

CAUSA ESPECIAL núm.: 20928/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

### Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

En Madrid, a 9 de junio de 2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 18 de mayo de 2017 se interpuso denuncia por los concejales de *Unidos Se Puede* y *Por Tenerife Nueva Canarias* del

ayuntamiento de La Laguna (Tenerife) contra D. Fernando Clavijo Batlle y otros.

**2.-** A raíz de esa denuncia por el Juzgado de instrucción núm. 2 de San Cristóbal de La Laguna, fueron incoadas las diligencias previas núm. 1213/17.

**3.-** En el momento de iniciarse la práctica de diligencias, D. Fernando Clavijo era Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, aforado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

**4.-** La reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, operada por la LO suprimió el aforamiento del Presidente de la Comunidad, por lo que el Sr. Clavijo dejó de estar aforado al tribunal autonómico.

Su nombramiento como Senador de la XIV Legislatura ha determinado que, conforme al art. 71.3 de la CE y 57 de la LOPJ, la competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos que le sean atribuidos corresponda a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

**5.-** Con fecha 6 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el registro general exposición razonada que fue elevada a esta Sala por la titular del Juzgado de instrucción núm. 2 de San Cristóbal de La Laguna. En ella se concluía la existencia de indicios de la comisión de sendos delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, relacionados con la gestión municipal del servicio de retirada de vehículos de la vía pública a través de la entidad concesionaria *Autogrúas Poli S.L.*

**6.-** Mediante diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2019, fue concedido traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido. Con fecha 14 de enero de 2020, el Fiscal emitió dictamen interesando «...*que se asuma la competencia de la instrucción contra D. Fernando Clavijo Batlle sobre los hechos comprendidos en la exposición razonada, que se incoe procedimiento para depurar sus responsabilidades penales y que se una testimonio íntegro (en algún soporte adecuado) de las*

*Diligencias Previas número 1213/17 del Juzgado de instrucción núm. 2 de San Cristóbal de La Laguna».*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Con fecha 6 de noviembre de 2019, tuvo entrada en el registro de esta Sala exposición razonada elevada por la titular del Juzgado de instrucción núm. 2 de La Laguna (Tenerife), en relación con las DP 1213/17, seguidas en ese Juzgado y en las que figura como investigado D. Fernando Clavijo Battle, Senador en la presente legislatura.

En esa exposición se da cuenta de que con fecha 18 de mayo de 2017 se interpuso denuncia por los concejales del Ayuntamiento de San Cristóbal de la Laguna, integrados en los partidos *Unidos Se Puede* y *Tenerife-Nueva Canarias*, a la que se adjuntaban tres decretos, dos de ellos suscritos por el Sr. Clavijo -núms. 858/14 y 1284/14- que podían haber sido el medio para la comisión de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos.

Según explica la Magistrada informante, en el momento de iniciarse la tramitación de las diligencias previas ya reseñadas, el denunciado ostentaba el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, de ahí que fue elevada una inicial exposición razonada a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, órgano competente por razón del aforamiento. A raíz de la modificación del Estatuto de Autonomía de Canarias, que suprimió el aforamiento del Presidente de la Comunidad, el Juzgado de instrucción recibió declaración en calidad de investigado al Sr. Clavijo. Su posterior elección como Senador en la XIV Legislatura, ha determinado que sea ahora esta Sala la competente para conocer de los hechos imputados, conforme a los arts. 71.3 de la CE y 57 de la LOPJ.

2.- Según razona la Magistrada titular del Juzgado de instrucción núm. 2 de San Cristóbal de La Laguna, en un documento que es expresivo de un minucioso y encomiable trabajo de investigación, los hechos indiciariamente delictivos estarían relacionados con las vicisitudes que siguieron al estado de insolvencia de la empresa *Autogrúas Poli S.L.*, entidad que, años atrás, había resultado concesionaria, por cesión autorizada de su titular D. José Padilla, de los servicios de retirada, inmovilización y desplazamientos de vehículos en la vía pública.

En el documento remitido por el Juzgado de instrucción se describe el proceso administrativo que llevó a la concesión a favor de esa empresa. Se abre con la propuesta del Sr. Clavijo, en aquellas fechas Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana, de iniciar un expediente para gestionar de forma indirecta, mediante concesión administrativa, el servicio de retirada de vehículos de las vías públicas, haciendo constar inicialmente en su propuesta que, hasta esa fecha, el servicio venía siendo prestado de forma directa por el propio ayuntamiento, valiéndose de 6 operarios municipales y 2 grúas, sin que ello fuera suficiente para cubrir las necesidades del municipio. De ahí la conveniencia -se razonaba en la propuesta- de optar por un modelo de gestión indirecta, que no implicara mayores esfuerzos financieros para el ayuntamiento.

Los términos en que debía prestarse el servicio fueron fijados mediante informe de la Unidad Técnica de Tráfico del Área de Seguridad Ciudadana, en el que se establecía como necesario que la empresa concesionaria tuviera unos mínimos de 1 gerente, 1 administrativo, 22 conductores y 5 vehículos grúas.

Una vez celebrado el procedimiento licitador, mediante acuerdo del ayuntamiento en Pleno, fechado el día 8 de julio de 2004, D. José Padilla resultó adjudicatario. El contrato fue formalizado el 27 de agosto de 2004, con la firma de la entonces alcaldesa, Dña. Ana Oramas y del beneficiario Sr. Padilla. El precio mensual quedó fijado en 72.634,67 euros, con un total anual de 871.616 euros y un plazo de duración de 5 años prorrogables por períodos

de 5 años, con un máximo de 25 años, según se establecía en el art. 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares. Al propio tiempo se fijaba que en el caso de que la demanda del servicio no fuera suficiente para lograr la óptima ocupación de medios personales, la dotación mínima sería reducible en la proporción necesaria para lograr el deseado equilibrio (art. 9.1).

El día 14 de enero de 2005 se iniciaron las prestaciones del servicio adjudicado. Meses después -concretamente, el día 13 de octubre del mismo año- el Pleno municipal autorizó la cesión del contrato del adjudicatario inicial, D. José Padilla, en su calidad de persona física, a la entidad mercantil *Autogrúas Poli S.L.*, de la que también era titular.

Con fecha 28 de julio del 2009, la Junta de Gobierno local acordó la primera prórroga del contrato de concesión por un período de 5 años, prolongando la fecha de su vigencia hasta el 27 de agosto de 2014.

**3.-** Así centrados los términos de nuestro análisis, la Sala constata que ninguna irregularidad ha sido detectada ni se sugiere por la Magistrada instructora en la inicial adjudicación del contrato, que se realizó conforme a los términos previstos en el procedimiento de licitación y con la convergente voluntad de otros representantes municipales. Tampoco se insinúa irregularidad administrativa en la decisión de la Junta de Gobierno de prorrogar los términos de la concesión hasta el día 27 de agosto de 2014.

