en la naturaleza de los terrenos, concluyendo que los terrenos afectados no eran de dominio público, ni estaban destinados en su totalidad a la prestación del servicio público municipal de Mercados Centrales Mayoristas. Entiende el acusado que esa dedicación era cierta aunque solo en parte, y ello no le confería a esas fincas, ni siquiera los que tenían ese destino concreto, la condición de terrenos de dominio público o demaniales, y para ello, el Sr. Piñero se basaba en que los inmuebles no habían podido ser aportados a ella en pago del contravalor de acciones por parte del Ayuntamiento (ya que esa aportación necesariamente era entonces solo en propiedad por imperativo de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951), ni, por supuesto, hubiera podido ser autorizada su venta por el Ayuntamiento de Sevilla. El Sr. Ángel Gil ya en Instrucción admite no recordar que por el Secretario del Ayuntamiento se les conminara a que debía emplearse la subasta, sin que considere que ninguno de los acusados impusiera la fórmula del concurso por encima de los demás, y mucho menor el Sr. Rodrigo Torrijos, a quien se lo atribuye las acusaciones. El Sr. Ángel Gil, economista de Mercasa muestra su absoluta conformidad con que la fórmula del concurso y su mejor adaptación al objeto de opción de compraventa de los terrenos.

Y que la fórmula del concurso era válida y correcta jurídicamente lo han ratificado todos, incluso quien consideraba la de subasta más ajustada a las circunstancias del caso, si bien del conjunto de prueba documental no existe escrito alguno de la Gerencia de Urbanismo que subraye la necesidad de un determinado sistema de licitación y su obligatoriedad.

### **2.3 ESTUDIO DEL PLIEGO DE CONDICIONES.**

Quiero decir, que tras la celebración del plenario, así como la lectura de todo el procedimiento de Instrucción, resulta interesante, y sobre todo equívoco, el hecho de que todas las defensas enarboleen el sistema escogido por Mercasevilla y su

procedimiento, sus pliegos y toda la técnica, en general, como legal, perfecta, correcta, adecuada, natural y lógica, y nadie, o casi nadie, asuma su participación en el procedimiento, negando incluso la autoría de un pliego que, sin embargo fue, según ellos, tan extraordinario y adecuado a las pretensiones de Mercasevilla, que tenía por finalidad su salvación económica y la colaboración en su traslado y construcción de VPO, llegando a ensalzarlo como motivado no sólo por criterios económicos sino de interés general y social, y sobre todo adecuado a los de la ciudad de Sevilla.

Ello, hace dudar a las acusaciones, de que los investigados hayan actuado de una manera no tan ajustada al Código Penal, como ellos esgrimen. Y es que la actitud esquiva, olvidadiza, y contradictoria hace dudar de lo que declaran en sus diferentes fases procesales, así como en la convicción y voluntad de que todo era apto y conforme a derecho. En este punto se admite, lo que especifican todas y cada una de las acusaciones en relación a la actitud incoherente que los acusados mantienen en relación el Pliego de 8 de noviembre de 2005, que también puede observarse en alguno de los testigos, incluso los técnicos de Mercasa, que analizaron y colaboraron en la puntualización del pliego.

Esa actitud evasiva se revela en la concreción de los autores del pliego, si bien queda resuelto en el acta de 30 de noviembre de 2005, ratificándose por el testigo, Sr. Braojos, quien vino a decir que entiende que fueron Mellet, Piñero, Bustamante, añadiendo a Ripollés. A tal efecto basta ver las contradicciones existentes en Instrucción y en el Plenario, siendo que el Sr. Mellet incluso en Instrucción concretó que cláusula fue elaborada por cada cual. El Consejo de Administración de Mercasevilla, una vez mencionada la autoría, lo aprobó expresamente, a la vista de abundantísima documentación, en sesión de 30 de noviembre de 2005, acordando someterlo a la Junta General y haciendo suyos los acuerdos de la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre de 2005.

Como hemos dicho, esa conducta, es atribuible también a ciertos testigos, como el Sr. Braojos, que en el atestado policial llega a afirmar que no se enteró de nada, ni de la cláusula de limitación al alza; y el Sr. Venancio Gutiérrez en el f. 2618 señala que no le mostraron las cláusulas del Pliego y que nunca lo leyó, y que, tras analizarlo con posterioridad, no le parecía correcto al

entender que debía haberse incidido más en la de mayor oferta económica. Sin embargo, se contradice en el acto del plenario, cuando el Sr. Gutiérrez Colomina asevera que el día 8 de noviembre tuvo la sensación que, a pesar de lo acordado, lo que se estaba adjuntado al acta era un borrador con el que se estaba trabajando, y que se estaba debatiendo sobre el concurso como sistema de licitación, con lo que sí tuvo contacto con el pliego y sus cláusulas. Niega haber recibido más encargos jurídicos ni haber sido convocado nuevamente, si bien se contradice posteriormente cuando recalca que el día 30 de noviembre se había efectuado nueva convocatoria para continuar con el trabajo iniciado el día 8 de noviembre, negando su presencia por estar fuera de España, pese a la redacción del acta.

### **2.3. a). PRECIO DE SALIDA Y CLÁUSULA DE REVALORIZACIÓN. Y BÚSQUEDA DE FÓRMULA DE BAREMACIÓN.**

En este punto, ninguna duda existe, y así se asume por el Sr. Ripollés, que fue la persona encargada de fijar el precio de salida, así como de las cláusulas de estabilización. No existe el menor indicio objetivo de que el importe o precio de salida del suelo de Mercasevilla no se ajuste a precios de mercado (105.000.000 de euros). Las acusaciones emplean como método deductivo, que el precio justo es el ofertado por Noga, de ahí las sospechas de un concurso amañado.

Comenzamos, insistiendo en que no hay ningún vestigio de que el Sr. Ripollés haya mantenido contacto previo al concurso con Sanma, ni que conociera al resto de acusados de tal mercantil.

Que el Pliego de condiciones se encargó inicialmente a un despacho profesional, llamado Quintaquivir, queda confirmado por la factura recogida en folios 8898 y 8899, con el siguiente contenido: Informe de viabilidad sobre la venta de los terrenos de Mercasevilla, S.A., bajo la forma de concurso público abierto; Propuesta de Pliego de Condiciones y de métodos de baremación, mejoras y método a seguir en dicho concurso, análisis de garantías, avales y forma de pago de los depósitos y cantidades aplazadas y asistencia a cuatro reuniones con el

equipo de trabajo, de fecha de 23 de enero de 2006, (ver movimientos de pago de Mercasevilla) por importe de 32.633,70€. Es decir, al menos, aquí ya existió un encargo de Pliego, sin que podamos tener en cuenta la declaración del Sr. Rozados, quien negó saber si fue él quien redactó al menos un pliego (folio 14.007), incluso qué se aprobó por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (folio 14.008), afirmando que no sabe siquiera si el que se le exhibe es el que elaboró para Mercasevilla. Todo ello, lo que hace ver la escasa credibilidad de esta testifical, que nuevamente tanto en Instrucción como en el plenario reduce su capacidad memorística hasta extremos insalvables.

Se comparten los argumentos de la defensa del Sr. Ripollés, que no existe a lo largo de la Instrucción requerimiento alguno al Sr. Rozados para que constate exactamente cuál fue el Pliego que elaboró y si se correspondía o no con las directrices a seguir por los Sres. Piñero, Bustamante y Ripollés.

Todos los integrantes del grupo formado por las personas designadas por el Sr. Mellet para la elaboración del Pliego, y del que tiene conocimiento directo a través de todos y cada uno de los correos antes mencionados, carecían por sí de autonomía suficiente para decidir sobre la legalidad y sobre los presupuestos del concurso, que fue debatido de forma exhaustiva por los órganos de gobierno, sin que baste con decir, los restantes integrantes que se formulaban explicaciones de signo sesgado o sin especificidad suficiente, toda vez que ello implicaría la dejadez en asuntos de gran trascendencia y la ausencia de criterios para la emisión de votos, especialmente cuando consta en las actas que la documentación se unía a la misma con entrega a los miembros de la misma, de ahí la imposibilidad de error en lo que aprobaban.

Los integrantes de la Comisión Ejecutiva, de la Junta General, eran concedores del sistema de licitación, del Pliego, así como de la previa existencia de Sanma, al menos por el derecho de superficie, de las resultas de la mesa de contratación, y del sistema de baremación y de valoración. También de esto último lo fueron todas y cada de las empresas restantes licitadoras, exponiendo Noga que no se consideró perjudicada, ni tampoco lo hicieron los demás miembros de Mercasevilla, ni el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla. Los testigos integrantes de Mercasa, el Secretario de Ayuntamiento, así

como Letrado del Estado, todos (D. Arturo Cortés, como D. Ángel Gil, como el Sr. Braojos) se manifiestan sobre su legalidad, admiten al final, que tuvieron conocimiento del Pliego y que el sistema era legal y así fue analizado y votado.

Las acusaciones rematan que las cláusulas, si bien extrañas, no eran ilegales, siendo que la suma de ellas, en su conjunto, iban destinadas a favorecer a Sanma/Sando, de ahí el concierto y la infracción penal.

Para dar respuesta a ello, seguimos con el precio de salida del suelo.

Ya a mediados de 2004 se encargó al Sr. Ripollés una tasación sobre su valor, siendo emitida por una empresa del mismo, Forcadel y Rigal alcanzando el valor de por 104.731.515 euros (folio 1.896 y ss.), así como posteriormente los de Krata (folios 1.838 a 1856) por 107.517.810 euros y Valtecnic (folios 1.714 a 1747) de 56.874.097,47 a 105.152.026 euros, según distintos plazos y posibilidades, ratificado este último con escasa especificidad.

Es por ello, que el precio de salida es ajustado entre 104.731.515, 107.517.810 y 105.152.026 euros, si bien más cercano al menor de los precios fijados (si tenemos en cuenta el precio mayor de Valtecnic), con una diferencia no excesiva, con lo que el precio de salida puede ser considerado adecuado, teniendo en cuenta que el Sr. Ripollés valoró con preferencia su dictamen sobre el de los demás, siendo aprobado tal monto por los órganos de gobierno y Excmo. Ayuntamiento.

El agente del CNP con TIP 58585 advierte que el precio era el menor de las tres periciales adjuntadas, si bien ello no es absolutamente certero, sin que podamos tener en cuenta las otras presentadas de parte tanto por Sando como por el Sr. Ripollés, en torno al precio del suelo de Mercasevilla como periciales en el plenario.

Ningún valor tiene la tasación emitida por Sociedad de Tasación, SA., elaborado por el perito Sr. Mensua Oriol, quien no tuvo inconveniente alguno en exponer que el valor de mercado del suelo de Mercasevilla, a fecha Diciembre 2005 era de 77.316.017 euros, lo que le hace carente de fuerza probatoria,

dado que si bien utiliza el método comparativo, esgrime la falta de numerosa documentación, sin comprobación del estado de ocupación, uso actual del terreno, falta de comprobación de la superficie sin saber si coincide con la real, y sin examen del terreno, y sobre todo por resultar tan absolutamente dispar con las anteriores, que aunque sólo fuere basándonos en el criterio numérico, la hace irreal. Se ha elaborado teniendo en cuenta el descenso del valor del terreno en estos momentos y no en la situación de especulación inmobiliaria del año 2005.

Tampoco podemos tener en cuenta, a pesar de la gran capacitación profesional del técnico de Tinsa de la tasación por él practicada, por partir de una base que ahora resulta evidente, y que por mucho que pretenda hacer creer que en el año 2005 ya se sabía y conocía que los terrenos y el suelo iba a descender de precio, lo cierto es que no es así, y ninguno de las tasaciones así lo hacen ver, ni siquiera las elaboradas en la fecha, siendo la parcialidad de este dictamen claro y evidente, y sin perjuicio de saber que pueden practicarse tasaciones reales y ajustadas con carácter retroactivo, si bien contando con los parámetros de la fecha y no con los conocidos en la actualidad. Y el valor del suelo de TINSA del valor del suelo era de 71.663.499,99 euros (folios 16.310 y ss.), carece incluso de sentido su valoración por ilusoria, y sin que el grosor del dictamen y el hecho de que haya unido las restantes tasaciones le dote de mayor fuerza probatoria; especialmente teniendo en cuenta su arbitrariedad, a diferencia que las tres antes citadas que se elaboraron para concretar de manera objetiva el valor de un terreno para la fijación a precio de mercado para un determinado contrato, no a meros términos de defensa, sin saber exponer en el acto del plenario ni razonar en que se equivocaron o erraron las restantes tasaciones llegando a discrepar en casi 30 millones de euros. Es más, está más destinada a considerar "disparatada" la oferta de Noga e intentar acreditar la escasa viabilidad de beneficio económico de la misma con su oferta que a otra finalidad, llegando a calificarla de descabellada y temeraria.

Si la oferta de Noga, según las defensas, de más de 50 millones de euros la califican de temeraria, no se comprende por qué no lo es, la reducción en 30 millones del valor de los terrenos. El mismo criterio ha de servir para una y otra posición procesal, es decir, esa imprudencia en la fijación de montos. Y ello aplicando la sana crítica y la valoración conjunta de la prueba y

los criterios del 338 y ss. de la LEC.

Que el precio de salida es ajustado a la baja, al no tenerse en cuenta el precio mayor de los tasados, ya lo hemos reiterado, si bien ello no impide que tengamos que considerar o no que el ofertado por NOGA sea factible, siendo valorado por sus técnicos la viabilidad económica de la oferta. Otra cuestión es si la misma es o no temeraria, desde el punto de vista de otra cláusula. También es cierto, que no se ha practicado en Instrucción ni por las partes acusadoras se adjunta informe que permita entender, que el precio de salida del suelo no sea de mercado y dentro de los parámetros fijados por las tasaciones unidas.

El Pliego cuenta con una cláusula de revalorización, no impugnada por ninguna de las partes, y elaborada por el Sr. Ripollés.

### **2.3 b) CLÁUSULA DE LIMITACIÓN AL ALZA.**

Se trata de una cláusula legal. Y a tal efecto, ya se recoge en la STS de 8 de mayo de 2014, en la que se establece la exigencia de que la misma venga expresamente recogida: *“g.- Debe señalarse que el artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Vigente hasta el 30 de abril de 2008) señalaba en relación a los concursos: Artículo 86. Criterios para la adjudicación del concurso. 3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias. Es decir, la norma exige que en un concurso cuando el precio es factor a valorar, debe razonarse en qué momento la oferta de un precio es desproporcionada por temeraria y por qué se estima así”*.

Y esta cláusula obedeció, sin que ninguna duda exista, a criterios de naturaleza políticos e ideológicos, basado en el hecho de que esta operación no debía obedecer sólo a presupuestos económicos, tal y como se ha reiterado tanto por cargos públicos, como el Sr. Rodrigo Torrijos, como por técnicos de Mercasa, para hacer viable el concurso y la venta, contemplando no sólo y principalmente el precio de venta, sino otros intereses o factores, como valoración de capacitación técnica, financiación y traslado al nuevo centro, ofertas sociales etc...

Para acreditar que la oferta de Noga era temeraria, por la defensa del Sr. Ripollés se presenta dictamen pericial emitido por el Arquitecto Superior D. David Pacharroman, que obra unido (folios 15889 y ss.) concluye que: *"Se estudia la viabilidad de desarrollo de una parcela de terreno no consolidado con gestiones urbanísticas pendientes de cara a valorar su compra por el precio de venta ofertado de 158.000.000 €..."* y dice el Perito que *"...la inversión no es viable para el precio de venta ofertado..."* Y continúa: *"Por otro lado, el precio máximo del suelo para cubrir solamente los costes de la inversión a ganancia cero, sería de 61.359.049,83 euros"*. Sin embargo, este dictamen carece de fuerza probatoria y de utilidad, dado que en el Pliego ya fijó que se consideraba como temerario, y ello sin perjuicio de que Noga a través de sus Arquitectos y Economistas, decidieran ofertar lo que estimaran más conveniente a sus intereses, independientemente de la viabilidad o no que observe el perito-Arquitecto y no Economista en torno a una inversión, cuestión propia de otra rama técnica, que no es la arquitectura.

La acusación Mercasevilla folio 14373 de los autos aclara de manera rotunda que "Se ha de destacar que en el referido Pliego, que se puso de manifiesto a los miembros de la Comisión Ejecutiva en sesión de fecha 8 de noviembre de 2.005, consta, en el quinto apartado, punto dos, referente al análisis técnico y valoración, una cláusula que limita al alza las propuestas que se consideren desproporcionadas y temerarias, cláusula que perjudicó de manera obvia los intereses de la entidad que represento, por cuanto de la misma, y concertado previamente con Sanma el precio de 106 millones de euros, se beneficiaba a la referida entidad adjudicataria evitando que ofertas más elevadas y, por tanto, mejores, frustrasen la conclusión del ilícito con la indicada mercantil, siendo por lo demás absolutamente

inusual, sin parangón en Pliegos de esta naturaleza, y que concluyó en la consumación del ardid al haber sido adjudicado el concurso a la entidad a la que se pretendía beneficiar”. Las afirmaciones de la acusación particular no quedan probadas.

Con esta cláusula se penalizaban las ofertas económicas que excedan en más de un 10% de la media de todas las ofertas. No se trata de un presupuesto ilegal, y concurren en otros concursos, sea más o menos inusual. Y para acreditarlo, se adjunta a los autos folios 6922 y ss. otros concursos públicos en los que se ha empleado esta cláusula:

- Pliego de condiciones de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA), de oferta continuada de venta de suelo público destinados a viviendas protegidas, adoptando la fórmula del concurso y entre otro de los presupuestos se describe “la Empresa Pública del Suelo de Andalucía, establece una cláusula que de manera idéntica, e incluso aún más gravosa y extrema que en Mercasevilla, ni tan siquiera entra a valorar aquellas ofertas que sobrepasen en 10 puntos la media de las alzas porcentuales recibidas para cada parcela”;
- Pliego del Ayuntamiento de Almussafes, Valencia que en la venta de suelo público para aparcamiento adopta la fórmula del concurso y se determinan como temerarias las alzas que superan en 10 puntos la media de las presentadas para ser rechazadas de licitación;
- Pliego de Fuenlabrada, Madrid, para la venta de una parcela destinada a uso industrial, adoptando la fórmula de concurso y en la que el Ayuntamiento decidió incluso utilizar el mismo Pliego que en Almussafes con la misma limitación al alza;
- Ayuntamiento de Sevilla GMU, para vender suelo destinado a VPO, adopta fórmula de concurso y la GMU utiliza la técnica contractual usual de

limitar al alza las ofertas, es más, es incluso más restrictivo que el Pliego de Mercasevilla, pues cuando vende suelo destinado parte a VPO y parte a "otros usos compatibles", para el suelo de VPO no permiten ni tan siquiera alzas. Y respecto a "otros usos compatibles", rechaza de plano, ni tan siquiera puntúa, las alzas temerarias;

- Ayuntamiento de La Puebla de Calzada, Sevilla se procede a la venta de suelo público mediante concurso y se proscriben las alzas temerarias entendiendo que ello se da cuando el alza de una oferta sobrepase el 10% del precio de salida;
- Pliego de Pinto, Madrid, el Ayuntamiento de Pinto vendió suelo público con destino a construcción de VPO, mediante concurso, sin permitir a los oferentes ni tan siquiera mejorar el tipo de licitación, es decir, considerando desproporcionadas y excluyendo de licitación cualquier precio por encima del estipulado en el Pliego.
- Pliego de Colmenar Viejo, proceso de venta de suelo público por concurso, cuya cláusula cuarta de este pliego, sostiene que "El precio indicado es el único posible y preceptivo, sin que sea admisible licitación al alza o a la baja por lo que quedarán desechadas automáticamente las ofertas económicas que lo mejoren o lo minoren";
- Pliego del Excmo. Ayto. de Zaragoza para venta de parcela de suelo público por concurso y no subasta fijando un precio determinado y que no es mejorable al alza ni a la baja;
- Pliego del Excmo. Ayto. de Córdoba vende suelo público por concurso estimando

desproporcionada e inadmisibles no ya un alza superior al 10% de la media de las presentadas, sino cualquier alza;

- Pliego del Excmo. Ayto. de Llerena, para venta de suelo público por concurso y no subasta, concluyendo que “el precio que no podrá ser modificado ni al alza ni a la baja puesto que el valor del suelo no es una circunstancia determinante para la adjudicación del concurso, que se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la cláusula quinta de este pliego;
- Pliego del Gobierno de Navarra para vender suelo público, utiliza la muy frecuente fórmula del concurso sin admitir licitaciones del precio así determinado al alza o a la baja en la presentación de ofertas al concurso;
- Pliego del Ayuntamiento de Punta Umbría para enajenar suelo destinados a VPO por concurso, limitando las alzas para evitar ofertas que hicieran inviables, por temerarias, las promociones de suelo público;
- Pliego del Ayuntamiento de las Cabezas de San Juan, nuevamente fórmula de concurso y podrá la Mesa valorar desproporcionada o temeraria las ofertas cuya proposición económica, se encontrara en los supuestos del artículo 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, interpretadas al alza;
- Pliego del Ayuntamiento de la Granja por concurso venden suelo público y excluyen a las ofertas que rebasen, aún en un céntimo, el precio que libremente se fijó.

Y todo ello, encuentra su justificación en los arts. 83 y 86. Hemos de decir que se trata de una cláusula legal, aplicada

en diversos contratos de Administraciones Públicas en concursos para venta de suelo público, y sin que se pueda considerar que esta fórmula pueda beneficiar ab initio a Sando/Sanma. Y los ejemplos antes documentados parten del 10 % del precio inicial, y otros del 10% de la media aritmética.

En este apartado se comparte la valoración que lleva a cabo la defensa de la Sra. Bustamante en torno a que esta cláusula no podía beneficiar inicialmente a Sando, dado que era imposible que por Mercasevilla y los acusados integrantes de la misma supieran cuántas y cuáles iban a ser las ofertas a priori, al fijarse tan sólo el precio de salida, desconociendo las empresas que iban a licitar. Difícilmente la Mesa de Contratación y previamente, los acusados Sres. Mellet, Bustamante, Crespo, Castaño, Piñero, Rodrigo Torrijos y Ripollés podían averiguar antes de presentarse las ofertas cuál iba a ser la media que opera como parámetro para la exclusión. Y en este apartado quien obtuvo mayor puntuación no fue Sanma sino Landscape que hizo una oferta por 115.500.000 de euros, dentro del límite del 10% de la media.

Hubiera bastado con la presentación de más ofertas con mayor precio, para incrementar la media y que más ofertantes hubieran entrado en esa horquilla del 10%, y las cantidades a ofertar eran desconocidas por los anteriormente mencionados, dada que las relaciones de vinculación las tenía Sando con algunas de las restantes licitadoras, y no los miembros de la empresa mixta municipal.

La cláusula de limitación al alza y de titularidades previas, según la representación Mercasevilla (acusación particular) y el Presidente de Mercasa, se encontraban ya incluidas en el borrador que se sometió a aprobación en la Comisión del día 8 de noviembre de 2005. Así se reconoce expresamente en el escrito de conclusiones provisionales de Mercasevilla (folios 14.378 y 14.379) y en la remisión como borrador definitivo aprobado en la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre de 2005, (folios 2056 y 2079 de las actuaciones),

Nada se puede refutar a esta cláusula al ser legal, y sin que la misma se entienda puede beneficiar a una u otra entidad, desde el mismo momento en que se fijaba un precio de salida por todos conocido y publicado, y que ab initio no colocaba a Sanma

en una posición privilegiada.

En el acto del plenario, el testigo Sr. Gil Pascual afirma que el alza temeraria implicaba, sin género de dudas, autoexclusión; que el alza temeraria era a la media aritmética de las ofertas y que su destino era evitar la especulación. Es decir, que por todos era conocido el espíritu del Pliego. Y el Sr. Cortes respecto de la cláusula de limitación al alza entiende que "si hubiese sido una sociedad al 100% de capital privado, la explicación de evitar la especulación no la habría parecido razonable" "Que quiere añadir que tenían garantía de las tres tasaciones realizadas por las empresas tasadoras que reflejaban el valor real de los terrenos en esa fecha, así como la existencia de cláusula de revalorización." Consideró, igualmente, que el 10% "se trata de un porcentaje razonable.

Como ya se expuso en la Comisión Ejecutiva, con este concurso no se pretendía tan solo obtener el mayor precio, so pena de evitar la especulación, sino "... valorar a la hora de baremar las ofertas que se reciban, no solo la aportación económica sino todas y cada una de las aportaciones que los licitadores propongan sobre actualización del precio final, planteamiento económico-urbanístico, aportación de medidas de colaboración en la urbanización y construcción de la nueva Mercasevilla (F. 964), y se valoraría especialmente la capacidad técnica de la empresa adjudicataria del concurso para apoyar a Mercasevilla en el traslado y financiación de la urbanización y construcción del nuevo centro. Esto es, existía una finalidad prioritaria que no era la oferta económica más alta, sino la de mayor beneficio para Mercasevilla atendiendo a posibilitar el traslado de la Unidad Alimentaria.

### **2.3 c) CLAUSULA DE TITULARIDADES PREVIAS.**

En este punto, se centra la defensa del Sr. Sánchez Manzano y el Grupo Sando en la transcripción de las valoraciones jurídicas elaboradas en un dictamen pericial no admitido, denegado en el auto de admisión y cuya devolución se acordó, de ahí que la valoración jurídica que elabora del derecho de superficie en base a ese dictamen no puede ser apreciado por lo anteriormente expuesto.

En el Pliego de Condiciones, apartado 5.4 establece: "otorgar hasta 10 puntos por la *"titularidad previa de derechos"*, valorándose *"la previa implantación y operatividad del concursante en locales o terrenos enclavados en la parcela objeto de la opción de compra por título de concesión, alquiler, derecho de superficie o cualquier otro de ocupación temporal"*.

Esta cláusula fue objeto de estudio y debate no sólo por los acusados, sino también por los técnicos de Mercasa que modificaron su puntuación reduciéndola a 15 puntos. El Sr. Piñero también participa en la corrección del borrador como él mismo admite del día 4 de noviembre, sólo cuatro días antes de la Comisión Ejecutiva contiene, y que ese borrador no contenía todavía la limitación al alza, pero sí seguía incluyendo la cláusula o criterio de titularidades previas, aunque solo con diez puntos, lo que quiere decir que la Dirección de Mercasevilla no solo había aceptado la reducción hasta quince puntos propuesta por los expertos de Mercasa, sino que incluso la rebajó aún más, hasta diez puntos, lo que el Sr. Piñero entiende que beneficiaría menos a Sanma. Y basta comprobar como la acusación Mercasevilla folio 14373 en relación al pliego de 8 de noviembre: *"a mayor abundamiento, igualmente consta en el citado pliego una cláusula en el subapartado cuarto del mismo punto quinto, un beneficio de 10 puntos para las entidades licitantes que poseyeran titularidad previa de derechos sobre los propios terrenos a enajenar, a sabiendas de que la única entidad que ostentaba los mismos resultaba ser Sanma, cuyo derecho de superficie, además, no constaba inscrito en el Registro de la Propiedad, reflejándose, por el contrario, en el Pliego, que los citados terrenos se encontraban libres de toda carga, lo que impidió que otros licitantes conocieran la existencia de este derecho, y vició el meritado Pliego, resultando igualmente perjudicados los intereses económicos de quien me manda, con lo que el propósito ilícito argüido por los acusados aseguraba su exitosa culminación, pues todos ellos fueron plenamente conscientes de que ninguna otra entidad licitadora ostentara derecho alguno de tal naturaleza, lo que conlleva la predeterminada posición ventajosa en la que los acusados, en clara connivencia habían situado a Sanma"*. El Sr. Cortés De La Cruz especifica que "como quiera, que se trataba de una operación vinculada al traslado de la nueva sede de la Unidad Alimentaria, se consideró adecuado que la empresa que participara en el concurso, se comprometiera a asesorar en el referido traslado. Y es por ello, que también se tuvo en

cuenta las titularidades previas.

Y en el folio 2118 por D. Jordi Maymó Asses, Director General de Mercasevilla, S.A. se certifica que antes de la convocatoria de concurso público y el tiempo de duración consultados los archivos de la Sociedad en la fecha de hoy, constan como titulares de derechos de superficie en el recinto de Mercasevilla, en base a autorizaciones administrativas en puestos de venta de los mercados mayoristas y expedidas por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, o en base a contratos de arrendamiento suscritos por Mercados de Abastecimiento de Sevilla, Mercasevilla S.A., 200 personas físicas o jurídicas relacionadas en el anexo de tres folios que acompaña la certificación, en el que existen cientos de empresas implantadas en sus terrenos, naves y edificios, con derechos temporales de ocupación por los que pagan tarifas, tales como el Corte Inglés, dos empresas de inversiones, La Caixa, Cajasol, Telefónica...

Es cierto que la publicidad del Pliego y la existencia de más de 200 empresas que ostentaban la misma cualidad de ocupantes de suelo en Mercasevilla a fecha del concurso, elimina todo atisbo de favorecimiento a Sanma o de desigualdad de condiciones a su favor, especialmente si se tiene en cuenta el escaso valor porcentual otorgado. Y el Sr. Cortés de La Cruz considera que la cláusula de titularidad previa, una vez reducida la puntuación que se le dio inicialmente en borradores anteriores que era de 25 puntos aproximadamente, otorgaba una preferencia pequeña y no determinante para la adjudicación del concurso, a aquellos que tuvieran estas titularidades previas.

Si sorprende, a pesar de haber sido aprobado por todos y cada uno de los juristas, órganos de gobierno y el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla que se considere que Mercasevilla estaba libre de cargas y a pesar de ello considerara que existían al menos 200 empresas con titularidades previas sobre las mismas. Y así lo hizo saber el Sr. Ángel Gil en su declaración en Instrucción en el folio 6832 y 6833 y plenario.

En los folios antes citados con relación de las 200 empresas se desconoce qué tipo de titularidad o derecho ejercían sobre los terrenos, salvo Sando que sabemos disponía de un derecho de superficie, derecho real, que como tal tenía que hacerse constar en el Pliego y no se hizo, existiendo voces

discrepantes en esta afirmación. De conformidad con el art. 32 y 39 de la LS y artículo 40.2 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere una formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. Ninguna duda existe que no estaba inscrita y así queda acreditado documentalmente y por prueba testifical. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.” Este este precepto se aplica, sin lugar a dudas, a los derechos de superficie constituidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Suelo de 2007, es decir, a partir del 1 de julio de 2007, pero no existe disposición transitoria ni precepto alguno que estipule la retroactividad de esta norma para que resulte aplicable a los derechos de superficie constituidos con anterioridad a la citada fecha. Es decir, ¿era perceptiva la inscripción del derecho de superficie para su existencia en la fecha de los hechos?

Resulta llamativo y sorprendente que las defensas busquen jurisprudencia de otras jurisdicciones para completar la normativa legal en sentencias de otras Secciones del TS, por entender que se trata de normas en blanco, o para completar definiciones como administración pública, funcionario público, contratos administrativos, pliegos de condiciones, pagos al contado... Y sin embargo no intenten comprobar bajo la jurisdicción competente la naturaleza del derecho de superficie, la libertad de cargas y la inscripción o no del derecho en el RP.

Y en este punto hemos de tener en cuenta la STS de 31 de enero de 2001 que analiza la constitucionalidad o no por invasión competencial de la reserva de Ley de algunos apartados de la modificación del Reglamento Hipotecario, y en su fundamento jurídico decimotercero, especifica que: *“Postulan también los demandantes la declaración de ilegalidad de los apartados primero y segundo del artículo 16 del Reglamento Hipotecario porque el primero establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley, mientras que el segundo opera en esta misma forma respecto del contenido del derecho de vuelo con manifiesto exceso de la potestad reglamentaria, a lo que los demandados contestan que en el ordenamiento*

*urbanístico vigente la inscripción del derecho de superficie es constitutiva y que el precepto reglamentario combatido se refiere a la eficacia de la inscripción frente a terceros pero no exige la inscripción como requisito de validez del derecho de superficie ni impone condiciones al nacimiento de tal derecho sino que establece las circunstancias para el acceso de ese derecho al Registro de la Propiedad.*

*Efectivamente, el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y, como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de lo cual el precepto del Reglamento Hipotecario, que examinamos, va más lejos, incluso con la interpretación que para preservar su legalidad hacen los demandados, pues requiere la inscripción para la eficaz constitución del derecho de superficie, sin que, en contra del parecer de éstos, tengan idéntico significado el citado precepto legal y el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ya que, mientras el citado artículo de la Ley del Suelo requiere, como requisito constitutivo de su eficacia frente a terceros, su inscripción, el artículo 16.1 del Reglamento recurrido impone la inscripción como requisito de su eficaz constitución, de modo que el cambio del adjetivo válida por el de eficaz, propuesto por el Consejo de Estado en su dictamen, realmente no ha corregido el exceso reglamentario. El desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie además de las necesarias para la inscripción, declarando, finalmente, que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso. Con la exigencia de que en el título concurren tales circunstancias el Reglamento fija condiciones no exigibles para la inscripción, al establecer que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, deberá aquél contener el plazo de duración, que no excederá de setenta y cinco o noventa y nueve años según los sujetos, la determinación del canon o precio si fuese a título oneroso, el plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, los pactos*

relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario y la garantía de trascendencia real con la que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al *Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (artículo 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (artículo 149.6ª y 8ª). Otro tanto cabe decir sobre la prohibición de inscribir las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso, pues no corresponde al Reglamento pronunciarse sobre tal cuestión, aunque sólo sea para imposibilitar su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley Hipotecaria y al Reglamento corresponde sólo su desarrollo.*

*Esta Sala, en su Sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 526/98), ya anuló el apartado c) del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en el que se señala el plazo máximo para el ejercicio de derecho vuelo, pero la razón, entonces dada para anularlo por considerar contraria la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, no es la única para decidir si dicho artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es o no ilegal, pues, si bien trata de fijar las condiciones para inscribir el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, lo cierto es que aquéllas exceden abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniéndose así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas.*

*Es indudable que, como se alega por el Colegio Profesional demandado, el principio de especialidad o de determinación del derecho real a inscribir requiere, conforme al artículo 9.2ª de la Ley Hipotecaria, que se exprese la naturaleza,*

*extensión y condiciones del derecho que se inscriba, pero éstas no pueden venir impuestas por el Reglamento, a pesar de lo cual los apartados b) y c) del artículo 16.2 las establecen al margen de lo dispuesto por la legislación urbanística aplicable, razón por la que el apartado b), al igual que ya lo fue antes el c), debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer”.*

Es por ello, que con anterioridad a 2007 se establecía la inscripción registral como mero requisito de eficacia, por lo tanto, un derecho de superficie puede estar válidamente constituido sin necesidad de estar inscrito en el Registro de la Propiedad. En virtud de lo anterior, a partir de la Sentencia de 31 de enero de 2001 del Tribunal Supremo quedó patente el carácter de mera eficacia frente a terceros de la inscripción registral del derecho de superficie (por oposición al carácter constitutivo de dicha inscripción registral, que el Tribunal Supremo niega expresamente en dicha Sentencia).

