



SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 34 93 90-91
Fax: 922 34 93 89
Email: s02audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: EST
Rollo: Apelacion autos
Nº Rollo: 0000848/2017
NIG: 3802343220170003501
Resolución: Auto 000699/2017

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0001213/2017-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 2 (Antiguo mixto Nº 7) de San Cristóbal de La Laguna

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Interviniente	Fernando Clavijo Batlle		
Interviniente	Jose Alberto Diaz Dominguez		
Interviniente	Lewopoldo Santana Hernandez		
Interviniente	Santiago Casanova Perez		
Interviniente	Felipe Casanova Medina		
Interviniente	Pablo Bartolome Ginovez Sierra		
Interviniente	Jose Padilla Gonzalez		
Denunciante	María José Roca Sanchez		
Denunciante	Idaira Afonso Martin		
Denunciante	Santiago Perez Garcia		
Apelante	Rubens Ascanio Gomez	Jesus Manuel Gonzalez Fortes	Adriana Hernandez Diaz
Apelante	Juan Luis Herrera Pérez	Jose Ramon Rodriguez Vazquez	Esther Martin Garcia

AUTO

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. JOAQUÍN LUIS ASTOR LANDETE

Magistrados

D./D^a. JAIME REQUENA JULIANI

D./D^a. ESTHER NEREIDA GARCÍA AFONSO (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 17 de octubre de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de La Laguna en el procedimiento Diligencias Previas nº 1213 /2017, se dictó auto de fecha 15 de junio de 2017, por el que se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- Por las representaciones procesales de D. JUAN LUIS HERRERA PÉREZ y de D. RUBÉN ASCANIO GÓMEZ, DOÑA MARÍA JOSÉ ROCA y DOÑA IDAURA AFONSO MARTÍN se interpuso recurso de apelación contra el citado auto. Dado el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, éste informó interesando la desestimación del recurso de apelación presentado, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia.





TERCERO .- Recibida las actuaciones se formó el Rollo de Apelación nº 848 /2017 turnándole la ponencia que correspondió a la Ilma. Señora Magistrada Doña Esther Nereida García Afonso , señalándose día para su votación y fallo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS .-

PRIMERO.- Los dos recursos de apelación planteados contra el auto de 15 de junio de 2017, se basan, esencialmente, en los mismos postulados, que podríamos sintetizar, en los siguientes argumentos: la resolución judicial recurrida ha acordado el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, sin llevar a cabo la labor instructora necesaria para la investigación los hechos denunciados, los cuales pudieran revestir caracteres delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias, desprendiéndose de la documental aportada indicios suficientes de la comisión de los tales delitos , todo ello con infracción de preceptos constitucionales y legales, como los previstos en el art. 24 y 120 de la C.E., 641 de la LE.Criminal

Ambas partes recurrentes interesaron que con estimación de los recursos, se acuerde la revocación del auto impugnado y la continuación de la instrucción.

SEGUNDO.- El órgano instructor en la resolución impugnada fundamenta su decisión sobre el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, tras un análisis de los hechos relatados en la denuncia presentada y especialmente, de los Decretos n.º 858/2014 y 1284/2014 , dictados por el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de La Laguna en aquel momento, D. Fernando Clavijo, y el Decreto n.º 1125/2014, dictado por el Sr. Concejal Teniente Alcalde de Seguridad Ciudadana y Movilidad D. Antonio Pérez Godiño, en que no concurren los elementos del tipo penal de prevaricación administrativa, que exige una resolución objetivamente contraria a derecho, es decir, ilegal, sin que esa ilegalidad pueda ser explicada con una argumentación jurídico-técnica mínimamente razonable, que se trate de una resolución injusta y arbitraria, de una contradicción patente y grosera , que desborde la legalidad de modo evidente y flagrante. Y que la finalidad sea hacer efectiva la voluntad particular de un funcionario público o autoridad, y con conocimiento de actuar en contra del derecho. Mientras que en este caso, en los Decretos señalados, el Sr. Alcalde no hace sino levantar los reparos formulados por la Intervención Municipal, en uso de sus facultades legales para dirimir la divergencia de criterios, uno mantenido por los funcionarios designados como interventores de la medida cautelar de intervención de la entidad concesionaria del servicio de grúas del Municipio de La Laguna, frente al criterio de la intervención municipal del Ayuntamiento de La Laguna . Y Decreto n.º 1125 /2014 se dictó a raíz del Decreto 1284/2014, que levantó los reparos y hace referencia a la regulación pertinente a los supuestos de la ejecución directa del Servicio Público por la Administración en determinados casos y asume el informe de 5 de junio de 2014 de los interventores del servicio de grúas nombrados tras la medida cautelar, en cuya virtud es razonable entender ...que la entidad concesionaria está en condiciones de continuar prestando el servicio público con normalidad.