Sin embargo, es en ese punto cuando la exposición razonada llama la atención sobre el hecho de que *«...ya en ese momento en el expediente administrativo consta que desde la firma del contrato en ningún caso la facturación de Autogrúas Poli S.L alcanzó el presupuesto que se había establecido en el pliego de condiciones, es decir nunca se alcanzó una cantidad mensual de 72.637,67 euros, sin que conste, en este momento, que por parte del concesionaria se hubiera solicitado ni por parte del Ayuntamiento se hubiera acordado expediente alguno para proceder a la rebaja del precio, en virtud de lo establecido en el art. 9.1 del pliego de condiciones (...).*

*Constando asimismo que el servicio no se estaba prestando por 22 operarios sino que como máximo se venía llevando a cabo por 18».*

La exposición razonada incluye entre los hechos de relevancia el cambio de titularidad en la empresa concesionaria, pues el 13 de abril de 2011 -seis años después de la concesión inicial- D. José Padilla, propietario de la entidad *Autogrúas Poli S.L*, vendió la totalidad de sus participaciones a un grupo de trabajadores de la empresa. D. Carmelo Jesús Reyes y D. José Luis Conde asumieron su representación.

La Junta de Gobierno municipal, a la vista de los informes del Director del Servicio Técnico y del Director del Área de Hacienda y Servicios Económicos, acordó reducir el gasto máximo comprometido en el contrato, que pasó de 871.616 euros a 650.000 anuales y de 72634,67 euros a 54.166,67 euros mensuales, al entender que en el período 2008-2011 las necesidades reales de la administración habían sido inferiores al crédito previsto. Se mantuvo, sin embargo, el número de grúas y la plantilla inicialmente acordada. Pero meses después, con fecha 16 de febrero de 2013, se solicitó una reducción también de grúas y plantilla. Así fue acordado por la Junta de Gobierno local y firmado en contrato de fecha 24 de mayo de 2013. El nuevo acuerdo fue suscrito por el investigado, D. Fernando Clavijo, en aquellas fechas Alcalde de San Cristóbal de La Laguna y por D. Carmelo Jesús Reyes, en representación de *Autogrúas Poli S.L*. Conforme a los términos acordados se modificaron las cláusulas iniciales de la concesión y se fijó la plantilla en 1 gerente, 11 conductores, 3 vehículos grúa operativos y 3 vehículos grúa de reserva. En los términos ya expuestos, se estableció un presupuesto anual modificado de 650.000 euros y un presupuesto mensual de 54.166,67 euros.

4.- Tampoco advierte la Magistrada instructora indicios de delito en la secuencia cronológica que va desde la prórroga de la concesión -ya apuntada *supra*- hasta la modificación de los términos contractuales, tanto en términos presupuestarios como de plantilla.

Hasta este momento, a juicio de la Sala, la mención de los hechos atribuidos al Sr Clavijo carece de toda relevancia penal. Ninguna afirmación en sentido contrario parece deslizarse en la detallada y laboriosa exposición razonada. Fue él quien propuso en octubre de 2003, en su calidad de Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana, optar por un modelo de gestión indirecta del servicio de retirada de vehículos de las vías públicas. Y fue él también quien 10 años después, ya en calidad de Alcalde de San Cristóbal de La Laguna, firmó el contrato con el representante legal de *Autogrúas Poli S.L* en el que se reordenaban los términos contractuales de la concesión, con una sensible rebaja de las condiciones económicas y materiales de personal que tenían que hacer frente al servicio.

**5.-** Es a partir de este momento cuando afloran con toda evidencia los graves problemas de tesorería de la entidad concesionaria, *Autogrúas Poli S.L*.

En efecto, con fecha 30 de mayo de 2013, el entonces apoderado de la entidad *Autogrúas Poli S.L* puso en conocimiento de la corporación municipal que no había podido cumplir con la modificación del contrato, al carecer de financiación para hacer frente a los pagos comprometidos.

De forma prácticamente paralela, varios trabajadores de la empresa denunciaron el retraso en el pago de las nóminas y pusieron de relieve la caótica situación en que se encontraban los vehículos encargados de prestar el servicio. Pidieron así el rescate de la concesión y manifestaron en su último escrito que Hacienda había embargado facturaciones por importe de 76.000 euros, solicitando nuevamente que se procediera al rescate de la concesión, teniendo en cuenta que se habían visto obligados a iniciar procedimientos de tercerías de mejor derecho, tanto frente a la Seguridad Social como frente a la Agencia Tributaria.

Con fecha 25 de septiembre de 2013 se recibió en el ayuntamiento oficio de la Guardia Civil en el que informaba a la corporación de la carencia de tarjetas de transportes para los vehículos grúa. Ante esa información, la empresa concesionaria fue requerida por los servicios municipales, a través

del Área de Seguridad Ciudadana para que aportara a la mayor brevedad posible las tarjetas de transporte.

Las quejas de algunos trabajadores dirigidas al Cabildo de Tenerife llevaron a que esta corporación pidiera informe a D. José Alberto Díaz, en su calidad de Concejal del Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad, acerca del título jurídico que pudiera mantener la empresa concesionaria con el ayuntamiento de La Laguna, dado que habían decaído las autorizaciones de transporte y, por consiguiente, no podían seguir retirando vehículos de la vía.

La empresa *Autogrúas Poli S.L* informó al ayuntamiento de que la renovación de las tarjetas de transporte estaba en trámite, ya que había dificultades para su renovación, dado que la obtención de esas tarjetas exigía no tener deudas con la hacienda pública y con la Seguridad Social, al exigirlo así el art. 13.1.d) de la Ley de Contratos del Transporte de Carreteras de Canarias de 2007 y el art. 4.11 a 13 del Reglamento que la desarrolla.

Con fecha 31 de octubre y 4 de noviembre de 2013, el director del servicio emitió informe advirtiendo de la situación de desequilibrio de la empresa prestadora del servicio. El 8 de noviembre del mismo año, el director requirió de nuevo a la empresa para que presente las tarjetas de transporte.

Mediante escritos dirigidos al ayuntamiento por la empresa concesionaria -fechados el 20 de diciembre de 2013 y el 20 de enero de 2014- se solicitó de la corporación el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. A raíz de esos escritos, el director del servicio emitió informe en el que se indica que el ayuntamiento debe asumir temporalmente la ejecución directa del servicio ya que éste no puede ser ejecutado por la concesionaria, en aplicación de lo establecido en el art 21.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en relación con el art. 127.1.1.3 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 1995. En ese informe se razona en los siguientes términos: *«...consecuentemente con lo expuesto, se tienen indicios suficientes de que la situación económica de Autogrúas Poli S.L pudiera hacer peligrar la continuidad del servicio público objeto de concesión,*

*bien por circunstancias imputables o no a la misma, y que (...) dicha situación tiene carácter inminente debiendo llevarse a cabo las actuaciones administrativas correspondientes con carácter de urgencia. Todo ello habida cuenta de la necesidad de continuar dicho servicio público esencial, sin que pueda suspenderse en ningún momento la prestación del mismo, ya que afecta a la ordenación del tráfico y a la seguridad vial».*

A raíz de este informe, la Junta de Gobierno local, con fecha 28 de enero de 2014, acordó adoptar la medida cautelar de intervención y asunción temporal de la ejecución directa del servicio de retirada de vehículos de la vía pública. Se designaron como interventores municipales a los funcionarios D. Antonio Vera mesa y D. Alejandro Cordero Díaz, otorgándoles la Junta de Gobierno poderes para poder desempeñar sus funciones. D. Carmelo Jesús Reyes, en su calidad de apoderado de la empresa concesionario, manifestó su conformidad con la medida cautelar de intervención y con el nombramiento de esos interventores. Expresó, además, su renuncia a presentar cualquier tipo de reclamación relacionada con la adopción de esa medida cautelar.