Y así lo ratifica M<sup>a</sup> Ángeles Egusquiza Balmaseda Catedrática de Derecho Civil Universidad Pública de Navarra. Y la Ilma. Sra. Clara Penin Alegre que fija en la Ley del Suelo art. 35 y 36 el carácter constitutivo de la inscripción.

Y ello, sin perjuicio de que posteriormente, tras la LS de 2007 la inscripción registral sea presupuesto de constitución del derecho de superficie. Puede ser valorado por la mesa de Contratación, pero Mercasevilla y sus suelos no estaban libres de cargas. Y aunque el Sr. Piñero considere que ambas afirmaciones son correctas, son en sí mismas, incompatibles. Y carga real, implica la existencia de un derecho real sobre la misma, no que esté inscrita, dado que si fuera así tal extremo debió hacerse constar en el Pliego.

Para demostrar que no se trata de una cláusula sui generis, sino empleada en otros concursos, se adjunta un único caso, correspondiente al concurso público convocado por el Ayuntamiento de Trebujena para la venta de terrenos de varias fincas rústicas propiedad de esa Corporación municipal. Entre los criterios de valoración de ofertas incluye, nada menos que con una puntuación de hasta 35 puntos, "la acreditación de haber

disfrutado durante los diez últimos años anteriores de la explotación agraria”, y meramente refiriendo en su informe final el de un concurso convocado por el Ayuntamiento de Aguimes, y en él se contempla expresamente entre los criterios de baremación del concurso la ostentación de un derecho de superficie, al que se asignan tres puntos de un total máximo de 18.

Y que el derecho de superficie no que una mera simulación para conseguir la propiedad de los terrenos, lo justifica la defensa del Sr. Sánchez Manzano que en su informe final literalmente aclara que : “Publicitó la adquisición del derecho de superficie mediante prensa, banderolas y un cartel (declaraciones de los acusados Sres. Miró, Sánchez Manzano, Mellet, y de los testigos Sres. Ponce y Martín Vincenti); intentó la inscripción del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad (RP) desde octubre de 2005 (v. F. 16451, consta sello de presentación en el RP desde 26.10.2005, y sucesivos sellos durante 2006 y 2007, y el sello de la liquidación del impuesto en 19.10.2005). Martín Vincenti testificó las gestiones precisas para la inscripción, incluyendo requerimientos a Larena; se construyó naves industriales para su comercialización, con una inversión global cercana a los 9 millones de euros; así consta en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla Sección Quinta, de fecha 21.07.2015, dictada en el rollo de apelación civil 6147/14 (v. doc.5 de su escrito de defensa) con condena a Mercasevilla; igualmente, consta este hecho probado por las declaraciones de los Sres. Mellet, Miró, Sánchez Manzano, y las testificales de los Sres. Flores, Ponce y Martín Vincenti; Sanma realizó un estudio de viabilidad económica sobre la inversión a realizar en el derecho de superficie con motivo de su adquisición: declaración del Sr. Miró y del testigo Sr. Martín Vincenti; incluso llegó a Sanma una oferta de alquiler del suelo que daba ya una rentabilidad; así lo aseveró el testigo Sr. Martín Vincenti, reconociendo el folio 12.967.” Es decir, desde el momento en que se llevó a cabo la subrogación, Sanma intentó inscribir el derecho de superficie en el Registro de la Propiedad, no siendo imputable al mismo las dificultades de acceso al Registro Público, de manera que si desde el comienzo hubiere existido un concierto previo para intentar ocultar la existencia de un derecho sobre los terrenos, se habría hecho dejación de la inscripción del derecho, para intentar ocultar la situación de una titularidad previa, siendo que en julio de 2005 incluso en la prensa se hizo eco de un posible

traslado de los terrenos de Mercasevilla a cargo de esta mercantil.

Y la Sra. Pilar Giraldo da explicación a la factura de 11 de mayo y al error existente en la misma,

Es decir, que se trata de una cláusula legal, resulta evidente, y que Sanma disponía de un derecho de superficie sobre el mismo también, así como otras 199 empresas más, cuestión distinta es si concurrieron o no al sistema de licitación, y en su caso, si querían hacerlo solas o a través de UTE.

Es público y notorio que en los terrenos de Mercasevilla existían enclavadas diversas empresas con locales en alquiler..., de manera que, aunque indebidamente y de forma no ajustada a derecho se expusiera la expresión "libre de cargas", a pesar de la advertencia de la Sra., Bustamante y del Sr. Gil Pascual, la finca no se hallaba en tal estado, aunque así apareciera en el Pliego. Éste admitía cualquier tipo de ocupación temporal, y era palmario, evidente y patente que existían arriendos sobre el terreno objeto de opción de compra.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la eficacia del derecho de superficie frente a terceros por su no inscripción en el Registro, y la interpretación que del mismo se efectuó por la sentencia antes expuesta del TS, con lo que Sanma/Sando iba en igualdad de condiciones que cualquier otra empresa con ocupación meramente temporal, y ello aunque haya testigos como el Sr. Lacasa quien niega conocer la existencia del derecho de superficie, si bien nada ha comentado sobre otras ocupaciones temporales.

Y ello, sin perjuicio, de la contestación del Sr. Arturo Cortés de la Cruz, que con conocimientos jurídicos y económicos reconoce no saber que existía un derecho de superficie sobre la finca, estima que sólo debía haberse recogido en el Pliego las cargas reales que figuran o deben de figurar inscritas, de ahí que no fuere preciso la del derecho de superficie ni hacer constar ninguna otra en los inmuebles de Mercasevilla. El Sr. Venancio Gutiérrez subraya que esta cláusula estaba ya en el Pliego de 8 de noviembre, sin que se planteara debate alguno sobre la existencia de cargas reales o no, si bien en escasas reuniones anteriores se había tratado de la subrogación del derecho se

superficie.

### **2.3 d) COLABORACIÓN CON PROGRAMAS SOCIALES Y MEJORAS EMPRESARIALES.**

No se ha dudado en este caso sobre la legalidad de esta cláusula, sino de la interpretación llevada a cabo por la Mesa de contratación de: “Colaboración en el desarrollo de programas sociales y mejoras empresariales en la prestación de los servicios de la empresa: hasta 10 Puntos. Se valorarán las aportaciones que realice el adjudicatario en el diseño y mejora de las prestaciones sociales y empresariales de Mercasevilla, S.A., dirigidas a los trabajadores, a la empresa y la labor social que presta Mercasevilla. S.A.”.

Y en este apartado sólo hemos de tener en cuenta cuándo se constituyó la Fundación Mercasevilla y si Sanma tuvo una información privilegiada sobre tal extremo, y se puntuó indebidamente.

Y volvemos a basarnos en la normativa especializada, y el Excmo. Magistrado D. Xavier O’Callaghan Muñoz y catedrático de Derecho Civil: *“La fundación es una organización creada (fundada) por una persona (el fundador) para cumplir un fin de interés general impuesto por ésta, para lo cual le ha dotado de medios económicos adecuados; es la voluntad del fundador la decisiva para la organización, funcionamiento y actuación; las personas que rigen la fundación no son soberanos de la misma; sino que deben cumplir el fin ordenado, con la organización que ha creado el fundador y con los medios de que fueron dotados por éste: son servidores de la fundación. Su esencia radica en los medios adecuados para el fin, universitas bonorum. Siempre serán de interés público o general (art. 34 de la Constitución y 35.1 del Código civil).*

Y en el art.4 de la Ley de Fundaciones, preceptúa que: *“Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley. 2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de*

"Fundación".

En la Junta General Extraordinaria de 21 de junio de 2004 (f. 13157 y ss.), se procede, segundo punto del orden del día, a la "aprobación de la constitución por Mercasevilla de una fundación socio - asistencial, sin ánimo de lucro, así como de sus fines, régimen, dotación, estatutos, escritura fundacional, órganos y composición de los mismos". Y en la Junta General Extraordinaria de 21 de junio de 2004 (folios 13157 y ss.) se acuerda "Aprobar la propuesta elevada por el Consejo de Administración de esta Sociedad en el sentido constituir una Fundación socio-asistencial, sin ánimo de lucro, con la denominación "Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla", que se regirá por los Estatutos cuyo proyecto se incluye en la citada propuesta del Consejo de Administración, y que deberá quedar unido al acta de esta Junta General Extraordinaria de Accionistas, si bien introduciendo una serie de modificaciones".

En este extremo, resulta sorprendente que la Fundación Social Mercasevilla se constituye el 30 de noviembre de 2005, si bien no es hasta el día 18 de abril de 2006 cuando se inscribe, y por ello se crea, tal y como consta en documentos públicos como lo son los Boletines oficiales, y es por ello, que no es previo al concurso, dada la legislación que impide el empleo de Fundación hasta su inscripción, lo que lo demuestra que el acto de presentación de la Fundación a terceros no es hasta junio de 2006, es decir, recientemente constituida. Y así lo afirman los acusados, cuando especifican el primer contacto con esta Fundación, en un acto del Colegio de Abogados de Sevilla. Y es, a partir de esa fecha cuando constan actividades de la misma, sin que se haya probado actuación previa alguna. Y los folios a los que se refiere la defensa del Sr. Mellet en relación a la actividad de esta Fundación lo es posterior a su inscripción en el año 2006, y es por ello, que los primeros ingresos los obtiene en mayo de 2006 por Sando (96.000 euros), y las restantes son posteriores a esta fecha, nunca en 2005.

Y resulta acreditado y firmado con fecha 06/02/2006 en Málaga aparece un documento denominado (F. 31): propuesta de colaboración en el desarrollo de programas sociales y mejoras empresariales en la prestación de servicios de Mercasevilla S.A. (Doc. II) signado por el Sr. Sánchez Manzano.

De este documento suscrito por Luis Sánchez Manzano en representación de Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A cabe destacar el párrafo que dice: *“Que en el caso de resultar adjudicataria del concurso público para la contratación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla sito en la Autovía Sevilla-Málaga Km 1 de Sevilla, Sanma Desarrollos Urbanísticos S.A se compromete a colaborar en el diseño y mejora de las prestaciones sociales y empresariales dirigidas a los trabajadores, a la empresa y la labor social que presta Mercasevilla S.A mediante una serie de aportaciones”*. Y ello sería perfectamente válido, si la misma en febrero de 2006 estuviere legalmente constituida; si bien antes de su constitución (inscripción), el Sr. Sánchez Manzano conocía de su futura existencia y función, sin que conste la forma en la que tuvo acceso a esta información, desconocida por las restantes empresas participantes. ¿Ello implica que el Sr. Sánchez Manzano pudo tener acceso a las actas de las Juntas Ordinarias o Extraordinarias de Mercasevilla o contacto con alguno de los miembros? Ello debe contestarse de manera afirmativa, pues resulta acreditado por sus actos propios, y así, incluso en el apartado tercero de su escrito ya menciona a la futura Fundación, careciendo de sentido lógico-cronológico si desde julio de 2005 cesaron los contactos, tal y como afirman unos y otros de cada empresa, mercantil y mixta pública.

¿Cómo conoció la creación de la Fundación en una Escritura Pública que no tuvo acceso al exterior y a pesar de ello, ya emitió escritos en febrero de 2006 haciendo una oferta a quien no estaba todavía creada? Basta con leer a certificación emitida por el Sr. Mellet el 9 de mayo de 2006 para comprobar que : *“Don Fernando Mellet Jiménez, Secretario de la Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla certificó: “1º) Que esta Fundación fue constituida con fecha 30 de noviembre de 2005 e inscrita, según Resolución de 18 de abril de 2006 de la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia, en el Registro de Fundaciones de Andalucía, con el número SE/ 1006, quedando adscrita al Protectorado de Fundaciones de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía y que se encuentra incluida entre las reguladas en el artículo 16 de la Ley 49/2002. 2º) Que, para ayudar al cumplimiento de los fines estatutarios de esta Fundación, la entidad Sanma Desarrollos Urbanísticos, S.A. con CIF A-29084613 y domiciliada en Avda. Ortega y Gasset N° 112, Málaga, ha abonado a la Fundación*

*Socio-Asistencial Mercasevilla la cantidad de NOVENTA Y SEIS MIL EUROS (96.000,00€) mediante transferencia por Caja Madrid en fecha 9 de mayo de 2006. 3º) Que dicha cantidad fue entregada con carácter de donación irrevocable”*

El art. 4 de la Ley de Fundaciones Andaluza que le es de aplicación por razones temporales para comprobar que “Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Andalucía.”, continuando el art. 13 que sucede en caso de que la fundación se halle en proceso de formación, es decir cómo se encontraba la Fundación Mercasevilla desde el día 30 de noviembre al día 18 de abril: y es que “Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora, sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica”.

Y es la misma defensa del Sr. Manzano quien afirma que tuvo acceso al Boja en mayo de 2006, por resolución de abril, es decir, no es capaz de dar explicación coherente a la creación de una Fundación cuya inscripción tiene valor constitutivo, y no es conocido por terceros, y que la propia ley le otorga tal carácter.

Lo que no es factible ni permisible es que por las defensas se interprete un mismo hecho objetivo de inscripción y su naturaleza de forma distinta según les beneficie o perjudique, incluso la misma defensa de Sando y el Sr. Sánchez Manzano en torno al derecho de superficie y lo haga de forma distinta a la inscripción de la Fundación. Es decir, acuden a la jurisdicción competente en el derecho de superficie para intentar dotar de apoyo a su tesis, huyendo de la ley en la que no le beneficia. Ello relativiza su objetividad, así como la veracidad de las declaraciones de sus defendidos. No puede admitirse que la no inscripción del derecho de superficie no tenga carácter constitutivo por razones lapso- temporales, y por ello pueda justificarse la puntuación otorgada en el concurso a pesar de su no acceso al Registro Público y en este caso, que si tiene carácter constitutivo negárselo y restarle eficacia. Que el Grupo

Sando, a través del sr. Luis Sánchez Manzano tuvo acceso a una información desconocida por el resto, y que la misma fue privilegiada, queda terminantemente acreditado, y si bien ello puede ser un indicio de concierto, no es suficiente para considera que se cumplen los presupuestos del tipo del 436, sin perjuicio de la concurrencia de otros tipos penales que no han sido objeto de acusación.

Para la comisión del art. 436 del CP se exige que se lleve a cabo por funcionario público, con la posibilidad de que los miembros del Grupo Sando fueran cooperadores necesarios en concepto de extraneus (introducido expresamente por LO 5/2010 de 22 de junio, que castiga al particular). No ha quedado acreditado quien proporcionó tal información al Sr. Luis Sánchez Manzano (folio 31), si se trata de uno de los acusados o de testigos que tuvieron contacto en las negociaciones, ni de cómo obtuvo datos de aspectos no públicos, quebrantando en este extremo la igualdad en la concurrencia con los restantes integrantes del concurso, si bien sólo en este apartado, sin que reiteremos, esté demostrado que Mercasevilla no respetara los principios de igualdad, publicidad y concurrencia.

Y llega a ser tal, que en el apartado 3.6.1 oferta como mejoras sociales las siguientes:

*Donación a la Fundación de Mercasevilla, S.A. la suma de 30.000 euros anuales por un período de 5 años, destinados al desarrollo de Programas Sociales y Empresariales que dicha Fundación determina. Impartición de 2 cursos anuales en materia de Seguridad y Salud laboral por un periodo de 3 años, destinados a los trabajadores de Mercasevilla, S.A., por un importe anual de 6.000 euros. Subvencionar cursos de Integración Social (violencia doméstica, inmigración ...) por un periodo de 5 años, con una aportación de 60.000 euros. Apoyo técnico y económico para organizar cursos de reciclaje profesional que fuere necesario para los trabajadores de Mercasevilla, S.A., para su integración en las nuevas unidades previstas en la futura Unidad Alimentaria. Inserción de trabajadores formados en la Escuela de Formación de Mercasevilla, con la condición de becarios desempeñando su práctica laboral en las distintas instalaciones de la Empresa ofertante. La enajenación de una parcela del total de la superficie ARI-DE-03, de las destinadas a la construcción de viviendas de*

*promoción pública, a favor de una entidad sin ánimo de lucro, entidad ésta que deberá ser propuesta por Mercasevilla, S.A. Destinar siempre que la normativa lo permita, 100 viviendas protegidas a trabajadores de Mercasevilla, S.A. al precio legalmente establecido”.*

Es decir, la actuación del Grupo Sando/Sanma en este extremo carece de cualquier base legal, jurídica para conocer de la existencia de la Fundación Mercasevilla llegando a efectuar una oferta por cinco años a una Fundación, todavía inexistente, y cuya personalidad jurídica no concurre hasta abril de 2006. Y que lo conocía por fuentes internas, resulta innegable, si bien, insistimos se desconoce quien proporcionó, al menos al Sr. Sánchez Manzano tal información, que desequilibraba su posición frente a las demás. Y no puede compartirse lo que esgrime su defensa en torno a que los testigos D. Arturo Cortés y D. Ángel Gil comentaron que conocieron sobre la Fundación en junio y octubre de 2005, entre otras razones porque no existía en esa fecha, ni siquiera la Escritura de Constitución, pero en todo caso dado que son miembros de los órganos de Gobierno y conocen o deben de conocer que se aprueban en las Juntas.

Entiende Mercasevilla, acusación particular, que fue el Sr. Mellet quien proporcionó esta información, si bien no argumenta cómo han alcanzado esta conclusión ni en que indicios se basa; intentando centrarse en declaraciones del Sr. Miró, que en determinados momentos del procedimiento fija el final de las negociaciones en noviembre de 2005, aunque esto no resulta acreditado, y lo cierto es que los contactos se habían mantenido entre el Sr. Rozados y el Sr. Flores, con lo que desconoce quien proporcionó esta información y si fue funcionario público o no.

Pese a la certificación de 9 de mayo de 2006, en la que por el Sr. Mellet, Secretario de la Fundación, conoce y sabe que la misma no se constituyó hasta 18 de abril fecha de la inscripción, el presidente de la misma, Gonzalo Crespo, los Vocales Ángel Gil, Antonio Rodrigo y José Ignacio Fernández a fecha de 31 de diciembre de 2008, emiten escrito por parte de los anteriormente mencionados en los que los anteriormente citados firman que para ellos la Fundación fue constituida e inscrita en el Registro de Fundaciones con fecha 30 de noviembre de 2005, tiene personalidad jurídica propia y plena

capacidad para obrar, con sujeción a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Y este documento recoge que la fecha de constitución e inscripción, presentado para la investigación judicial, es la misma, a pesar de no ser así, así como especificando que “La Fundación Asistencial Mercasevilla inició su actividad en Sevilla, el 30 de noviembre de 2005, con el objeto de contribuir a la mejora de la prestación del servicio público del mercado mayorista alimentario, y así mismo contribuir a la mejora de la empleabilidad de los colectivos y minarlas sociales más desfavorecidos en este campo de actividad, mediante la promoción de la calidad y seguridad alimentaria, el fomento de las mejoras en la formación profesional y medidas de inserción laboral, así como la promoción y fomento de proyectos de I+D+i.”; sin embargo de toda la documentación unida no consta actuación alguna hasta a partir de mayo de 2006.

Reiteramos, existen indicios reales de una actuación desnivelada respecto a las restantes, llegando a puntuar 9 sobre 10 en este apartado, a pesar de la inexistencia de la Fundación, es decir, ¿cómo Sando concretó “la labor social que realiza Mercasevilla con la fundación, si todavía no existía? Basta con ver como la mayoría especificó tener conocimiento de la misma en la reunión del Colegio de Abogados que fue en junio, y como las donaciones, como no podía ser de otro modo, se percibieron en mayo, ya constituida legalmente.

Y el Sr. Miró Morales, que aclara ser la persona encargada de las cuestiones económicas, así como que no conoció de la fundación hasta junio de este año, si bien desde el punto de vista técnico lo trascendental de la oferta social era su importe y no tanto su destino. Sin embargo, que los órganos de gobierno de Mercasevilla no lo enlazaban con la Fundación, queda claro con la declaración en el plenario del Sr. Cortés quien la oferta social ya estaba en el borrador inicial, se daba mucha importancia en los órganos societarios la relación con los trabajadores, con los empresarios... no pareciéndoles extraño tal cláusula social. De ahí que pueda compartirse el argumento del Sr. Miró de que para la Mesa y Mercasevilla lo trascendental fue el monto de la suma ofertada.

Resultará trascendente ver cómo se puntuó tal apartado por los miembros de la Mesa, y como fue aprobada posteriormente, y si conocían o no esa irregularidad, extremo

que se analizará en el apartado siguiente.

#### **2.4.- ESTUDIO DE MESA DE CONTRATACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS OFERTAS. VALORACIÓN DEL PRECIO DE OPCIÓN COMO PAGO AL CONTADO. VALORACIÓN DE DICTÁMENES PERICIALES SOBRE BAREMACIÓN Y PUNTUACIÓN.**

El pliego de condiciones, folio 972, preceptúa: *"La Mesa de Contratación formulará a la Comisión Ejecutiva, que tendrá la condición de órgano contratante "propuesta de adjudicación. La propuesta elevada por la Mesa de Contratación no será vinculante para el órgano decisorio ni creará derecho alguno a favor de la persona propuesta mientras no se les haya adjudicado el contrato por la Comisión Ejecutiva"*.

Es de destacar que en el Pliego se fijaba la baremación y el punto máximo de cada uno de los presupuestos fijados en el concurso.

Se comparte los argumentos del Letrado del Sr. Ripollés, cuando aclara que: *"los expertos de Mercasa, como se sigue de la declaración en el acto del juicio de don Ángel Gil, economista, y de don Arturo Cortes, Abogado del Estado manifestaron que creyeron conveniente modificar los puntos reduciendo el valor del precio de salida de 50 puntos, y afirman que efectivamente se bajó a 40 puntos lo que les pareció y les parece correcto, y que igualmente entendían que debió bajarse de 25 puntos a 15 puntos las titularidades previas, y que se bajó a 10, "luego aún mejor. . . .", dijo don Ángel Gil en el juicio. Esto es, los expertos conocían el método de baremación, los puntos a dar a cada apartado, y les pareció bien el que finalmente se llevó al pliego definitivo. Véase también la declaración en este sentido del Sr. Gil Pascual, durante la instrucción, a los folios 6831 en su final y comienzo del folio 6832", llegando incluso a exponer que "Que las acotaciones fueron elaboradas por Arturo Cortés, que era Secretario General de Mercasa. Que en alguna reunión se habló del tema de la baremación, o puntuación en el pliego, se habló que se daban pocos puntos a la mejor oferta económica (30 puntos) y que estaba poco ponderada lo de la titularidad previa. Que desde Mercasa se pensaba que debería tener más peso la oferta económica, ya que inicialmente en el borrador que realizó*

*Mercasevilla la oferta económica se valoraba con 30 puntos y cree que Mercasa manifestaba que debía tener una puntuación superior a 30. Que el declarante piensa que debía de tener una puntuación inferior a 50 puntos, con lo cual el declarante considera adecuada la de 40 puntos. Que también se manifestó que la cláusula de titularidad previa, que al principio se había valorado con 25 puntos, era excesiva. Que la de 10 que al final tuvo el pliego le parece correcta. Que el borrador con las acotaciones se envió a la Dirección de Mercasevilla”.*

Es decir, todo fue comentado, negociado, y aprobado por los Órganos de Gobierno, lo que tampoco exime de responsabilidad si se hubiere cometido infracción penal por los acusados.

Ahora bien la teoría de que el Consejo de Administración no sabía qué Pliego aprobaba porque se introdujeron nuevas cláusulas a la versión aprobada por la Comisión Ejecutiva confronta con las manifestaciones de los testigos que leyeron, comentaron y estudiaron el pliego, bastando con leer los folios 2822 y ss. del Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2005, en la que se comienza con el reparto de la nueva documentación que será completada por los expertos cuyo asesoramiento se ha pedido para los distintos aspectos de este asunto: económico, jurídico en sus sub-aspectos urbanísticos, administrativos generales, civiles y mercantiles. Señala también el Sr. Mellet que, a pesar de que Mercasevilla podía haber optado por la adjudicación directa del derecho de opción de compra se ha optado por la licitación, aconsejada por el Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla en su informe y que sin duda es una fórmula mucho más transparente y garantista de la objetividad e imparcialidad, concretamente en este caso el concurso público y abierto, regulado por un Pliego de Condiciones exhaustivo redactado por el letrado de la Sociedad D. Jorge Piñero con la colaboración inestimable de Dña. M<sup>ra</sup> Victoria Bustamante y de los asesores jurídicos de Mercasa. Termina su intervención el Sr. Mellet aclarando que el precio de venta que aparece en el precitado Pliego de Condiciones del concurso surge de las tasaciones oficiales que han sido recabadas por Mercasevilla y, por supuesto, tiene carácter básico o de mínimo”. Sin embargo, no pueden compartirse estos argumentos del Sr. Mellet, toda vez que la fórmula del concurso no fue el adoptado por el Secretario, ni

podía haberse accedido a la venta directa, dada la oposición de parte de los Técnicos del Ayuntamiento.

Y D. Ángel Gil, analiza el Pliego adjuntado al Consejo de 30 de noviembre y señala que el Director ha condensado mucho su exposición, pues se trae a esta reunión la aprobación de un Pliego de Condiciones para otorgar un derecho de opción de compra pero ello está ligado indisolublemente a una serie de circunstancias, la primera de las cuales *es* que hay que salir de los actuales terrenos. El economista D. José Antonio Ripollés responde a las dudas de D. Julio Alba sobre el precio de venta que se establece una fórmula de actualización o revalorización del señalado precio mínimo y que, además, a la hora de la baremación de las ofertas se pondera especialmente la mejora del precio de compraventa y de su fórmula de revalorización.

Sin embargo, acuerdan ratificar y hacer suyos los acuerdos adoptados por la Comisión Ejecutiva de esta Sociedad en su reunión del día 8 de noviembre actual en el sentido de proponer a la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mercasevilla SA a celebrar seguidamente a la convocatoria de concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de su Unidad Alimentaria en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que forma parte de la indicada propuesta, todo ello previa solicitud y obtención, en su caso, del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de autorización expresa para llevar a cabo la adjudicación del preindicado derecho de opción de compra, designando a la Comisión Ejecutiva como órgano competente para llevar a cabo la contratación y facultando al Director General de esta Sociedad para efectuar todo cuanto exigiere la efectividad, cumplimiento y ejecución de lo anteriormente expresado” Y la Junta General : “Aceptar esta Junta General Extraordinaria de Accionista la propuesta aprobada por la Comisión Ejecutiva de esta Sociedad de fecha 8 de noviembre de dos mil cinco, ratificada por el Consejo de Administración en la sesión que ha celebrado en el día de hoy y, consiguientemente, acordar, en lo que de ella depende y sin perjuicio de la autorización municipal que después se dirá, la convocatoria de concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla, para su ejercicio en el momento del

traslado de su Unidad Alimentaria, en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que forma parte de la preindicada propuesta, cuyo Pliego es también expresamente aprobado... Es decir, de las actas se desprende que el Pliego aprobado por la Junta General es la ratificación del de 8 de noviembre.

El Sr. Cortés de La Cruz refiere al folio 8727 que los pliegos le parecieron idénticos y que no hubo cambios entre el del 8 y el 30 de noviembre. Basa su argumentación la acusación pública, al entender que cuando el Pliego se remitió a Mercasa, en el que se llevaron a cabo anotaciones por parte del Sr. De la Cruz en el punto 5.1 no se contenía la cláusula de limitación al alza temeraria del 10%, tal y como puede advertirse en los folios 2060 y ss. (concretamente 2067, frente al 2668 o 2086 en el que se añade: *"Para baremar la propuesta de precio de la compraventa y evitar la existencia de propuestas desproporcionadas o temerarias, se valorará la oferta sobre el precio de base mínima de la compraventa, siguiendo los criterios fijados para la baremación en la legislación de contratos vigentes. A estos efectos, las ofertas que sean superiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, se considerarán desproporcionadas y se valorará con mayor puntuación a menor puntuación, las que más se aproximen a la referida media aritmética"*). Lo mismo hay que decir del punto 5-6 de cláusula social que no aparece en el folio 2067 y si en el 2668 y 2669 y 2079.

Si bien el remitido al Sr. Cortes de la Cruz es del día 7 de noviembre, inmediatamente anterior a la Comisión Ejecutiva, no recuerda que el día 8 de noviembre se debatiera sobre la cláusula de titularidades previas, subraya con seguridad que no se discutió nada del alza temeraria, si bien esclarece que el Pliego presentado el día 8 y el del día 30 eran idénticos, siendo el día 30 de noviembre cuando se sometió a debate y exposición las mismas, se aclaró que no se trataba de una empresa especulativa, por su naturaleza pública, basándose más en criterios políticos que mercantiles. El Sr. Cortes de la Cruz como economista, en el acto del plenario entiende que tiene más sentido que el 10% se fije sobre el precio de salida y no sobre la media aritmética, si bien se aprobó sobre la media sin argumentos en contra, ni economicistas ni jurídicos. El Sr. Cortes de la Cruz proporciona las justificaciones que le

suministraron sobre la cláusula de titularidades previas, si bien dada la fecha de su incorporación (octubre de 2005), desconocía el derecho de superficie de Sanma. Detalla que el 15 de febrero de 2006 se recibió explicación sin el original de las ofertas ni la documentación presentada. Y continúa dando explicaciones a la oferta social, recordando perfectamente estar en el borrador que se le adjuntó, y habiendo advertido que sendos pliegos eran iguales, no existió error. Basta comprobar que aquel pliego en que se basan las acusaciones como el inicial del día 8 de noviembre y distinto del 30 no contiene cláusula social, si bien el Sr. Cortés ratifica sin género de dudas que esa cláusula ya estaba en el de 8 de noviembre.

Posteriormente, tras exhibirse los folios 2079 y ss., contradice su declaración, y corrobora que ese era el Pliego del 30 de noviembre, y no el que se aprobó en la Comisión Ejecutiva, llegando a concretar que entonces se trata de dos Pliegos diferentes. Si bien, a pesar de ello, entendió, que cuando analizó los Pliegos y la exposición por parte de los Técnicos de la Mesa de Contratación, todo era correcto, sin que baste una valoración a posteriori para llegar a decir que en estos momentos, con todo lo conocido, se hubiere abstenido, dado que reitera la legalidad de todo lo actuado.

El Sr. Braojos en el acto del plenario no tiene duda en aclarar que en la Comisión Ejecutiva de 08.11.05, tuvo el borrador del pliego delante y se explicó y se entendió las explicaciones dadas, se reveló la fórmula matemática y la cláusula de limitación al alza, y que, si bien le extrañó, tanto él como el Sr. Secretario la consideraron legal, lo que confronta con el hecho de que el Sr. Venancio afirme desconocerla hasta el 15 de febrero de 2006. Reitera que se lo explicaron abundantemente y que nadie preguntó nada. Este testigo, muta su declaración y apostilla todo el examen del pliego al Consejo, sin que lo hubiere visto antes de esa fecha, lo que cambia en relación a lo que manifestó anteriormente, rechazando la elaboración de un informe jurídico pese a que firmó el acta recogida en f. 463.

El sr Venancio Gutiérrez Colomina, afirma que “la sensación de la Comisión Ejecutiva de fecha 08.11.05 es que se trataba en dicha comisión de un borrador que se iba a seguir trabajando y que lo definitivo se presentaría en el Consejo de Administración. Afirma desconocer modificaciones en el Pliego, si bien acepta que

en el Pliego no estaba todo discutido, y de ahí la convocatoria del día 8 al día 30 de noviembre, y estimando no ser preciso nuevamente una Comisión Ejecutiva, asintiendo que al no acudir a la reunión del día 30 no participó en la discusión de la cláusula de limitación al alza, si bien es una fórmula legal. El 15 de febrero se explicó todo, describiendo como todo estaba avalado por técnicos y juristas.

Y el Letrado Sr. Piñero en los folios 12860 y ss. expone que *"La realidad es que la Comisión Ejecutiva aprobó un Pliego definitivo del que conocía todo su contenido final y que si no estaba totalmente redactado en el momento de la reunión sí habría de estarlo -como efectivamente ocurrió- pocos días después cuando se confeccionara el acta de la reunión con la aprobación de todos. Así se constata en la documentación recabada por el Juzgado al Sr. Presidente de la Empresa Nacional Mercasa y remitida por el mismo (folios 2056 y siguientes). En esa documentación, además del borrador inicial e incompleto, sin firmar y que fue objeto de numerosos comentarios y apostillas de los servicios jurídicos y técnicos de la propia Mercasa, se incluye (folios 2079 y siguientes) el Pliego "definitivamente aprobado por la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla celebrada el 8 de noviembre de 2011" según palabras textuales del Presidente en su oficio de remisión (folio 2056), en cuyo texto definitivo se encuentran incorporados los dos criterios de valoración controvertidos en esta causa, con sus puntuaciones definitivas, el primero de ellos con la limitación al alza, en cuanto al precio de venta, al considerar desproporcionadas las que superasen el 10 por ciento de la media aritmética de las ofertas presentadas. Criterio de baremación, por cierto, ajeno por completo a mi representado como todos los restantes que aparecen en el Pliego por las razones ya explicadas, aunque formalmente hubiera de firmarlo, por ser vicesecretario, en unión del Presidente de Mercasevilla Y, por supuesto, ese es el Pliego que realmente conocieron y aprobaron como definitivo todos los miembros con derecho a voto de la Comisión Ejecutiva, porque de no ser así y de haberseles escamoteado alguno de los criterios de valoración de ofertas lo hubiesen advertido inevitablemente. Primeramente, cuando ese Pliego fue llevado al Consejo de Administración, a la Junta General de Accionistas e incluso al Ayuntamiento, puesto que todos los miembros de la Comisión Ejecutiva formaban parte del Consejo y asistieron a la Junta General, y algunos de ellos -*

*los de la representación municipal- asistieron también, y votaron favorablemente, en el Pleno del Ayuntamiento. Y posteriormente, cuando la propia Comisión Ejecutiva (que era el órgano de Contratación) se reunió en febrero de 2006 para resolver el concurso y efectuar la adjudicación correspondiente y allí conocieron y ponderaron sus miembros Consejeros el contenido del amplio informe de valoración de ofertas confeccionado por los técnicos Sra. Bustamante y Sr. Ripollés, así como las detalladas explicaciones que esos mismos técnicos les dieron personalmente, especialmente sobre el modo de aplicación de la cláusula de limitación al alza. Ese, por tanto, fue el Pliego que con el indicado contenido presentó la Comisión Ejecutiva a aprobación por el Consejo de Administración de Mercasevilla del día 30 de noviembre de 2005, por lo que no es sostenible la afirmación del Auto recurrido de que ese contenido (en especial, las dos cláusulas de baremación tan repetidamente aludidas) hubiera sido "introducido de rondón" al Consejo de Administración. Sencillamente eso no era posible porque tras la comprobación (con lupa) del acta de la Comisión Ejecutiva por los Consejeros de Mercasa que asistieron a ella, ya habían dado, con el asesoramiento de sus propios técnicos, su aprobación al texto definitivo del Pliego, completado en parte con sus propias aportaciones, al menos veinte días antes de la celebración del Consejo de Administración y de la Junta de Accionistas, por lo que hubiera sido materialmente imposible tratar de llevar un texto distinto a aprobación por dichos órganos sociales, ya que en sus reuniones estaban presentes todos los Consejeros miembros de la Comisión Ejecutiva que habían aprobado el texto definitivo y, lógicamente, hubiesen detectado inmediatamente cualquier cambio o discrepancia". Sin embargo, los folios a los que se remite el Sr. Piñero, lleva a una conclusión distinta al tratarse de dos pliegos diferentes. En el acto del plenario afirma sin lugar a dudas que la cláusula de limitación al alza, al igual que la de titularidades previas ya constaban en el pliego presentado el día 8 de noviembre, detallando que faltaba algunas perfecciones en la cláusula social. Su versión sobre la discusión de todos los temas se confronta con la declaración de testigos y acusados.*

El Sr. Mellet en juicio aclara que el Pliego presentado el día 8 de noviembre fue redactado por el Sr. Piñero, quien le proporciona unas explicaciones genéricas junto a los técnicos, llamándole la atención al Sr. Mellet que apareciera libre de

cargas, especificando, al igual que la mayor parte de los testigos que en el primer borrador presentado aparecían todas la cláusulas, al menos tiene esa creencia, siendo que fue en el Consejo de Administración de 30 de noviembre donde se discute con mayor profundidad la cláusula de limitación al alza, si bien ya constaba en el de 8 de noviembre.