Y entiende la instructora que respecto a los mencionados Decretos no consta la falta de competencia , ni de las normas esenciales del procedimiento, ni que el fondo contravenga lo dispuesto en la Ley , ni que fueran dictados a sabiendas de su injusticia , constituyendo una ilegalidad evidente y por tanto arbitraria.

TERCERO.-Hemos de recordar que el juez de Instrucción puede archivar “in limine” la denuncia y ello no es contrario con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la denuncia no conlleva el derecho a la sustanciación de un procedimiento penal, sino a una resolución motivada. Pero dicha inadmisión a trámite o el sobreseimiento en la misma incoación, exige, para no contravenir dicho derecho, que el hecho denunciado carezca de ilicitud penal de forma inequívoca (art. 269 LECRIM).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 41/1998, de 24 de febrero, razonó lo siguiente: *“El Juzgado, por su parte, tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones. Estas las cifra la ley en que el hecho denunciado no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa (art. 269 L.E.Crim.). Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los arts. 637 y 641 de la Ley (SSTC 34/1983, fundamentos jurídicos 1.º y 2.º, y 40/1988, fundamento jurídico 3.º).*

17. El procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, no ha roto con este esquema tradicional. Aunque su regulación presupone que las denuncias se presentan, como es habitual, en comisaría (por lo que las diligencias judiciales nacen al recibir el atestado: art. 789.1 L.E.Crim.), mantiene incólume la posibilidad de formular denuncia directamente ante la autoridad judicial. En tales casos, el Juzgado de Instrucción ejerce las mismas atribuciones que en el sumario ordinario: “Cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado” (art. 789.3 L.E.Crim.).

Y, también aquí, sólo tras llevar a cabo esas “diligencias esenciales” la Ley amplía las atribuciones judiciales sobre el curso del procedimiento, permitiendo su sobreseimiento en los términos que regulan los arts. 789.5 y 790.3 L.E.Crim., que fueron analizados en las SSTC 186/1990, fundamento jurídico 4.º, y 85/1997, fundamento jurídico 3.º”

Además la práctica de diligencias de investigación se debe condicionar al hecho previo de la ilicitud de los hechos denunciados, pues solo ello permite la apertura de la instrucción penal, practicándose las diligencias estrictamente necesarias para la determinación del hecho y sus partícipes, a lo que se refiere el artículo 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el modo que el artículo 312 dispone para la querrela.

CUARTO.- Examinadas las actuaciones, no hemos de compartir el criterio del Juzgado de Instrucción, por cuanto los hechos relatados en la denuncia presentada pudieran revestir caracteres de delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y/o tráfico de influencias, entendiendo precipitado en este momento inicial de la instrucción decidir el





sobreseimiento provisional y archivo de la causa, sin practicar diligencias de investigación encaminadas al esclarecimiento de los hechos y personas responsables conforme dispone el art. 777 de la L.E.Criminal, más allá de la documental aportada con la denuncia y los dos documentos recabados por el Juzgado de Instrucción .

Efectivamente como se recoge en la resolución recurrida, el delito de prevaricación viene definido en el art. 404 del Código Penal cuando dispone que se castigará " *a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia dictase una resolución arbitraria en un asunto administrativo* ". La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que, para apreciar la existencia del delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria a 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 voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en **contra** del derecho (SS.T.S. 49/2010 de 4 de febrero; 1160/2011 de 8 de noviembre; 502/2012 de 8 de junio y 743/2013 de 11 de octubre, entre otras).