Con fecha 4 de febrero de 2014, la Junta de Gobierno, con el visto bueno del entonces alcalde -hoy investigado, Sr. Clavijo- concedió a los interventores una serie de facultades para gestionar la concesión administrativa, decisión también avalada por la representación de la entidad *Autogrúas Poli S.L.*

Se dio pie así a un nuevo marco jurídico de gestión directa del servicio de retirada de vehículos de la vía pública, que pasó a ser desempeñado por el propio ayuntamiento a través de los dos interventores designados, que trataron de restablecer las condiciones financieras y laborales precisas para la prestación del servicio.

**6.-** Los interventores designados para la gestión del servicio requirieron a la entidad concesionaria una serie de documentos, que fueron puestos a su disposición, e iniciaron contactos con la Agencia Tributaria con el fin de lograr el fraccionamiento de la deuda que *Autogrúas Poli S.L* mantenía con hacienda.

Con fecha 11 de marzo de 2014 se denegó esa autorización para el fraccionamiento debido al incumplimiento de otro fraccionamiento anterior y a una imposibilidad estructural de la empresa para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. El 28 de marzo de 2014 se recibió en la corporación municipal el informe definitivo de la Agencia Tributaria en los términos ya expresados de rechazo. El 21 de febrero del mismo año los interventores solicitaron que se abriera una cuenta corriente al objeto de arbitrar un sistema que garantizara un adecuado control de los gastos y futuros ingresos, dado que la explotación del servicio objeto de intervención se efectuaba por cuenta y riesgo del concesionario.

Ante este escenario de dificultades de tesorería, los interventores informaron sobre la necesidad de aportación financiera y alegaron una serie de deudas con la Seguridad Social y con Hacienda. Hicieron constar que las deudas pendientes a corto plazo superan los 300.000 euros. De esta cuantía 112.000 euros se corresponden con deudas contraídas con las administraciones públicas -Agencia Tributaria, Hacienda canaria y Seguridad Social-; unos 170.000 euros se corresponden con deudas salariales y el resto con proveedores -cuotas de créditos, combustibles, recambios...-. Se solicitó por ello un anticipo de facturaciones futuras y se fijó en la cifra de 120.000 euros la cuantía indispensable para la prestación del servicio objeto de intervención.

Es a raíz de este informe cuando, con fecha 13 de marzo de 2014, la directora del Área de Seguridad Ciudadana, propuso a la Junta de Gobierno local que conceda el anticipo de 120.000 euros que solicitan los gestores del servicio.

**7.-** La concesión de este anticipo da lugar a un reparo formulado por el interventor municipal. Las razones que, a su juicio, respaldan ese reparo son las siguientes:

a) *El expediente que sirve de antecedente a la resolución que se propone carece de incoación por parte del órgano municipal competente (art. 165 del ROF).*

b) *La propuesta que se formula carece de fundamentación jurídica, vulnerando lo dispuesto en los arts. 172.1 y 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.*

c) *El anticipo propuesto, así como su regulación carecen de cobertura legal.*

d) *De la regulación contenida en el punto 3 de la propuesta se deduce que la cuenta a abrir será municipal, de lo que se derivan varias circunstancias no previstas en el expediente.*

e) *No consta un tercero concreto con un CIF al cual efectuar, en su caso, el pago.*

f) *No consta un tercero concreto con un CIF al cual efectuar, en su caso, el pago.*

g) *La incautación de la garantía para el caso de que la cuantía de las certificaciones no sea suficiente para cubrir, en la totalidad, el importe del anticipo resulta contrario a la norma de aplicación, en este caso, según se deduce del expediente, la ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que dispone que la garantía definitiva responde de los siguientes conceptos posibles en el supuesto de un contrato de gestión de servicios: penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, obligaciones derivadas del contrato, gastos originados a la Administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato, incumplimiento del mismo sin*

*resolución, o la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato».*

Con fecha 31 de marzo de 2014, el Cabildo de Tenerife informó al ayuntamiento de que la empresa *Autogrúas Poli S.L* había obtenido las autorizaciones de transporte, lo que llevó a D. Carmelo Jesús Reyes, en su condición de apoderado de la concesionaria, a solicitar con fecha 1 de abril de 2014, mediante escrito presentado en la corporación municipal, la ampliación de la concesión por el tiempo que resulte necesario.

En respuesta a esta petición, el catedrático de derecho administrativo de la Universidad de La Laguna -sin que conste qué órgano municipal encargó un dictamen académico sobre esta cuestión- emitió informe en el sentido de que la duración de la intervención temporal municipal del servicio de retirada e inmovilización de grúas podía ser ampliado en tanto no se restableciera el funcionamiento normal de ese servicio. El límite máximo había de ser el de vigencia del acuerdo de concesión. La directora del Área de Movilidad, con el respaldo de este informe, solicitó de la Junta de Gobierno local la ampliación de las medidas cautelares de intervención y asunción temporal por el ayuntamiento del servicio de grúas. Con fecha 8 de abril de 2014, se acordó la ampliación en los términos interesados, con el visto bueno del aforado, Sr. Clavijo.

En esa misma fecha, los interventores del servicio suscribieron un nuevo informe en el que, después de un análisis de las consecuencias jurídicas del estado de insolvencia de la entidad concesionaria -que podrían llevar, al amparo del art. 23 de las cláusulas particulares, a la caducidad de la concesión y a la declaración de concurso de acreedores-, se concluye en los siguientes términos: *«...De un primer análisis de la información contable, no se puede acreditar las causas precisas de la situación económica y financiera actual de la sociedad Autogrúas Poli S.L por los siguientes motivos:*

*1.- La contabilidad de la sociedad no refleja con precisión la situación económica financiera real de la sociedad: a) existen deudas con terceros de*

*importe superior a los 74.700 euros requeridos judicialmente y no contabilizados; b) existen deudas con la Agencia Estatal de Administración Tributaria aún no requeridas formalmente derivada de las retenciones de IRPF a los trabajadores del ejercicio 2013, no contabilizadas, aunque devengadas, por un importe inicial de 41.758,22 euros sin incluir la posible sanción; c) asimismo el saldo de la cuenta 55101 (José Padilla González) por importe de 460.632,22 euros al cierre del ejercicio 2013 no se corresponde a la realidad de los derechos de la sociedad frente al mismo. Los importes satisfechos por la sociedad al anterior propietario por la compra de la sociedad han sido contabilizadas como deudas del socio con la sociedad, lo que no se corresponde con la realidad.*

*Dada la situación de la contabilidad, sería conveniente realizar una auditoría de los ejercicios 2011, 2012 y 2013 (no consta en la documentación aportada que ello se hubiera llevado a cabo)».*