El Sr. Gil Pascual admite que desde Mercasa se llevaron a cabo anotaciones al borrador que se le remitió por Mercasevilla, siendo que desde un inicio se había encargado de su elaboración por técnicos, entendiéndose que el día 8 de noviembre, en la Comisión Ejecutiva se discutió del establecimiento del precio, aspectos del traslado a las nuevas instalaciones, así como aportación a los aspectos sociales; aclarando que desde el día 8 de noviembre al día 30 no recibieron modificación alguna del Pliego; siendo ambos idénticos, resultando que lo único que reclamó su atención era la mención a "libre de cargas", sin que lo hiciera la cláusula de limitación al alza, afirmando que el pliego no era secreto, haciendo hincapié, para dar explicación a lo aprobado, que al tratarse de un suelo público de una empresa pública, había que evitar la especulación, de forma que quien excediera del 10% de la media aritmética se autoexcluía. Si en el Pliego que se adjunta en los folios 2079 y ss. ya aparece la cláusula social y no en el anterior, y entiende el Sr. Gil Pascual que se debatió en el de 8 de noviembre, es porque ha de ser el mismo pliego.

La acusación particular Mercasevilla, admite sin lugar a dudas que las dos cláusulas más debatidas ya se hallaban en el Pliego de 8 de noviembre y no fueron introducidas de "rondón" en el consejo de 30 de noviembre.

Es decir, por la contradicción en las propias testificales nada hay que acredite que los pliegos presentados fueran distintos, pero aunque así fuese, se sometió a debate el día 30 de noviembre cada una de las cláusulas, especificando el Secretario de Ayuntamiento de Sevilla el trabajo continuado desde el día 8 al día 30, sin que fueses preciso nueva convocatoria de Comisión Ejecutiva, refiriendo todos los testigos como la votación se hizo previo examen y estudio de lo adjuntado. Nada se hizo con subterfugios o con intención de ocultar a los restantes miembros de Mercasevilla, de forma que su voluntad se instituyó libremente, sin vicio alguno.

La mesa de Contratación se constituyó conforme al Pliego de condiciones, sin que exista impugnación tampoco en este extremo. Entiende el Ministerio Fiscal que llama la atención los integrantes de la Mesa, desapareciendo el Secretario del Ayuntamiento y el Interventor, sin embargo, éste último afirma que siempre delegaba su presencia en las Mesas. Y la defensa del Sr. Piñero atribuye al Sr. Crespo la designación de los técnicos en la citada Mesa. En el folio 6997, otro modelo de Pliego aprobado y ejecutado delega a los órganos de gobierno de la entidad pública la designación de los miembros de la Mesa.

Lo mismo entiende el Ministerio Público en relación a la existencia de dos reuniones de mesa de contratación y en los cambios llevados a cabo en la puntuación emitida por los técnicos, sí como el hecho de que en la misma mesa se hubiere comunicado de forma espontánea por el Sr. Ripollés la adjudicación a Sanma, según la testifical del representante de Noga en la mesa, extremos negados por todos los acusados, así como la testigo Sra. Giraldo. La Sra. Giraldo describe la normalidad con la que se desarrolló la Mesa de contratación, y cómo los técnicos expusieron sus razonamientos, identificando su firma de 13 de febrero de 2006, admitiendo cómo Noga quedaba fuera, así como una segunda reunión a la que no acudió a pesar de que pueda estar firmada por ella. Se niega por el Sr. Piñero la versión de la Sra. Bustamante y la modificación de las valoraciones practicadas por los técnicos acusados.

En este caso, la Mesa de contratación estaba formada por: el Presidente de Mercasevilla S.A. o persona en quien delegara, el Vicepresidente Primero, el Director General, el Vicesecretario y la Directora del Área Económica y Financiera, todos de Mercasevilla, S.A. Estará presidida por el Presidente de la Sociedad o persona en quien delegue y actuará como Secretario de ella el Vicesecretario de Mercasevilla. S.A. La composición de la mesa fue aprobada por todos y cada uno de los órganos obligatorios, incluido el Ayuntamiento de Sevilla por unanimidad, sin que apreciaran ilegalidad alguna en su constitución.

#### **2.4. a). ANÁLISIS DE INFORMES PERICIALES.**

La cláusula de baremación fue elaborado por el Sr. Pajares,

testigo, que no conocía de nada al Sr. Ripollés, quien para actuar con la mayor profesionalidad adecuada a la envergadura de la negociación no tuvo obstáculos para solicitar ayuda a la Universidad de Sevilla, sin que entre ninguno de los dos, acusado y testigo, se conocieran ni tuvieran móvil espúero o de ninguna clase. A tal efecto, se une el trabajo del Sr. Pajares, estadístico, y miembro de la Universidad de Matemáticas, y por ende con capacitación suficiente para ello (folios 1.173 a 1.181), y fue la fórmula o aplicación informática que se le facilitó al sr Ripollés para la práctica de la valoración económica del concurso, puntos 5.1 y 5.2 del pliego. No existe prueba alguna de que el Sr. Pajares hubiere mantenido contacto o relación previa de ninguna clase con los acusados, ni conociera las ofertas de las mercantiles licitadoras, y ello a pesar del tiempo verbal utilizado en su escrito. Y el Sr. Pajares ratifica en el plenario como elaboró ensayos en la Universidad, comprobando el correcto funcionamiento de la fórmula matemática.

Y se participa en los argumentos del Letrado del Sr. Ripollés, respecto a que el Sr. Pajares no ha sido imputado, y es evidente que ello es así por cuanto que el Juzgado y el Ministerio Fiscal, y el resto de acusaciones no han encontrado indicio alguno de responsabilidad penal en el mismo, ni en su participación en la creación de esta fórmula para el concurso, ni que facilitara un determinado resultado ni colaborara en la adjudicación a Sanma. Esto es, "la fórmula Pajares" como decimos será mejor o peor, pero es objetiva, emitida según el libre criterio de un especialista independiente, y el Sr. Ripollés se limitó a seguirla, e introducir los datos que cada oferta contenía para valorarlas. El informe emitido por Antonio Pajares sobre la forma de aplicar el pliego de condiciones del concurso obra en autos a los folios 5024 a 5030.

Que la valoración de los puntos 5.1 y 5.2 la ha ejercido el Sr. Ripollés no queda ninguna duda, tal y como él mismo afirma, y su defensa, sin embargo, su función se limitó a aplicar la fórmula estadística matemática, siendo más dudosas las valoraciones de la Sra. Bustamante, que tal y como consta en el propio informe del Sr. Ripollés y de CNP, son las más conflictivas, especialmente la cláusula social. El Sr. Ripollés reitera la cuantificación que llevó a cabo inicialmente, y lo hace en Instrucción y en sede de plenario en idéntica forma, entendiendo que en todo caso fue ajustada al método matemático y al espíritu

del pliego; llegando incluso a no excluir sin más las alzas temerarias, lo que en modo alguno beneficia a Sanma, a pesar de que otros especialistas, examinado el Pliego (Sr. Gil Pascual), entienda que el alza temeraria implica autoexclusión.

Y entienden todas las partes, incluso en Instrucción que Noga se excluyó con la presentación de esa pretensión económica, teniendo en cuenta la cláusula de limitación, llegando la defensa del Sr. Mellet así como la de la Sra. Bustamante a entender que Noga se extralimitó voluntariamente, enfatizando la defensa del sr Mellet que lo hizo con el objeto de elevar la media aritmética para que su segunda opción, Landscape, tuviera el precio de venta más alto, empresa vinculada con Noga, y con ello mayor facilidad para ganar el concurso. El agente con TIP J822381K dictamina que una empresa de un mismo grupo haga una oferta tan alta y otra no, es algo que se suele hacer en los concursos, porque así se eleva la media aritmética, la alta se retira su ofrecimiento y gana la otra empresa del grupo, demostrando la connivencia entre ellas. Y aunque fuere así, Noga tanto en Instrucción como en el plenario mostró su conformidad con las resultas, entendiendo que no fue perjudicada por el concurso, presupuesto ratificado por el Sr. Ripollés, quien en los folios 908 llegó a exponer que la única comunicación que tuvo fue un fax de Landscape, presupuesto que ratifica la versión del agente de UCO. La defensa del Sr. Mellet entiende que tanto Noga como Landscape pretendían subir o incrementar la media aritmética, y que Noga buscó desde un inicio la autoexclusión, lo que justifica de forma indiciaria por el hecho de que sólo Landscape reclamara explicaciones.

En el punto 5.6, sólo Lanscape, Noga y Sanma reciben puntuación, 5, 5 y 9 respectivamente. Si equiparamos las puntuaciones a cinco, estimando las acusaciones que las ofertas sociales eran parejas y similares, dejando sin efecto la aportación que en su caso Sanma hiciera a la Fundación, seguiría ganando Sanma frente a Landscape, que es la segunda, incluso aunque se le otorgara menor puntuación que a las demás. Insistimos Ministerio Fiscal y restantes acusaciones coinciden en que la oferta en este punto era similar entre las tres mercantiles.

En cuanto a la pericial judicial, emitida por el Sr. Ruiz de Huidobro unida a los folios 5366 a 5397, y ratificada a los folios 5710 a 5717 y 5720 a 5751 y en el acto del plenario, se

emite por profesional especialista en la materia, miembro del Registro de Economistas Forenses (REFOR) con el nº 822, miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España e inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con el nº 5.245, Profesor Colaborador del Departamento de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Alcalá (Madrid) y, Vocal 8º de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Economista de Sevilla; totalmente imparcial al haber sido designado por insaculación, y por ende sin mantener ningún tipo de interés en ninguna de las partes, y por tanto, no destinado a constituir prueba de cargo o de descargo. Y a tal efecto, el Juzgado de Instrucción nº6 de Sevilla emite el encargo siguiente: *“Si el informe sobre la fórmula de baremación del concurso realizada por D. Antonio Pajares Ruiz, responde a criterios lógicos-económicos y de no ser así se deberá exponer los criterios económicos adecuados y la repercusión que los mismos tendrían en el posterior informe de valoración. Asimismo se deberá informar si el informe de baremación del Sr. Pajares se adecua con exactitud al Pliego de Condiciones del Concurso, especialmente la interpretación personal que realiza sobre las ofertas desproporcionadas debían rechazarse. Y finalmente si el informe de valoración que efectúa el imputado Sr. Ripollés tras la apertura de las plicas se ajusta al contenido del informe del Sr. Pajares y especialmente si el precio de la opción de compra de la entidad Sanma se valoró por el S. Ripollés con arreglo a la baremación del Sr. Pajares”.*

El perito judicial ha contado como antecedentes de estudio: pliego de condiciones, informe de baremación suscrito por D. Antonio Pajares Ruiz, con las tablas de ponderaciones efectuadas por el mismo para la valoración de las ofertas en virtud del apartado 5.1 del Pliego de Condiciones (análisis técnico y valoración) y los ejemplos teóricos que el mismo realizó, informe de valoración de las ofertas económicas y técnicas suscrito por D. José Antonio Ripollés y D<sup>a</sup> Victoria Bustamante Sainz de fecha 13 de febrero de 2006, informe técnico emitido por el despacho de economistas Bol & Sánchez, incluido en el atestado policial, ofertas de los distintos licitadores que se están aportadas expediente del procedimiento judicial, contrato de la opción de compra de fecha 26 de febrero de 2006 suscrito entre Mercasevilla y Sanma Desarrollos Urbanísticos, S.A, informes de valoración de los terrenos emitidos por las entidades Valtenic, Krata y Forcadell. Posteriormente, lleva a cabo

consideraciones teóricas, metodología y análisis de la documentación dispuesta, normativa aplicable.

Adjunta las cláusulas a puntuar así como su oscilación, en su apartado 5:

- Propuesta económica de la parcela ARI-DE-03: 40 puntos.
  - Precio de opción de compra y forma de pago: 10 puntos.
  - Precio compraventa de base y mínimo: 20 puntos.
  - Mejora fórmula determinación precio final: 10 puntos.
- Programación y financiación traslado: 15 puntos
- Apoyo técnico: 15 puntos
- Titularidad previa derechos sobre propios terrenos: 10 puntos, Calificación del ofertante: 10 puntos.
- Colaboración programa social: 10 puntos
- Total: 100 puntos.

Y el Pliego para baremar la propuesta del precio de la compraventa y evitar la existencia de propuestas desproporcionadas o temerarias, valora la oferta sobre el precio de base mínima de la compraventa, siguiendo los criterios fijados para la baremación en la legislación de contratos vigentes. A estos efectos, las ofertas que sean superiores en más de 10 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, se consideraran desproporcionadas y se valorará con mayor puntuación a menor puntuación, las que más se aproximen a la media aritmética. El Pliego de Condiciones Particulares para asignar la puntuación establece un criterio en función de que el importe de la compraventa de la propuesta esté más próximo a la media aritmética del precio de compraventa de todas las propuestas, opinando el perito que ello carece de lógica económica.

Entiende el Sr. Ruiz de Huidobro que las conclusiones que se extraen, son las siguientes: *“La formulación propuesta en el Informe del Sr. Pajares llega a unas valoraciones en las puntuaciones asignadas erróneas y sin lógica económica, debido a que el criterio establecido puntúa más a las propuestas con el precio de la opción de compra menor ya que ha considerado más decisivo el modo de pago de contado que el importe de la propia opción de compra”*. Sin embargo, el Sr. Pajares en el acto del plenario ratifica su fórmula matemática, es un tercero independiente que empleó criterios estadísticos más que economicistas, y que por la Mesa de Contratación fue valorado según fórmula indicada por Profesor matemático especializado, y de cuya imparcialidad y su no colaboración en el concurso queda fuera de toda duda desde el momento en que no acude como acusado a los autos.

Alcanza como conclusiones el Sr. Ruiz de Huidobro:

*A.- El Informe del Sr. Pajares no responde a criterios lógicos económicos, por las siguientes razones:*

*• El Sr. Pajares en la baremación de la opción de compra y forma de pago ponderó con mayor porcentaje a la forma de pago en detrimento del importe propuesto por cada licitador. • El Sr. Pajares baremó el precio de compraventa considerando que las propuestas desproporcionadas o temerarias se rechazaban, cuestión que debe decidir el Órgano de contratación o en su caso la Mesa de contratación. • El Sr. Pajares no determinó una baremación para estimar las Mejoras en la fórmula de determinación del precio de compraventa final, si bien recomendó que se hiciese mediante la asignación de pesos específicos a las propuestas de los licitadores.*

Y según el perito judicial, los criterios lógicos económicos hubiesen sido los siguientes:

- o La baremación de la opción de compra y su forma de pago se debería haber realizado en función de la actualización de las rentas del importe de contado y a crédito, ponderando sobre el mayor valor actual.*
- o Para la baremación del precio base y mínimo de compraventa no se deberían haber rechazado las propuestas desproporcionadas o temerarias, pues es una decisión del*

*Órgano de contratación o en su caso de la Mesa de contratación.*

- *Para la baremación de la Mejora en la fórmula de determinación del precio final de la compraventa se ha determinado una baremación que está en función del importe de mejora de cada propuesta.*

*B. Asimismo se deberá informar si el informe de baremación del Sr. Pajares se adecua con exactitud al Pliego de Condiciones del Concurso, especialmente la interpretación personal que realiza sobre las ofertas desproporcionadas debían rechazarse". No se adecua a las condiciones y requisitos del Pliego de Condiciones Particulares debido a que: • Baremó inadecuadamente el importe de la opción de compra y su forma de pago. • Baremó inadecuadamente el importe del precio de compraventa rechazando las propuestas que superasen las medias aritméticas, cuestión que según la legislación vigente sólo lo puede adoptar la Mesa o el Órgano de contratación. • No baremó la Mejora en la fórmula de determinación del precio final. Únicamente expuso su criterio y recomendó realizarlo mediante pesos a las mejoras de cada propuesta.*

*Y finalmente si el informe de valoración que efectúa el imputado Sr. Ripollés tras la apertura de las plicas se ajusta al contenido del informe del Sr. Pajares y especialmente si el precio de la opción de compra de la entidad Sanma se valoró por el S. Ripollés con arreglo a la baremación del Sr. Pajares". El Informe del Sr. Ripollés se ajusta a la baremación diseñada por el Sr. Pajares excepto por: • No rechaza las propuestas desproporcionadas o temerarias. Por errores de cálculo existe una diferencia de 0,03 puntos por defecto en la puntuación del precio de compraventa. • Diseña erróneamente la baremación de la Mejora en la fórmula de determinación del precio final, dado que el Sr. Pajares no lo hizo. Baremó en base al coeficiente mayor en vez de hacerlo sobre el importe de la mejora más elevada. Ello ha provocado una sobrevaloración de 1,66 puntos. En el Informe del Sr. Ripollés en relación con la valoración de la opción de compra y su forma de pago se cometió el error de considerar que la propuesta de Sanma es de contado el importe total, cuestión que no es así.*

*Ello ha provocado una sobrevaloración de 5,61 puntos.*

*C.- La propuesta de Sanma indica: "Un millón seiscientos mil euros (1.600.000, 00 euros) más doscientas cincuenta y seis mil (256.000,00 €) en concepto de IVA, al contado, al formalizarse el contrato de opción de compra, quedando el resto del precio, tres millones cuatrocientos mil euros (3.400.000 €) más quinientos cuarenta y cuatro mil euros (544.000,00 €) en concepto de IVA, a disposición de Mercasevilla. S.A. para proceder a su abono en el momento que sea requerido por la misma.*

*Por lo tanto, los cálculos del Sr. Ripollés están sobrevalorados en 7,24 puntos.*

Se presenta dictamen pericial de parte, elaborado por el Sr. De la Cruz Bértolo, economista y auditor de cuentas, y con ello, con especialidad ajustada a la emisión del dictamen, describe todos y cada uno de los documentos tenidos en cuenta para la emisión de su dictamen, unido las del Sr. Ruiz de Huidobro y de la adjuntada al atestado de CNP.

Y el mencionado perito emite las siguientes conclusiones:

*A.- Concluimos que en lo que respecta a la adecuación de la baremación realizada por D. Antonio Pajares Ruiz esta se ajusta a las condiciones el Pliego, en su artículo 5.1. de "Análisis Técnico y Valoración". Se entiende que las hipótesis asumidas por este resultan ajustadas a criterios lógicos económicos, y añadimos que en aquellas cuestiones de carácter subjetivo el Sr. Pajares muestra la asunción de un escenario conservador que evite situaciones injustas para alguno de los concursantes. Asimismo, se entiende que el cálculo del pago al contado responde a criterios técnicos, que pretenden impedir una sobrevaloración del precio de la opción de compra (duplicando la importancia del precio de la opción de compra en otros apartados cuyo cálculo debería resultar independiente). Por lo tanto, la interpretación llevada a cabo por el Sr. Pajares en muchos casos deriva de criterios puramente objetivos, descritos en el propio Pliego, y en los casos en los que cabe una interpretación subjetiva el Sr. Pajares asume un escenario conservador.*

*B.- En relación a la aplicación de la baremación por parte de*

*D. José Antonio Ripollés Muñoz: Concluimos que la aplicación se ajusta a la baremación propuesta por el Sr. Pajares, y que en ningún caso la aplicación de dicha baremación presentada en el informe realizado por D. José Antonio Ripollés Muñoz se basa en criterios subjetivos que hubieran desvirtuado los resultados obtenidos en el mismo. Por tanto, se concluye que en ninguno de los puntos objeto de controversia se observa una aplicación subjetiva y expresa por parte del Sr. Ripollés para favorecer/perjudicar a alguna de las concursantes de la licitación en cuestión. Asimismo, se concluye asimismo que la puntuación responde a criterios lógicos-económicos, asumidos además tanto por parte del Pliego de Condiciones (que como establece dicho Pliego el licitador aceptó de forma incondicional en el momento en que presentó una propuesta), como por parte del Sr. Pajares al llevar a cabo su informe de baremación en relación al mismo.*

*C.- Valoración del informe pericial realizado por D. Pedro José Sánchez Valduesa con fecha 16 de septiembre de 2006. Tal como se ha demostrado, no es correcta.*

*D.- Valoración del Informe realizado por el perito judicial D. Luis Ruiz de Huidobro de Carlos. Tal como se ha demostrado, no es correcta.*

Resulta indiscutible que ambos peritos disponen de capacidad técnica y cualificación profesional suficiente para emitir el dictamen pericial, que han contado con toda la documentación existente y necesaria para alcanzar sus opiniones científicas, teniendo en cuenta la mayor imparcialidad del perito judicial, que fue designado sin conocer previamente a las partes y que emite su dictamen con total integridad. Ambos peritos alcanzan soluciones frontalmente contrarias, exponiendo matemáticamente las razones de su ciencia y su método lógico deductivo.

Si bien según el dictamen del Sr. Pajares, las ofertas desproporcionadas y temerarias como la de Noga, debían ser rechazadas, ab initio, tal y como también entienden otros miembros del Consejo, lo cierto es que con la puntuación de 0 puntos no se perjudicó a Noga, sino todo lo contrario, pese a la fórmula del Sr. Pajares y la interpretación personal del Sr. Ripollés. Pero ese actuar careció de efectos en el resultado. La interpretación de cero puntos, y no excluirla de la licitación, le

permitió seguir dentro del concurso y competir con el resto de apartados, cuestión que decidió por tanto la Mesa de Contratación, tal y como considera el perito que es competencia, y no de la fórmula matemática ni del Pliego, a pesar de los ejemplos antes expuestos de esta cláusula en la que se observa la exclusión ad limine. Se comparte la síntesis de que con la fórmula del Sr. Pajares y del Pliego, Noga se auto eliminó inicialmente con su oferta pecuniaria. En opinión del Sr. Pajares, la suma de NOGA suponía su auto descarte, y curiosamente en iguales términos se pronuncia el representante de Noga al declarar ante el Juzgado, al final de la misma, folio 3159, así como el Sr. Gil Pascual en el acto del plenario.

Y sobre la determinación del valor del precio de opción y la relevancia que en su caso podía obtener el sistema de pago, es decir, al contado o no, fue una decisión matemática y que no se recoge en el pliego, por tanto, no puede entenderse que exista desviación sobre el mismo. Se discute si la oferta de Sanma constituye precio al contado o precio aplazado, chocando hasta la saciedad sendos peritos manteniendo una y otra posición.

Considera el Sr. Ruiz de Huidobro que el Sr. Ripollés sobrevalora la oferta de Sanma en 7 ,24 puntos y se le pregunta por este Letrado si esta sobrevaloración alteraría el resultado del concurso y manifiesta: *Que entiende que sí, ya que ha de tenerse en cuenta la totalidad del informe de valoración y no solamente la valoración puramente económica, ya que el declarante considera que respecto de los demás conceptos de valoración que se contienen en el informe, en concreto programación y financiación, apoyo técnico, cualificación del ofertante, titularidad previa, el informe de valoración contiene errores manifiestos. Que esos errores están recogidos en la página 23 de su informe. Que el declarante considera que estos errores parten de la premisa de que no se han objetivado las estimaciones de las puntuaciones del resto de los criterios, pero sobre todo destacaría el tema de la titularidad previa, ya que si en el pliego de condiciones particulares dice que la finca está libre de cargas, se tiene que entender que sobre la misma no puede existir un derecho de superficie, que además debe estar inscrito pues este requisito tiene carácter constitutivo para que surta efecto".* Es por ello, que no se participa de la tesis del Letrado de la defensa del Sr. Ripollés de que en todo caso, y cambiando toda la valoración ganaría Sanma, dado que el Sr. Ruiz de

Huidobro lo que ultima es *“Que en relación a la puntuación de los criterios exclusivamente económicos, la sobrevaloración del Sr. Ripollés sin tener en cuenta el resto de los criterios de valoración que el declarante entiende subjetivos, no afectaría el resultado del concurso”*.

El perito judicial intenta justificar sus pretensiones, en base a otro pliego, por estimar que el aplicado al concurso no tiene justificación lógica económica, donde la mayor repercusión económica debe ser el criterio más valorado. Sobre este extremo, del carácter no especulativo de la operación y la realidad de este tipo de cláusulas en otros concursos, ya nos hemos pronunciado, y por ello, el perito judicial parte de un criterio interpretativo distinto de lo que constituye el alma y la sustancia de esta licitación, toda vez que el criterio economicista no fue el principal del Pliego, por la necesidad de un mejor traslado de la unidad alimentaria y por criterios políticos, no valorados por el perito. Tal es así, que al ser interrogado sobre los principios que han de regir el Pliego responde que debían ser diferentes, lo que sobrepasa el objeto de la pericial que ha de centrarse en el concurso convocado y sus normas.

Una de las cuestiones más debatidas, es si la oferta de Sanma contenía pago al contado en su totalidad o parte aplazado. El Sr. Ruiz de Huidobro se basa en la realidad del contrato posterior para entender que se trató de un pago aplazado, y que la puesta a disposición no es pago inmediato. Yerra el letrado del Sr. Ripollés cuando al aplicar la legislación de los contratos, sí considera aplicable la fórmula rebus sic stantibus, y sin embargo no los criterios de interpretación del 1281 y ss., especialmente el 1282 del CC cuando preceptúa que: “para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”. Y es por ello, que el Sr. Ruiz de Huidobro, como hace el perito de parte interpretan todo teniendo en cuenta el devenir posterior. En la fecha de la mesa de contratación se desconocía el contenido del contrato exacto del Sr. Mellet y Sanma de febrero de 2006, así como tampoco cómo iba a evolucionar el mercado inmobiliario. Y sólo se dispuso de las ofertas de las partes. El Sr. Ripollés, no jurista, si economista, interpreta que un millón seiscientos era al contado y el resto en el momento en que por Mercasevilla se le requiriera. Y en la misma opinión alcanza el Sr. Cortes de la

Cruz, que entendió que no se puede considerar cantidad aplazada, y que la transcripción de "dejar "a requerimiento de Mercasevilla", es una redacción confusa". Justifica su interpretación el Sr. Ripollés por la Ley de Sociedades, al no estar sujeto a plazo ni a condición, tal y como afirma su defensa. Y en idéntico sentido se valora por la defensa del Sr. Manzano, dado que, quedando el resto del precio, tres millones cuatrocientos mil euros (3.400.000,000), más quinientos cuarenta y cuatro mil euros (544.000,000) en concepto de IVA, a disposición de Mercasevilla, S.A para proceder a su abono en el momento que sea requerido por la misma, debe ser considerado pago al contado.

Se comparte la interpretación del Sr. Cortés de la Cruz de la indeterminación en la fórmula empleada por Sanma, si bien hay que entender cómo él mismo manifestó en el acto del plenario que se puede concebir como pago al contado. De este apartado de la oferta se deduce que el pago de la prima no queda sometido a plazo ni a condición, sino a la voluntad de la receptora de la oferta, Mercasevilla, quedando obligada Sanma a abonarle la prima cuando le requiriese, sin demora ni plazo, ni condición alguna, quedando inmediatamente a disposición de Mercasevilla. Y así lo interpretó el Sr. Ripollés, el Letrado del Estado, y si puede ser objeto de apreciación jurídica distinta, no implica intención o maquinación para defraudar. Y la misma conclusión económica alcanza el Sr. Gil Pascual, quien afirma y reitera que se trata de un pago al contado, y que en Instrucción existió una ligera discusión con el Órgano Instructor, respecto a este tema.

En relación al Informe del Sr. Pajares no se aportaba ninguna "mejora" en su fórmula, si indicaba que se debería realizar mediante la asignación de pesos específicos, resultando que las valoraciones obtenidas, en este apartado son llevadas a cabo por el Sr. Ripollés. Entiende el perito judicial que el cálculo realizado para determinar los pesos es erróneo, pues han sido estimados sobre los coeficientes de mejora en lugar de los importes; y en base a este criterio económico hace a Sanma ganadora. (pág. 15524, valoración conjunta de interpretación de mejora, opción de compra y precio).

Y el perito judicial elabora un cuadro según criterios economicistas, y no en el pliego, centrándose en la necesidad de una mejor puntuación al mayor precio, interpretación distinta del

sistema de pago, de las mejoras, y todo ello, hubiese cambiado la adjudicación del licitador del concurso; pero ello implicaría un Pliego distinto y un concurso diferente. Y adjunta cuadro, según sus valoraciones de forma comparativa:

Nº Orden	Licitador	Total 5.1 (3.1)				Resto criterios					Gran total			
		Opción compra	Precio cv	Mejoras	Total	5,2 (3.2)	5.3 (3,3)	5,4 (3.4)	5.5 (3.5)	5.6 (3.6)	Subtotal	Puntos según Perito	Sr. Ripollés	Diferencia
1	C. Juan Robles, S.A.	0,75	13,24	0,00	<b>13,99</b>	0,00	0,00	0,00	1,00	0,00	<b>1,00</b>	<b>14,99</b>	19,31	-4,32
2	C. A. Larios, S.A.	0,80	13,24	0,00	<b>14,04</b>	3,00	1,50	0,00	6,00	0,00	<b>10,50</b>	<b>24,54</b>	33,39	-8,86
3	Landscape Espais P., S.A.	0,96	14,56	0,00	<b>15,52</b>	10,50	11,00	0,00	7,00	5,00	<b>33,60</b>	<b>49,02</b>	56,50	-7,48
4	Edamar, S.A.	1,11	13,87	0,00	<b>14,98</b>	3,00	3,00	0,00	3,00	0,00	<b>9,00</b>	<b>23,98</b>	29,81	-5,83
5	Prasa	1,27	13,24	0,00	<b>14,51</b>	3,00	2,00	0,00	9,00	0,00	<b>14,00</b>	<b>28,51</b>	37,06	-8,54
6	Realla Business, S.A.	1,27	13,49	0,00	<b>14,76</b>	6,00	5,00	0,00	6,50	0,00	<b>17,50</b>	<b>32,26</b>	37,57	-5,31
7	Sanma, S.A.	1,61	13,36	3,34	<b>18,31</b>	12,00	13,00	7,00	8,00	9,00	<b>49,00</b>	<b>67,31</b>	77,53	-10,32
8	G.I. Noga, S.A.U. (1)	10,00	29,00	10,00	<b>40,00</b>	9,00	10,00	0,00	10,00	5,00	<b>34,00</b>	<b>74,00</b>	54,00	20,00

Y para justificar este cuadro adjunta otro en el que se especifica:

Nº Orden	Licitador	Opción compra	Precio compraventa	Mejoras	Total	Puntos según Perito
1	C. Juan Robles, S.A.	2.400.000,00	105.000.000,00	0,00	105.000.000,00	<b>14,99</b>
2	C. A. Larios, S.A.	2.400.000,00	105.000.000,00	0,00	105.000.000,00	<b>24,54</b>
3	Landscape Espais P., S.A	3.000.000,00	115.500.000,00	0,00	115.500.000,00	<b>49,02</b>
4	Edamar, S.A.	3.500.000,00	110.000.000,00	0,00	110.000.000,00	<b>23,98</b>
5	Prasa	3.800.000,00	105.000.000,00	0,00	105.000.000,00	<b>28,51</b>
6	Realla Business, S.A.	4.000.000,00	107.000.000,00	0,00	107.000.000,00	<b>32,26</b>
7	Sanma, S.A.	5.000.000,00	106.000.000,00	265.000,00	106.265.000,00	<b>67,31</b>
8	G.I. Noga, S.A.U. (1)	30.000.000,00	158.633.305,00	793.166,53	159.426.471,53	<b>74,00</b>

Teniendo en cuenta los criterios desiguales, que según él debían haber imperado en el concurso, Sanma alcanza el segundo lugar, dejando a Lanscape en tercero, y Noga como ganadora. Es decir, sin aplicación de la limitación al alza, en base a los nuevos criterios que según el perito son ajustados a la lógica, Sanma quedaría tras Noga, quien por la cláusula legal descrita se auto eliminó, ope Pliego, sin que sea factible elaborar un dictamen sobre criterios distintos a los que operaron en la licitación. Con independencia del contrato de 23 de febrero y el calendario de pago previsto, que el sr, Ripollés no pudo adivinar.

Respecto a la de titularidades previas nos hemos pronunciado y no se comparten los argumentos del perito sobre la no puntuación, tal y como se ha recogido anteriormente,

siendo una cuestión que escapa de su objeto de pericia.

En relación a la cláusula social, sólo sintetiza que debía haberse objetivado los criterios específicos a valorar, rematando el perito, la ausencia de baremación en cada punto, otorgándose en el Pliego un máximo y un mínimo sin fijar concretamente los criterios que debían ser aplicados para entenderse incluido en uno u otro extremo del segmento. Si bien, ello es cierto, constituye la razón del empleo de técnicos diversos para su interpretación.

El Sr. Ruiz de Huidobro a preguntas de las defensas, admite que valorando únicamente los aspectos económicos y con el mismo pliego, volvería a ganar Sanma, si bien hay que tener en cuenta todos los aspectos del concurso, aunque aclarando que para alcanzar sus conclusiones económicas habría que cambiar las condiciones del concurso.

Destaca la testifical del Sr. Gil, que como economista de Mercasa, resulta un testigo trascendental, quien concluye que en esta operación se coordinaron los criterios economicistas y políticos, de ahí que Mercasa corrigiera las valoraciones en los diversos criterios empleados en la adjudicación.

En cuanto a la valoración de la fórmula social, en todas las declaraciones, incluida la del Sr. Ripollés, y las acusaciones equiparan la de Sanma a las restantes, calificándola como cuasi idénticas, sin que la Sra. Bustamante haya podido dar respuesta al porqué la valoró por encima de las demás. Pero el resultado hubiere sido el mismo. Y ello, sin perjuicio de la anomalía permitida por todos los miembros de la mesa de contratación de no hacer constar incluido su Presidente, el Sr. Crespo, de la inexistencia de la meritada fundación, y de lo sorprendente del actuar de Sanma en este punto.