En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala del T.S. 627/2006 de 8 de junio , 755/2007 de 25 de mayo y 743/2013 de 11 de octubre , que a su vez se remiten a otras precedentes, argumentan que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9. 3 de la Constitución , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o 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 (SS.T.S. de 23 de mayo de 1998; 4 de diciembre de 1998; 766/1999 de 18 de mayo y 2340/2001 de 10 de diciembre). E igualmente se afirma en otras sentencias que la prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho , no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (S.T.S. 1497/2002 de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (S.T.S. 878/2002 de 17 de mayo) 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 (S.T.S. 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.





Y en lo que respecta al elemento subjetivo del **delito**, tiene declarado la jurisprudencia que es preciso que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicta, debiendo abarcar su conocimiento el carácter arbitrario de la misma. La locución "a sabiendas" significa que la autoridad o funcionario cometen el **delito** cuando, teniendo plena conciencia de que resuelven al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasionan un resultado materialmente injusto, actúan de tal modo porque querían este resultado y anteponen el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración (SST.S. 766/1999 de 18 de mayo; 723/2009 de 1 de julio; y 49/2010 de 4 de febrero).

En el caso que se somete a nuestra consideración, el órgano instructor entiende, como decimos de forma precipitada, que no concurren los elementos típicos del delito de prevaricación, tanto el relativo a la contradicción de la resolución administrativa con el derecho, como el elemento subjetivo, a sabiendas, respecto del cual señala el órgano instructor que no cabe deducirlo de consideraciones más o menos fundadas, sino que es necesario que se apoye en una prueba evidente, que no deje duda alguna sobre ese dato anímico.

Sin embargo, hemos de precisar que dicha valoración sobre la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal, fundada en medios probatorios directos o indirectos, que determine un fallo condenatorio o absolutorio, excede de la fase procesal en la que nos encontramos, donde tan solo cabe un juicio de probabilidad sobre la posible comisión de hechos delictivos, basado en indicios. La decisión final se adoptará en el acto del juicio oral, donde se practicará, en su caso, propiamente la prueba y se decidirá sobre la existencia del delito y la posible autoría, participación y grado de la misma.

Dicho esto, de la denuncia y documentos aportados se infiere que en el año 2003, 6 de octubre de 2003 (folio 58) el Concejal Delegado de Seguridad Ciudadana del Ayuntamiento de La Laguna, D. Fernando Clavijo Batlle formuló propuesta relativa a la gestión del servicio de retirada de vehículo de la vía pública, como consecuencia de que el servicio de retirada de vehículo de las vías públicas y su depósito no daba satisfacción a las necesidades que se planteaban, no se daba cobertura a la totalidad del territorio municipal y además, se precisaba recurrir a los servicios de empresas privadas para dar respuesta a la demanda que se generaba en la zona centro del municipio. Y se propuso la iniciación de expediente para la gestión indirecta del servicio de retirada de vehículos de las vías públicas mediante concesión, con una vigencia equivalente a la amortización de los vehículos grúa sin incorporación del personal municipal adscrito al servicio.

El Pleno del Ayuntamiento de La Laguna, en su sesión de fecha 12 de febrero de 2004, adoptó el acuerdo de aprobar el expediente de contratación en régimen de concesión administrativa y mediante concurso abierto, la gestión de los servicios de retirada, inmovilización y desplazamiento de vehículos en la vía pública en el Municipio de La Laguna, cuyo presupuesto máximo previsible de licitación es de 4.460.695,35 euros, autorizar el gasto correspondiente, así como la apertura del procedimiento de adjudicación por dicho sistema (folio 36).

El Pleno del Ayuntamiento de La Laguna, en sesión ordinaria celebrada el 8 de julio de 2004, acordó adjudicar a D. José Padilla González la Gestión de los servicios de retirada e





inmovilización de vehículo de la vía pública en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna por su oferta económica de un precio mensual por la gestión del referido servicio de 72.634,67 euros, IGIC incluido, por un plazo de cinco años prorrogables, hasta un máximo de 25 años. El contrato se formalizó el 27 de agosto de 2004 (folio 168). Y así mismo el Pleno en su sesión ordinaria celebrada el 13 de octubre de 2005 aprobó autorizar a D. José Padilla González a ceder el contrato formalizado para la gestión de los servicios de retirada e inmovilización de vehículos de la vía pública, en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna a la entidad Autogrúas POLI , S.L. , quien quedó subrogada en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente (folio 11) .