*En el mismo informe, los interventores designados para la gestión directa del servicio hicieron constar «...existen deudas a corto plazo por un importe aproximado de 347.691,87 euros. El importe señalado de deudas a corto plazo se corresponde principalmente a: a) retenciones del IRPF 2013 con la Agencia Tributaria Estatal por las retenciones de 2013 por un importe de 41.758,22 euros sin la posible sanción por infracción tributaria y unos 10.440 euros por las retenciones del primer trimestre del 2014; b) por el Impuesto General Indirecto Canario con la Agencia Tributaria Canaria del ejercicio 2013 por importe de 12.947,63 euros; c) cotizaciones sociales con la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe aproximado de 24.899 euros; d) deudas por los salarios devengados por los trabajadores que superan los seis meses de nóminas (agosto a enero del 2014) por un importe superior a los 165.867 euros; e) deudas con un acreedor que ha desembocado en una orden de embargo de créditos a favor de Autogrúas Poli S.L. procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de La Laguna, que tuvo entrada el día 24 de marzo del 2014, por un importe de 74.700 euros por deuda de un crédito concedido al anterior propietario de Autogrúas Poli S.L.».*

Con fundamento en estas consideraciones derivadas del análisis del estado contable de la entidad concesionaria, los interventores del servicio concluyeron que «...*dada la situación de la imposibilidad de atender los pagos corrientes por un período superior a los tres meses, la empresa podría estar en situación de insolvencia operando la obligación legal establecida en el artículo 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*». Se aludía también a las obligaciones derivadas del art. 104.1.e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que impone, en los casos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, la obligación de convocar una junta general en el plazo de dos meses desde el aforamiento de la causa de disolución y la de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social de la junta fuera contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. Se citaba también el régimen de responsabilidad, entre otros, de los administradores en los términos fijados en el art. 105.5 de aquel texto legal.

Con fecha 14 de abril de 2014, los trabajadores de *Autogrúas Poli S.L* volvieron a presentar un escrito al ayuntamiento en el que se daba cuenta de que no habían recibido sus salarios y que de forma constante estaban entrando embargos de la Seguridad Social o de la Hacienda pública. En esa fecha se les adeudaba siete nóminas. Diez días después -con fecha 24 de abril- se presentó un nuevo informe de los interventores técnicos del servicio de grúas en el que se afirma, después de enumerar el listado de deudas pendientes, que la entidad concesionaria no está en condiciones de cumplir sus obligaciones laborales.

**8.-** El mismo día en que los interventores técnicos expresaron la imposibilidad de hacer frente al pago de las nóminas, se recibió un informe que fue incorporado al expediente administrativo. Según expresa en su exposición razonada la Magistrada instructora, no consta quién solicitó ese informe, de qué documentación se dispuso para su elaboración y cómo fue unido al expediente. Se trata de un informe de fecha 10 de abril -con entrada oficial el 24 de abril de 2014- que lleva por título «*Informe jurídico sobre determinados aspectos controvertidos de la intervención temporal por el Ayuntamiento de La*

*Laguna del servicio municipal de grúas, que emiten Francisco Clavijo Hernández, catedrático de derecho financiero y tributario y Francisco Villar Rojas, catedrático de derecho administrativo, por encargo de la Concejalía de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de La Laguna»*

En ese dictamen se concluye lo siguiente:

*«1.- La asunción temporal del servicio es una potestad o prerrogativa de la Administración municipal vinculada con la obligación de asegurar el funcionamiento de una actividad prestacional de un servicio público de su competencia, sin que esta titularidad, ni la responsabilidad que comporta, cambien cuando se enmiende (sic) su gestión a un concesionario.*

*2.- El plazo de duración de la intervención municipal del servicio de retirada e inmovilización de grúas puede ser amplio en tanto no se restablezca el funcionamiento normal de este servicio. El límite máximo es el de vigencia del contrato de concesión.*

*3.- En el caso de que el Ayuntamiento deba efectuar algún gasto para restablecer el normal funcionamiento del servicio, la vía adecuada es la de un anticipo o préstamo a la empresa concesionaria que debe contabilizarse en la cuenta 400 "Acreedores por obligaciones reconocidas, o presupuesto de gastos corrientes", debiendo ser aplicada al capítulo 8º "Activos Financieros" del presupuesto de gastos del ayuntamiento.*

*4.- Tanto los derechos retributivos futuros, como los bienes del concesionario, y en todo caso, la fianza definitiva constituyen la garantía del anticipo como de cualquier otra obligación de la que se derive responsabilidad del concesionario».*

Con fecha 29 de abril de 2014, según precisa la Magistrada instructora, la Junta de Gobierno local, con el visto bueno del Alcalde -el aforado Sr. Clavijo- dejó «... el expediente encima de la mesa relativo a los informes de la deuda presentados por los interventores en fecha 24 de abril donde dicen que

*no pueden cumplir las obligaciones laborales con los trabajadores, las Administraciones Públicas, los embargos judiciales y otros acreedores». Y con fecha 8 de mayo de 2014 «el Ayuntamiento en Pleno acuerda la modificación presupuestaria precisa para poder conceder a la empresa concesionaria el préstamo de 120.000 euros. No consta en el expediente que en este momento se hubiera levantado (sic) el reparo formulado por el interventor el 17 de marzo de 2014, pero en el acta se hace constar que el 6 de mayo se emitió informe desfavorable por parte del Interventor alegando entre otros extremos que no se podía hacer inmediatamente ejecutivo el préstamo, haciéndose constar asimismo en el acta que existe en el expediente informe del Área de Seguridad Ciudadana de 7 de mayo del 2014 informando favorablemente la concesión del préstamo en base a los informes de los catedráticos mencionados anteriormente. El Ayuntamiento en Pleno concede el préstamo haciendo constar que es inmediatamente ejecutivo».*

D. Carmelo Jesús Reyes, en su calidad de apoderado de *Autogrúas Poli S.L*, presentó escrito con fecha 22 de mayo de 2014, en el que solicitaba que se llevaran a cabo las actuaciones necesarias tendentes a hacer realidad la dotación económica necesaria para atender los gastos corrientes y nóminas derivadas de la prestación del servicio, todo ello «...con cargo a las certificaciones o derechos económicos consolidados que pudieran derivarse a su favor». La retención del crédito de 120.000 euros se produjo ya con fecha 29 de mayo de 2014, como «...crédito pendiente de utilización y como préstamos a corto plazo, incluyéndolo en el Libro Diario de Operaciones».

**9.-** La exposición razonada elevada a esta Sala sigue narrando con minuciosidad cronológica los trámites que siguieron a la efectiva adjudicación del préstamo a la entidad concesionaria y los términos de la prórroga del régimen de concesión administrativa.

**9.1.-** La Intervención General, con fecha 9 de junio de 2014, a la vista de la documentación que le fue remitida, entendió subsanados los reparos relativos al inconveniente de que la cuenta fuese municipal y el gasto no presupuestario. Sin embargo, mantuvo el resto de reparos efectuados en los

siguientes términos: «...mantenemos el reparo por no haberse incoado el expediente por el órgano municipal competente -sin perjuicio de la existencia de una propuesta de resolución por parte de ese- y por proponerse actuaciones que a nuestro entender siguen careciendo de regulación normativa, aun cuando previamente se tratase de la concesión de un anticipo y en la actualidad de un préstamo. En el expediente debe determinarse el régimen jurídico que se invoca, con la finalidad de que el acto jurídico correspondiente se ajuste al procedimiento establecido, conforme a lo dispuesto en el art. 53 de la LRJAP. El art. 103 de la Constitución española establece que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, con sometimiento pleno a la Ley al Derecho. Este principio de sometimiento a la legalidad, que ha de regir toda actividad administrativa, obliga a la Administración a calificar su actividad para posteriormente, aplicar la normativa que corresponda».