Se especifica de manera incidental que la cláusula de la oferta técnica también beneficiaba a Sanma, dado que al mantener contactos desde mayo de 2005 y el interés de Mercasevilla del traslado, tuvo más tiempo para elaborar los informes o dictámenes técnicos. Sin embargo, Noga, a través del Sr. Lacasa expuso en el acto del plenario que llevó cabo una oferta de concurso con total seriedad, aportando todos los dictámenes e informes precisos, sin que apreciara falta de

tiempo para poder practicar una oferta con posibilidad de ganar. Era por todos conocidos el traslado de los "suelos" de Mercasevilla. Al respecto ya se aventuró por el Sr. Cortés De La Cruz la trascendencia de este punto, dado que "como quiera, que se trataba de una operación vinculada al traslado de la nueva sede de la Unidad Alimentaria, se consideró adecuado que la empresa que participara en el concurso, se comprometiera a asesorar en el referido traslado."

Y todo ello, llegamos, tras valorar la prueba indiciaria, conforme a los parámetros de la STS de 24 de noviembre de 2015, *STC 229/2003, de 18 de diciembre STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio , STC 148/2009, STC 126/2011, y la de 27 de julio de 2015, STS 555/2014, de 10 de julio o STS 744/2013, de 14 de octubre , en la STS 861/2013, de 19 de noviembre.*

Los indicios esgrimidos por las acusaciones no son suficientes, y no han sido objeto de prueba directa. Reiteramos, no se ha practicado prueba pericial grafológica para conocer los datos manuscritos para concretar su autor; así como tampoco la procedencia y dirección de los correos electrónicos, en aquellos en los que no existe constancia, y no han sido reconocidos ni directa ni indirectamente; ni tampoco si el contenido de los correos se corresponde con un documento adjuntado al mismo, (Word), dado que si bien el agente de UCO aclaró que según el sistema informático no siempre existe constancia gráfica, no se aprecia absoluta constatación de que a los correos electrónicos les siguiera el documento que aparece subsiguiente impreso, más allá de aquellos que han sido admitidos por unos u otros.

Tampoco se ha recibido declaración testifical a restantes miembros o testigos de la reunión entre el Sr. Pardal y el Sr. Castaño para unir a Sanma y Mercasevilla, que pruebe ese "concierto", sin que baste la mera contratación posterior más de un año más tarde al Sr. Castaño, ni las relaciones previas de unos con otros antes de la decisión del concurso. No se ha podido conocer los contactos posteriores entre Sanma y Mercasevilla, salvo en lo relativo a Fundación Mercasevilla, sin

que se haya practicado prueba alguna que nos permitiera determinar el autor de la filtración, si es funcionario o no. No consta declaración del imputado, testigo o cualquier otra persona interviniente en el proceso que indique haber recibido instrucción u orden alguna con objeto de favorecer o entender que debía ser concedida el contrato a la entidad Sanma.

No afecta a la actuación de la mesa de contratación la declaración del Sr. Lacasa ni del Sr. Barba, en torno a las declaraciones espontáneas del Sr. Ripollés, especialmente si tenemos en cuenta también la declaración de la Sra. Giraldo, y la ausencia de conocimiento por parte del Sr. Lacasa.

El Sr. Gil Pascual, uno de los testigos que mayor credibilidad mostró en el acto del plenario, dado que desde un inicio admitió hechos de cargo o de descargo, sin que intentara desvincularse de la operación, sin las lagunas memorísticas que presentaron otros, y con un relato espontáneo y veraz, especificó los criterios que se habían empleado, recordando sus manifestaciones ante el Juzgado Instructor, resaltando que en la acción sinalagmática no advirtió, ni antes ni después por los acusados inclinación hacia uno u otro ofertante, y que las únicas indicaciones de Mercasa, unida a las que constan en el borrador, fueron la indicación de que el inmueble no estaba “libre de cargas”, sin que mostraran ninguna otra objeción. No tiene inconvenientes en aclarar que el Sr. Mellet llevaba cabo daciones de cuenta mensuales con aprobación de cuentas auditadas. Y para acreditar esta objetividad, el Sr. Braojos admite que se tramitó todo el expediente administrativo ante el Ayuntamiento, adjuntando toda la documentación, incluida las tasaciones del suelo, ratificando su informe de los folios 1579 y ss., siendo votado en el Pleno del Excmo. Ayuntamiento por unanimidad, previo informe de la Comisión de Hacienda (f. 1585).

**3.º QUE LA INTERVENCIÓN SE REALICE EXPRESAMENTE EN LAS MATERIAS QUE SE ENUNCIAN EN EL TIPO PENAL, ES DECIR, EN ALGUNOS DE LOS ACTOS DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN.**

En este punto, la defensa del Sr. Rodrigo Torrijos y del Sr. Sánchez Manzano esgrimen la misma sentencia para intentar

justificar que la opción de compra de febrero de 2006 se encuentra fuera de los márgenes del tipo del 436 del CP.

Y lo justifican de la siguiente manera: *“Los contratos públicos son los contratos de obras, contratos de suministros, contrato consultoría y asistencia, y de servicios (art. 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RD-L 2/2000, de 16 de junio, en vigor al tiempo de los hechos). El derecho de opción de compra y la compraventa son contratos de naturaleza privada (art. 5.3 de la Ley de Contratos). Así se hace constar expresamente en el Informe de 3 de octubre de 2005 del Sr. Secretario General del Ayuntamiento cuando se pronuncia sobre el derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla (F. 1615 y ss.). Y a tal efecto se apoya por la sentencia de la Ilma. A.P. de Zaragoza en Sentencia 35/2014, de 10 de febrero: “no es Administración pública sino una sociedad mercantil que se rige por el Derecho Mercantil y actúa en régimen de empresa privada”. Y se rechaza la calificación de delito de fraude del art. 436 CP: “... En esta venta no existe el menor indicio de delito fraude aunque el precio fuera meramente simbólico y aunque no hubiera concurso o subasta alguna.... Ya hemos explicado que los tres acusados en la SUMM, aunque fuera Alcalde de Mallén uno y concejales de Mallén los otros dos, actuaban en estas ventas, no como autoridades públicas o funcionarios públicos, sino como miembros del Consejo de Administración de una Sociedad Mercantil sujeta al Derecho Mercantil y al Derecho Privado en su funcionamiento y contratación.” Esta Sentencia fue confirmada por la Sala Segunda del T.S., Sentencia núm. 815/2014 de 24 de noviembre, RJ/2015/24: “...Una vez que la sociedad municipalizada ostenta la propiedad de tales parcelas que ha de poner en el mercado de forma ventajosa para promover el trabajo en la comarca, ha de hacerlo ciertamente de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia, pero los actos concretos mediante los cuales una sociedad mercantil enajena suelo público, a través de una escritura pública de compraventa no pueden considerarse actos administrativos”.*

Si bien la sentencia del TS se está refiriendo únicamente al delito de prevaricación, y concreta que : *“Una vez que la sociedad municipalizada ostenta la propiedad de tales parcelas que ha de poner en el mercado de forma ventajosa para promover el trabajo en la comarca, ha de hacerlo ciertamente de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia, pero los actos concretos*

mediante los cuales una sociedad mercantil enajena suelo público, a través de una escritura pública de compraventa, no pueden considerarse propiamente como actos administrativos, puesto que: o bien encubren una malversación de caudales públicos (por su procedencia municipal), si concurren los demás requisitos de tal tipo penal, o bien ha de serles aplicable el régimen jurídico de los delitos societarios, o bien los puros delitos patrimoniales, como el de apropiación indebida o de administración fraudulenta, si fuera ese el caso, como tales sociedades mercantiles.”.

Y esa sentencia se refiere a la consideración o no de una escritura pública como un acto administrativo, dado que al efecto de considerar como un acto administrativo la propia escritura pública de enajenación, hemos dicho (STS 340/2012, de 30 de abril), que difícilmente una escritura pública formalizada ante notario, desarrollo ejecutivo de un acto de contratación (que ese era el caso), ya finalizado en vía administrativa, por la teoría de los actos separables. Es más en esa misma causa a la que se refiere la defensa del Sr. Rodrigo Torrijos y Sánchez Manzano, la sentencia de la Ilma. AP de Zaragoza no analiza el delito del art. 436 del CP, toda vez que trata de un presupuesto base (junto a la legislación aragonesa) y es que la empresa referida es una sociedad que se rige por el derecho mercantil y actúa en régimen de empresa privada, tal y como expresa y expone paladinamente el ante citado artículo 247 del Reglamento de Aragón en Decreto 347/2002, de fecha 19-11-2001 sobre bienes, servicios, actividades y obras de las entidades locales. Y en el presente caso, sobre la naturaleza pública de Mercasevilla ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

Y la sentencia del TS que casa la de Ilma. AP de Zaragoza llega a especificar que por tanto, no se trata de un acto administrativo, toda vez que es la ejecución de la resolución sometida a la legislación administrativa, y por ello se trata de un delito de prevaricación sin perjuicio de que podría haberse analizado el delito de malversación o en su caso delito societario según la naturaleza de la entidad. Por tanto, el tema nuclear se residencia, no tanto si es, o no, ilícita tal venta, incluso delictiva, sino si lo fue a título de delito de prevaricación, continuando: “Y desde este plano, hemos de señalar que el delito de prevaricación no puede encontrarse en el propio procedimiento aplicado para la enajenación de los bienes cedidos inicialmente para la promoción de un polígono industrial. Una vez que la sociedad municipalizada ostenta la propiedad de tales parcelas que ha de poner en el

mercado de forma ventajosa para promover el trabajo en la comarca, ha de hacerlo ciertamente de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia, pero los actos concretos mediante los cuales una sociedad mercantil enajena suelo público, a través de una escritura pública de compraventa, no pueden considerarse propiamente como actos administrativos, puesto que: o bien encubren una malversación de caudales públicos (por su procedencia municipal), si concurren los demás requisitos de tal tipo penal, o bien ha de serles aplicable el régimen jurídico de los delitos societarios, o bien los puros delitos patrimoniales, como el de apropiación indebida o de administración fraudulenta, si fuera ese el caso, como tales sociedades mercantiles. Y al efecto de considerar como un acto administrativo la propia escritura pública de enajenación, hemos dicho ( STS 340/2012, de 30 de abril ), que difícilmente una escritura pública formalizada ante notario, desarrollo ejecutivo de un acto de contratación (que ese era el caso), ya finalizado en vía administrativa, por la teoría de los actos separables, plenamente consolidada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ( ad exemplum, Sección 5ª, de fecha 22 de abril de 1996, entre otras muchas), puede constituir una resolución administrativa, en los términos que exige el art. 404 del Código Penal . Dijimos también que resultaba evidente que las discrepancias resultantes de tal acto notarial, que no propiamente acto administrativo, han de ser resueltas en el ámbito del derecho privado. Y es que también hemos declarado en STS 857/2003, de 13 de junio, que una «resolución» es «un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio» (SSTS 877/1995, de 14 de julio y 190/1999, de 12 de febrero). La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42, 1), y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento administrativo. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada».

Sin embargo, analizada la citada sentencia, estudia el delito de prevaricación, rechazando la posibilidad de subsunción por la teoría de los actos separables, entendiendo que el contrato es la ejecución del verdadero acto administrativo, subrayando el TS que

el hecho podría haber sido incluido dentro del malversación, o en su caso societario si fuera una sociedad mercantil, según la naturaleza de la empresa y del suelo.

Y en este punto se comparte lo expuesto por la defensa de Mercasevilla, respecto a que la sentencia del TS de 8 de febrero de 2017 regula un caso similar en sus presupuestos, especialmente cuando a la misma sentencia incluso valora enajenaciones anteriores llevadas a cabo por la empresa pública mediante venta directa inicialmente, sin que ello sirva de justificación para la aplicación o no de la DA 6, y a los principios de publicidad y concurrencia. Y en esa misma sentencia se analiza el contrato de compraventa de unos terrenos y lo incluye dentro de la contratación administrativa, hasta el extremo de que confirma este tipo penal a pesar de tratarse de compraventa y no lo reduce al ámbito privado y por ende fuera del 436 del CP. Y tal es así, que dispone la citada sentencia: *"En cuanto al sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades, estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 , para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". El Derecho Penal -concluye la Sentencia 149/2005 - no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales"*

Resulta de gran trascendencia la STS de 27 de julio de 2015: "Ambos se refieren al delito de fraude a la administración. En el primero se denuncia ex artículo 852 LECrim. la vulneración del artículo 25 de la Constitución, principio de legalidad, al condenarse por hechos atípicos. En el segundo, brevísimo, ex artículo 849.1 LECrim, se aduce aplicación indebida del artículo 436 CP.

1. En el primero de los motivos, al hilo de la reivindicación del principio de legalidad, se sostiene su vulneración por cuanto se afirma que "los convenios de permuta no son una modalidad de contratación pública por expresa exclusión legal. Son contratos privados celebrados por un ente público", con cita del artículo 4º p), del Real Decreto Ley 3/2011, de 14/11, por el que se publica el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP); en el segundo motivo, se insiste en alegaciones del motivo centésimo vigésimo cuarto, ajenidad del acusado a la Comisión de Gobierno, así como la no existencia de contratación pública que se denuncia en el motivo centésimo vigésimo quinto.

2.1. Sobre la exclusión de la permuta como una modalidad de contratación pública y su consideración como un contrato privado celebrado por un ente público, lo que determinaría su atipicidad, en la medida que el art. 436 constituye una norma en blanco que debe ser completada por la legislación en materia de contratos del sector público, debemos señalar que una cosa es la no aplicación a la permuta de la LCSP y otra distinta que fuera de la misma no existan otras modalidades de contratación pública como los actos sujetos a la legislación patrimonial correspondiente realizados por los entes públicos. El art. 4.1.p) excluye ciertamente la aplicación a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre inmuebles...

La LCSP contiene la regulación de las modalidades de contratación pública como son los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público (artículo 5). Sin embargo, existen otras modalidades de contratación pública, como son los contratos privados realizados por las administraciones públicas que están excluidos de la LCSP y regulados en las leyes administrativas que disciplinan el patrimonio público sin perjuicio

*de que los efectos y ejecución de dichos contratos puedan estar también disciplinados el Código Civil. Así, el artículo 110 de la Ley 33/2003, sobre Patrimonio de las Administraciones públicas establece: " 1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta ley y las normas de derecho privado."*

De todo ello se desprende que cuando el art. 436 CP se refiere a "... los actos de las modalidades de contratación pública ...", a efectos penales (arts. 10.1 LOPJ y 3 LECrim.) deben integrarse desde luego en dicho sintagma los contratos otorgados por los entes o administraciones públicas con independencia de que su fuente normativa sea la LCSP u otras normas que regulan la disposición de bienes por dichos entes."

*El sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: " Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, posterior a los hechos aquí enjuiciados, dio una nueva redacción a este regla : "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".*

Ya se ha determinado la naturaleza de Mercasevilla, así como la consideración de funcionarios públicos, siendo admitido tal calificación incluso por el Sr. Mellet cuando subraya la necesidad de desafectación de los terrenos, tal y como lo hace en el Consejo de 30 de noviembre de 2005. Basta también con ver, el borrador de convenio entre Mercasevilla y la Gerencia de Urbanismo para garantizar la continuidad de la prestación de servicios de Mercasevilla, con motivo de la recalificación realizada por el Ayuntamiento de Sevilla para la aprobación inicial del nuevo Plan General de Ordenación Urbanística, especificando que a pesar de tratarse de terrenos que fueron previamente expropiados, y ahora propiedad de una Empresa Pública, han de regir su contratación, incluida la compraventa por la DA 6, y que tal y como ha expuesto la sentencia del TS antes citada, más novedosas que la esgrimida por las partes es entiende que : “De todo ello se desprende que cuando el art. 436 CP se refiere a “... los actos de las modalidades de contratación pública ...”, a efectos penales ( arts. 10.1 LOPJ y 3 LECrim .) deben integrarse desde luego en dicho sintagma los contratos otorgados por los entes o administraciones públicas con independencia de que su fuente normativa sea la LCSP u otras normas que regulan la disposición de bienes por dichos entes”. Y por ello se somete al ámbito de aplicación del meritado artículo.

**4.º FINALMENTE, QUE ESTA CONCERTACIÓN BUSQUE DEFRAUDAR AL ESTADO, LO QUE EQUIVALE A PERJUDICAR ECONÓMICAMENTE A LA ENTIDAD PARA LA QUE EL FUNCIONARIO PRESTA SUS SERVICIOS.**

*La STS de 7 de julio de 2016: “Los argumentos que abonarían a la absolución de la acusada se concretan en la inexistencia del ánimo de defraudar, considerando que los tratos de favor quedan excluidos de la aplicación del tipo. Consiguientemente si el beneficio buscado es el usual en el mercado, como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial normal, la conducta será atípica. Antes de la reforma de 22 de junio de 2010 (L.O. 5/2010) el art. 436 C.P. no incluía como sujetos agentes a los particulares que se concertaban como responsables del delito, como lo están ahora. Los hechos se cometieron en 2005 y 2006, en cuyo caso se plantea el problema de la legislación a aplicar, si han actuado los particulares en cooperación necesaria con el funcionario o autoridad que*

*representa a la administración. Por último, nos dice que no existió perjuicio de ningún tipo ni efectivo ni pretendido, pues la arquitecta del Consell Insular de Mallorca dictaminó que el precio pagado por las sillas fue de mercado, conforme a dicho informe. Así lo establecen los hechos probados, que además añaden: "... Dicho precio era realmente el de mercado. (...) la conducta es atípica porque falta el elemento objetivo del perjuicio a la administración o el proyecto de causarlo. Habíamos dicho respecto al otro recurrente, que el precio de los contratos era de mercado, por los dictámenes periciales y por las demás pruebas, al declarar acreditado el Tribunal de instancia, explicitado por dos veces en el factum, que dicho precio era realmente de mercado. (...)"*

Y la STS de 8 de febrero de 2017: *"Respecto al delito de fraude a la administración, por el contrario, la tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración, y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos, encargados de un proceso de contratación pública que se conciertan con interesados en la actuación administrativa. Se trata de una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición "para", describiendo la finalidad pretendida. En términos de la STS 682/1998, de 19 de mayo, "La defraudación consiste siempre en el quebrantamiento de una especial relación de confianza... no requiere que el funcionario se hay enriqueciendo personalmente, ni que el Estado haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consume por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio del Estado. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio estatal frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo". En esta tipicidad no es precisa la efectiva realización del perjuicio, sino su persecución, y a esa declaración de concurrencia puede llegarse a partir de una prueba directa que acredite, por ejemplo, la venta por debajo de un precio procedente, o a través de un análisis de la situación concurrente en el hecho del que resulta esa intención, pudiendo darse la situación en que persiguiendo esa finalidad, la realidad, por variadas causas pueda ser distinta e, incluso, el precio satisfecho fuera superior al de mercado,*

*pues lo relevante es la finalidad pretendida y el riesgo generado. (...) Por otra parte, y como señalamos anteriormente, (nos remitimos a los Fundamentos primero y tercero de esta Sentencia) la consecución de un perjuicio para la administración, como elemento que guía la conducta de los sujetos concertados entre sí puede ser acreditado por distintas vías, entre ellas la de valoración de lo dejado de percibir, pero también a partir de un juicio crítico del tribunal para tener por acreditado esa intención de fraude, que como requisito de la tipicidad hace que el delito participe de los denominados delitos de mera actividad que no requieren la realización de un perjuicio efectivo. El tribunal ha dispuesto de datos que permiten afirmar la lógica de la connivencia para defraudar a partir de las consideraciones que expone, desde el precio de la venta posterior, hasta la realización de una venta con las irregularidades que se declara. (...) Hemos de reiterar lo que dijimos en el fundamento primero de esta Sentencia. El delito del art. 436 es un delito de mera actividad para cuya realización basta la actuación realizada con la intención de defraudar a la administración. No requiere efectiva causación de daño patrimonial aunque si es preciso concretar objetivamente ese concierto así como su efecto perjudicial para el erario público. Como dijimos en la STS 607/2016, de 7 de julio, "cosa distinta es que se consume o no, pero aun simplemente proyectado, debe ser objeto de un dictamen pericial o juicio crítico del juzgador que permita dar por probado que el proyecto o intento de defraudar, constituía un verdadero fraude (perjuicio patrimonial consecuencia de un engaño o maquinación engañosa)". (...) El tipo penal, ya se dijo anteriormente, no requiere un efectivo perjuicio, sino una confabulación dirigida al perjuicio. Ese requisito de la tipicidad resulta del relato fáctico en la medida, se afirma en el hecho, que los acusados promueven la venta del inmueble bajo unos datos de carácter fáctico irreales"*

No se ha acreditado actuación alguna destinada a perjudicar o defraudar a Mercasevilla, como entidad mixta municipal. Ya en el apartado relativo al precio de salida se ha expuesto de forma clara que el precio obtenido se encuentra dentro de los márgenes del mercado, con lo que no ha existido ni de manera abstracta ni real perjuicio a la entidad, y si bien este no es un presupuesto esencial, si lo es indiciario.

La sentencia del Excmo. TS de 7 de julio concreta que si el beneficio buscado es el usual en el mercado, como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial normal, la conducta será

atípica, porque falta el elemento objetivo del perjuicio a la administración o el proyecto de causarlo. No requiere efectiva causación de daño patrimonial aunque si es preciso concretar objetivamente ese concierto así como su efecto perjudicial para el erario público, y aquí no existe siquiera daño potencial; Y si en la posterior 8 de febrero de 2017 el TS afina más en los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, basta ver a lo largo de la actuación que no existe prueba de actuación dirigida a defraudar a la Administración. dado que la cláusula de limitación al alza y precio de salida, únicas que podrían tenerse en cuenta, junto a la fórmula matemática, son plenamente legales, y utilizadas en numerosos pliegos en los que existe suelo público no destinado únicamente a la especulación. Y la defensa del Sr. Sánchez Domínguez basa su argumentación en tal extremo, en concretar un perjuicio, entendiendo que vender un activo por su valor de mercado no puede ser considerado como integrante del tipo, al producirse el contrato dentro de la banda permitida por las tasaciones.

Y ello no quiere decir, que no podría haber concurrido alguna otra infracción penal, cuyo análisis no procede en virtud del principio acusatorio.

### **5.- A modo de conclusión,**

La acusación particular de Asociación de Frutas admite que a lo largo de la Instrucción y del acto del plenario no ha existido prueba directa alguna que permita conllevar a una sentencia condenatoria, concluyendo la necesidad de valorar la prueba indiciaria con un método deductivo específico, que conlleve a una condena, por entender que el concurso se trata de “un traje a medida” para Sando, con apariencia de legalidad.

Como expone la defensa del Sr. Castaño, “a los meros efectos dialécticos, encomendar o encargar la redacción del pliego de condiciones es un mero acto ejecutivo de lo decidido en el seno de Mercasevilla”, y esto es así, dado que desde un inicio ha existido un pleno conocimiento y participación de todos y cada uno de los miembros de los órganos de Mercasevilla, acusados o no. Si bien, no basta con afirmar que el autor del Pliego es el Consejo de Administración en reunión de 30 de noviembre de 2005, ni puede compartirse otros argumentos sobre el bando de los “buenos” y el de los “malos”, la responsabilidad penal es personal,

independiente de la aprobación por Consejo o Junta.

Mercasevilla, en pleno, con todos sus miembros aceptaron en su Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre un Pliego que reunía las cláusulas específicamente impugnadas, con escasas (y no estas) modificaciones, el día 30 fue aprobado por el Consejo de Administración, y la Junta, uniéndose el Pliego definitivamente aprobado, y si existían o no diferencias eran conocidos por todos, ya que los integrantes de la comisión Ejecutiva estaban en el Consejo de Administración y votaron a favor. Todo ello se incorporó y traslado al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, que contó con la unanimidad de los partidos políticos. Si bien, como expone la STS de 8 de febrero de 2017, las decisiones de órganos colegiados en los que los acusados sólo son unos más de entre los que conforman la voluntad del ente que actúa, lo que sin dejar de ser cierto, también lo es que la responsabilidad es personal y la enjuiciada es la de los acusados, no la de otros posibles autores del hecho, que no han sido acusados y en virtud del principio acusatorio no pueden ser examinados. Sin embargo, en este caso, todos y cada uno de los miembros de los órganos eran sabedores de lo que se estaba aprobando y bajo qué condiciones.

Es la propia acusación particular de Asociación quien entiende que otras personas podían estar también en esta causa como acusados, blandiendo como espada que existe prueba de que todo estaba preparado, enumerando bloque documental que considera suficiente para demostrar que existió concierto de forma "burda y torpe". Y el hecho de que no existan otros acusados no puede ser empleado por la defensa del Sr. Rodrigo Torrijos para considerar que su actuación fue conforme a derecho, dado que en este plenario sólo se puede analizar las conductas de aquellos que han resultado acusados, teniendo en cuenta la ausencia de peticiones de otras imputaciones por las defensas o en su caso decisión del Órgano Instructor (salvo las prescritas).

Esgrime la defensa del Sr. Mellet que: "Ninguna prueba existe de que confeccionaran un pliego a medida de los intereses de Sando puesto que las cláusulas contenidas en el pliego de condiciones al margen de tener todos los requisitos de legalidad, incluidas en numerosos concursos públicos, según ejemplos que obran a los folios 6931 a 7219, en concreto en los folios 6938, 6967, 6982, 7001 o 7157, entre otros muchos, fueron

públicas e iguales para todos los oferentes”; sin embargo, este Juzgador entiende que ello no afecta al tipo penal, porque podría concurrir un previo concierto (no acreditado), encubierto en cláusulas públicas.

Entiende esta misma defensa que se ha practicado a lo largo de la Instrucción una auténtica actuación prospectiva, que generó en ciertos testigos, temor a ser imputados, lo que afectó a su actuación procesal, especialmente cuando se comenzó con investigaciones por organización criminal, afectando también al personal de Urbanismo en cuanto a la licencia de Larena. No existe justificación alguna en este argumento de defensa, dado que el Juzgado de Instrucción comienza desgajando los documentos de los que dispone y es a partir de ahí, y con las declaraciones cuando efectúa imputaciones y posteriormente confiere traslado para acusación, previo examen de diversos tipos penales. Se adiciona que en la prueba testifical como figura procesal, quien se somete a ella tiene obligación de decir verdad, y por ninguna de las partes, ni en Instrucción ni en el plenario han solicitado se deduzca certificación de los autos y remisión a Instrucción por falso testimonio, a pesar de las valoraciones que llevan a cabo de ciertas declaraciones, incluidas las periciales; por lo que ese “temor” parece que nos les ha hecho merecedores de faltar a la verdad, teniendo en cuenta que las defensas sólo se refieren a un bloque de testigos para izar tal argumento, y nunca de aquellos que favorecen la tesis de los acusados.

Entiende la defensa de la Sra. Bustamante que se ha practicado una “deconstrucción” por el Órgano Instructor y a partir del resultado se ha conseguido la imputación de los aquí acusados, sin que encuentre motivo alguno de que la documental del Sr. Blanco Montenegro se presente en el año 2012, y las primeras declaraciones se practican en el año 2009. Con esta terminología culinaria se pretende justificar que las acusaciones partieron de una determinada teoría y a partir de ahí se buscaron los elementos indiciarios de investigación y de prueba. Si bien no puede alcanzarse esta misma solución, dado que desde un inicio, en Instrucción se parte de una serie de documental que se adjunta y con la misma, así como con declaraciones, se une atestado de CNP de 11 de noviembre de 2009 en la que ya se enlazan y conectan gran parte o casi la totalidad de los hechos objeto de estudio y análisis; y a partir de ahí se inicia la investigación instructora, sin que pueda entenderse ni se ha justificado, que a partir de una teoría final se construya toda la

acusación, sino al contrario, a partir de unos indicios se principia con un método lógico deductivo al auto de Proa y posteriormente al auto de AJO y la elevación de autos al Juzgado Penal.

Esgrime el Sr. Piñero que se trata de un delito imposible, en el sentido de que no puede existir un concierto o engaño por parte de los acusados a Mercasevilla, ni esta podía tener voluntad viciada, dada la cualificación profesional y técnica, y con ella del conocimiento económico y jurídico de los Sres. Braojos Corral, Gil Pascual, Cortés de la Cruz y Venancio Gutiérrez. No ha existido prueba que permita entender que ha existido ocultamiento por parte de los acusados al resto de miembros de Mercasevilla, del Pliego de Condiciones ni de ninguna otra circunstancia, dado que conocían el devenir de las negociaciones, lo aprobaron, sin que baste, simples evasivas para intentar justificar una posición distinta de los restos de miembros. Y el Sr. Gutiérrez Colomina afirma que todo fue remitido al Ayuntamiento de Sevilla, que quien realmente mandaba era el Ayuntamiento, y que en este procedimiento, y en la existencia de la relación previa con Sanma no existía conflicto de intereses (trato desigualitario), toda vez que si hubiere existido el Ayuntamiento hubiese actuado de manera inmediata.

Que las cláusulas fueron legales en su integridad, no hay duda alguna, y que el conjunto de ellas benefició a Sanma/Sando, sólo puede ser considerada desde la perspectiva del ganador de una operación pública, que cumple con todos los presupuestos exigidos, sin que ello implique que la entidad pública creara un concurso a imagen y semejanza de Sanma, y ello sin perjuicio de lo ya mencionado anteriormente en relación a la Fundación Mercasevilla. No existe prueba del concierto previo, dado que el trascendental documento recogido en los folios 10862 y ss. no consta que haya sido enviado por Sando en esa fecha, se trata de un documento manuscrito en su parte superior, sin que conste procedencia, receptor ni fecha, al no existir análisis de ninguno de los correos electrónicos de los acusados, ni ordenadores, ni pruebas periciales grafológicas. Lo mismo hay que decir de los folios 10982 y 10983, en el que aparecen anotaciones al margen, cuya autoría a fecha actual se desconoce.

Por mucho que el Sr. Mellet intenta atribuir estas negociaciones al Sr. Miró, lo cierto es que aparece a lo largo de la causa los contactos incesantes con el Sr. Flores y Sr. Rozados y la única constancia de un contacto durante la tramitación del

Pliego sólo señalan al Sr. Sánchez Manzano.

Las acusaciones desde el comienzo han intentado justificar el concierto maquiavélico entre las partes en una contratación pública para beneficiar a una determinada empresa privada, si bien, ninguna prueba ha ido destinada a demostrar que esas artimañas tenían como fin "defraudar a un ente público".

El hecho de que el delito no precise que se haya originado el daño y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumir la infracción es preciso, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto, así como su efecto perjudicial para el erario público. Cosa distinta es que se consume o no, pero aun simplemente proyectado, debe ser objeto de un dictamen pericial o juicio crítico del juzgador que permita dar por probado que el proyecto o intento de defraudar, constituía un verdadero fraude (perjuicio patrimonial consecuencia de un engaño o maquinación engañosa).

En este caso, basta con comprobar que no se ha practicado dictamen pericial alguno destinado a fijar el menoscabo potencial a la Entidad (defensa del Sr. Sánchez Domínguez) y desde el punto de vista deductivo jurídico el precio lo fue de mercado según tasaciones presentadas, sin que tampoco a lo largo de la Instrucción ni por las acusaciones se haya presentado otra tasación con valor distinto a aquél que sirvió al licitador para su adjudicación; ni ha quedado comprobado el intento de despojar a Mercasevilla de un posible beneficio, como consecuencia de una maquinación con Sando.

Insistimos, la acción típica consiste en el "concierto", esto es, ponerse de acuerdo con los interesados o especuladores, siendo preciso que efectivamente, se haya logrado el concierto, momento en que se produce la consumación delictiva. También es acción típica el uso de cualquier otro artificio, esto es, de alguna maquinación. En ambos casos, concierto o artificio junto con el dolo, se exige una intención final, esto es, la defraudar a Mercasevilla, cuyo logro no es preciso para la consumación ya que basta, como acaba de decirse, con el concierto. Trasladando lo anterior al caso de autos, nos podemos hallar más que meras sospechas, que no pueden elevarse a la categoría de indicios, de que tal operación pudiera abrigar como finalidad la de beneficiar a una determinada mercantil pero no la de defraudar al ente municipal, elemento finalístico exigido por el tipo penal, a través de un previo concierto entre los acusados del ente Público y

Sando/Sanma. Ni tampoco que se haya realizado una ilegal y arbitraria adjudicación de las parcelas de propiedad municipal prescindiendo de los legales sistemas de adjudicación.

Sando/Sanma, a través del Sr. Sánchez Manzano, ha contado inicialmente con información excepcional y directa, mantuvo contactos posteriores al menos a los solos efectos de conocer la existencia de la Fundación Mercasevilla y participar con ventaja, dado que se constituye en FP el día 30 de noviembre de 2005 y no antes, lo que podría haber afectado potencialmente al principio de igualdad en la concurrencia, si bien, queda probado que no afectó a la solución final; y ello, sin que en las actuaciones hayan demostrado qué funcionario público mantuvo los contactos favorecedores, o de qué manera tuvo conocimiento de ello, si fue a través de los contactos Letrados no acusados, o de otros miembros o participantes de Mercasevilla extraneus, y por ende, no funcionario. Pero, aun así, la actuación llevada a cabo por el no identificado en ningún momento tuvo por finalidad perjudicar al ente Público, y mucho menos para defraudarlo.

Y en la conducta típica existen dos partes, el funcionario como sujeto activo que infringe los deberes de lealtad que le vinculan a la entidad pública a la que sirve y el interesado con el que se concierta para defraudar a tal entidad pública, y hemos resumido que no existió concierto acreditado.

Reiteramos continúan las sospechas sobre la actuación de Sando, pero a pesar de lo largo de la Instrucción y del juicio no existen pruebas, no siendo suficiente la situación inicial excepcional por sus contactos previos y posteriores, pero no que iban destinados a defraudar a la Administración en beneficio de éstos, ni a demostrar el concierto. La decisión de tramitar el proceso de enajenación del bien inmueble con publicidad y concurrencia a través de un concurso por el procedimiento legal, con fijación de precio de mercado, con el establecimiento de garantías tendentes a evitar la especulación inmobiliaria, impide entender que nos hallemos ante el supuesto del art. 436 del CP.

Por este delito, procede sentencia absolutoria.

**SEXTO.-** El artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se

trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos ( art. 24 CP ) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ).

Continuamos con la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en relación a este tipo penal. Destaca la STS de 13 de febrero de 2017: *“Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, ( SSTS. Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010). Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario:*

- *En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.*
- *En segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal;*
- *En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal*

*entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;*

- o En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;*
- o Y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. (STS núm. 228/2013, de 22 de marzo)*

*(...) En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración , esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado ( STS. 443/2008 de 1 de julio). Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso*

*previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. Como se recordaba en el STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.*

La sentencia de 8 de febrero de 2017 en el acto de una venta de terrenos: *“Como hemos dicho en SSTs. 238/2013 de 22 de marzo y 426/2016 de 19 de mayo, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29 de septiembre - el artículo 404 del CP, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos ( art. 24 CP ), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe*

*estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, ( SSTs. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010). Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder,*

omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1.7 ). En definitiva será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.(...)señala el recurrente que las decisiones son de

órganos colegiados en los que el recurrente sólo es uno más de entre los que conforman la voluntad del ente que actúa, lo que sin dejar de ser cierto, también lo es que la responsabilidad es personal y la enjuiciada es la personal del acusado, no la de otros posibles autores del hecho. En todo caso, la sentencia sí refiere, respecto de otros miembros del órgano colegiado, que actuaron en la creencia de un actuar por parte de los acusados ofertando una venta bajo unas condiciones que mejoraban la anterior venta del Ayuntamiento a la empresa de propiedad municipal. Toda la argumentación de la sentencia va referida al cumplimiento por parte de la empresa de una apariencia de observancia de los principios de actuación de una empresa pública y así resulta de una valoración de la que se parte, y por la que cualquier oferta sería superior, por la presentación de tres ofertas que no se corresponden a una realidad empresarial, se trata de una apariencia de libre concurrencia, que sirvió para crear el artificio sobre la observancia de la norma. Otro tanto cabe señalar respecto de la inexistencia de un condicionamiento dirigido a garantizar el cumplimiento y revisar la especulación y a las vicisitudes en torno a la fijación del precio de venta del inmueble. De este cúmulo de circunstancias el tribunal afirma la connivencia de los acusados en la venta, dando apariencia de regularidad en su realización encubriendo, bajo esa apariencia, una actuación en la que se alza prima los intereses particulares frente a los del Ayuntamiento. (...) La actuación de este recurrente es prevaricadora porque dicta la resolución para ordenar el proceso de la venta de un inmueble sin atender a las exigencias de transparencia, que se detallan en la sentencia. Esa actuación se realiza bajo una apariencia de legalidad sin informar a los técnicos de la realidad subyacente, sin publicidad, y sin asegurar la libre concurrencia de donde resulta la connivencia entre los acusados, Ginés, Lorenzo, Rodrigo y José Pablo para asegurarse un beneficio a costa del que corresponden a la administración por la venta de solares de su propiedad y para ese concierto cada uno realiza su respectiva actuación. (...) Sobre la cuestión suscitada se ha pronunciado con reiteración esta Sala. Así en la Sentencia 149/2015, de 11 de marzo, afirmamos que la presencia de capital de carácter exclusivamente público no altera la naturaleza de la actuación de la empresa en el ámbito mercantil, pero sí condiciona las resoluciones sobre contratación, cuando se arriesgan fondos públicos. Por ello estas sociedades están sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de

contratación, y estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen desde la perspectiva del ámbito penal la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se dictan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación. En consecuencia, nos recuerda esta Sentencia para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo.

Los requisitos de la prevaricación en los supuestos de empresas de capital público son los siguientes: 1º) la condición funcional del sujeto activo, que puede atribuirse al Presidente o Consejero Delegado de una empresa de capital público, aunque ésta actúe en el mercado como empresa privada, si su nombramiento procede de una autoridad pública; 2º) que este sujeto dicte una resolución, en el sentido de un acto decisivo de carácter ejecutivo; 3º) que dicha resolución sea arbitraria, esto es, que se trate de un acto contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho; 4º) que se dicte en un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia; y 5º) "a sabiendas de la injusticia", lo que debe resultar del apartamiento de la resolución de toda justificación aceptable o razonable en la interpretación de la normativa aplicable. En

*cuanto al sometimiento a los expresados principios de publicidad y concurrencia en la contratación por parte de ese tipo de sociedades, estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La Disposición Adicional Sexta de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía: "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, dio una nueva redacción a esta regla: "Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". El Derecho Penal -concluye la Sentencia 149/2005- no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación.*

Igual se pronuncian las STS de 13 de febrero de 2017, 14 de marzo, 22 de marzo, 23 de marzo de 2017, 3 de junio y 11 de marzo de 2015.

**SÈPTIMO.-** Aclara el TS en su sentencia de 25 de

octubre de 2016, que *“Como hemos dicho en SSTs. 238/2013 de 22.3 y 426/2016 de 19.5, con cita auto TS. 49/2010 de 4.2, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29.9 - el artículo 404 del CP, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.”*

Con carácter previo a analizar el delito de prevaricación, hemos de decir, tanto en esta infracción penal como en las restantes, que los acusados, en el ejercicio legítimo de un derecho consagrado constitucionalmente han mantenido todos, sin que pueda excluirse a ninguno de ellos, salvo el Sr. Ripollés, siendo más destacable en el Sr. Mellet, un relato inconexo, llegando incluso a admitir desconocimientos en materias propias de su cargo, olvidando todo aquello que puede perjudicarlos, y recordando con exactitud todo lo que puede beneficiarles. Si bien, se trata de una posición jurídica consagrada en nuestra Carta Magna.

Más destacable resulta los recuerdos selectivos de los testigos Sr. Flores Ales y Sr. Rozados, que les hacen ser escasamente trascendentales en las resultas de este procedimiento, tanto a favor de aquellos para quienes trabajan

como para dar respuesta real en este procedimiento a lo realmente sucedido. Y reiteramos, sus testificales aportan escasos datos, a pesar del nivel jurídico que todos le atribuyen, llegando el segundo de ellos a resultarle difícil incluso poder reconocer o descartar escritos jurídicos emitidos por él, así como al segundo ubicar las negociaciones y poder concretar datos entre la relación de Sanma o Sando y Mercasevilla. Es por ello, que ambos muestran un relato incoherente, poco espontáneo, totalmente preparado, nada hilado y poco real.

Cesamos el fundamento jurídico segundo con la firma entre Sando y Mercasevilla y Larena de la subrogación del derecho de superficie, continuando en este con las negociaciones llevadas a cabo por ambas, más allá del derecho real.

Afirman todas las partes defensoras, en primer lugar, la necesidad de dictar sentencia absolutoria, por la indeterminación de las acusaciones en torno a la fijación de cuál es el acto o resolución administrativa que en su caso sería calificada como de "prevaricadora", si bien el Ministerio Fiscal lo centra en el contrato de opción de compra de 23 de febrero de 2006, separando la primera de las infracciones penales en su apartado a) y como prevaricación en el b) con la única mención al contrato de opción de compra, ajustando su acusación únicamente en este delito a Fernando Mellet y como cooperador necesario en concepto de extraneus a Luis Sánchez Manzano.

De las conclusiones provisionales de Mercasevilla a partir de su folio 2 contiene una secuencia temporal de lo acaecido desde el año 2003 hasta la culminación del contrato de opción de compra, decretando la acusación particular en su informe final literalmente que la prevaricación consiste en "la preparación ilícita del concurso público desde antes de la elaboración del pliego de condiciones, así como la introducción en el mismo de determinadas cláusulas incluidas para beneficiar a Sanma, que no aparecían en la reunión de la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre 2005 (a diferencia de lo que entiende inicialmente) donde se explicó el Pliego, sin entrar en el análisis de las cláusulas más controvertidas, al objeto de no levantar suspicacias en otros miembros de la misma -secretario Ayuntamiento, representantes Mercasa-, hasta la adjudicación del concurso de manera ilegal a favor de Sanma". Si adoptásemos la teoría de las defensas nos hallaríamos ante un delito continuado, salvo que acogamos la tesis de la acusación

particular de que desde la aprobación de la subrogación del derecho de superficie, todos los actos son preparatorios del iter criminis y desarrollo de una única acción destinada a alcanzar las resultas de la reunión de 15 de febrero de 2006 que finaliza en el contrato de 23 de febrero de 2006, siendo todos los anteriores desde noviembre de 2005 hasta febrero de 2006, sin solución de continuidad, un mismo acto, es decir, todos los actos administrativos preparatorios del acto de adjudicación.

Sendas acusaciones, pública y particular, parten de conceptos distintos en cuanto qué debe entenderse por resolución administrativa causante de la presunta prevaricación; sin que pueda aceptarse las tesis de las defensas de que nos encontramos ante indefensión por indeterminación en la acusación particular, sino que se trata de dos tesis diferentes sobre la resolución arbitraria aceptada por el Tribunal Supremo.

Y en este caso, el Ministerio Fiscal precisa que el acto de formalización del contrato de 23 de febrero de 2006 constituye el elemento esencial del tipo, y entiende que son autores sólo el Sr. Mellet y cooperador necesario el Sr. Sánchez Manzano, y la acusación particular lo extiende a todos los acusados en el presente procedimiento, como autores en concepto de intraneus y de extraneus.

Por tanto, comencemos con el estudio de si la firma del contrato de opción de compra de 23 de febrero de 2006, o en bien los actos hasta alcanzar la aprobación el día 15 de febrero de 2006 constituyen prevaricación:

- Los acusados Sr. Mellet, Domingo Enrique Castaño, Antonio Rodrigo, Gonzalo Crespo, Jorge Piñero, y María Victoria Bustamante tenían o no la condición funcional;
- Si el contrato o los actos preparatorios al de 23 de febrero es una resolución/o acto decisorio de carácter ejecutivo, como acto de adjudicación y todo el procedimiento para alcanzarlo;
- Si ese acto es o no contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado por la voluntad o el capricho;

- Si ese contrato ha sido la conclusión de un asunto administrativo, es decir, en una fase del proceso de decisión en la que sea imperativo respetar los principios propios de la actividad administrativa, y cuando se trata de un proceso de contratación que compromete caudales públicos, se respeten los principios administrativos, de publicidad y concurrencia;
- Y si ha existido o no el elemento del injusto de “a sabiendas de la injusticia”.

### **A.- SON LOS ACUSADOS AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO. POSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN DE EXTRANEUS EN ESTA INFRACCIÓN PENAL.**

En fundamentos anteriores hemos analizados los antecedentes cronológicos al acto de la firma del contrato de febrero de 2006 y el acta de la Comisión Ejecutiva, como actos previos a la firma del contrato de opción de compra de los suelos de Mercasevilla con Sanma, empresa del grupo Sando.

Ya hemos estudiado la naturaleza de Mercasevilla, así como el concepto amplio de funcionario público, sin que exista duda sobre que el Sr. Mellet, Sr. Castaño, Sr. Rodrigo, Sra. Bustamante y Sr. Crespo se integra dentro del concepto jurídico penal del art. 24 del CP, y el resto como extraneus, dado que no es factible integrar al Sr. Piñero dentro del concepto de funcionario, al tratarse junto al Sr. Ripollés de meros asesores externos que colaboraban de manera ocasional con Mercasevilla, aunque actuara el Sr. Piñero como Vicesecretario, sin voto alguno, como receptor de los argumentos internos de los miembros de Mercasevilla y redactor de las actas. Y los demás como representantes de Sanma en la relación jurídico bilateral, en concepto de extraneus.

### **B.- RESOLUCIÓN DICTADA EN UN ASUNTO ADMINISTRATIVO.**

Es aquí donde existen dos posiciones jurisprudenciales

diferentes en torno al concepto de la resolución administrativa y si el mismo incluye o no el contrato perfeccionador.

Concurren resoluciones que entienden que el contrato por el que se perfecciona todo el procedimiento administrativo es una mera ejecución de la auténtica resolución. Y así la sentencia del TS de 24 de noviembre de 2014 especifica que: *“Y al efecto de considerar como un acto administrativo la propia escritura pública de enajenación, hemos dicho ( STS 340/2012, de 30 de abril ), que difícilmente una escritura pública formalizada ante notario, desarrollo ejecutivo de un acto de contratación (que ese era el caso), ya finalizado en vía administrativa, por la teoría de los actos separables, plenamente consolidada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo ( ad exemplum, Sección 5ª, de fecha 22 de abril de 1996, entre otras muchas), puede constituir una resolución administrativa, en los términos que exige el art. 404 del Código Penal. Dijimos también que resultaba evidente que las discrepancias resultantes de tal acto notarial, que no propiamente acto administrativo, han de ser resueltas en el ámbito del derecho privado. Y es que también hemos declarado en STS 857/2003, de 13 de junio, que una «resolución» es «un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio» (SSTS 877/1995, de 14 de julio y 190/1999, de 12 de febrero”. Sentencia TS 18/2014 de 23 de enero que estableció que: “cabe decir que lo único que podría discutirse es si la misma -en cuanto decisión de contratar- es expresa y no meramente tácita. Así podría decirse si se estima que la suscripción del contrato es meramente ejecutiva de aquella decisión y no el acto administrativo que “resuelve” contratar a la coacusada absuelta. Pero lo que resulta inadmisibile es la errónea confusión entre resolución tácita y resolución inexistente. Como no cabe excluir del tipo penal de prevaricación una de sus más evidentes manifestaciones, cual es la vía de hecho con prescindencia absoluta de todo asomo de procedimiento”.*

Y aquellas que consideran que se trata de un acto complejo, integrado por el iter que desemboca en la contratación, a la que también incluye: STS de 21 de mayo de 2012, 17 de mayo de 2002, 22 de marzo de 2017, y 13 de julio de 2016, 11 de marzo de 2015.

La STS de 22 de marzo de 2017:” *Decíamos en la STS 502/2012, 8 de junio, que es indudable que el concepto de*

resolución administrativa -comprensivo de las disposiciones y actos a que se refieren los arts. 51 y 53 de la ley 30/1992, 26 de noviembre - no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario (cfr. art. 55). La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS 866/2008, 1 de diciembre; 443/2008, 1 de julio; 627/2006, 8 de junio y 939/2003, 27 de junio, entre otras). Sin embargo, también ha tenido ocasión de puntualizar que no tiene tal carácter y, por tanto, no colman las exigencias del tipo objetivo una simple certificación (STS 1158/2002, 20 de junio ), un escrito de alegaciones ( STS 2087/2002, 31 de enero 2003 ); un acto de mero trámite, como es el caso de un acta de infracción suscrito por un inspector de trabajo por animosidad hacia una determinada persona ( STS 939/2003, 27 de junio ); un simple acuerdo verbal ( STS 857/2003, 13 de junio ) o el ejercicio de facultades jerárquicas plasmadas en una orden de un superior a su subordinado ( STS 866/2008, 1 de diciembre ). Y la de 21 de mayo de 2012: "Como recuerda la STS nº 627/2006, citando la STS de 22 de septiembre de 1993, "...por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos.....políticos. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en numerosas resoluciones, entre ellas, STS nº 460/2002; STS nº 647/2002 y STS nº 406/2004. La STS nº 48/2011 cita la nº 939/2003, en la que se decía: Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es «tomar determinación fija y decisiva». Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá

*estado precedidas de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el «thema decidendi». Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como «actos de trámite», lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto. Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) impone a la Administración la obligación de «dictar resolución expresa en todos los procedimientos» (art. 42, 1). Y en su art. 82, 1, afirma que «a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes». Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de «la resolución» como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al «contenido» de las resoluciones administrativas, dice que la resolución «decidirá todas las cuestiones planteadas» y que la decisión «será motivada». A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal «resolución» del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de «autoridad[es] o funcionario[s] público [s]», que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito - especial propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de «arbitraria», para que pueda considerarse típica, haya sido dictada «a sabiendas de su injusticia».*

*La STS de 11 de marzo de 2015: “En consecuencia, la razón de su existencia es el cumplimiento de una función pública, mediante la asignación de recursos públicos al cumplimiento de aquella, por lo que la forma en la que tales recursos se administren y gestionen no puede separarse de la misma, la cual no puede ser valorada, en consecuencia, como un asunto meramente privado sujeto solo a los intereses empresariales de la propia entidad, sino de naturaleza administrativa, aunque algunos aspectos de la gestión puedan quedar sometidos al derecho*

*privado. Esta Sala ya contempló en otras ocasiones supuestos similares, señalando en la STS núm. 878/2002, de 17 mayo, que "...en el caso actual la resolución arbitraria adoptada en asunto administrativo no se integra exclusivamente por la firma del contrato laboral sino por el acto complejo de contratar a un trabajador escogido caprichosamente, ya que la firma del contrato no es más que la materialización del Decreto de la Alcaldía por el que previamente se había acordado dicha contratación". En definitiva, con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa. Añadiendo poco después que "como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado".*

Se desprende de la STS de 11 de marzo de 2015 cuando compendia los caracteres de la prevaricación administrativa, de qué naturaleza participa el acto de adjudicación de un contrato privado realizado por la sociedad instrumental de una entidad pública en cumplimiento de los objetivos que le son propios.

Y esta Juzgadora de ambas posiciones jurisprudenciales comparte el último de los enfoques jurídicos, es decir, que con carácter previo al contrato existe una verdadera resolución administrativa, y la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en los actos previos desde la decisión del concurso hasta la firma del contrato, que es la materialización o ejecución de lo acordado. Y entendemos que no existe indeterminación causante de indefensión al estar descrita por la acusación todos y cada uno de los pasos y actuaciones constitutivas del acto complejo que desembocó en el contrato de opción de compra; entendiéndose que no existe continuidad delictiva, sino que nos hallamos ante UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN.

El TS define en su ST de 3 de junio de 2015, qué se entiende por este concepto: "*La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. (...) En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando*

*la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario. (...) La STS 829/2005 de 15 de julio, por su parte, aclara: " el concepto de unidad natural de acción, supuesto problemático en la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio». En esta dirección la doctrina considera que denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción. En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción".*

Podemos decir que todos los actos desde la aprobación del concurso hasta la formalización del contrato, constituyen un acto administrativo complejo dividido en subfases que desemboca en el acto de ejecución, si bien integrante del iter sucesivo administrativo único, compartiendo por ello, la tesis de la acusación particular.

**C.- QUE SEA OBJETIVAMENTE CONTRARIA AL DERECHO, ES DECIR, ILEGAL;**

Y que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º) que ocasione un resultado materialmente injusto

Sin ánimo de ser reiterativa, haremos un breve resumen en cuanto al procedimiento para alcanzar el acto administrativo:

En la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre de 2005 (F. 2.780 a 2803) se aprueba por unanimidad (F. 2782 y 2783), proponer al Consejo de Administración la adjudicación a terceros, mediante concurso, de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, con sujeción a las condiciones del Pliego de Condiciones económicas, jurídicas y técnicas y sus anexos redactados por los servicios jurídicos de Mercasevilla.

Por la misma Mercasevilla se lleva a cabo un estudio generalizado sobre el sistema de adjudicación de los terrenos, de manera que no puede ser calificada de decisión arbitraria y sin meditación ni análisis jurídico.

Basta con ver el informe de Armando Rozados (10957 a 10969) de junio de 2005, que ultima: *“Tengamos en cuenta los antecedentes. No olvidemos que, en el concreto caso de Mercasevilla, S.A., ya se ha producido anteriormente actos de disposición que no han necesitado contar con la previa autorización del Ayuntamiento Pleno. La venta de parte de los terrenos de Mercasevilla, S.A. a Hipercor es un ejemplo. También la reciente concesión de un derecho de superficie a un tercero sobre parte de los suelos de Mercasevilla, S.A. Incluso más alejado en el tiempo se planteó un establecimiento hotelero, aunque después no llegó a materializarse. (...) Mercasevilla, S.A. no está sujeta a procedimiento reglado alguno para transmitir, ni siquiera a los principios de publicidad y concurrencia, pues se trata de una sociedad mercantil que se desenvuelve jurídicamente*

*en el derecho privado. No se exige licitación de tipo alguno. Asimismo tampoco sería conveniente provocar la concurrencia en un supuesto como el que se plantea, ya que ello traería consigo un "terremoto comercial" al conducir inevitablemente a una "subasta" de terrenos, con la tan temida especulación como telón de fondo y una frenética escalada de precios (...) "En consecuencia, se deberá acudir al procedimiento previsto en la Ley de Sociedades Anónimas y en los Estatutos sociales de Mercasevilla, S.A. para adoptar acuerdos. Serán los Órganos de Gobierno de la Sociedad quienes deberán adoptar el acuerdo favorable a la transmisión. En primera instancia, el Consejo de Administración y, posteriormente, la Junta General de Accionistas de la entidad, previamente convocada al efecto... Consideramos que el acuerdo no requiere mayoría cualificada, pues no implica variación sustancial en los planes o proyectos generales de los servicios o en las condiciones de explotación de los mismos, según el Expediente de Municipalización".*

Y Alejandro Nieto en los folios 1428 a 1487, en cuanto a la venta de terrenos de Mercasevilla a Hipercor, recibe consulta de Mercasevilla: *"La Empresa Mixta Mercasevilla S.A. - facilitándome al efecto la documentación informativa procedente- solicita mi opinión en Derecho sobre las siguientes cuestiones: Si Mercasevilla puede enajenar terrenos de los que le fueron cedidos por el Ayuntamiento de Sevilla como aportación no numeraria para la constitución, en régimen de sociedad anónima, de la Empresa Mixta. En concreto, la enajenación pretendida comprende parte de los terrenos que fueron cedidos en uso por Mercasevilla a la sociedad Hipercor S.A. para la instalación de un hipermercado minorista y correspondiente aparcamiento Segunda.- Si la enajenación está sujeta al cumplimiento de algún requisito procedimental específico o si, por contra -tan como se pretende- puede enajenarse directamente a Hipercor S.A., actual titular de la cesión de uso de los terrenos que se desea enajenar. Y el Sr. Nieto llega a exponer que: "La Consulta que se me ha dirigido parece, a primera vista, singularmente difícil de evacuar debido a la concurrencia de un cúmulo de circunstancias negativas: En primer término, carece nuestro Ordenamiento legal de una regulación mínima de estas materias. En segundo término, existe una grave confusión doctrinal a propósito de los conceptos sobre los que gira el problema, es decir, sobre el dominio público y sobre el servicio público. Y en tercer lugar, por la complejidad específica del caso<sup>1</sup> en el que se superponen*

*varios titulares con naturaleza jurídica distinta y un servicio público del que cabalmente se han apartado los terrenos conflictivos. Y concluye que "Habida cuenta, no obstante, de que la enajenación supondrá en todo caso una disminución de los bienes concedidos a Mercasevilla S.A. y, eventualmente, una disminución del patrimonio de la Empresa Mixta, no puede realizarse libremente sino que, para garantizar los derechos del Municipio, se exige la autorización de éste para llevar a cabo la operación. La enajenación proyectada no necesita realizarse con el trámite de subasta pública sino que puede concertarse directamente con Hipercor S.A. Las anteriores conclusiones se encierran, todavía más brevemente formuladas, en la siguiente afirmación. La enajenación consultada en favor de Hipercor S.A. es lícita, incluso aunque no se proceda a una subasta pública, con tal que se cuente con una autorización municipal. En este caso se trata de un dictamen consultivo de 1993.*

*Juan Antonio Cámpora con motivo de la enajenación en 1994: "Por lo que afecta al procedimiento para transmitir, como ya se expuso, Mercasevilla no está sujeta a procedimiento alguno y ni siquiera al atenuamiento a los principios de publicidad y concurrencia, habida cuenta de que no se trata de un contrato de obras ni suministros, a los que los mismos son aplicables dichos principios. Tanto más en un supuesto como éste en el que al estar el terreno, ocupado por su posible adquirente, lo normal es que ello ahuyente a cualquier posible postor, arriesgando así Mercasevilla su mejor oportunidad. Por otra parte, provocar concurrencia en un supuesto así podría ocasionar tormentas comerciales, que no parece oportuno fomentar. Lo que sí es preciso es un elaborado informe técnico en el que se dictamine cual debe ser, a la vista del mercado actual, el precio obtenible por el suelo, teniendo en cuenta el plazo que faltaría para producirse la reversión, de no haber mediado la enajenación. La enajenación pretendida de los terrenos ocupados por la Sociedad Hipercor, incluido el edificio de hipermercado y el aparcamiento, pueden ser enajenados a dicha Sociedad. Es aconsejable que se solicite la autorización del Ayuntamiento, ante el cúmulo de interpretaciones posibles y la dificultad de inclinarse por una solución determinada, con lo que se evita cualquier discusión al respecto o incluso la provocación de cualquier situación litigiosa. Mercasevilla no tiene que supeditarse la enajenación de los terrenos, más debe recabar informe sobre la valoración atribuida a los mismos, teniendo en*

*cuenta el plazo que faltaba para su reversión”.*

Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento, tal y como informa en el acto del plenario con sus amplios conocimientos jurídicos, ratificando y exponiendo su tesis, a diferencia de los anteriores, entiende que los terrenos son de titularidad pública, intentando que se aplicara a Mercasevilla las Directivas de la Unión Europea, que aunque no fueran objeto de trasposición a nuestra normativa son de obligado cumplimiento, entendiendo que debe aplicarse el concepto de poder adjudicador a Mercasevilla, S.A. y se refieren a contratos de obras, servicios y suministros de la Administración Pública.

Se adjunta informe en los folios 11730 y ss., en la que específicamente colige que *“Como consecuencia de ello, Mercasevilla queda incluida entre las sociedades mercantiles a que se refiere la Disposición Adicional Sexta del T.R. de la LCAP (R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en la redacción operada por el artículo trigesimocuarto, Dos, del R.D. Ley 5/2005, de 11 de marzo; ello supone que está sujeta en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia. El principio de concurrencia tiene como objetivo lograr que toda persona interesada pueda participar en condiciones de igualdad con otros posibles interesados, en el procedimiento de adjudicación de un contrato, presentando la correspondiente oferta o proposición, de tal modo que el órgano de contratación pueda disponer de una pluralidad de ofertas para seleccionar aquélla que mejor se acomode al interés de la entidad que haya de adjudicar el contrato. El principio de publicidad -instrumental del de concurrencia- exige que pueda llegar a conocimiento de la generalidad de los posibles interesados la convocatoria del procedimiento para la adjudicación de un contrato. (f. 11732)- “.*

Se solicita al Secretario de Ayuntamiento (f. 1615 y ss.). informe sobre el procedimiento a seguir por la Sociedad "Mercasevilla" para otorgar, sobre determinados terrenos de su propiedad, una opción de compra a favor de un particular. Y a tal efecto subraya que: “El artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, dispone que las contrataciones de las sociedades mercantiles quedarán sujetas a las prescripciones de la Ley de Contratos relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando se cumplan los siguientes

requisitos:

a) *Que la sociedad haya sido creada para satisfacer, específicamente, necesidades de interés general.* b) *Que no tengan carácter industrial ni mercantil.* c) *Que su actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, que su gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas o que sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de derecho público.* d) *Que se trate de un contrato de obra, suministro, consultoría, asistencia o de servicio.* e) *Que la cuantía del contrato sea superior a las cantidades expresadas en el mencionado artículo.* La sociedad Mercasevilla, cumpliría los requisitos de las letras a), b) y c), por cuanto es una entidad creada para satisfacer necesidades de interés general, carece del carácter mercantil e industrial -en el sentido definido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en sentencia como la de 23 de mayo de 2003, recaída en el caso "Coronen y otros"- y su actividad está mayoritariamente financiada por administraciones públicas. Sin embargo, la actuación proyectada no se encuentra en las recogidas en la letra d), al no ser un contrato de obra, de suministro, ni de consultoría, o asistencia, sino un contrato privado de opción de compra. Ahora bien cabría preguntarse si, aun no coincidiendo con ninguno de los enunciados en el citado apartado "d", tendría que aplicarse a este negocio jurídico la normativa contractual relativa a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. Respecto a este punto, esta secretaría estima que, a pesar de que la lectura literal del artículo 2.1 nos llevaría a afirmar que deben cumplirse la totalidad de los requisitos en él recogidos para aplicar los referidos principios, éste debe ser interpretado a la vista de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia. Esta jurisprudencia, en continua evolución, vincula la aplicación de los principios que inspiran la contratación pública a la presencia de un "poder adjudicador" en la relación jurídica. Y, en el caso concreto que nos ocupa, existen suficientes factores que nos llevan a confirmar la actuación de Mercasevilla como "poder adjudicador", como son: 1.º El carácter marcadamente público de la sociedad, tanto por la participación mayoritaria de dos Administraciones Públicas en su capital social, como por la naturaleza de su objeto social, pues, aunque en la actuación proyectada (otorgamiento de

*una opción de compra sobre parte de sus terrenos) no esté actuando como gestora de un servicio, no debemos olvidar que la prestación del servicio constituye el objeto principal de su actividad, teniendo el resto de sus actuaciones un carácter complementario respecto a aquélla, por lo que no pueden desvincularse del objeto principal. 2.- En esta misma línea, tampoco podemos olvidar el objeto de la futura venta, que son terrenos vinculados, aunque sea de una manera indirecta, 'a la prestación del servicio, lo que dota a este negocio jurídico de una naturaleza próxima a la de los contratos administrativos especiales definidos, en el artículo 5,2,b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos, como aquellos que están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, o por declararlo así una ley; distinguiéndose de aquellos en que, en el presente caso, la vinculación no tiene carácter directo o inmediato. Por otra parte, consideramos, que el hecho de que la opción de compra sea definida como un contrato privado -naturaleza de la que gozan, de acuerdo con la relación contenida en el artículo 5.3 de la Ley de Contratos, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles-, no priva a la sociedad, por las razones antes expuestas, de su naturaleza de "ente adjudicador". Ahora bien, la naturaleza privada de la actuación proyectada sí tiene, como consecuencia directa, que en su preparación y adjudicación rijan, con carácter preferente, las normas de la legislación patrimonial de las administraciones públicas (artículo 9 de la Ley de Contratos), en las que, igualmente, están presentes los principios de publicidad y concurrencia, propios de la contratación pública.*

*Así, el artículo 20 de la Ley 7/1999 de Bienes de Entidades Locales establece como forma subasta pública, permitiendo el concurso siempre que el precio no sea el único criterio determinante de la enajenación y, en particular, en los siguientes casos:*

*a) Cuando la enajenación afecte a viviendas acogidas al régimen de promoción pública. b. Que el bien objeto de enajenación se destine al cumplimiento por el adjudicatario de determinados fines de interés general. c. Cuando en el pliego de condiciones se ofrezca al licitador la posibilidad de abonar en*

*especie, total o parcialmente, el precio del bien. Asimismo, la referida ley, en su artículo 21, permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad para la enajenación de bienes patrimoniales, cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:*

*a. Parcelas que queden sobrantes en virtud de la aprobación de planes o instrumentos urbanísticos, de conformidad con la normativa urbanística. b. En las enajenaciones tramitadas por el procedimiento de subasta o concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores, porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles o, habiendo sido adjudicadas, el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que no se modifiquen sus condiciones originales, salvo el precio, que podrá ser disminuido hasta un 10 % del de la licitación anterior, y que el procedimiento se culmine en el plazo de un año, computado a partir del acuerdo adoptado declarando tales circunstancias. c. Cuando medien razones de reconocida urgencia surgidas de necesidades que requieran una inmediata satisfacción, previo informe favorable de la Consejería de Gobernación y Justicia, que deberá ser emitido en el plazo de diez días. De no emitirse en el plazo señalado, se podrán proseguir las actuaciones d. Cuando el precio del bien inmueble objeto de enajenación sea inferior a dos millones de pesetas. e. En caso de bienes calificados como no utilizables, una vez valorados técnicamente. f. Cuando la enajenación responda al ejercicio de un derecho reconocido en una norma de derecho público o privado que así lo permita.*

*2.- Aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos a la opción de compra proyectada. A mayor abundamiento, debemos indicar que, aun interpretando de una manera literal el artículo 2.1 de la Ley de Contratos, -lo que nos llevaría a excluir la actuación proyectada de la aplicación de las normas contractuales relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, por no coincidir con tipo contractual de los descritos en la letra "d" del referido artículo-, ello no significa que los contratos que celebre Mercasevilla sin reunir los requisitos del artículo 2.1 al margen de la aplicación de las reglas que informan la contratación pública y por ello por cuanto la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos dispone que estas contrataciones se ajustarán a los principios de*

*publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ellos. Ha de significarse que esta disposición alude a la totalidad de los contratos no incluidos en el artículo 2.1, requisito que cumplirían los contratos privados por no estar expresamente incluidos en éste Sobre la manera de dar cumplimiento a estos principios, la Junta Consultiva de Contratación, en su informe de fecha 24 de Octubre de 1995 (expediente 24/95), declaró lo siguiente: "sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas, pues será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada a dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque sí posible, acudir a las normas , concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc. .. ) Que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"; CONCLUYENDO QUE "Por todo lo expuesto, consideramos que la opción de compra proyectada debe adecuarse a las prescripciones de la legislación de contratos al actuar Mercasevilla como "poder adjudicador", en el sentido definido por la doctrina comunitaria. Esta legislación nos remite, en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, dada su naturaleza privada, a los procedimientos regulados en la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas. En cualquier caso, la actuación proyectada deberá someterse a los principios de publicidad y concurrencia, para cuya aplicación deberán considerarse las normas que, sobre el particular, tenga aprobadas la propia empresa o, para el supuesto de que no existieran tales normas o como complemento de las existentes, los preceptos contenidos en la legislación patrimonial y en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, relativos a publicidad y procedimientos de adjudicación*

Reafirmamos que el Secretario General del Ayuntamiento en el acto del plenario describe de manera terminante y sin lugar a dudas que el sistema adecuado para esta operación era el de la subasta, si bien en su informe de octubre de 2005 no aparece entre sus conclusiones tal interpretación.

De la lectura de toda la documentación, y de las actas unidas al expediente, y de las declaraciones testificales y de acusados, se despeja cualquier duda acerca de la inexistencia de una posible presión ejercida por los acusados sobre los restantes miembros de Mercasevilla, así como de la ausencia de

influencias insistentes y tenaces para que votaran a favor de la adjudicación directa, sin perjuicio de que alguno de los acusados tuvieran la convicción de que ese modo de venta era ajustado a derecho.

A pesar de la convicción jurídica del Secretario de Ayuntamiento, también se muestra conforme con los restantes miembros de la sociedad mixta en que igualmente legal era el concurso, especialmente cuando otros jurisconsultos acentuaban la enorme dificultad para emplear el procedimiento de subasta, al tener que valorarse la construcción futura de VPO, así como criterios políticos distintos al mayor beneficio económico. Insistimos, por el Sr. Secretario se reconoció la aplicación de una Directiva Comunitaria del año 2004 sobre el concepto de poder adjudicador, estimando aplicable a Mercasevilla, y por tanto, la necesidad de convocatoria de algún sistema de licitación, admitiendo en el acto del plenario la claridad meridiana en cuanto a la naturaleza de Mercasevilla y al sistema de venta, por subasta, sin perjuicio de reconocer que por ser una cuestión novedosa, era admisible también el concurso. Y el Secretario, Sr. Gutiérrez, para alcanzar este desenlace evalúa los terrenos afectos como de dominio público, destinados a la prestación del servicio público municipal de Mercados Centrales Mayoristas.

Es decir, desde un inicio, por los acusados, y el Director General se estuvo recabando información sobre el método legal para llevar a cabo la enajenación de los terrenos de Mercasevilla, analizando las diversas interpretaciones, las situaciones de hecho y de derecho anteriores que fueron consideradas legales. El Sr. Piñero y los integrantes de la Comisión Ejecutiva, tuvieron en cuenta la naturaleza pública de Mercasevilla, así como otros principios distintos al del mero beneficio empresarial, adoptando la decisión de que la selección no se efectuara exclusivamente en atención a la oferta económica.