En el informe de la Intervención General, transcrito en la exposición razonada elevada a esta Sala, se expresaba que «...del art. 134.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales invocado por el Servicio, se desprende la posibilidad de realizar pagos por cuenta del concesionario de un servicio ni conceder préstamos (sic). Al respecto hacemos las siguientes apreciaciones:

1.- En relación al préstamo propuesto, no se invoca una regulación normativa, que regule la concesión de un préstamo por parte del Ayuntamiento a favor de un concesionario. A este respecto no se considera soporte jurídico suficiente el hecho de que la Orden EHJA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales recoja en el artículo 83 de la clasificación económica de los gastos los “préstamos concedidos fuera del sector público con o sin intereses con plazo de reembolso corto (no superior a un año) y largo (superior a un año”. Por ello la propuesta debe tener su encaje en una regulación normativa que habilite expresamente esta posibilidad. Ante la falta de regulación expresa, no procede conceder el préstamo.

*Si no obstante decide concederlo, ha de señalarse que faltan especificaciones fundamentales en la regulación de las condiciones del préstamo, como la duración del préstamo sin que sea posible que esta exceda de la duración de la concesión, extremo que no queda acreditado en el expediente. A este respecto debería, por otra parte garantizarse que la factura futura del contrato vigente sea suficiente para sustituir el importe de la operación con cargo a futuros derechos económicos del concesionario a partir de la fecha de concesión del préstamo; tampoco se señalan las condiciones cuyo incumplimiento determinan la ejecución de la garantía.*

*1.- En relación a la garantía se hace referencia a la propuesta de resolución “a fianza constituida por la adjudicación con carácter previo a la formalización del contrato del servicio (...)”. Sobre la posibilidad de incautación de la garantía presentada para responder del cumplimiento de la concesión, que tampoco se identifica adecuadamente, nos mantenemos en lo expresado en nuestro anterior informe puesto que no queda acreditado que el cumplimiento de la devolución del préstamo sea una obligación que se derive del contrato para la que éste se constituyó».*

*Concluye el informe de la Intervención General que «...en lugar de continuar con la tramitación del expediente, y al margen de los condicionamientos puestos de manifiesto en este informe, para asegurar el cobro de la deuda, debería constituir una garantía que de forma expresa respondiera del incumplimiento del pago del préstamo».*

Con fecha 13 de junio de 2014, el entonces Concejal Teniente de Alcalde D. José Alberto Domínguez, propuso elevar al Alcalde la propuesta de levantar los reparos formulados por la Intervención respecto de la concesión del préstamo, basándose para ello en la legalidad que, a su juicio, estaría respaldada por el informe suscrito por los dos catedráticos antes reseñados. Días después, la Dirección del Área de Seguridad también emitió informe con una propuesta de levantamiento de los reparos formulados por la Intervención,

haciendo suyos los argumentos contenidos en el ya citado dictamen de los catedráticos.

El 18 de junio de 2014, mediante Decreto 858/2014, el Alcalde-Presidente de la corporación municipal -el aforado, Sr. Clavijo- resolvió la discrepancia entre el órgano gestor y la intervención general levantando el reparo de la Intervención. Una vez levantado el reparo de la Intervención, el 24 de junio de 2014, la Junta de Gobierno local acordó, con fundamento en los informes que obraban en el expediente, otorgar un préstamo de 120.000 euros a la empresa *Autogrúas Poli S.L.* El préstamo se concedió con un interés legal del 4%, debiendo ser restituido con cargo a las retribuciones futuras de la empresa La fianza constituida por la concesionaria -que ascendía a 182.427,82 euros- quedaba afectada a garantizar la devolución del préstamo.

Por el Concejal Teniente Alcalde de Hacienda y Servicios Económicos, mediante decreto núm. 2104/2014, fechado el 2 de julio de 2014, se reconoció la obligación a favor de *Autogrúas Poli S.L.*, en concepto de préstamo de dinero por importe de 120.000 euros al 4% del interés legal del dinero.

**9.2.-** Los interventores municipales pusieron en conocimiento del ayuntamiento -en informe de fecha 5 de junio del 2014- que, de cara a la decisión que corresponde a la corporación municipal acerca de prorrogar o no el servicio de grúas, deberá tenerse en cuenta que la empresa no está en condiciones de prestar el servicio. De ahí la recomendación de estudiar la procedencia de continuar la prestación del servicio de retirada del vehículo de la vía pública en régimen de concesión administrativa: *«...en atención a cuanto queda expuesto deberá estudiarse la procedencia de la continuidad de la prestación del servicio público de retirada de vehículos de la vía pública en régimen de concesión administrativa, en los términos que legalmente procedan y que supongan la mejor garantía de los intereses generales»*.

Pues bien, haciendo constar que su criterio está basado en el informe de los interventores, la Dirección del Área de Seguridad, con fecha 8 de julio de 2014, formuló propuesta favorable a la prórroga del contrato de concesión

del servicio de grúas. La Magistrada instructora puntualiza en su exposición razonada que, pese a la invocación del informe de los interventores como respaldo de esa propuesta, en realidad su contenido no avalaba la prórroga.

Esa misma Dirección del Área de Seguridad, con fecha 17 de julio de 2014, informó que la prórroga que se había propuesto no era la prórroga prevista en los pliegos de la concesión administrativa inicialmente pactada, sino una prórroga que habría de enmarcarse en la medida cautelar de intervención y asunción temporal del servicio por parte de la propia corporación municipal.

Semanas después -30 de julio de 2014- la Intervención General formuló un reparo a la prórroga propuesta con fundamento en las siguientes consideraciones:

*«1.- En el expediente no se hace referencia al crédito presupuestario.*

*2.- El expediente que sirve de antecedente a la resolución que se propone carece de incoación por parte del órgano municipal competente (art. 156 del ROF).*

*3.- El expediente carece de propuesta y de fundamentación jurídica, vulnerando lo dispuesto en los arts. 172.1 y 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.*

*4.- Del expediente se desprende que existe un desequilibrio económico-financiero y una necesidad de financiación de la empresa contratista, resultando de especial relevancia la falta de acreditación de las obligaciones del concesionario recogidas en el art. 20.2) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato aprobados por el Ayuntamiento Pleno el 12 de febrero de 2004. Tales obligaciones consisten sucintamente en lo siguiente:*

*El concesionario es obligado: (...) 2.- A presentar durante la vigencia del contrato los siguientes documentos: a) del 1 al 15 de cada mes, fotocopia de los documentos que acrediten haber efectuado el pago de sus obligaciones a la Seguridad Social (TC1-TC-2) y justificante de haber abonado las nóminas a su personal (..); b) del 1 al 15 de los meses de enero, abril, julio y octubre, o cuando corresponda, fotocopia de la carta de pago acreditativa de haber realizado el ingreso de las retenciones efectuadas a su personal en concepto de IRPF; c) durante todo el mes de septiembre de cada año, fotocopia acreditativa de haber efectuado la declaración del Impuesto de Sociedades o del IRPF (...); d) durante los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre o cuando corresponda justificantes de haber presentado las correspondientes declaraciones liquidaciones del IGIC; e) presentar cada año al ayuntamiento una copia de las pólizas de responsabilidad civil actualizadas».*

Con fecha 22 de agosto de 2014, el expediente pasó de nuevo a la Intervención General, que mantuvo el reparo en los términos expresados, si bien excepcionó lo referido a la ausencia de crédito presupuestario y lo relativo a que carecía de incoación por el órgano competente, «...ya que consta en el expediente la propuesta del Concejal Teniente de Alcalde Seguridad Ciudadana de 6 de agosto, que si bien es extemporánea, sin ajustarse por tanto a lo dispuesto en el art 165.2 del ROF se entiende subsanada».