Resalta el Ministerio Fiscal su extrañeza ante la falta de debate entre subasta y concurso para adjudicar los terrenos de Mercasevilla, si bien, consta en los autos diversos dictámenes y criterios que se tuvieron en cuenta para la adopción de esta decisión, que no fue impugnada por ninguno de los juristas ni economistas de Mercasevilla. Ambos sistemas se encuentran incluidos como medios para los contratos de obras, servicio o suministros en la Ley de Contratos del Sector Público, sin que se

haya encontrado ni en los autos ni en el plenario prueba que constate que los acusados Sr. Mellet, Crespo, Sr. Piñero, Sr. Rodrigo Torrijos, Sr. Castaño, Sra. Bustamante o Sr. Ripollés convencieran al resto de un determinado sistema de licitación; sin que figure tampoco en las actas, oposición o divergencia por parte del Secretario del Ayuntamiento, del Letrado del Estado, del Interventor del Ayuntamiento o del economista de Mercasa acerca del concurso, ni tampoco por parte de otros miembros de la Comisión Ejecutiva de 8 de noviembre ni Consejo de 30 de noviembre, ni Junta General de 30 de noviembre, ni en el Pleno del Ayuntamiento de 15 de diciembre ni en la Comisión Ejecutiva de 15 de febrero de 2006, haciendo constar en alguna de sus intervenciones alguna cortapisa en torno a las decisiones adoptadas.

En la Comisión Ejecutiva se adjuntaron Valoraciones Oficiales sobre los terrenos actuales de Mercasevilla, con Valtecnic, Krata y Forcadell y con el Proyecto de Viabilidad urbanística.

En el Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2005 (F. 2822 a 2831), adoptó el acuerdo de "proponer a la Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mercasevilla, S.A." "la convocatoria de concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos propiedad de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de su Unidad Alimentaria, en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que forma parte de la indicada propuesta previa solicitud y obtención del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de autorización expresa para llevar a cabo dicha adjudicación". Y examinando el acta del Consejo y las testificales descritas en el fundamento relativo al art. 436 del CP para comprobar que se facilitó la documentación que se cita en el Acta del Consejo, recogida concretamente en los F.2825 y 2826 (Informes jurídicos, Pliego de Condiciones, Informes económicos, valoraciones y tasaciones Oficiales etc. En todo caso, de los 19 Consejeros asistentes al citado Consejo de Administración (F. 2822 y 2823), de distintos partidos políticos 18 de ellos votaron a favor, únicamente se abstuvo Don Apolinar Gómez por considerar que la operación era muy compleja y necesitaba mayor tiempo de estudio. No hubo ningún voto en contra. En la Junta General Extraordinaria de 30 de noviembre de 2005 (F. 2832 a 2842), con la documentación facilitada a los socios con anterioridad a dicho acto, (F 2.838), Entre otros,

Informe del Secretario General, el Pliego de condiciones particulares, Informes económicos, Valoraciones Oficiales sobre los terrenos actuales de Mercasevilla (Valtecnic, Krata y Forcadell) y el Proyecto de Viabilidad urbanística, sin que por ninguno de los accionistas solicitaran informes y aclaraciones que precisaran acerca de del concurso, del pliego....

Consta en el acta de la sesión, que se llevó a cabo un amplio debate sobre el concurso y del contenido del Pliego, con mención de los aspectos baremables y puntuación, se aprobó por unanimidad, - F.2840 y 2841-, sin perjuicio de la autorización municipal: 1. "la convocatoria de un concurso público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre los terrenos de Mercasevilla" 2. "en la forma y bajo las condiciones contenidas en el Pliego de condiciones que forma parte de la preindicada propuesta, cuyo pliego es también expresamente aprobado". Es decir, votaron todos a favor, incluso las acusaciones particulares.

Por la esencia de la naturaleza de la entidad era obligatorio la instrucción de un expediente ante el Ayuntamiento de Sevilla, el 144/2005 (f. 1559 y ss.) "para conceder autorización a la Empresa Mixta Mercasevilla para que proceda a la convocatoria de Concurso Público para la adjudicación de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de propiedad de Mercasevilla para su ejercicio en el momento del traslado de su unidad alimentaria". Y en el expediente se disponía de: Certificación de acuerdos de la Junta General de Mercasevilla de 30 de noviembre de 2005, borrador de acta de sesión, informe de Jefatura de Servicio de la Secretaría de la Alcaldía, conformado por la Secretaría General, Dictamen del año 1993 emitido por el catedrático de derecho administrativo Sr. Nieto, informe de 1994 emitido por el Secretario General sobre enajenación de parte de los terrenos, documentación técnica e información técnica y jurídica emitidas por el Secretario General del Ayuntamiento y el Vicesecretario, en funciones de Secretario, de Mercasevilla, informes y acuerdos urbanísticos, y proyecto de Pliego de Condiciones que habrá de regir el concurso, informes económicos sobre la situación actual y previsión de futuro análisis sobre el área de recolocación y planes de reinversión; valoración actual de los terrenos de Mercasevilla, proyecto de viabilidad jurídico, tasación de los terrenos, informe del interventor general, comisión informativa, acuerdo Pleno,

notificaciones de acuerdo de pleno, interposición de recurso contencioso administrativo, petición de certificado de acuerdo, pieza separada auto contencioso. Y en la documentación remitida se interesa la intervención municipal en forma de "autorización" plenaria, a favor de la Empresa Mixta que gestiona el servicio público de mercados centrales de abastecimiento, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 128.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que establece que el concesionario no puede "Enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la entidad concedente, ni gravarlo, salvo autorización expresa de la Corporación". Y concluyen la necesaria autorización municipal para que Mercasevilla convoque concurso público para el otorgamiento del derecho de opción de compra, fijando como órgano competente el Pleno del Ayuntamiento, para decidir sobre la disponibilidad de los medios para el mantenimiento del servicio Público (Informe de 12 de diciembre de 2005 del Jefe del Servicio de la Secretaría de Alcaldía con el visto Bueno del Secretario General del Pleno. Se remite el informe el 12 de diciembre completo para su aprobación.

Se une dictamen del Interventor, José Miguel Braojos Corral que ultima: "con los informes y condicionantes obrantes en la documentación de referencia, no existe inconveniente en que el Pleno autorice a Mercasevilla el inicio del procedimiento para adjudicar mediante concurso público el derecho de opción de compra en los terrenos que actualmente se encuentra ubicada."

Informes que se pronunciaban sobre el concurso y su autorización por el Pleno, que para ser emitidos obligatoriamente debieron conocer todo el expediente. Esa documentación, como expresamente reconocieron el Sr. Braojos y el Sr. Gutiérrez Colomina, estaba a disposición de los Concejales, quienes tomaron conocimiento de la misma previamente a la deliberación y votación que deben llevar a cabo en la Comisión y en el Pleno.

En la Comisión Informativa de Hacienda, del día 13 de diciembre de 2005 (F.1585) se trató de la autorización a Mercasevilla mediante concurso público de un derecho de opción de compra de los terrenos, siendo concedida para que se llevara a cabo la adjudicación del derecho de opción de compra de la totalidad de los terrenos mediante concurso público, con los votos favorables del PSOE y del PP y la abstención del PA.

Y el Sr. Venancio Gutiérrez, como Secretario de Ayuntamiento elabora un dossier (f. 1601 y ss.) en el que decreta: *“Los órganos de gobierno de la Empresa Mixta Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla. Mercasevilla, S.A. -Comisión Ejecutiva, Consejo de Administración y Asamblea General-, han debatido y aprobado acuerdo para la convocatoria de un concurso público para la adjudicación a un tercero de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, S.A, para su ejercicio en el momento del traslado de su unidad alimentaria. Como se refleja en el acta de la Junta General celebrada el pasado 30 de noviembre, los motivos que han llevado a la dirección de la empresa a plantear ante los órganos de gobierno el ejercicio de este derecho parten de las expectativas creadas tras la aprobación inicial del nuevo PGOU de nuestra ciudad que califica los terrenos de Mercasevilla como de uso residencial, lo que permite valorar la posibilidad de que Mercasevilla se pueda trasladar de su ubicación. A estas expectativas urbanísticas se une la existencia de una serie de factores que imposibilitan la óptima gestión de la unidad alimentaria: estructura de mercados, de servicios, de plantillas, e instalaciones obsoletas, que impiden a la empresa expandir sus actividades, abrir nuevos mercados y nuevas líneas de negocios que permitan acabar con una cuenta de explotación deficitaria desde la constitución de la sociedad. Tras el análisis de diversas opciones ( préstamo hipotecario, venta, opción de compra) y una vez emitidos los informes jurídicos, económicos financieros y urbanísticos necesarios a fin de adoptar la decisión más idónea para la empresa y para este ayuntamiento, se propuso a los accionista y se aprobó por unanimidad de todos los presentes que representaban el 99,6 % del Capital Social, la propuesta de la opción de compra, que según informe del Secretario General de esta Corporación se realizará mediante la convocatoria de un concurso público, en garantía de los principios inspiradores de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Como entidad concesionaria de un servicio público y a tenor de lo establecido en el Artículo 128. 4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Mercasevilla autorización municipal”.*

Por la Alcaldía se propone, tras describir los antecedentes y las expectativas urbanísticas, al Pleno del Ayuntamiento: *“Autorizar a la Empresa Mixta Mercados Centrales de Abastecimiento de Sevilla, Mercasevilla, S.A para la adjudicación*

*mediante concurso público de un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de su propiedad, para su ejercicio en el momento del traslado de su unidad alimentaria”.*

El Pleno del Ayuntamiento en sesión de 15 de diciembre ratificó y publicó en el B.O.P.de la Provincia de Sevilla nº 4, de 7 de enero de 2006, el acuerdo mediante el que se autorizó a Mercasevilla para que adjudicase mediante concurso público un derecho de opción de compra sobre la totalidad de los terrenos de su propiedad a ejercitar en el momento en que se lleve a efecto el traslado de su Unidad Alimentaria, así como contra el Pliego de Condiciones de dicho concurso. (f. 1606 y1 607). El Pleno del Ayuntamiento lo aprobó por unanimidad (1587), con constancia y conocimiento del contenido del Pliego de Condiciones que se encontraba en el expediente administrativo nº 144/2005, autorizando a Mercasevilla la operación objeto de autos.

La convocatoria del Concurso Público fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia nº 4. de 7 de enero de 2006 (F. 471). En la misma se recogían sus condiciones básicas y se hacía referencia a la "Baremación, Mejoras y Metodología según Pliego de Condiciones".

La Asociación de Empresarios Polivalentes y Mayoristas de Mercasevilla interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento del 15 de diciembre de 2005 así como contra el Pliego de Condiciones Particulares que regía el concurso público, aprobado y propuesto por Mercasevilla (F. 1593). El Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Sevilla con fecha 21 de junio de 2006, dictó Auto en el que ponía de manifiesto el desistimiento del recurrente, la no oposición al mismo de la Administración ni del Fiscal y añadía expresamente en el Fundamento de Derecho Tercero que "tampoco se aprecia posibilidad de daño para el interés público", (F. 1606) por lo que declaraba terminado por desistimiento el citado recurso contencioso-administrativo. Y al Concurso se presentaron las siguientes empresas: Edamar; Construcciones Juan De Robles, Azucarera Larios, S.A.; Grupo Prasa; Realia Bussines, Landscape; Noga Y Sanma.

Es por ello, que en el procedimiento se han respetado los principios de publicidad y concurrencia por parte de la entidad mixta municipal y los funcionarios públicos encargados de la

licitación. Y ello, reiterando lo expuesto en los fundamentos expuestos sobre las empresas intervinientes y Sando/Sanma. El legal representante de NOGA afirmó participar con total libertad y respetando las normas del concurso, negando cualquier tipo de concierto previo, ni siquiera con Landscape.

Y como afirma la sentencia de la Ilma. AP de Zaragoza de 23/09/2016: *"En el mismo sentido, la reciente Sentencia de la A.P. de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera de 7 de marzo de 2.016 proclama en la materia atinente a los "Principios de contratación en el sector público" que las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". De la misma se desprende que no se establece un procedimiento, ni unos criterios objetivos que garanticen la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la actividad contractual llevada a cabo por estas entidades mercantiles. Ahora bien, para dar cumplimiento a tales principios, es necesario el establecimiento de instrucciones o bases de contratación y su publicación en prensa, boletines oficiales y en el propio portal de la empresa pública mediante el establecimiento de plataformas específicas para contratos. Todo ello con la finalidad de difundir y posibilitar la participación de empresas interesadas que puedan presentar ofertas de calidad y ajustadas a las exigencias preestablecidas. El principio de concurrencia, entendido como libertad de concurrencia, tiene como finalidad preservar los intereses económicos de la Administración, pues fomenta la máxima participación y competencia con efectos favorables en la formación del precio del contrato, evitando distorsiones y garantizando el libre acceso de todo empresario o profesional a la contratación en igualdad de condiciones y en competencia con los demás, evitando así situaciones de discriminación prohibidas en el art. 14 de la Constitución Española . Su fundamento, además del precepto citado, se encuentra en el art. 103.1 de la Constitución que sanciona los principios de objetividad y eficacia en el que hacer administrativo. Añadir también, que la libre concurrencia está estrechamente*

*vinculada con el principio de publicidad, ya que ésta es un instrumento formal que garantiza la existencia de concurrencia: sin difusión pública será muy difícil o casi imposible que los empresarios interesados en una determinada contratación puedan concurrir a la misma”.*

Sobre la situación de igualdad y libertad de concurrencia, nos reiteramos en lo expuesto en el fundamento jurídico de valoración del 436 respecto a la actuación de Sanma, sus contactos previos y su conocimiento en relación a la Fundación Mercasevilla.

En la Comisión Ejecutiva de 15 de febrero de 2006 (F. 2843 a 2849) se aprobó por unanimidad la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación a la vista de los informes técnicos elaborados para la baremación de los concursantes que fueron expuestos por sus autores, sin que fueran objeto de impugnación por parte de las restantes empresas participantes en el concurso, ni siquiera Noga, tal y como el testigo José Ramón Lacasa Marañón, que estuvo enterado en todo momento de todos los informes y pormenores de la oferta que realizó Noga al concurso público sobre el derecho de opción de compra en relación a la totalidad de los terrenos de Mercasevilla, considerando que ni el declarante ni su empresa a la que representaba, se consideraron perjudicados en el momento del concurso, no tuvieron la percepción de haber sufrido ningún perjuicio, y que tras solicitar información y recibirla y se le remitiera por escrito el resultado y la valoración económica que había dado a todas las empresas, entendió que con ese documento su empresa consideró que habían recibido las explicaciones suficientes y dejaron zanjado el tema (f. 3154 y acto del plenario).

Se siguió el procedimiento legal de forma exhaustiva, tal y como consta en el expediente administrativo, con informes de técnicos administrativos, de tasaciones económicas, con debate y toma de decisiones en todas y cada una de las Comisiones Ejecutivas, Consejo de Administración, Junta de Accionista, Expediente administrativo ante el Ayuntamiento con todos los rigores procedimentales y sustantivos, publicación en el Boletín Oficial de la Provincia del concurso en fecha 7.01.2006, así como en El Diario de Sevilla y en El Correo de Andalucía en fecha 12.01.2006 (F.471).

Con esta publicación se respetaron exquisitamente los principios de transparencia, publicidad y concurrencia por parte de quien le compete, la Administración. Se presentaron 8 ofertas de empresas interesadas.

Consta acreditado que la Mesa de Contratación solicitó auxilio para su labor a la Universidad de Sevilla, Facultad de Ciencias Económicas, cuyo Decanato designó al profesor titular de economía aplicada D. Antonio Pajares para que emitiese un informe sobre una fórmula de baremación conforme al apartado 5.1 del Pliego del concurso (obra su informe al F.948). Como se analizó anteriormente, no existe indicio alguno de que el Sr. Pajares llevara a cabo su trabajo con conocimiento previo de las ofertas, sino todo lo contrario, sin que conste influencia ni intromisión alguna en su trabajo.

La apertura de las ofertas se realizó el 9.02.2006 (f.6305), la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación se produjo mediante escrito de fecha 13.02.2006 (F.2850), al que se acompaña el Informe de los técnicos sobre la valoración de las ofertas (F.2853 y ss.). La Comisión Ejecutiva de Mercasevilla en sesión de fecha 15.02.2006 (F.2843) adoptó el acuerdo sobre la adjudicación de la opción de compra del suelo por unanimidad a Sanma, por ser la mejor oferta, según el Pliego ya aprobado. Consta en el acta una detallada exposición de las ofertas, de la puntuación obtenida y del proceso de contratación llevado a cabo.

Es por ello, que no ha existido infracción procedimental (STS 25 de octubre de 2016), dado que tal y como establece el TS respecto a la infracción procedimental conviene resaltar: *como recordábamos en SSTs. 49/2010 de 4.2y 259/2015 de 30.4, que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones (SSTs. 18/2014 de 13.1 y 152/2015 de 24.2, entre otras). En efecto el procedimiento administrativo tiene una finalidad general*

*orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando "... omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución ". (SSTS núm. 743/2013 de 11.10, 18.2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2).*

Se ha seguido el procedimiento administrativo, no sólo en el concurso, sino también en el sistema elegido para la opción de compra de los terrenos de Mercasevilla. Así como en el Pliego de Condiciones.

Una de las cuestiones debatidas por la acusación particular es la ilegalidad del pliego de condiciones. Si bien se trata de una cuestión ya resuelta en el fundamento jurídico predecesor tercero, Si bien aquí se centrará someramente en el art. 404 del CP, toda vez que Mercasevilla lo considera igualmente constitutivo de prevaricación.

En cuanto al pliego de condiciones, y de su trámite procedimental:

Fue aprobado por la Comisión Ejecutiva en sesión de fecha 8.11.2005, por el Consejo de Administración celebrado en fecha 30.11.2005, por la Junta General de Mercasevilla de fecha 30.11.2005, y posteriormente por la Comisión Informativa de Hacienda en fecha 13.12.2005 (F. 1585) y por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 15.12.2005 (F.1587). Fue elaborado personalmente por los acusados Jorge Piñero, José Antonio Ripollés y María Victoria Bustamante, si bien bajo aprobado por todos.

Ninguna duda existe, que independientemente de los acusados, fue estudiado por los Sres. Braojos (Interventor del Ayuntamiento) y Arturo Cortés (Abogado del Estado de Mercasa y consejero de Mercasevilla), quienes consideran que se trata de un Pliego ajustado a derecho, llegando incluso a realizarse anotaciones en torno al mismo, adoptados por la Comisión. Consta que se valoró por la Intervención del Ayuntamiento y del Servicio de la Secretaría de la Alcaldía (v. F.1560), dado que estaba unido a la Comisión Ejecutiva y Consejo de Administración, a cada uno de los trámites precisos para la aprobación del Concurso.

Sobre la diferenciación en los Pliegos de condiciones nos remitimos a lo expuesto en el fundamento cuarto, y en torno a la adecuación del Pliego de Condiciones a la legalidad, fue ya reconocida en el acto del plenario por Arturo Cortés (abogado del Estado), Venancio Gutiérrez (Secretario del Ayuntamiento de Sevilla) Ángel Gil (economista de Mercasa), Sr. Braojos Corral (Interventor del Ayuntamiento).

Consecuentemente el acto administrativo fue dictado por órgano competente, sin que en el procedimiento llevado a cabo para su adopción, se constaten irregularidades procesales, ni siquiera relevantes como para determinar su nulidad administrativa. Y en cuanto al propio contenido material de la resolución se deduce que se han respetados los informes de técnicos y especialistas administrativos, que para alcanzar una baremación económica se ha empleado incluso a la Universidad de Sevilla, profesor de matemática aplicada, que en la mesa de contratación se han seguido las directrices del Pliego de Condiciones, previamente aprobado por todos incluso el Pleno del Ayuntamiento, formado por juristas, incluido Letrado del Estado. En consecuencia, no puede sostenerse, como afirman las acusaciones que exista contradicción con el derecho en el procedimiento que finalizó en el acto de febrero de 2006, ni se ha verificado que existan omisiones de tramites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de una entidad tal que no pueda ser aplicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable.

Es decir, en el presente caso, no se ha dictado resolución arbitraria en derecho administrativo, dado que la resolución ha sido debidamente motivada y justificada, sin contradicción con el

derecho administrativo ni el derecho civil, dictada por quien tenía competencia para ello, respetando las normas esenciales del procedimiento, y sin que exista constancia, ni siquiera indirecta de que dicho acto haya sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso" (.la STJUE de 14 de julio de 2006 , STS de 26 de octubre de 2016). No existe ilegalidad, ni contradicción con el derecho.

En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito ( STS núm. 766/1999, de 18 de mayo ). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso- administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS. 627/2006 de 8.6, en la que se dice que: ...La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de

abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3.

**D.- QUE SE HAYA OCASIONADO UN RESULTADO MATERIALMENTE INJUSTO;**

Se discute por todas las partes si en el presente caso se ha llevado a cabo un "traje a medida" por parte de los acusados de Mercasevilla para que la opción de compra fuera adjudicada a Sando/Sanma, dada la relación de amistad existente entre el Sr. Castaño y Sando, lo que se evidencia con la celeridad llevada a cabo todo el procedimiento, y que concretaría un acto manifiestamente injusto.

Si bien en los fundamentos anteriores se ha concretado los contactos previos existentes entre Mercasevilla, a través de su Director General, y Sanma/Sando para acceder al derecho de superficie y el de opción de compra con carácter ligado o unido,

lo cierto es que una vez que se concierta en noviembre de 2005 la existencia de un concurso (el día 8 de noviembre) salvo el indicio de que el Sr. Sánchez Manzano conociera de la existencia de una Fundación con carácter previo a su constitución (por inscripción), no existe otras sospechas que permitan indicar que se ha dictado una resolución a sabiendas de su injusticia, y manifiestamente ilegal. Y tal es así, que no se ha confirmado relación previa entre el Sr. Castaño y Sando, ni la existencia de un interés preferente de Mercasevilla frente a esta mercantil respecto a las demás entidades, tal es así, que unos meses antes intentó salvaguardar la situación con Larena ofertando diversas posibilidades para solucionar el tema del derecho de superficie.

Ninguna duda existe, como hemos reiterado hasta la saciedad, de los contactos previos, ante la creencia de la posibilidad de venta directa, y de como el Sr. Mellet y el Sr. Pileri eran defensores de este sistema, si bien mutaron su decisión a favor del concurso, siguiendo instrucciones técnicas y políticas. No existe prueba directa o indirecta de ese traje a medida, dado que, salvo las titularidades previas, el resto de mercantiles concurrentes optaron en igualdad de condiciones, especialmente porque si bien se conocía por Sando /Sanma la existencia de Fundación Mercasevilla existía otras posibilidades iguales de perfectas para efectuar una buena oferta social. Una vez excluida Noga, que debió serlo ab initio por exceder del 10% de la media aritmética, cláusula cuya legalidad es evidente, y que no podía beneficiar a ninguna mercantil específica, al constar un precio de salida de mercado, sólo pudo beneficiar a Sanma conocer anticipadamente la creación de Fundación, con lo que si ello implicase puntuar, aunque sólo fuera un punto, volvería a ganar el concurso, dado que la oferta no se limitó a esta Fundación. No puede atribuirse a Sanma ni a Mercasevilla el hecho de que 5 de ocho empresas que concurren no efectuaran oferta social. No existe acreditación alguna de que los acusados integrantes o relacionados con Mercasevilla conociera cuales eran las empresas que iban a concurrir y si existía o no relación entre ellas, eso es una cuestión atribuible a Sanma o Sando, no a los funcionarios públicos.

Respecto a las titularidades previas ya nos hemos pronunciado y en este caso concurría con otras 199 empresas y tan sólo se otorgaba un máximo de 10 puntos, y era consecuencia de colabora en el traslado a los nuevos terrenos y

a la trascendencia del conocimiento del funcionamiento de la empresa ofertante. Todo ello, fue debidamente expuesto por los técnicos.

El concurso, el Pliego y la adjudicación no puede considerarse un “paripé” para la atribución a Sanma del derecho de opción de compra, no existe una resolución materialmente injusta. Y tal es así, que Noga no llevó a cabo actos impugnatorios, siendo la única que interpuso queja Landscape.

Ninguna duda se aprecia en la celeridad con la que se ha gestionado todo, pivotando todo este procedimiento en la situación económica nefasta en la que se hallaba Mercasevilla, de ahí la necesidad de solucionar el tema con Larena y conseguir capital que le ayudase y colaborase en el traslado a Majarabique.

Ello se concreta en la declaración no sólo del Sr. Mellet sino también del Letrado actuante en esas fechas (Sr. Rozados), intentando al menos tres soluciones distintas para hacer frente a la reclamación y al impago del canon por parte de Larena, una vez informado por parte de la Sra. Bustamante de la situación urbanística de la zona.

No existió un conflicto de intereses o situación de desigualdad lo aclara el Sr. Venancio Gutiérrez quien en el acto de plenario resaltó que quien “mandaba” era el Excmo. Ayuntamiento, y que si alguna situación de tal naturaleza hubiere existido, lo habría impedido.

Y el contrato de 23 de febrero de 2006 no es totalmente coincidente en cuanto al sistema de pago con el concurso, ello no es más que una mera ilegalidad, no una infracción de tal naturaleza que conllevara a especificar que el acto fuera nulo por ilegal y por prevaricador.

**E.- LA RESOLUCIÓN SEA DICTADA CON LA FINALIDAD DE HACER EFECTIVA LA VOLUNTAD PARTICULAR DE LA AUTORIDAD O FUNCIONARIO Y CON EL CONOCIMIENTO DE ACTUAR EN CONTRA DEL DERECHO** (SSTS 49/2010, de 4-2; 411/2013, de 6-5; 743/2013, de 11-10; 1021/2013, de 26-11; 797/2015, de 24-11; y 692/2016, de 27-7, entre otras).

Y la STS de 13 de febrero de 2017: *“En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la*

*injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado ( STS. 443/2008 de 1 de julio).*

En este caso no existe siquiera acto nulo ni arbitrario, ni tampoco el Sr. Mellet ni ninguno de los acusados han actuado “a sabiendas de injusticia y arbitrariedad”, toda vez que no existe constatación del carácter injusto de la resolución dictada, ni existe demostración alguna, ni siquiera por prueba indiciaria de que el funcionario, junto a los extraneos, tuvieran conciencia de que hubieren resuelto al margen del ordenamiento jurídico, ni de que se hubiere ocasionado un resultado materialmente injusto, ni constan que hubiesen actuado de tal modo porque hubiesen querido un determinado resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, toda vez que no existe constancia ni acreditación de acto ilegal alguno, dado que no existe acto contrario a derecho, ni que exista una determinada voluntad particular del funcionario como imposición. (Ver STS de 14 de marzo de 2017, SSTS 49/2010, de 4-2; 411/2013, de 6-5; 743/2013, de 11-10; 1021/2013, de 26-11; 797/2015, de 24-11; y 692/2016, de 27-7, entre otras).

Pues bien, en el presente caso, según se ha venido razonando, no se está ante un supuesto en que los acusados hayan dictado una resolución que sea patentemente contraria a derecho ni de una ilegalidad de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; ni tampoco que ocasione un resultado materialmente

injusto.

Tal como se ha argumentado, el Pleno del Ayuntamiento estaba de acuerdo, se han seguido todo el procedimiento, mostrando su conformidad la Comisión Ejecutiva, Junta General, Alcaldía, Pleno del Ayuntamiento, siendo así, el acto de adjudicación del derecho de opción de compra no puede tildarse de manifiestamente ilícita y con un resultado materialmente injusto. Por lo cual, no nos hallamos ante un supuesto el art. 404 del C. Penal, y por ello, procede dictarse sentencia absolutoria por esta infracción penal, sin que haya existido acusación por otras diversas infracciones que en virtud del principio acusatorio, no procede analizar.

**SÉPTIMO.-** En primer lugar, debe determinarse qué normativa ha de ser aplicada, en relación al delito societario, la vigente al momento de los hechos enjuiciados o la redacción actual del Código tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Sobre ello inquirió el Tribunal a las partes (art.2.2 CP. y D.T. 1ª de la L.O. 1/2015), manifestando el Ministerio Fiscal y la acusación particular al igual que las defensas que consideraban más favorable la regulación anterior. Es por ello, que este Juzgado aplicará el artículo 295 del Código (hoy vacío de contenido) por estimarlo norma más favorable para los acusados. (S.TS. nº 220/2016, de 15 de marzo).

Ya, por ejemplo, la STS 338/2014, de 15 de abril, indicaba que para aplicar este precepto se exige que el administrador desleal, actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones. Con cita de otra resolución: "El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador".

También este criterio ha sido objeto de abundante desarrollo en otras resoluciones, hasta el punto que puede afirmarse que se trata del criterio de distinción con más éxito que ha acabado imponiéndose, como STS 476/2015, la STS 656/2013, de 22 de julio, 206/2014, TS de 15 de abril de 2014, de 22 de julio de

2013 y la STS 476/15, la de 17 de junio de 2013, STS 338/2014. Toda esta doctrina se mantiene tras la nueva redacción de los artículos implicados y también del artículo 253 en la señalada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Por todas, mencionamos las SSTS 86/2017, de 16 de febrero y 76/2017, de 9 de febrero, la STS 947/2016, de 15 de diciembre, STS 622/2013 de 9 de julio, STS 163/2016, STS 476/2015. STS 656/2013, de 22 de julio citando las SSTS 91/2013, de 1 de febrero y 517/2013 de 17 de junio , por todas STS 476/2015, de 13 de julio: *“En la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero,* mientras que en la apropiación indebida se comprenden los supuestos de apropiación genuina con *“animus rem sibi habendi”* y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador. La muy reciente STS 163/2016, de 2 de marzo, acoge ese criterio: (...) En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del C. Penal ... (STS de 19 de mayo de 2016).

En la sentencia de la Ilma. AP de Álava (jurisprudencia menor) de 26 de julio de 2016, se procede a un análisis exhaustivo de este tipo penal: *“Uno de esos precisos requisitos contenidos en la descripción típica del artículo 295 es la causación directa por el autor de “ un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”. Como apuntaba la sentencia del Tribunal Supremo nº 91/2010, de 15 de febrero, en relación a los sujetos pasivos del delito, “Iciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Ya hemos dicho que no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los*

socios que conforman la masa en coparticipación". Y añade la sentencia nº 841/2006, de 17 de julio de 2016, que "tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal".

En definitiva, por exigencia de la descripción del tipo, el hecho delictivo debe provocar un perjuicio al patrimonio social administrado, con una incidencia o traslación a los intereses económicos individuales de los socios (excluimos de nuestro estudio a los demás terceros mencionados en el artículo 295, porque no existen en el presente caso). Aunque incluyamos a la propia sociedad en la lista de sujetos pasivos del delito que recoge el precepto, no podemos prescindir de la dimensión individual del perjuicio, siquiera con afectación refleja en el patrimonio o los intereses económicos de los socios. (...) Los eventuales perjuicios a los acreedores no integran un elemento constitutivo de este tipo penal.

El propio entendimiento del perjuicio merece un tratamiento detallado. Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº 841/2006, de 17 de julio, "han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter

*fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.*

*De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada" (en igual sentido, STS nº 91/2010, de 15 de febrero).*

*Así pues, el perjuicio al que se refiere el tipo penal es " un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación", valoración que nos conduce a otros elementos del delito, " como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación".*

*El adverbio "fraudulentamente" con que adjetiva el artículo 295 la disposición patrimonial del administrador se identifica con el empleo de fraude, esto es, de un artificio o engaño, y conecta con el "abuso de las funciones propias de su cargo". No se incluye en este delito la administración simplemente irregular, sino únicamente la desleal y fraudulenta. "Si esto es así, el desvalor de acción del artículo 295, objeto de estudio, se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con la sociedad y con los socios" (S.AP. Girona, Secc. 3ª, nº 83/2000, de 4 de mayo). Es*

*el quebrantamiento " de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo" (S.TS. nº 1217/2004, de 2 de noviembre). "No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que son dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales. La actuación -en este caso- sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspasa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos" (S.TS. nº 91/2010, de 15 de febrero).*

*Y respecto a " la lealtad propia de todo administrador (...) con los intereses sociales", no puede predicarse su vulneración de manera abstracta, desligada de la expresión y percepción de los componentes del substrato individual de toda sociedad mercantil (los socios), que, en este caso, no aprecian fraude o deslealtad alguna ni afectación negativa a los intereses sociales ni a los suyos individuales. Ni puede referirse al eventual perjuicio de terceros ajenos a la relación de personas mencionadas en el artículo 295 (en este caso, acreedores concursales), titulares de un bien jurídico protegido por tipos penales distintos de éste. Es decir, no podemos considerar como perjuicio económicamente evaluable a la sociedad, constitutivo del elemento objetivo de este delito, la imposibilidad de satisfacer todas sus deudas, porque eso no entraña un perjuicio a los socios (era una sociedad de responsabilidad limitada) y porque supondría ampliar el bien jurídico protegido por el artículo 295, confundiéndolo con los intereses de los acreedores (tutelados, como decimos, por otras normas penales) y vulnerando el artículo 4.1 del Código Penal ("las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas" ).*

Y conectada con la sentencia anterior, la Ilma. AP de Madrid en su sentencia de 23 de noviembre de 2013, fija los elementos integrantes del tipo penal: "una, si al acusado se le puede considerar como administrador de hecho o de derecho, requisito esencial para que podamos calificar, en su caso, los hechos como de un delito societario; y segunda, si los hechos pueden considerarse como de apropiación indebida o como administración desleal.

1.- *Carácter de administrador de hecho o de derecho. Por administradores de derecho podemos entender aquellos que*

*administran cada sociedad mercantil en virtud de un título jurídicamente válido o aquellos nombrados de forma válida por los órganos sociales especialmente facultados para ello, o en general aquellos que pertenezcan al órgano de la administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil. En cambio, "administradores de hecho" podemos considerar a todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o incluso aquellos que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado. O, prescindiendo de estos conceptos extra penales, se entiende administrador "de hecho" a toda persona que, por sí sola, o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales (F. Ortí), es decir, quien de hecho manda o toma las decisiones en la sociedad (Rodríguez Mourullo), o quien gobierna en la sombra (Fernández de la Gándara). La STS de 19-4-2012 afirma respecto a estas figuras que "...El administrador de derecho es aquél que ha sido nombrado de acuerdo con la normativa correspondiente societaria, constando así, pública y registralmente en toda la actividad de la sociedad concernida. Sin embargo en relación a la figura del administrador de hecho su relevancia penal es clara en la medida que el legislador, en estos delitos societarios ha ampliado el círculo de los posibles autores para incluir también a los administradores de hecho como ocurre en el caso del delito que se comenta (que se reitera en los arts. 293, 294 o 295, aplicándose en este último incluso a los socios). En sede doctrinal, se han dado hasta tres concepciones del administrador de hecho. En una primera posición se puede estimar al administrador inicialmente de derecho pero cuyo nombramiento adolece de alguna irregularidad, como serían los supuestos de nombramiento no aceptado, defectuoso, no inscrito o caducado, no obstante se objeta que las funciones del administrador pueden ser ejercidas de facto no solo por el administrador irregular, sino por un tercero que utiliza como testaferro a quien formalmente aparece como administrador.*

*Una segunda posición estima, precisamente como administradores de hecho a aquéllos que, de hecho, ejercen realmente las funciones de administración, tanto frente a los administradores de derecho como frente a los administradores irregulares, se trataría de la persona que "está detrás" del aparente administrador y que, de hecho, controla la sociedad a*

*través del administrador aparente que sería una mera pantalla. Una tercera solución, parte de la consideración de que el concepto de delito especial no está vinculado con la delimitación del autor sino con la fundamentación instrumental de la posición de garante. Como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos, el que nos ocupa del art. 290 Cpenal EDL 1995/16398 , son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario , tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento. La STS 59/2007 de 26 de enero, estima como administrador de hecho "...quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa...", y por su parte, en el mismo sentido la STS 816/2006 de 26 de junio, nos dice que "...se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales..."*

*(...) Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente EDL 1995/16398, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. (...) Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente*

*ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTs 841/2006, 17 de julio EDJ 2006/282123 y 565/2007, 4 de junio EDJ 2007/70189). De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP EDL 1995/16398 sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. (...) El art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. (...) El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico (...) en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador...".*

Es por ello que para el TS, son precisos los siguientes presupuestos (91/2010, de 15 de febrero, STS, Sala de lo Penal, 15-02-2010 (rec. 1488/2009):

- En cuanto al sujeto activo, que se trate de los administradores de hecho o de derecho o de los socios de cualquier sociedad constituida o en

formación.

- La acción es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad.
- Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación.
- El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.
- Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.
- El tipo no conlleva necesariamente el "animus rem sibi habendi", aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.
- Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación.
- Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída, permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión. En consecuencia, cualquier perjuicio patrimonial, por mínimo que sea, satisface las exigencias típicas del precepto, lo que

redunda en nuestras consideraciones anteriores, acerca de la inclusión de las expectativas económicamente evaluables en el activo de la sociedad, que se proyectan sin solución de continuidad en los socios copartícipes de la empresa que conforma aquélla."

Y tras la modificación del escrito de conclusiones por parte del Ministerio Fiscal, y la retirada de acusación por parte de Asociación de Frutas respecto a dos acusados: Gonzalo Crespo y Sánchez Domínguez, por la defensa del Sr. Crespo se planteó el prepuesto o requisito de procedibilidad y la legitimación del Ministerio Fiscal para mantener la acusación respecto a estos dos acusados.

En este extremo, la sentencia de la Ilma. AP de Álava en sentencia de 26 de julio de 2016 aclara que: *"Al efecto, traemos la cita de la sentencia del Tribunal Supremo nº 260/2004, de 4 de junio , que del siguiente modo razonaba: "Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias. En el caso de autos, no ha existido tal denuncia de las personas agraviadas, que no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados.*

*Ciertamente que el párrafo segundo de dicho artículo, exime de dicha presentación de denuncia cuando el delito "...afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas". En el presente caso no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito. En el presente caso, no consta (ni se alega) que la comisión del supuesto delito afectara a "los intereses generales", concepto indeterminado al que, como vemos, el Tribunal Supremo ha dado una interpretación restrictiva. I". Respecto a la pluralidad de personas, este mismo auto citado la interpreta "en el sentido de "multiplicidad", esto es, referido a muchas personas, según viene a reconocerse, respecto a la estafa, por el Tribunal Supremo, o, en todo caso, a un número*

*considerable de ellas" (en el mismo sentido, A.AP. Sevilla, Secc. 1ª, 9-marzo-2009). Ahora bien, tratándose de un delito societario, al seno de la sociedad ha de referirse el círculo de las múltiples personas afectadas, dados los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de este capítulo del Código. El concepto de "persona afectada" no puede estar lejos, por tanto, del de "agraviada". "Agraviada será la propia sociedad como persona jurídica, cuando realmente funcione como tal, cuyos intereses pueden verse perjudicados por alguna de las conductas tipificadas como delitos societarios. (...) Agraviadas serán también las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de socios, siempre que el hecho delictivo les suponga una pérdida o una reducción de sus legítimos beneficios" (A.AP. Madrid, Secc. 17ª, 12-enero-2007). En el caso que nos ocupa, el artículo 295, título de acusación, identifica a las personas que pueden verse afectadas por el delito, y entre las mismas no están los acreedores de la sociedad, cuyos créditos, intereses y derechos protegen otros tipos penales, singularmente los demás que señala la parte acusadora en su calificación (arts. 257 y 260 CP.). Igual se pronuncia la sentencia de la Ilma. AP de Burgos de 3 de septiembre de 2013.*

Si bien los delitos societarios se tratan de delitos semipúblicos en el sentido de que es requisito de procedibilidad o de perseguibilidad la denuncia de la parte agraviada, ello no quiere decir que si la persona que interpone dicha denuncia desiste de la acción penal, ello produzca de forma automática el archivo de las actuaciones, pues es posible que el Ministerio Fiscal solicite la continuación del procedimiento, pues el requisito de procedibilidad ya se ha cumplido en el momento de la interposición de la denuncia o de la querrela, pudiendo afirmarse que desde ese momento el delito que era semipúblico, se convierte por así decirlo en un delito perseguible de oficio a pesar del desistimiento del denunciante.

Es por ello, que habiéndose iniciado por Asociación de Frutas y Verduras, independientemente de que en el trámite adecuado, retirara respecto a dos acusados, continuó el Ministerio Fiscal, cumplimentándose el requisito de procedibilidad y al tratarse de un delito semipúblico, una vez iniciado, puede continuar la acusación pública, como ha ocurrido en el presente caso, por lo que no es factible una sentencia absolutoria por principio acusatorio, por retirada de acusación particular.

**OCTAVO.**- Basa su petitum la Asociación de Frutas y Verduras en que: “La comisión del delito societario del art. 295 no se produce por el hecho de que los acusados quisieran transmitir la opción a Sanma inicialmente, entendiendo por tal momento aquel en que antes de decidir realizar un concurso ya tenían la idea de que el beneficiario de la opción fuera Sanma. Esto es, si la transmisión se hubiera efectuado por venta directa a Sanma, no habría habido delito del art. 295, porque en esas circunstancias (legales o no, al no llevarse a cabo un procedimiento de concurrencia pública) no existía otra oferta mayor. En suma, en ese escenario no existiría perjuicio económicamente evaluable. La comisión del tipo se produce cuando, decididos a llevar a cabo un proceso de concurrencia pública, al mismo concurre una oferta mayor, y ésta es desechada de forma injustificada. La oferta de Noga podría ser irreal, o incluso no haberse ejercitado nunca, una oferta efectuada a los meros efectos de transigir a posteriori con la adquisición de otros terrenos municipales en un cambalache de derechos, pero de lo acreditado en el plenario, la oferta existió y en consecuencia, debió haber sido transmitido el derecho a la oferta mayor, y así debieron haber actuado los acusados, como administradores de una compañía mercantil y en defensa de los intereses sociales (no municipales). Las defensas no han podido acreditar que dicha oferta fuera ficticia, por más que su situación económica no fuera del todo solvente y aun siéndolo, no fue aquella la causa por la que fue desechada, (por ser factores que no se conocían cuando fue rechazada) y en todo caso no era competencia de los acusados el desestimarla sino la de proceder a adjudicar los derechos a la oferta más alta. Y a tal efecto, entiende el socio minoritario que el voto a favor emitido tanto por ella como por Mercasa carece de trascendencia desde el momento en que tenían el convencimiento pleno de que la transmisión a Sanma era la mejor opción para la compañía en función de la información que a dichos socios llegaba de los presuntos responsables del delito.

Ahora procede analizar si en el caso concreto concurren o no los presupuestos del delito de administración desleal del art. 295 del CP. Considera el Ministerio Fiscal que sólo procede el análisis de esta infracción penal para el caso de que Mercasevilla no fuera entidad pública, de manera que en caso contrario nos hallamos ante un concurso de normas ex art. 8 del CP, siendo

que el precepto especial se aplica sobre el más general.

Sin embargo, a efectos de evitar incongruencia omisiva, y entendiendo la acusación particular que se trata de acciones distintas, así como se ha estimado durante toda la Instrucción, se procede a estudiar esta nueva infracción penal.

El art. 295 del CP preceptúa que: *“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”*.

#### **A.- DEFINICIÓN DE ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO:**

Ninguna duda existe, y ya se ha repetido, no solo en el juicio, sino en esta misma sentencia, en innumerables ocasiones que la decisión fue adoptada, finalmente, por los órganos de la entidad: Comisión Ejecutiva, Consejo de Administración, Junta de Accionistas y ratificación por el Pleno del Ayuntamiento. La Asociación De Mayoristas De Frutas mostró su conformidad en la Junta General de Accionistas y no impugnó el pliego de condiciones en cada Comisión Ejecutiva, ni la mesa de contratación y sus resultados, hasta el momento en que acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento del 15 de diciembre de 2005 así como contra el Pliego de Condiciones Particulares que regía el concurso público (F. 1593). El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Sevilla con fecha 21 de junio de 2006, dictó Auto en el que ponía de manifiesto el desistimiento de su acción, que no renuncia a su derecho, de ahí que no pueda compartirse íntegramente los argumentos de la total conformidad de la Asociación de Frutas a toda la actuación llevada a cabo en relación al concurso, aunque en cada comisión y junta no hubiere impugnado e incluso hubiere

votado a favor.

En los folios nºs 6511 a 6528 los nombramientos y ceses de todos los que fueron miembros del Consejo de Administración constando como tales miembros, entre los acusados, Gonzalo Crespo, Rodrigo Torrijos, Domingo Enrique Castaño, María Victoria Bustamante, siendo Director general el Sr. Mellet y Vicesecretario de la Sociedad y Comisión Ejecutiva. Constan anteriormente todos y cada uno de los asistentes a la comisión Ejecutiva, sin que sea preciso reiterarlo.

Así en los folios 6347 y ss. se recoge el organigrama de Mercasevilla, si bien se recogen a fecha de 31 de diciembre de 2004 y 2006, aunque figura en el Registro fechas diversas en el nombramiento en el año 2005, folios 6515 donde constan nombramientos en mayo de 2005 y octubre de 2005.

#### A 31 de diciembre de 2004

#### CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN:

Presidente García González, J. Antonio; Vicepresidente 1º Horche Trueba, Tomás; Vicepresidente 2º Rodrigo Torrijos, Antonio; Secretario; Vocales Alonso Gordon, Roberto, Crespo Prieto, Gonzalo. Estrada-Nora Rguez., Manuel, García García, Francisco, Gómez Martínez, Apolinar. Gtrez. Colomina, Venancio, Guisado Castejón, Amparo, Jurado Cubero, Luisa Fda, Illescas Llanos, José Luis, Llerena Muñoz, Silvia, Martínez Salcedo, Fernando, Meléndez Mtez Agulló, Mª Dolores, Rodríguez Galindo, Antonio, Simón Vila, Gonzalo Javier, Vázquez Rosso, J. Antonio, Vera Goñi, Domingo, Villar Iglesias, Agustín; Vicesecretario Piñero Gálvez, Jorge y Director Gerente Mellet Jiménez, Fernando

#### COMISIÓN EJECUTIVA:

Presidente García González, J. Antonio; Vicepresidente 1º Horche Trueba, Tomás; Vicepresidente 2º Rodrigo Torrijos, Antonio; Vicesecretario Piñero Gálvez, Jorge; Director Gerente Mellet Jiménez, Fernando; Vocales Crespo Prieto, Gonzalo, Gutiérrez Colomina, Venancio, Llerena Muñoz, Silvia, Invitados: Estrada-Nora Rodríguez, Manuel, García García, Francisco.

A 31 de diciembre de 2006, si bien existen nombramientos anteriores a esta fecha, tal y como puede advertirse en los folios 6511 y ss.

### CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN:

Presidente Crespo Prieto, Gonzalo; Vicepresidente 1º Gil Pascual, Ángel; Vicepresidente 2º Rodrigo Torrijos, Antonio; Secretario Gtrez. Colomina, Venancio; Vocales Alba Riesco, Julio, Alonso Gordón, Roberto, Braojos Corral, José Miguel, Bustamante Sainz, Mª Victoria, Castaño Gallego, Domingo Enrique, Cortés de la Cruz, Arturo, Fernández Estellés, José Ignacio, Gómez Martínez, Apolinar, Guisado Castejón, Amparo, Illescas Llanos, José Luis, Martínez Salcedo, Fernando, Mejías Ortiz, Marta, Meléndez Mtez Agulló, Mª Dolores, Rodríguez Galindo, Antonio, Vázquez Rosso, J. Antonio, Vega Alonso, Cristina; Vicesecretario Piñero Gálvez, Jorge; Director General Mellet Jiménez, Fernando,

### COMISIÓN EJECUTIVA:

Presidente: Crespo Prieto, Gonzalo; Vicepresidente 1º Gil Pascual, Ángel; Vicepresidente 2º Rodrigo Torrijos, Antonio; Secretario Gtrez. Colomina, Venancio; Vicesecretario Piñero Gálvez, Jorge; Director General Mellet Jiménez, Fernando; Vocales Castaño Gallego, Domingo Enrique, Cortés de la Cruz, Arturo; Asesores Braojos Corral, José Miguel, Fernández Estellés, José Ignacio.

Como se ha expuesto anteriormente, el Código Penal distingue entre los administradores de hecho y de derecho:

Administradores de derecho: aquellos que administran cada sociedad mercantil en virtud de un título jurídicamente válido o aquellos nombrados de forma válida por los órganos sociales especialmente facultados para ello, o en general aquellos que pertenezcan al órgano de la administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil.

Administradores de hecho: todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o incluso aquellos que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado. O, prescindiendo de estos conceptos extra penales, se entiende

administrador "de hecho" a toda persona que, por sí sola, o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, es decir, quien de hecho manda o toma las decisiones en la sociedad, o quien gobierna en la sombra. El administrador de hecho es la persona, física o jurídica, directamente o por representación, de manera delegada o como fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o de administración de la sociedad.

La defensa del Sr. Mellet intenta contrarrestar las funciones que el Sr. Mellet desempeñaba en la sociedad mixta municipal, apoyándose en remisiones a sentencias dictadas por el TS en otras jurisdicciones y a conceptos fijados en el orden civil y mercantil, y no en aquello que se entiende por tal en la Sala de lo Penal por el TS.

El Sr. Quintero Olivares analiza la naturaleza del administrador en derecho penal *"Se trata de un concepto que no se deriva del derecho mercantil; bien es cierto que el Código penal tampoco pretende una sumisión completa a los conceptos mercantiles, ni siquiera en lo que se debe entender como sociedad, y en consecuencia ser el objeto de atención de una serie de preceptos penales. El artículo 297 del CP, que define lo que es una sociedad a efectos penales, ni se remite ni utiliza conceptos mercantiles, y se manifiesta así precisamente para superar las polémicas sobre la naturaleza jurídica de algunas agrupaciones de personas, de las que ofrece una serie de ejemplos, y que declara sociedades porque, para el cumplimiento de sus fines, participan de modo permanente en el mercado. Además, eso es coherente con la continua referencia a sociedades constituidas o en formación. Hay que advertir que los análisis mercantilistas de la cuestión no son incorrectos, pero pueden ser insuficientes. Es verdad que una primera e importante función de la fórmula "administrador de hecho o de derecho" es evitar la impunidad de quienes actuaran en el mercado -requisito del artículo 297-, pero por la razón que fuere no hubieran cumplido con las condiciones necesarias según la legislación societaria para regularizar la condición de sociedad y el cargo de administrador. Pero si recordamos que en el Código penal entran como sociedades entes que no están sometidos al derecho societario, y en los que, en muchos casos,*

*ni siquiera existe la figura del administrador, decae una parte de la explicación. A eso debe añadirse que, incluso en una valoración mercantil del problema, si de lo que se trata es de decidir quién tiene el poder en el seno de una sociedad -sin necesidad de entrar en poderes fácticos o exteriores-, hay que recordar que los órganos de administración pueden tener diferentes formas de organización y, por otra parte, que el poder de decisión puede estar en manos de personas que no pertenezcan a esos órganos de administración. Como es lógico, el problema más complicado es el de decidir quién puede considerarse administrador de hecho.*

*Ahí se abren diferentes posibilidades, pero si nos atenemos a un análisis exclusivamente penal, habrá que abandonar razonamientos mercantilistas, y trabajar a partir de razonamientos estrictamente penales, lo que obliga a incluir en el concepto a toda persona, física o jurídica, que directamente o por representación ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, imponiendo su voluntad como voluntad decisoria, incluso en el caso de que no ostente en la sociedad cargo alguno, o que ni siquiera sea accionista, ya que las acciones pueden estar a nombre de un mero fiduciario. Si es así, podrá cometer un delito societario a título de autor. Como fácilmente se comprende, la configuración de un concepto como el de administrador de hecho no puede resolverse con una pura descripción de lenguaje coloquial, que se reduciría a decir que tal administrador es el personaje "que de verdad manda". Eso es demasiado tosco, por un lado, y, por otro, no puede transformarse en una especie de presunción iuris et de iure en virtud de la cual ese posible poder fáctico transforme a quien lo ostente en necesario autor de cualquier hecho delictivo que se produzca en el marco de la actividad societaria. Hace falta algo más:*

*1) en primer lugar, el dominio de hecho, no sobre las decisiones significativas, sino sobre la concreta decisión que haya dado lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.*

*2) en segundo lugar, la imputación de un hecho delictivo no se conforma con que alguien sea el detentador del poder, sino que se requiere que el suceso criminal haya acontecido en su ámbito de decisión o de previsión normal. Esa referencia a la normalidad de su poder se traduce en una idea simple pero*

*fácilmente comprensible: que en el seno de la empresa se sepa que esa clase de decisiones son de las que dependen de la voluntad de ese sujeto.*

*No hay que dejarse arrastrar por la idea de la singularidad del administrador de hecho, pues nada obsta no ya a que ese puesto lo ocupe una persona jurídica -en cuyo caso habrá que proceder a determinar quién es dentro de ella la persona física que controla sus decisiones o que obra cual si fuera ella misma - , ni tampoco a que lo sean un conjunto de personas, por ejemplo, según se dice en doctrina, la totalidad del Consejo de Administración o una parte de sus miembros. Puede darse una situación de coautoría que implique a todos o parte de los miembros de un Consejo de Administración, aunque hay que evitar el simplismo de entender que por el solo hecho de pertenecer al consejo necesariamente hayan de ser todos coautores. En el ámbito mercantil, pueden salvar su responsabilidad los consejeros que hubiesen votado en contra y se hubieran opuesto a la ejecución del acto, si bien es necesario analizar entonces la cuestión en el seno de la problemática general de la comisión por omisión”.*

Y en este punto, los acusados Fernando Mellet Jiménez, Gonzalo Crespo Prieto, Maria Victoria Bustamante Sainz, Domingo Enrique Castaño Gallego ejercían tal función en la sociedad. Dejaremos de pronunciarnos sobre Antonio Rodrigo Torrijos al estar retirada de acusación frente al mismo por el delito societario.

Ninguna incertidumbre hay que los Sres. Crespo, Castaño y Bustamante han sido miembros del Consejo de Administración, resultando indiscutible por las manifestaciones de todos los presentes y la documental obrante en autos, que el Sr. Mellet jugaba el papel fundamental sobre el que pivotaba la actuación de Mercasevilla, al menos en las operaciones económicas objeto de este procedimiento, y no de mera representación como Director, teniendo amplias facultades, que le fueron concedidas en todas y cada una de las comisiones ejecutivas para negociar en nombre de la Entidad. Analizando estas comisiones así como la declaración del Sr. Mellet e incluso de Sanma, a través de sus representantes, se comprueba que casi todos los contactos se mantenían con el mismo, o por la persona designada por el Sr. Mellet, y no sólo por estar autorizado en una única operación, sino porque el Sr. Mellet fue el encargado de dirigir a

Mercasevilla desde su nombramiento, y de intentar, tal y como él admite e incluso el personal nombrado a designación suya, para reflotar la grave situación económica de la misma, tomando realmente las decisiones que posteriormente se sometían a decisión, como cualquier otra mixta.

Y si bien, el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad establece "El Consejo de Administración está integrado por nueve miembros como mínimo y catorce como máximo, nombrados por la Junta General." (Folios 6403-6504 y su modificación en el folio 6465); el artículo 32 de los estatutos, al regular las funciones del Gerente de la Empresa, determina que tiene voz pero no voto." (f 6468), al igual que en el artículo 30 (f. 6505), ello no le hace menos rector de la voluntad de la sociedad Mercasevilla.

Basta con leer las diversas reuniones que asistió a todas y cada una de ellas, independientemente de que no tuviera voto, para comprobar cómo se iniciaban con la apertura de sesiones a través de Gonzalo Crespo, quien inmediatamente, y sin nada que añadir, cedía la palabra a Fernando Mellet quien presentaba a votación lo ya previamente él había negociado o tratado, con absoluta libertad de acción. Y ello sin perjuicio de estar autorizado por la Comisión, a tal efecto, lo que ampliaba sus facultades hasta tal extremo, que le permite ser considerado como administrador de hecho. Que gobernara la entidad no significa que moldeara la voluntad o impusiera la suya a otros consejeros con alta cualificación profesional como Abogado del Estado, Economista, Secretario de Ayuntamiento, Interventor del Ayuntamiento, así como en otros acusados, con igual cualificación profesional como abogado y Director de Área de la Delegación de Vía Pública del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla (Domingo Enrique Castaño), abogada y Jefe de Servicio de Coordinación de Vía Pública en Gerencia de Urbanismo del Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla (María Victoria Bustamante) F. 6515), sino que participaba en igualdad de condiciones, incluso con aquellos que tenían voto, iniciando, desarrollando y finalizando las operaciones, bajo un mandato en blanco otorgado por los órganos de gobierno; bastando con ver, que no fue ni siquiera su Presidente, quien ejerce las facultades representativas quien firmaba los contratos. Las alternativas barajadas y previamente decididas por Mellet se sometían a votación, y en todas, salvo una, fueron adoptadas por unanimidad. Y que no tuviera voto tampoco afectó a su total

influencia en la sociedad, dado que disponía de poderes facultado por el Consejo para llevar a cabo todas y cada una de las decisiones.

La defensa del Sr. Mellet abre el debate sobre los problemas de autoría en órganos colegiados y la responsabilidad en los delitos societarios, afirmando que los directores generales, los directores gerentes o gerentes sólo serán sujetos activos del delito cuando no sean meros directivos en virtud de relación laboral pues su relación con la sociedad no es orgánica ni se les puede exigir, como a los administradores, el cumplimiento de determinados deberes de lealtad, ni tienen encomendado su gobierno, por lo que su inclusión en el concepto de administrador de hecho supondría una interpretación extensiva del precepto penal que debe proscribirse. Y para ello se basa en los estudios llevados a cabo por el Ilmo. miembro del Ministerio Fiscal, concluyendo que conforme al criterio del Ilmo. Sr. D. Egocheaga, al folio 89 de su artículo todos los que en un órgano colegiado hubieran adoptado el acuerdo en votación simultánea serán responsables penalmente, salvo que hicieran todo lo necesario votando en blanco o en contra a fin de evitar el daño.

Como publica la Magistrada Ilma. Sra. Dña. María Ángeles Garrido: *"De igual modo plantea dudas la inclusión de aquellos sujetos que dentro de la sociedad realizan funciones gestoras sin pertenecer al órgano de administración; sería el caso de los altos directivos de la sociedad, director general, gerente... o apoderados que tengan la facultad de disposición sobre el patrimonio social u obligarlo por medio de un negocio jurídico. También ha provocado cierto debate la inclusión en el concepto de administrador de hecho de quien, desde el anonimato ejerce las funciones de administración a través de otra persona, el "testaferro", habiéndose considerado que pueden ser responsable como inductores o cooperadores necesarios. El concepto de administrador de hecho, en lo que a la jurisdicción penal se refiere y más concretamente en los delitos societarios, a fin de resolver las dudas de supuestos como los descritos, parece lo más acertado fijarlo, atendiendo al acceso jurídico-penalmente relevante al bien jurídico, desde el dominio del sujeto sobre la estructura social. "Lo relevante no es tener el "status" de administrador, es decir, ser titular del cargo según los requisitos exigidos en la legislación mercantil, sino el ejercicio de las facultades que dicha titularidad entraña, es decir, el ejercicio de la*

*función de administrador. Es preciso, por tanto, atender a la idea material de función y no al formal de status" (30). Consecuencia lógica de tal concepción del administrador de hecho es la improcedencia de dar una respuesta general sobre la inclusión del gerente o de quien desde la sombra "administra" la sociedad. Antes bien, será el examen de cada supuesto y la constatación del ejercicio de ese dominio social, lo que determinará si puede considerarse o no comprendido en el tipo penal ahora examinado. Y esta parece ser la posición adoptada por la jurisprudencia. Así la STS 59/2007 de 26 de enero Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 26-01-2007 (rec. 1064/2006), considera administrador de hecho a "... quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa...". Y la STS 816/2006, de 26 de junio, nos dice que "... se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales...".*

*La Sala II es concluyente en la definición del sujeto activo ateniendo no al desempeño de un cargo dentro de la sociedad, sino a la realidad del efectivo ejercicio de las funciones propias del administrador y su control sobre el bien jurídico protegido, al afirmar que "La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege"( STS 22/10/2013 ). Esta interpretación responde al espíritu de la ley y a la voluntad del legislador, como lo revela el hecho de buscar una redacción que, yendo más allá del nominalismo de un cargo, no deje zonas ciegas que permitan espacios de impunidad, cuando se trata de conductas incursas en graves responsabilidades por la irregular gestión.*

Es preciso, por tanto, atender a la idea material de función y no al formal de status, y resulta innegable que desde que accedió a ser Director General de Mercasevilla sus ocupaciones han sido de dirección real, como si de su administrador y socio se tratara,

no sólo por colocación de personal directo de su entera confianza, con la posibilidad de acceder a la contabilidad y cuentas bancarias de la empresa, su contratación, llevar a cabo negociaciones y concluirlos, previo consentimiento de los órganos de gobierno. Y si bien existe una tesis mayoritaria de que los Directores Generales pueden no incluirse en tal concepto, las funciones del Sr. Mellet iban más allá de un Director General al uso.

El administrador de hecho carece por definición de las facultades atribuidas a los administradores de derecho con independencia de la denominación de su cargo y del origen de su nombramiento. En este concepto se pretende no dejar fuera del castigo penal los usuales supuestos en que personas que no son formalmente o legalmente administradores de la sociedad, por no estar nombrados como tales, no formando parte, por tanto, del organigrama de la sociedad, como apoderados, por ejemplo, ni participando en los órganos de administración de la sociedad, son en realidad quien actúan "moviendo los hilos" societarios y manejando la sociedad, aunque sin constar en documento u operación alguna, siendo el personal estatutariamente designado el que materializa formal y legalmente su actuación. Existe, por tanto, dos interpretaciones de qué debe considerarse administrador de hecho. Para una concepción que se llama mercantilista, este será quien pudiendo serlo de derecho por reunir los requisitos de nombramiento, aceptación e integración en el órgano rector de la sociedad, sin embargo está afectado por un defecto de capacidad o una inhabilitación. Pero la otra interpretación, mucho más amplia, es la más aceptada, desde el punto de vista penal, en la que se encuentra el Sr. Mellet.

Basta con comprobar como incluso en los trámites iniciales consta que el Sr. Miró y el Sr. Mellet contactaron, el primero por indicación del Sr. Sánchez Manzano y se interesaron por el suelo y por el interés de Mercasevilla por venderlo, y ello con independencia del enlace Sr. Castaño; en esa conversación el Sr. Mellet le ofreció el derecho de superficie, tal y como afirman declaraciones de los Sres. Miró, Mellet, y Sánchez Manzano, lo que determina las funciones del Sr. Mellet dentro del seno de Mercasevilla. Y así admite su propia defensa que "La concesión del derecho de superficie se realizó directamente, sin concurso público y en la misma existió una previa negociación que se llevó a cabo por el Director General la cual tuvo que ser ratificada por

los órganos de administración de la empresa". Y en el folio 2972 consta el certificado del acta de la Junta General de Accionistas de Mercasevilla de 29 de septiembre de 2003 (folio 2969 y ss.) donde se ratificaba el precontrato firmado el 4 de agosto de 2003. La adjudicación se firma tras el preacuerdo suscrito por Mercasevilla, S.A., representada por su Director General Don Fernando Mellet Jiménez, firmado el 4 de agosto de 2003, si bien con el voto en contra de Mercasa. (Folio 2976).

Una vez iniciado el conflicto con Larena 98, así como interpuesta demanda contra Mercasevilla, en folio 2723, en acta de Comisión Ejecutiva de 11 de febrero de 2005 se le facultó al Sr. Mellet para "procurar la suspensión del plazo concedido por el Juzgado a Mercasevilla para contestar la demanda formulada por Larena 98, S.L. y facultar al Sr. Director General, D. Fernando Mellet, para que negocie con los responsables de la referida firma toda posible solución del conflicto planteado por la misma, incluida la propuesta de Larena de que Mercasevilla le otorgue una opción de compra de los terrenos que comprenden el derecho de superficie actualmente concedido a dicha sociedad, sometiendo a la decisión de esta Comisión Ejecutiva, en una nueva reunión de la misma los términos de un posible acuerdo, junto con un informe jurídico sobre la solución propuesta." Y en base a este "libro en blanco" el Sr. Mellet, gestionó el acuerdo con Larena 98, tanto con el Sr. Pardal como manteniendo contactos con el Sr. Ponce.

El Sr. Braojos afirma en sus primeras declaraciones (en sede policial) que es Fernando Mellet en una reunión de la Comisión Ejecutiva inicial el que propone que hay que buscar fórmulas para rescindir el contrato con Larena 98, por impago de la cuota de arrendamiento, ya que le preocupaba la problemática por las repercusiones que tenía sobre Mercasevilla, no explicándose por parte del gerente los motivos de porque la empresa arrendataria no hacía frente a sus obligaciones. Que en esa reunión él, en calidad de Interventor y apoyado por el Secretario municipal Sr. Venancio Gutiérrez Colomina solicitan la documentación necesaria para poder informar, documentos que no llegan a su poder, y que tenía el Sr. Mellet. Y es en otra reunión de la Ejecutiva cuando Fernando Mellet va había pactado la solución, consistente en la subrogación de Sando en el contrato de Larena 98, no aportando datos sobre la negociación llevada al efecto y solo que Mercasevilla no salía perjudicada en

dicho cambio, siendo el Sr. Mellet felicitado por su buena gestión. (f- 2612). (...) Que siempre es Fernando Mellet de la mano de Piñero quien defiende las bondades del acuerdo, que previamente había negociado en su integridad.

En idéntico sentido se pronuncia el Sr. Gutiérrez Colomina que en declaración policial admite desconocer las causas reales del conflicto con Larena, y como fue Fernando Mellet en una Comisión Ejecutiva posterior dijo haber encontrado la solución, sin que expusiera de forma pormenorizada estas gestiones.

Ya en la Comisión Ejecutiva de 28 de junio de 2005, obrante a los folios 2730-2740, se: "faculta expresamente al Director General para que negocie con Larena, 98, S.A. los términos de un posible acuerdo que dé fin al contencioso planteado por dicha sociedad contra Mercasevilla. - facultar igualmente al Director General para que concrete un índice de cuestiones a someter a dictamen o informe del Secretario General y del Interventor General del Ayuntamiento de Sevilla sobre aspectos administrativos de una posible operación de otorgamiento a terceros de un derecho de opción de compra de los terrenos de Mercasevilla, así como de cuestiones a someter al Letrado de esta Sociedad D. Jorge Piñero Gálvez para la emisión del mismo, en colaboración con los asesores jurídicos de Mercasa, de un informe sobre los aspectos civiles y mercantiles de dicha operación informes que deberían estar confeccionados con suficiente antelación para que pueda pronunciarse a la vista de ellos la Comisión Ejecutiva en su próxima reunión."

Y nada hay que decir, dado que el propio Sánchez Manzano insinúa que los contactos lo iniciaron con Fernando Mellet. El Sr. Mellet recibió la misma potestad en blanco en la Comisión Ejecutiva de 15 de julio de 2015 (2741-2743): "Queda enterada la Comisión Ejecutiva de la pretensión de que Sanma... se subrogue en la posición de Larena, en cuantos derechos y obligaciones dimanen para Larena de los documentos públicos y privados en que fueron plasmados tales derechos de superficie." "Facultar expresamente al Director General, D. Fernando Mellet, tan ampliamente como en derecho fuere necesario, para que, en nombre de esta sociedad, preste a la operación de subrogación anteriormente mencionada los consentimientos, conformidades o autorizaciones que fueren precisos, así como para que modificar los plazos que para la efectividad y ejecución de tales derechos

de superficie había asumido Larena en los documentos que los instrumentaron, en el sentido de computarlos a partir de la fecha en que se produzca la subrogación." Y el Sr. Mellet no sólo negoció sino autorizó y ejecutó los acuerdos correspondientes con Sanma.

Antes de la Comisión Ejecutiva siguiente, Fernando Mellet mantuvo conversaciones con Victoria Bustamante, Jorge Piñero y el Sr. Ripollés para el encargo del Pliego de Condiciones, siendo informada la Comisión Ejecutiva y demás órganos, con entrega de documental.

Es decir, el Sr. Mellet con autorización extensa y sin acotación alguna, de los órganos de gobierno, distribuyó y fijó los márgenes del concurso, así como distribuyó las tareas a los Sres. Ripollés, Bustamante y Piñero para la elaboración del Pliego de Condiciones, sin perjuicio de que colaboraran en dar acotaciones otros miembros de Mercasa y tras someterlo a votación, lo ejecutó, firmando en nombre de la entidad el contrato. Y en la Comisión Ejecutiva de 15 de febrero de 2006: (folio 2848) se "Faculta expresa y tan ampliamente, como en derecho fuere necesario, al Director General de esta Sociedad D. Fernando Mellet Jiménez para que formalice y suscriba en nombre de Mercasevilla, S.A. con la empresa seleccionada Sanma Desarrollos Urbanísticos, S.A. el correspondiente contrato de opción de compra en los términos y clausulado que resulte del pliego de condiciones del Concurso Público y de la oferta seleccionada, así como para elevarlo a escritura pública, suscribir cuantos documentos públicos y privados resultasen precisos a efectos de dicha contratación y, en su caso, de su inscripción registral, previa negociación con la adjudicataria de la forma de pago de las cantidades ofertadas como precio de la opción, percibir dichas cantidades, dar y firmar por tales cobros cartas de pago o recibos liberatorios, y, en definitiva, llevar a cabo cuanto fuere necesario para la total efectividad del derecho de opción de compra a que los mismos se refieren." Siendo que el Sr. Mellet incluso firma un contrato el día 23 de febrero que no coincide en su integridad con el concurso al pactar el pago aplazado, con lo que queda patente la alta dirección y gobierno que el Sr. Mellet desempeñaba en Mercasevilla.

Es decir, la gestión del Sr. Mellet como Director General de la empresa, no se limitó a tal función ni a ser un mero empleado

de la misma sin derecho a voto en el Consejo de Administración, no circunscribiéndose a cumplir las funciones que el encomendaron como un mero mandatario, sino que ayudó y gestó todo lo relativo al derecho de superficie y a la opción de compra, presentando la única opción posible (salvo el sistema de licitación) a los órganos de gobierno, siendo aprobado por tal y facultado por ellos, para llevar a cabo todas las negociaciones, firmas y ejecuciones del contrato objeto de este procedimiento.