El 25 de agosto de 2014 la Dirección del Área de Seguridad informó favorablemente el acuerdo de prórroga de la concesión. Dos días después del Alcalde Presidente -el aforado Sr. Clavijo- levantó el reparo del Interventor y permitió la prórroga de la concesión. Al día siguiente, el 27 de agosto de 2014, el Concejal de Seguridad Ciudadana dispuso la prórroga de la concesión hasta el 27 de agosto de 2019.

Ya en el mes de septiembre de 2014, *Autogrúas Poli S.L* solicitó la reducción de los medios obligatorios mínimos exigidos para prestar el servicio. Los interventores del servicio informaron favorablemente la modificación solicitada y el 31 de octubre la Dirección del Área de Seguridad Ciudadana también informó favorablemente la modificación planteada.

**10.-** Seis meses después de la concesión del préstamo a la entidad concesionaria, la Junta de Gobierno local, previos los informes preceptivos acordó dar por cancelado ese préstamo de 120.000 euros, al haber sido reintegrado por el prestatario. Los intereses, sin embargo, no habían sido satisfechos al ayuntamiento, al haberse acordado que se haría mediante la compensación de débitos y créditos de *Autogrúas Poli S.L.*

El 12 de mayo del 2015 la Junta de Gobierno local aprobó la modificación del objeto del contrato, en particular, de los medios mínimos obligatorios para su prestación, que fueron reducidos a 5 vehículos grúas y 9 conductores-operarios. El presupuesto anual del contrato quedó fijado en 480.000 euros.

El 28 de agosto de ese mismo año, la empresa *Grúas y Servicios Adeje S.L* adquirió la totalidad de las participaciones de *Autogrúas Poli S.L.* y asumió el pago de las obligaciones pendientes de la inicial empresa concesionaria. El nuevo propietario comunicó al ayuntamiento la adquisición. En el cuadro de deuda que tenía la sociedad cuando fue adquirida y que fue incorporada a la escritura de compraventa, se hacía constar una deuda de 715.215,56 euros, de los cuales 219.495,86 euros eran deudas frente a las administraciones públicas.

El 11 de septiembre de 2015, el nuevo representante de la empresa *Autogrúas Poli S.L* solicitó la finalización de la intervención temporal del servicio de grúas y el 16 de diciembre del mismo año, el nuevo propietario en nombre de la empresa aportó al ayuntamiento los documentos acreditativos de los vehículos grúas que prestaban los servicios. El nuevo propietario capitalizó con 240.000 euros, cuantía con la que ha hecho frente a las deudas mantenidas con las administraciones públicas.

El 27 de enero de 2016, los interventores municipales informaron favorablemente el cese de la intervención temporal del servicio de grúas y el

23 de febrero del mismo año la Junta de Gobierno local acordó el cese de la intervención y asunción temporal del servicio.

**11.-** A juicio de la Magistrada instructora, los hechos que han sido puestos de manifiesto a lo largo de la investigación son reveladores de la comisión de dos delitos, a saber, prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos.

**11.1.-** El delito de prevaricación administrativa habría sido cometido por el aforado, *«...tanto al concederse el préstamo de 120.000 euros, como al accederse a la prórroga del contrato»*.

El préstamo fue concedido -se razona- sin fijar plazo de devolución, sin garantía de su devolución y sin pacto de intereses. Tampoco se estableció en el decreto *«...qué puntos de esa entrega de dinero (120.000 euros) y su falta de plazo de devolución se podían considerar como “incumplimientos” para ejecutar la fianza primigenia del año 2.003 y las facturaciones futuras»*.

El préstamo, además, se habría concedido pese a que el Interventor del ayuntamiento formuló reparos *«...basándose en que la figura del préstamo carecía de regulación legal, que no se establecía duración de ese contrato de préstamo y la imposibilidad de que la garantía de su devolución fuera la misma que se acordó en su día para garantizar el cumplimiento de las condiciones de la concesión»*.

En la exposición razonada se vincula el levantamiento del reparo al *«...informe externo de dos catedráticos de la Universidad de La Laguna, tras entender que la duración del préstamo sería la del contrato de concesión y que la garantía inicialmente prestada, servía de garantía de la devolución de los 120.000 euros»*, lo que no excluiría la responsabilidad criminal del aforado.

También se reputa *injusta* la decisión de conceder una prórroga de la gestión de la retirada de vehículos, pese a que se informó por el Área de Hacienda que cabía esa prórroga, aunque enmarcada en la medida cautelar

de la intervención del servicio que estaba vigente hasta entonces. También entonces -razona la Magistrada instructora- se desoyó el reparo formulado por la Intervención municipal, que se refirió a la existencia *«...de un desequilibrio económico y a la falta de acreditación de estar cumpliéndose las obligaciones del art. 20.2 del Pliego de Condiciones, lo que debería dar lugar a la caducidad de la concesión»*.

De nuevo, el informe de los catedráticos, defendiendo que cabía la prórroga de la intervención, determinó que se levantaran los reparos y que se accediera a la prórroga del contrato por otros cinco años, dentro del ámbito de la medida cautelar de la intervención y asunción temporal del servicio.

**11.2.-** La existencia del delito de malversación de caudales públicos imputable al aforado Sr. Clavijo se sostiene *«...a pesar de que finalmente el mencionado préstamo fue objeto de devolución por Autogrúas Poli S.L»*. Las razones que avalan esa conclusión se expresan en la exposición razonada en los siguientes términos:

*«...El delito de malversación de caudales públicos tutela no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Ayuntamiento y en este caso, la actuación del Sr. Clavijo se ha producido con una total ausencia de tutela del patrimonio público (STS 986/2005 y 85/2004), en concreto del correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, al autorizar en el decreto referido la autorización de un préstamo por valor de 120.000 euros, sin regulación legal, plazo y fianza para garantizar su devolución, produciéndose con ello una violación del deber de fidelidad que el mismo debía tener acerca de la protección de los bienes puestos a su disposición, que por otra lado al tener el carácter de públicos gozan de una superior protección jurídica con respeto a los privados, ya que están destinados a la satisfacción de los intereses generales, tal como establece el art. 103 de la CE (STS 211/06 y 1313/06).*

*El Sr. Clavijo en su condición de Alcalde Presidente de La Laguna, tenía la detentación material de los caudales y una facultad de decisión jurídica sobre los mismos y siendo totalmente concededor de ello dispuso de los mismos apartándolos de su destino público y beneficiando única y exclusivamente a un particular, permitiendo con ello la sustracción de los mismos, sin que sea necesario que ello se lleva a cabo con el ánimo de obtener un beneficio personal, ya que como tal establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la conducta se realiza con “ánimo de lucro” cuando se pretende cualquier propósito de provecho o ventaja propio o ajeno, y siendo también indiferente el móvil o causa última, ya sea esta la liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo, ya que para este delito, no hay diferencia entre el ánimo de lucro y el “animus rem sibi habendi”, toda vez que constituye una apropiación de bienes que han sido confiados al autor.*

*En este caso, se aprecia un “animus rem sibi habendi”, ya que era evidente que la concesión del préstamo en las condiciones en que se llevó a cabo (sin plazo y sin fianza para garantizar la devolución del mismo) forzosamente alojaba la posibilidad de que el mismo no fuera restituido».*

**12.-** La Sala estima, sin embargo, que los hechos descritos en la exposición razonada suscrita por la Magistrada titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de La Laguna, no permiten fundamentar la exigencia de responsabilidad criminal que se atribuye al aforado Sr. Clavijo.

Es cierto que la sucesión de actos administrativos y decisiones políticas que siguieron al proceso de otorgamiento y prórroga de la concesión del servicio de retirada de vehículos de la vía pública en el municipio de La Laguna, exigía una investigación en el marco de un proceso penal. La necesidad de esclarecer los hechos inicialmente denunciados por los concejales de la oposición integrados en *Unidos se Puede y Por Tenerife-Nueva Canarias*, se hacía evidente, sobre todo, a la vista de la concesión de un préstamo de 120.000 euros, cuya cobertura legal había sido cuestionada por la Intervención municipal, que llegó a formular el oportuno reparo.

Sin embargo, la laboriosa exposición razonada remitida a esta Sala ofrece todos los elementos de juicio precisos para descartar la existencia de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, rechazando así la incoación de un proceso penal contra el aforado.

**12.1.-** En relación con el delito de prevaricación -centrado básicamente en la concesión del préstamo a la entidad concesionaria *Autogrúas Poli S.L* y en el otorgamiento de una prórroga de la concesión-, conviene no prescindir de una idea repetida de forma insistente por esta Sala en numerosos precedentes. No toda infracción administrativa, no toda irregularidad en la tramitación de un expediente, no toda omisión de un trámite legalmente exigido, puede ser calificado como constitutivo de un delito de prevaricación.

Como decíamos en las SSTS 152/2015, 24 de febrero y 18/2014, 23 de enero, con cita de otras muchas, el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, sino de sancionar supuestos límite, en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

En la misma línea, una jurisprudencia reiterada de esta Sala -SSTS 1021/2013, 26 de noviembre y 743/2013, 11 de octubre, con cita de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; c) 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; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que 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.

**12.1.1.-** Es desde esta perspectiva como hemos de abordar el pretendido significado jurídico-penal del otorgamiento de un préstamo de 120.000 euros a la entidad concesionaria *Autogrúas Poli S.L.*

Pues bien, la injusticia de esa resolución habría consistido en la ausencia de cobertura legal para la concesión del préstamo, en la no fijación de un plazo de devolución ni un pacto de intereses y, en fin, en la no determinación de los incumplimientos que permitirían ejecutar la fianza inicialmente prestada en el año 2.003 al iniciar el servicio de recogida de vehículos en la vía pública.

Sin embargo, ninguna de esas objeciones, ni en su aislada consideración, ni a partir de una valoración interrelacionada, tienen entidad suficiente para justificar el injusto típico que define el delito de prevaricación.

En el expediente minuciosamente analizado durante la fase de investigación consta un dictamen encargado a dos catedráticos de la Universidad de La Laguna -D. Francisco Clavijo, catedrático de derecho financiero y D. Francisco Villar, catedrático de derecho administrativo- en el que, sin margen para la duda, se reconoce la cobertura jurídica del préstamo para restablecer el normal funcionamiento del servicio y la forma de contabilizar su otorgamiento: «... *en el caso de que el Ayuntamiento deba efectuar algún gasto para restablecer el normal funcionamiento del servicio, la vía adecuada es la de un anticipo o préstamo a la empresa concesionaria que debe contabilizarse en la cuenta 400 “Acreedores por obligaciones reconocidas, o presupuesto de gastos corrientes”, debiendo ser aplicada al capítulo 8º “Activos Financieros” del presupuesto de gastos del ayuntamiento*».

Y por lo que afecta a las garantías que deben asegurar la restitución de ese préstamo, el propio dictamen señala que la fianza inicialmente prestada - allá por el año 2003- para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión, puede servir de garantía de la devolución. En palabras de los autores del dictamen: *«...tanto los derechos retributivos futuros, como los bienes del concesionario, y en todo caso, la fianza definitiva constituyen la garantía del anticipo como de cualquier otra obligación de la que se derive responsabilidad del concesionario».*

En alguno de los pasajes de la exposición razonada se desliza la duda acerca de qué órgano de la corporación municipal encargó ese dictamen y si sus autores tuvieron o no acceso a todo el expediente administrativo. Pero lo que está fuera de dudas es, no ya la solvencia académica de quienes lo suscriben, sino su integración documental en el expediente en cuyo marco se habrían dictado las resoluciones prevaricadoras. Y ese dictamen es, por cierto, el criterio técnico en el que se apoyan, no ya el aforado, sino la Dirección del Área de Seguridad, la Junta de Gobierno Local, el Teniente de Alcalde, el Alcalde Presidente y los concejales que respaldaron con sus votos las resoluciones supuestamente prevaricadoras.

**12.1.2.-** Podría objetarse que la Intervención municipal había formulado reparo y que, como órgano administrativo encargado de la fiscalización del gasto público, su criterio debía imponerse a cualquier otra opinión, por más autoridad académica que pudiera predicarse de los catedráticos que firmaban el dictamen.

Es cierto que la administración pública cuenta con sus propios órganos de asesoramiento y fiscalización y que su criterio debería prevalecer frente al emitido por autores ajenos a la estructura administrativa, sobre todo, a la vista de la sujeción de los órganos de la administración al principio de objetividad derivado de su sumisión plena a la ley y al derecho (cfr. art. 103 CE). Sin embargo, esta idea no es suficiente para identificar todo distanciamiento del criterio de los interventores como una resolución prevaricadora. El

ordenamiento jurídico establece unos mecanismos de desvinculación respecto del criterio de los interventores.

En efecto, Real Decreto Legislativo 2/2004, 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece en su arts. 217.1, bajo el epígrafe «*Discrepancias*» que «*cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso*». El art. 218 establece la obligación del órgano interventor de elevar informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos; lo que constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria, pudiendo el Presidente de la Corporación presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación.

Como puede apreciarse, el reparo, entendido como objeción emanada de los órganos de intervención que asumen la fiscalización del gasto público, constituye un elemento fundamental para el análisis de cualquier decisión administrativa a la que se impute significación delictiva. Pero la conclusión acerca del carácter jurídico-penal de una resolución administrativa no puede basarse, sin más, en la existencia de un expediente de discrepancia. La desvinculación de un determinado acto administrativo respecto del criterio de la intervención, siendo expresiva de una excepcionalidad en la actividad administrativa, no puede interpretarse, siempre y en todo caso, como la estratégica cobertura para una actuación delictiva. La discrepancia que se revela como el presupuesto de la injusticia de una resolución es aquella que no tiene otro fundamento que la propia arbitrariedad de quien la formula. Cuando el levantamiento del reparo se ajusta al marco jurídico que le proporciona cobertura y presenta algo más que un significado puramente formal, la existencia del delito tiene que apoyarse en otros elementos de intenso valor incriminatorio que, en el presente caso, la Sala no detecta.