Respecto al Sr. Piñero, desempeñaba en Mercasevilla el cargo de vicesecretario no consejero, carente de voto, como mero letrado asesor externo de la empresa, sin relación laboral cuyas funciones eran las de asesoramiento jurídico y la redacción de las actas. Tanto el Sr. Mellet como el Sr. Piñero reconocen que éste desempeñaba funciones de Letrado asesor, tanto en el sistema de venta de los terrenos emitiendo dictamen a tal efecto, mostrando en el acto del plenario su teoría sobre la única necesidad de que se respeten los principios de publicidad y concurrencia, debatiendo con Mellet sobre el sistema de licitación, así como coordinando la elaboración del Pliego, si bien como Letrado siguiendo las indicaciones y emitiendo un trabajo, sin que su participación previa, durante o post órganos de Gobierno puedan implicar que se trate de un administrador en la sombra o que dirigiera la sociedad, sino que emitía informes jurídicos, de los que se puede estar o no conformes y si bien participó en todos los hechos controvertidos objeto de acusación, aunque sin facultades decisorias ni directas ni indirectas que haya ejercido dominio alguno sobre la estructura social y la toma de resoluciones, y ello implica la imposibilidad de ser autor de la infracción penal de conformidad con el art. 28 en su apartado inicial, debiendo analizarse si es cooperador necesario, en el caso de que se estimara que existe esta infracción penal, y ello a pesar de redactar el contrato de opción de compra.

También elaboró el informe propuesta sobre selección de oferta y adjudicación de contrato que la mesa de contratación eleva a la Comisión Ejecutiva de Mercasevilla S.A en su condición de órgano competente para la resolución del concurso convocado por Mercasevilla S.A sobre el derecho de opción de compra de los terrenos de su propiedad, desarrollando el Sr. Piñero como se alcanzó la convicción de los miembros de la Mesa de Contratación apoyándose en: a) Las valoraciones y baremaciones

efectuadas por los Sres. Técnicos) Respecto a la baremación de las ofertas económicas los técnicos informantes han contado, en la metodología aplicada, con los criterios de un dictamen emitido por el Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Sevilla .....

**B.- CONTINUANDO CON LA ACCIÓN: EN BENEFICIO PROPIO O DE UN TERCERO, CON ABUSO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO, DISPONGAN FRAUDULENTAMENTE DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD O CONTRAIGAN OBLIGACIONES A CARGO DE ÉSTA**

Hemos de iniciar este apartado afirmando que no es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, calificativo que ha de enlazarse con la lealtad propia de todo administrador o de todo socio con los demás socios y con los intereses sociales.

Para concretar cómo puede entenderse el adverbio "fraudulentamente", existe jurisprudencia centrada en su estudio y análisis.

La ST de la Ilma. AP de Álava en sentencia de 26 de julio de 2016: *"El adverbio "fraudulentamente" con que adjetiva el artículo 295 la disposición patrimonial del administrador se identifica con el empleo de fraude, esto es, de un artificio o engaño, y conecta con el "abuso de las funciones propias de su cargo". No se incluye en este delito la administración simplemente irregular, sino únicamente la desleal y fraudulenta. "Si esto es así, el desvalor de acción del artículo 295, objeto de estudio, se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con la sociedad y con los socios" (S.AP. Girona, Secc. 3ª, nº 83/2000, de 4 de mayo). Es el quebrantamiento " de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo" (S.TS. nº 1217/2004, de 2 de noviembre). "No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que son dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales. La actuación -en este caso- sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspasa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos" (S.TS. nº*

*91/2010, de 15 de febrero).” Y respecto a “ la lealtad propia de todo administrador (...) con los intereses sociales”, no puede predicarse su vulneración de manera abstracta, desligada de la expresión y percepción de los componentes del substrato individual de toda sociedad mercantil (los socios), que, en este caso, no aprecian fraude o deslealtad alguna ni afectación negativa a los intereses sociales ni a los suyos individuales. Ni puede referirse al eventual perjuicio de terceros ajenos a la relación de personas mencionadas en el artículo 295 (en este caso, acreedores concursales), titulares de un bien jurídico protegido por tipos penales distintos de éste”.*

Y la Ilma. AP de Las Palmas en sentencia de 22 de febrero de 2016, y 30 de diciembre de 2014, que se remiten a STS de fecha 15/2/2010: *“En todo caso, la conducta desleal penal debe revestir unos caracteres de antijuridicidad superiores al mero incumplimiento civil de los deberes del administrador, dado el carácter de última ratio del Derecho Penal, en virtud del principio de intervención mínima. Respecto a la diferencia entre ilícito civil e ilícito penal el Tribunal Supremo señalaba en la Sentencia TS 2ª, S 20-7-1998, núm. 987/1998, rec. 2781/1997 “Ha de señalarse, por eso, que el dolo criminal comporta frente al puro dolo civil, lo que el ilícito penal comporta frente al ilícito civil. La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil se halla dentro del concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta del agente encuentra acomodo en el precepto penal que conculca, puede hablarse de delito, sin que por tanto ello quiera decir que todo incumplimiento signifique la vulneración de la Ley penal, porque la norma establece medios suficientes para restablecer el impero del Derecho ante vicios puramente civiles. ajeno. (Sentencia de 13 de mayo de 1994 y 1 de abril de 1985 entre otras).” Es pues preciso destacar, que en esta modalidad delictiva la conducta típica presenta una de estas dos modalidades:*

*a) disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias del cargo y causando directamente un perjuicio económico a los socios o demás titulares del bien jurídico;*

*b) contraer obligaciones a cargo de la sociedad, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias del cargo y que causen directamente un perjuicio económico a los*

*socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrador.*

*El tipo del artículo 295 del Código Penal regula pues los supuestos de administración desleal con la finalidad de proteger el patrimonio social o individual del abuso de poder o infracción de los deberes de lealtad o infidelidad por parte de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, consistiendo la conducta en una disminución patrimonial directa por la disposición de determinados bienes a favor del autor o de un tercero, aminoración del activo, o bien en el aumento de las obligaciones, deudas y gravámenes que pesan sobre el patrimonio social, o lo que es igual un incremento del pasivo, tratándose de la utilización patrimonial indebida, que se concreta en una apropiación o distracción, con el provecho propio o ajeno y la realización de perjuicio a los sujetos expresados en el precepto, exigiéndose que la actuación sea fraudulenta, ocultando de cualquier modo la desviación de los principios de una leal administración, con el fin de obtener un beneficio propio o para tercero, constituyendo el objeto material además las propiedades sociales, e incluso el llamado patrimonio de afectación que lo conforman la masa de bienes o valores que de cualquier modo corresponde administrar a la sociedad. Además, al tratarse de un delito de resultado es esencial que se produzca un beneficio al sujeto activo o a un tercero y un perjuicio a los sujetos pasivos a que se refiere el precepto, lo que supone de igual modo la necesidad de un dolo directo en la comisión del delito”.*

En el presente caso, es incuestionable que los acusados informaron del contrato de opción de compra a todos los socios antes de su formalización mediante la fórmula del concurso, con expresa comprensión de los detalles de la operación siendo sabedores de su alcance y del destino del precio obtenido, recabando la aprobación de la Comisión Ejecutiva. Dicha actuación de realizar un acto dispositivo de tal alcance, no ha implicado una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador de hecho y de derecho para con Mercasevilla y los socios.

Tradicionalmente se han venido considerando como supuestos de administración desleal actos dispositivos o de asunción de obligaciones como los siguientes:

- enajenación a terceros de bienes administrados por precio inferior al real o de mercado,
- auto concesión de préstamos en condiciones más favorables que las de mercado,
- concesión de préstamos de dudoso cobro sin adoptar las garantías ordinarias para favorecer a los prestatarios, afianzamiento con el patrimonio administrado de deudas personales del administrador,
- adiudicación de contratos en favor de oferentes que ofertan peores condiciones que alguno de los demás partícipes en el concurso o
- reconocimiento de créditos ficticios.

Insistiendo, se ha considerado como tal la enajenación o contratos a precio inferior al real o inferior a mercado.

Y en este punto basta con ver que se presentan en los autos tasaciones elaboradas para el negocio jurídico, y dos más de parte, que como ya dijimos anteriormente, a pesar de su cualificación profesional, merecen escaso valor probatorio llegando a fijar ambas un valor inferior en caso 30 millones de euros, retratando con ello la nula credibilidad a sus dictámenes, y ello sin entrar a debatir como hubo peritos de parte que llegaron a exponer que en esa fecha se sabía ya la caída del precio del suelo, cuando la crisis financiera no se inició hasta finales de 2007 y 2008 con la caída de Lehman Brothers, y con ello la crisis económica e inmobiliaria. Sólo se valorarán las ya adjuntadas al expediente para la celebración del concurso: KRATA 107.517.810 euros. VALTECNIC 105.152.026 € y FORCADEL 104.731.515 €, entendiéndose que carecen de valor probatorio los dictámenes de Sociedad de Tasación y de Tinsa; y que el precio de salida no existe precio inferior al real de mercado, que sí se hubiere ocasionado con los precios de estas dos últimas.

Por parte de los administradores de hecho y de derecho

investigados (y sus cooperadores necesarios) se han contraído obligaciones a cargo de la sociedad, en beneficio de Sanma /Sando, sin que se haya demostrado abuso de las funciones propias del cargo por parte de los administradores ni se han causado directamente un perjuicio económico a Mercasevilla, sino se ha celebrado un negocio jurídico bilateral dentro de los márgenes autorizados, para ser posteriormente aprobado previa discusión sobre los diversos extremos, previo debate, estando formada la Comisión Ejecutiva por personal altamente cualificado para entender el sistema de contratación, los derechos y deberes de una opción de compra, un pliego de condiciones, cláusulas, sin que se haya formulado objeciones ni impugnaciones al negocio jurídico, con la salvedad expuesta y el desistimiento del ahora denunciante.

### **C.- DESARROLLANDO EL CONCEPTO DE “DIRECTO PERJUICIO ECONÓMICAMENTE EVALUABLE”:**

Esgrime como mecanismo de defensa, el Sr. Mellet que el Ilmo. Sr. Representante del Ministerio Público ya consideró en una de sus publicaciones como esencial la práctica de una prueba pericial contable, conforme a los artículos 456 a 485 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determine el daño o perjuicio causado a la sociedad y que enlace este con el acto societario que lo origine, estimándose que en el presente no ha producido en este supuesto.

En relación a qué se entiende por perjuicio económicamente evaluable, la jurisprudencia menor, concretamente la sentencia de la Ilma. AP de Álava de 26 de julio de 2016: *“Uno de esos precisos requisitos contenidos en la descripción típica del artículo 295 es la causación directa por el autor de “ un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”.*

*El propio entendimiento del perjuicio merece un tratamiento detallado. Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº 841/2006, de 17 de julio, “han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio,*

*como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico. De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada" (en igual sentido, ST nº 91/2010, de 15 de febrero).*

*Así pues, el perjuicio al que se refiere el tipo penal es " un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación", valoración que nos conduce a otros elementos del delito, " como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación".*

*La STS de fecha 30/3/2011, se pronuncia en el mismo sentido, concluyendo que no se precisa una determinada cuantía, ni se restringen las vías para esa evaluación, aunque el acierto o la pertinencia de acudir a unas u otras de las posibles pueda ser cuestionado en cada caso concreto."*

Por la acusación se cuantifica inicialmente los daños o perjuicios en la suma de 25.000.000 €, cantidad ésta que resulta de la diferencia entre lo ofertado por la licitante Grupo Noga cuya oferta de opción de compra ascendió al pago al contado de 30.000.000 de euros, y la suma satisfecha, que ascendió a 5.000.000 de euros, por entender que el perjuicio económicamente evaluable lo constituye desde el momento en que se "falseó un concurso".

*El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Julio de 2.006 analiza el elemento del perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal y dice que "han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación (...) la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su*

*acento tanto en su origen como en su finalidad”.*

*Y STS de 17 de julio de 2006: “De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril.*

Sin embargo, no existe prueba alguna que permita entender que existe un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación, ni siquiera se ha demostrado que se haya tratado de una operación “equivocada”, ni que haya incidido negativamente en la sociedad mixta, a priori (sin valorar el devenir del contrato a lo largo del tiempo). En la actuación de los acusados integrantes de Mercasevilla nada indica que haya existido algún tipo de ganancia definitiva o provisional, si siquiera un uso temporal ilícito del beneficio obtenido. No ha existido perjuicio alguno ni para los socios, ni para la sociedad, por lo que es evidente que solo cabe un pronunciamiento absolutorio.

El negocio jurídico en que la parte acusadora concreta la supuesta administración fraudulenta fue planteado desde su inicio a la Comisión Ejecutiva, así como a Consejo de Administración, Junta General y Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, debatiendo tanto la opción de compra, como la mecánica de acceso de la

misma a terceros, optando por un sistema, previo debate, teniendo en cuenta las réplicas, contestaciones y anotaciones de miembros de la Comisión, con estudio del Secretario de Ayuntamiento e Interventor, y con cognición tanto de la Asociación de Frutas como de Mercasevilla, y del propio Ayuntamiento.

Por tanto, tanto el Pliego y el propio método de enajenación fueron aprobados por los diferentes órganos de gobierno de Mercasevilla, Comisión Ejecutiva, Consejo de Administración y Junta General, en todo caso por unanimidad de los asistentes, que tuvieron acceso a una información y documentación exhaustiva sobre la materia, y los acuerdos no fueron impugnados por nadie (salvo lo mencionado en relación al recurso contencioso), recibieron las autorizaciones e informes preceptivos, incluido la autorización del pleno del Ayuntamiento de Sevilla por unanimidad, además de la aprobación de la Comisión de Hacienda, así como el informe favorable de la Intervención del Ayuntamiento y de la Asesoría de la Alcaldía. No han existido impugnaciones de los socios ni la sociedad a la adjudicación a salvo del recurso contencioso administrativo interpuesto por el socio minoritario, pero del que se desistió (F.1599).

Con la prueba practicada y obrante en autos, hemos de concluir que no hubo ocultamiento, ni trama ni ardid para engañar a los socios, que ni antes ni después de la consumación del contrato de opción de compraventa con Sanma, los socios percibieran un artificio que defraudase sus expectativas o confianza. No hay prueba de que los acusados infringieran, al celebrar el contrato litigioso, el deber de lealtad con los socios inherente a su cargo de administrador de hecho o de derecho.

Se comparte los argumentos de todas las defensas en torno a la inexistencia a lo largo de toda la Instrucción de un dictamen pericial destinado a fijar “el perjuicio económicamente evaluable”, ni tampoco ha sido presentado por ninguna de las acusaciones, aunque fuera pericial de parte.

No se ha justificado, porqué se solicita la nulidad del concurso por considerarlo ineficaz, replicando en el plenario la concurrencia de un vicio en la voluntad de los órganos de gobierno por ocultamiento de parte de datos esenciales debido al ardid empleado por los acusados para la consumación del contrato, y sin embargo, a pesar de ello, fijan el perjuicio en la diferencia entre las dos ofertas más altas económicamente

hablando, y no en reponer la situación antes del vicio invalidante. No se puede compartir este mecanismo de concreción del posible perjuicio, especialmente cuando el parámetro empleado por las partes, confronta con la cláusula tercera del Pliego que establece el "tipo de licitación" distinguiendo, por un lado, el "precio mínimo de la opción de compra" por plazo de diez años y, por otro, el "precio mínimo de la compraventa" futura, preceptuando que: ""No obstante, como la compraventa y consiguiente transmisión de la propiedad de los terrenos viene determinada por la necesidad de que finalice al proceso de desarrollo urbanístico de la parcela de destino de Mercasevilla, en el Nodo Logístico Norte y la terminación de la construcción y traslado de las instalaciones de la empresa, todo ello determina que no sea posible conocer el tiempo que todo ello tardará en producirse, lo que conlleva que el precio final de compraventa de la parcela, aunque se fije como un valor de mínimos, tendrá que ser definitivamente calculado en el momento en que, decidido el traslado de la empresa y siendo ya posible realizarlo, se ejercitase la opción de compra y se perfeccionase y formalizase el contrato de compraventa". Y la cláusula quinta del pliego permite una baremación objetiva y ponderada de las ofertas, tomando en consideración las particularidades de la operación concreta, y no sólo el importe de las valoraciones económicas, y ello a pesar de que se ha interrogado en numerosas ocasiones por parte de Asociación si ese era o no el destino final, el de obtener el mayor beneficio económico. Es decir, si el concurso es nulo y el Pliego también, ¿cómo fijar el perjuicio realmente ocasionado en base a las ofertas realizadas en base a este Pliego ineficaz? Es más, si las acusaciones describen que todo el concurso gira en la existencia de ofertas de relleno, no sabemos hasta la fecha, si consideraban la de Noga como tal y porque no valoran la relación que tenía con Lanscape, con un importe mucho menor.

De la prueba practicada no existe el menor indicio objetivo que el importe o precio de salida del suelo de Mercasevilla no se ajuste a los 105.000.000 de euros, existiendo tasaciones, que oscilan cifras dentro de unos márgenes entre el que se encuentra tal cantidad, llegando a aportarse al Excmo., Ayuntamiento de Sevilla para su autorización, a la Alcaldía, así como a los órganos de gobierno de Mercasevilla. Así consta unido a autos que junto a la entidad Forcadell y Rigal (folios 1.887 a 1.897) por 104.731.515 euros, vinculada con don José Antonio Ripollés, informe de Valoración de Krata (folios 1.838 a 1856) por

107.517.810 euros (folio 1853 de los citados). Valtecnic (folios 1.714 a 1747) de 56.874.097,47 a 105.152.026 euros, folios 1.745 a 1.747 de los citados). Las acusaciones tampoco interesaron, tasaciones del suelo, ni se practicó a en sede de Instrucción, sin que por tanto, exista, salvo las tasaciones de la operación, otras distintas a las de las defensas que fijen el precio final del suelo,

Es irrefutable que la oferta económica de Noga fue superior a la de Sanma, pero ello no quiere decir que se trate del valor de los terrenos a precio de mercado, ni que exista un real perjuicio a la entidad, ni siquiera a Noga, ni a Lanscape. Ya nos hemos pronunciado sobre el debate generado en torno a la procedencia del sistema de licitación, y las razones esgrimidas para optar por el concurso. Y en el plenario ha quedado meridianamente claro que obedeció a cuestiones políticas o ideológicas, pues así lo han ratificado tanto el Sr. Rodrigo Torrijos, como por técnicos de Mercasa, motivos sociales y no especulativos, y que además de contemplar el precio, el concurso obedeciera a otros factores, como valoración de capacitación técnica, financiación del nuevo centro, y traslado operativo, ofertas sociales..., que motivaron junto al precio la finalidad en el concurso. Y es por ello, que no basta con la diferencia de monto entre las diversas ofertas para creer que existe un perjuicio económicamente evaluable, ni siquiera teniendo en cuenta la situación económica en la que se encontraba Mercasevilla desde un inicio. Estimamos ajustada la conclusión de la defensa del Sr. Ripollés cuando afirma que: "Esto es, existía una finalidad prioritaria que no era la oferta económica más alta, sino la oferta de mayor beneficio para Mercasevilla atendiendo a posibilitar el traslado de la Unidad Alimentaria, y otros fines sociales".

Y es el Consejo de Administración de 30 de noviembre de 2005 donde consta la intervención del Sr. Rodrigo Torrijos que *interviene para recordar el carácter público o semi público de Mercasevilla y también que las actuales políticas están orientadas a la construcción de viviendas protegidas, añadiendo que una empresa mixta pero marcada por lo público debe tener unos objetivos distintos a los meramente economicistas y desde luego no los especulativos*". Y en ese mismo órgano, otros Consejeros lo suscribieron como programa político del Ayuntamiento, atendiendo al interés general de la ciudad, recordaron y expusieron la existencia de otras decisiones del Ayuntamiento como la de TUSSAM.

Es decir, una vez afirmado que el Pliego es legal y ajustado a derecho, no existe razón alguna por entender que existe una actuación desleal y fraudulenta, especialmente cuando consta ya que el precio de salida era ya precio de mercado en el momento del contrato era el fijado, según dictámenes a tal efecto.

Para entender cualquier tipo de perjuicio económico evaluable a la sociedad a la sociedad y a los socios hemos de partir que el Pliego de Condiciones y el concurso eran nulos, y no por ilegalidad per se, sino por cualquiera de los vicios del consentimiento esgrimidos en sus informes finales por las acusaciones, quienes entienden que los restantes miembros de la Comisión Ejecutiva y del Consejo y Junta General, Ayuntamiento y Alcaldía, así lo sufrieron. Sin embargo ninguna prueba se ha practicado en el plenario destinado a tal efecto, sino todo lo contrario, especialmente cuando los restantes miembros de la Comisión/Consejo/Junta han aceptado tener conocimiento del devenir de las negociaciones y del debate en las Comisiones, sin que pueda en un asunto de tanta trascendencia limitarse a decir que a los otros miembros les bastó la confianza en Mellet y los acusados, lo que desembocó en una lectura somera y superficial de la documentación adjunta. Es más, en el Expediente del Ayuntamiento también se adjuntó todo y cada uno de los documentos que se tuvieron en cuenta en la licitación.

Si por los miembros de los órganos de gobierno aceptaron los elementos esenciales del contrato, independientemente de que no conocieran todos y cada uno de los entresijos en la negociación del derecho de superficie, de la existencia de un contrato inicialmente vinculado, y con conocimiento y voluntad formaron su consentimiento en el concurso y en el pliego, reafirmando era legal, que el objeto de la opción de compra no iba destinada única y exclusivamente, por muy extraño que desde el punto de vista mercantilista pueda parecer, a obtener el mayor beneficio económico, sino que estaba destinado a otros propósitos, partiendo de un precio real de mercado, ajustado a tasaciones económicas realizadas por entidades independientes y con solvencia profesional, se desconoce el perjuicio económico ocasionado a los socios y a la sociedad. Concorre consentimiento válidamente constituido, objeto cierto y causa, es decir, todos y cada uno de los objetos esenciales del contrato. Detallada la legalidad del Pliego y del concurso, no se ha acreditado, dolo, violencia o intimidación, ni falta de causa ni de objeto en el

contrato.

Hubiere sido de fácil constatación mediante prueba pericial la determinación del quebranto patrimonial y del origen de su causación, siendo sorprendente que a pesar de la dilatada investigación no existan dictámenes de especialistas que acrediten en qué consiste y si hubiere, su importe, si lo hubiere, ya sea por perito judicial o de parte. Sin ánimo de ser repetitiva, no existe prueba alguna que concrete el perjuicio económico esgrimido por las acusaciones.

Se adiciona que Noga, empresa que ofreció mejor precio, baremo tomado en cuenta para fijar el perjuicio económicamente evaluable, consideró que el pliego de condiciones era legal, y que no resultó perjudicada por el resultado del concurso público, tal y como testificó Don José Ramón Lacasa Marañón, Secretario del Consejo de Administración y Secretario General el día 9 de diciembre de 2009 (f.3.152 y ss.) y en el plenario.

**D.- FINALIZANDO CON LA INCIDENCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO SOCIETARIO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD:**

Esgrime la defensa del Sr. Manzano y Sanma dos sentencias, una de la Ilma. la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal. Sección 3a) núm. 15/2005 de 13 abril. ARP\2005\172 (Sentencia confirmada por el Tribunal Supremo), que mantiene que el conocimiento y ratificación del contrato por el Consejo de Administración, enerva el posible delito societario y la de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 22). Núm. 896/2011 de 30 noviembre ARP\2011\1463. Que ratifica que el conocimiento y consentimiento directo de los hechos por los socios impide el delito societario. La defensa del Sr. Sánchez Domínguez lo hace en base a la STS de 3 de febrero de 2016.

Y tras la lectura de la sentencia del TS de 17 de julio de 2006, ponente Sánchez Melgar (caso BSCH), en los que la administración se lleva a cabo con conocimiento de los socios, puede llegarse a la conclusión de que aquella no es fraudulenta, pero ello no impide preguntarse si el artículo 291 CP podría ser de aplicación, ya que el delito de acuerdos abusivos no exige un elemento de fraudulencia, si bien en este caso no existe este tipo de imputación e infringiría el principio acusatorio entrar a su

análisis.

En este caso se ha contado siempre con la aprobación de los órganos de administración y gobierno de la sociedad, y por ello, no pueden ser perjudiciales para la sociedad los acuerdos que ésta acepta y adopta como propios, los acepta y presta su absoluta conformidad, con completa convicción y autonomía. Si el art. 295 exige un perjuicio económicamente evaluable es preciso que su origen sea ilícito, en abuso de las funciones de administración y en este caso, ni el Pliego ni el concurso contravenían la legislación vigente ni los estatutos de Mercasevilla, contando con la unanimidad de los miembros de Comisión, Consejo, Junta, autorización de Alcaldía y del Excmo. Ayuntamiento. Y si bien existe doctrina y jurisprudencia que no identifica aprobación o consentimiento de los órganos de gobierno con el hecho de que no puedan ser fraudulentos, puede ser analizado desde otro precepto penal, no desde el 295 del CP.

Tras examinar el discernimiento que cada uno de los órganos de gobierno tuvo del Pliego, éste se exteriorizó en el folio 972, cuando literalmente "La Mesa de Contratación formulará a la Comisión Ejecutiva, que tendrá la condición de órgano contratante "propuesta de adjudicación", y la propuesta elevada por la Mesa de Contratación no será vinculante para el órgano decisorio ni creará derecho alguno a favor de la persona propuesta mientras no se les haya adjudicado el contrato por la Comisión Ejecutiva"; que también fue informada de la oferta de Noga (f. 929), tal y como también lo aclara la testifical del Sr. Braojos el día 15-2-17 y f. 6692.

Y ello, aunque las acusaciones pretendan justificar esta aprobación en una manipulación de los acusados de la realidad, tanto de las negociaciones previas, como en la redacción del Pliego, en la elección del sistema de licitación, y en el consentimiento prestado finalmente por unanimidad, de forma que si los restantes miembros de Mercasevilla hubieran conocido otra "realidad" habrían votado en contra, mutando la voluntad del órgano Societario. Si bien, no hay prueba que acredite divergencia entre la realidad pactada y firmada y la verdad, se comprueban los diversos debates en las comisiones ejecutivas, borradores de pliego, explicaciones de diversos puntos, anotación de Mercasa, cambios en los puntos en la baremación; sin que haya concurrido maquinaciones torticeras ni dolo o

intención maliciosa para que cualquiera de los acusados se hubiere enriquecido con esta opción de comprar.

No se ha producido falta de información a los socios, no sólo porque así se recogen en las actas, sino porque ninguno de los otros integrantes ha esgrimido esa ausencia como afectante de su voluntad y consentimiento. No consta que ninguno de los restantes socios hicieran uso del art. 24 de los Estatutos y la facultad de solicitar con anterioridad a la reunión de la Junta o verbalmente durante la misma, los informes y aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día", entendiéndose que con el informe del Secretario General, el Pliego de condiciones particulares, Informes económicos, Valoraciones Oficiales sobre los terrenos actuales de Mercasevilla (Valtecnic, Krata y Forcadell) y el Proyecto de Viabilidad urbanística (f 2.838), eran suficientes. Votaron a favor tanto el Ayuntamiento, como Mercasa y la Asociación de Empresarios. En la Comisión Ejecutiva de 15 de febrero de 2006 (f. 2843 a 2849 se aprobó por unanimidad la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación a la vista de los informes técnicos elaborados para la baremación.

A la vista de la doctrina jurisprudencial establecida en la STS no nos encontramos ante la comisión de un delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal, y ello porque los actos realizados por los acusados como autores, tanto el Sr. Mellet como el Sr. Piñero, han sido dentro de lo que eran las facultades propiamente de su cargo de Director General, estando previamente autorizado en cada Comisión Ejecutiva para cada uno de los actos realizados por él, y por ende no excediendo de dichas facultades, respondiendo a operaciones reales de la sociedad, sin que haya existido extralimitación ni abuso de las funciones propias del cargo que el acusado Sr. Mellet ostentaba en la sociedad, que hemos dicho antes, como administrador de hecho; al igual respecto al Sr. Castaño, Crespo, Bustamante y Castaño, actuando el Sr. Piñero sin voto en todas las reuniones de los órganos de Gobierno.

Es por ello, que procede dictar sentencia absolutoria.

**NOVENO.-** En aplicación de los artículos 123 y 124 de Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, se decretan de oficio.

La STS de 8 de marzo de 2016, analiza cuando procede imponer las costas a la acusación particular en caso de absolución: *“En la STS 508/2014, de 9 de junio, y con cita de la STS 1092/2011, de 19 octubre de 2011, hemos de declarar que la recurribilidad de la condena en costas, basada en la discrepancia respecto de la ponderación que sobre la temeridad o mala fe haya llevado a cabo el Tribunal a quo, está hoy fuera de dudas (cfr. STS 387/1998, 11 de marzo). El art. 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el recurrente considera infringido, asocia la condena en costas a la acusación particular al hecho de que resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.*

*No es tarea fácil la fijación de un criterio seguro para discernir cuándo puede estimarse la existencia de temeridad o mala fe. La doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que no existe un concepto o definición de la temeridad o la mala fe, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada supuesto concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querrellado no ha cometido el delito que se le imputa (cfr. SSTs 46/2007, 30 de mayo, 899/2007, 31 de octubre y 37/2006, 25 de enero).*

*Como regla general, el simple dato de la disparidad de criterio entre el Fiscal y la acusación particular se ha considerado insuficiente para fundamentar la condena en costas por temeridad (STS 754/2005, 22 de junio). Y es que cuando el Ministerio Fiscal ha solicitado la libre absolución, ello no significa que toda pretensión acusatoria de la acusación particular sea inconsistente ( STS 94/2006, 30 de enero ), pues la disparidad de criterios entre el Fiscal y la acusación particular en relación al resultado valorativo de la prueba practicada, en modo alguno puede considerarse suficiente para imputar a esta parte procesal una actitud maliciosa, temeraria o absolutamente injustificada en el ejercicio de la acción penal ( STS 753/2005, 22 de junio ) .*

*Pero no faltan casos en los que la jurisprudencia enlaza esa*

*temeridad con el hecho de impulsar a solas un procedimiento respecto del que el Ministerio Fiscal interesa un pronunciamiento absolutorio que, además, es luego acogido por el Tribunal de instancia (cfr. STS 361/1998, 16 de marzo). Sin embargo, este último criterio, siendo singularmente indicativo, no puede erigirse en definitivo. De hecho, la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular. Para ello se hace preciso una resolución jurisdiccional habilitante del Juez de Instrucción -en el procedimiento abreviado así lo impone el art. 783.1 LECrim - en la que aquél ha de valorar la procedencia del juicio de acusación y atribuir al imputado la condición de acusado en la fase de juicio oral. Con carácter previo, se hace indispensable una resolución de admisión a trámite de la querrela que, por más que se mueva en el terreno del razonamiento meramente hipotético, supone un primer filtro frente a imputaciones manifiestamente infundadas (art. 312 LECrim.). A lo largo de la instrucción se practican diligencias de investigación encaminadas a determinar la naturaleza de los hechos y la participación que en ellos haya tenido el imputado, hoy investigado (art. 299 y 777 de la LECrim.). Y si, pese a ello, el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales. Es cierto también que la temeridad puede ser sobrevenida y que la actuación procesal de la acusación particular en el plenario se haga merecedora de la condena en costas. Sin embargo, si así acontece, el Tribunal a quo ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas.*

*De ahí que la obtención de un criterio seguro desaconseje aferrarse al aval institucional que, en función de los casos, aporta a cada una de las pretensiones, en las distintas etapas del procedimiento, el criterio del Ministerio Fiscal. No se cuestiona la sujeción del órgano de la acusación pública a los principios constitucionales que informan su actuación (art. 124 CE). Pero tampoco puede ponerse en duda que nuestro sistema procesal no contempla una subordinación funcional de la víctima que ejerce*

*la acción penal al criterio institucional del Ministerio Público. La imposición de costas por temeridad o mala fe exige algo más que el simple distanciamiento de las tesis suscritas por la acusación oficial. Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.".*

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2017, así como STS de 28 de abril de 2006.

Se declaran de oficio las costas de este procedimiento al ser absolutoria la resolución dictada y se considera que no procede la imposición de las costas procesales a la acusación particular.

Han concurrido acusación pública y dos particulares, la cuestión objeto de debate ha sido sometido a presupuestos de absoluta naturaleza jurídica, así como de abundante prueba, sin que pueda entenderse que las actuaciones de las acusaciones no se hayan ajustado a la buena fe, ni que tampoco exista temeridad, por lo que no procede la imposición de las costas. Pues bien, en el presente caso, de la valoración de las acciones ejercitadas por la acusación particular, no puede sostenerse una patente falta de fundamento ni que deba ser tachada de irracional, caprichosa o absurda, por lo que no puede afirmarse esa temeridad y mala fe que se hace precisa para una expresa imposición de costas a la acusación particular, por lo que han de declararse de oficio.

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas de general y pertinente aplicación, administrando justicia que emana del Pueblo, en nombre de S.M. el Rey,

### **FALLO**

**Que, DESESTIMANDO LAS CUESTIONES PREVIAS planteadas, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ, ANTONIO RODRIGO TORRIJOS, GONZALO CRESPO PRIETO, DOMINGO ENRIQUE CASTAÑO GALLEGO, JORGE PIÑERO GALVEZ, JOSÉ LUIS SÁNCHEZ**

**DOMÍNGUEZ, LUIS SANCHEZ MANZANO, JOSÉ LUIS MIRÓ MORALES, MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE, y JOSÉ ANTONIO RIPOLLÉS MUÑOZ** del delito de fraude y exacciones ilegales enjuiciado.

**DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ, ANTONIO RODRIGO TORRIJOS, GONZALO CRESPO PRIETO, DOMINGO ENRIQUE CASTAÑO GALLEGO, JORGE PIÑERO GALVEZ, JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, LUIS SANCHEZ MANZANO, JOSÉ LUIS MIRÓ MORALES, MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE, y JOSÉ ANTONIO RIPOLLÉS MUÑOZ** del delito de prevaricación enjuiciado.

**DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a FERNANDO JOSÉ MELLET JIMÉNEZ, ANTONIO RODRIGO TORRIJOS, GONZALO CRESPO PRIETO, DOMINGO ENRIQUE CASTAÑO GALLEGO, JORGE PIÑERO GALVEZ, JOSÉ LUIS SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, LUIS SANCHEZ MANZANO, JOSÉ LUIS MIRÓ MORALES, MARÍA VICTORIA BUSTAMANTE, y JOSÉ ANTONIO RIPOLLÉS MUÑOZ** del delito societario enjuiciado.

**DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a SANDO PROYECTOS INMOBILIARIOS SA,** de las pretensiones formuladas en su contra.

**SE DECRETAN DE OFICIO LAS COSTAS PROCESALES.**

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, mediante escrito presentado en este Juzgado.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando que dicto en la instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



**PUBLICACIÓN.** - Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrado-Juez que la suscribe en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública, doy fe