Según se expresa en la exposición razonada, el levantamiento del reparo fue propuesto y acordado con el apoyo del informe externo, suscrito por dos catedráticos de la Universidad de La Laguna, que avalaba la concesión del préstamo y la retención de la fianza como garantía jurídica de su devolución. También resulta decisivo el examen de los términos del reparo, que no estaba formulado de manera que cualquier actuación en contrario abriera la puerta a la injusticia de la resolución como elemento del tipo del delito de prevaricación. Esta idea cobra especial importancia a la vista de algún precedente de esta Sala en el que la persona aforada fue absuelta por falta de dolo, constatada su ausencia a partir de los términos en que el reparo de los interventores fue redactado. Se trata de la STS 152/2015, 24 de febrero. En ella, tras subrayar que el reparo es «...*un elemento fundamental*» para el análisis de la conducta imputada, concluíamos que la «*ambigüedad*» de alguno de sus pasajes se distanciaba de la «*taxatividad*» con el que esa objeción ha de ser formulada.

**12.1.3.-** Pues bien, en el presente caso, el informe de los interventores -cuya misma existencia es expresiva de la profesionalidad de los funcionarios que lo suscriben- incorpora algunos pasajes que encierran un alto valor interpretativo, en la medida en que se alejan de la taxatividad a la que hemos hechos referencia.

En principio, lo que se censura en el informe de la intervención es la ausencia de una cobertura normativa expresa para la concesión de un préstamo a una entidad concesionaria. Sin embargo, el propio dictamen dedica un apartado específico a valorar si la Orden EHJA/3565/2008, de 3 de diciembre, puede considerarse suficiente para ofrecer esta cobertura. Se trata de la Orden dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda, en desarrollo del artículo 167.1 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda el establecimiento, con carácter general, de la estructura de los presupuestos de las entidades locales, teniendo en cuenta la naturaleza económica de los ingresos y de los gastos, así como las finalidades u objetivos que con estos últimos se propongan conseguir.

Se trata de una orden publicada en el BOE núm. 297, de fecha 10 de diciembre de 2008, en cuyo art. 83 incluye en la clasificación económica de los gastos de los ayuntamientos *«...los préstamos concedidos fuera del sector público con o sin intereses con plazo de reembolso a corto (no superior a un año) y largo (superior a un año)»*.

La Sala estima que desborda el objeto de nuestra resolución pronunciarnos acerca de si esa orden ministerial, cuya finalidad es regular la estructura de los presupuestos de las corporaciones locales y que indica cómo ha de procederse para el reflejo presupuestario de los préstamos otorgados fuera del sector público, proporciona o no la cobertura precisa para el préstamo que fue concedido a *Autogrúas Poli S.L.* Pero lo que sí nos incumbe es valorar en términos penales si el informe que llevó a los interventores a negar la existencia de un verdadero respaldo a la resolución administrativa, era lo suficientemente taxativo e inequívoco como para que las autoridades municipales que, desde su respectivo ámbito funcional decidieron otorgar ese préstamo, fueran conscientes de que su actuación estaba al margen del ordenamiento jurídico. Y nuestra conclusión ha de ser necesariamente negativa.

En el informe de reparo de la intervención, tras descartar la procedencia de la concesión del préstamo por falta de cobertura legal, se añade expresamente: *«...si no obstante decide concederlo»*. La propia intervención municipal no excluye, por tanto, la posibilidad de su concesión, si bien exige garantías para su futura devolución. Por si quedara alguna duda acerca de la flexibilidad de los términos del informe de la intervención, en el párrafo conclusivo se puntualiza lo siguiente: *«...de continuar con la tramitación del expediente, y al margen de los condicionamientos puestos de manifiesto en este informe, para asegurar el cobro de la deuda, debería constituirse una garantía que de forma expresa respondiera del incumplimiento del pago del préstamo»*.

En definitiva, la Sala no sólo alberga fundadas dudas acerca de que esa resolución colmara el tipo objetivo del delito de prevaricación, sino que para el caso en que la falta de cobertura jurídica y consiguiente carácter injusto de ese préstamo pudiera llegar a afirmarse, tendríamos que descartar el tipo subjetivo. Los términos del informe de reparo suscrito por la intervención municipal y, de forma inequívoca, el dictamen incorporado al expediente y firmado por los catedráticos de derecho financiero y administrativo, nos llevan a excluir la responsabilidad penal que se atribuye al aforado.

Tampoco podemos construir el acto prevaricador a partir de una decisión de prórroga de la concesión cuando ya se habían precipitado los negativos efectos contables y económicos de la gestión de la entidad *Autogrúas Poli S.L.* En el momento de esa prórroga es el propio ayuntamiento el que ha asumido la gestión directa de la retirada de vehículos en la vía pública. En último término, el 28 de agosto de 2015, la empresa *Grúas y Servicios Adeje S.L* adquirió la totalidad de las participaciones de la empresa inicialmente concesionaria, canceló deudas por importe de 210.000 euros y asumió finalmente el servicio.

La STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, precisa que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS 773/1992, 16 de mayo) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS 1095/1993, 10 de mayo).

En definitiva, como señala la STS 733/2014, 28 de octubre, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS 766/1999, de 18 mayo; y 2340/2001, 10 de diciembre).

**12.1.4.-** La misma conclusión alcanzamos en cuanto a la inexistencia del delito de malversación de caudales públicos inicialmente imputado. Descartado el carácter injusto -desde la perspectiva del derecho penal- de la resolución que habilitó la concesión del préstamo a la empresa *Autogrúas Poli S.L*, se desdibuja esa decisión como vehículo formal de un acto de deslealtad en la custodia de fondos públicos. Pese a que no existe ningún obstáculo conceptual para que pueda afirmarse el delito de malversación sin la previa comisión de un delito de prevaricación administrativa, en el presente caso, la Sala constata la ausencia, no ya de cualquier perjuicio para el patrimonio público, sino del riesgo de que este perjuicio llegara a producirse.

El préstamo de 120.000 euros se concede sobre la garantía que ofrece la fianza de 182.427,82 euros, que había sido prestada por la entidad concesionaria al inicio de la adjudicación. El pago de los intereses pactados se acuerda mediante compensación de débitos y créditos de *Autogrúas Poli S.L* y la corporación local. Y el importe del principal es restituido por la entidad prestataria con fecha 2 de diciembre de 2014, acordándose la cancelación del préstamo, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de 16 de diciembre de 2014, esto es, cinco meses después de su concesión. Las consideraciones que se vuelcan en la exposición razonada acerca de la sustracción de fondos públicos, del riesgo de que estos fueran sustraídos y del *animus rem sibi habendi* que habría inspirado la conducta del aforado, no han quedado suficientemente fundadas.

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** a) declarar la competencia de esta Sala para la investigación y enjuiciamiento de los hechos denunciados; b) decretar el archivo de la causa por no ser aquellos constitutivos de los delitos de prevaricación y malversación inicialmente imputados.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gómez   Miguel Colmenero Menéndez de Luarca   Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