Ante las dificultades económicas -financieras por las que atravesaba la entidad concesionaria, como falta de material para prestar el servicio, impagos de nóminas , carencia de tarjetas de transporte, mal estado de las grúas etc, la Junta de Gobierno Municipal el 28 de enero de 2014 aprobó adoptar la medida cautelar de intervención y asunción temporal de la ejecución directa del servicio de retirada de vehículos de la vía pública, nombrando a dos funcionarios D. Antonio Vera y D. Alejandro Cordero, interventores municipales (folios 141 y ss) .

Dichos técnicos municipales ya advirtieron de la inestable situación económica-financiera de la entidad concesionaria, en sus informes de 12 de marzo de 2014 y 8 de abril de 2014, en los que señalaron que las deudas pendientes de pago a corto plazo superaban los 300.000 euros y que se observa un problema de liquidez que arrastraba deudas con al A.E.A.T. de 2012, 2013 y 2014 , así como destacan la existencia de embargos de créditos, teniendo la sociedad bloqueados sus ingresos y que tenía deudas a corto plazo por importe de 347 691, 87 euros (folio 145 y 147) . Y concluyeron que la sociedad Autogrúas Poli S.L. no se encontraba en condiciones de poder prestar el servicio de grúa municipal en esa fecha (8 de abril de 2014).

En ese contexto, mediante Decreto nº 858/2014, de 18 de junio de 2014, (folio 105) del Sr. Alcalde – Presidente del Ayuntamiento de La Laguna D. Fernando Clavijo se resolvió levantar los reparos formulados por la Intervención Municipal, con respecto a la concesión a la entidad Autogrúas Poli, S.L. de un préstamo en dinero por importe de 120.000 euros, dentro del ámbito de la medida cautelar de intervención y asunción temporal del servicio de retirada e inmovilización de vehículo en la vía pública. Y ello pese al informe de la Intervención Municipal desfavorable de 9 de junio de 2014 (folio 102), que se remite a su anterior informe de 17 de marzo de 2014, en el que se formulaba reparos por las siguientes razones : a) el expediente que sirve de antecedente a la resolución que se propone carece de incoación por el órgano municipal competente (art. 165 del ROF); b) la propuesta que se formula carece de fundamentación jurídica, vulnerado lo dispuesto en los arts. 172.1 y 175 del R.D. 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 segundo 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 efectuar el pago; y f) 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 contraria a la norma de aplicación en este caso, según se deduce del expediente, la Ley Contrato de las Administraciones Públicas , aprobada por RD Legislativo 2/2000 , de 16 de junio.





Con fecha 5 de junio de 2014, tuvo entrada en la Intervención Municipal nueva documentación, respecto de la que la Intervención Municipal informó que en el informe del servicio gestor no se señalaba que se hubiera aceptado el reparo, con la consiguiente subsanación de deficiencias , o que se planteen discrepancias , si bien se desprendía que se habían subsanado algunas deficiencias observadas y se discrepaba del resto de cuestiones planteadas , en concreto la Intervención Municipal mantuvo 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 éste (Concejal Teniente Alcalde del Área de Seguridad Ciudadana) y por proponer actuaciones que a su entender, seguían careciendo de regulación normativa, aún cuando previamente se tratase de la concesión de un anticipo y en ese momento, de un préstamo a favor de la entidad concesionaria del servicio municipal de grúas. Se indicó por la Intervención Municipal que del art. 134.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no se desprende la posibilidad de realizar pagos por cuenta del concesionario de un servicio, ni conceder préstamos. Y si no obstante, se decide concederlo , la Intervención Municipal señaló que faltaban especificaciones fundamentales en la regulación de las condiciones del préstamo , como la duración del préstamo , sin que fuera posible exceder de la duración de la concesión , lo que no quedaba acreditado en el expediente Y de otra parte, se señaló que debería garantizarse que la facturación futura del contrato vigente , fuera suficiente para restituir el importe de la operación, con cargo a futuros derechos económicos del concesionario. A partir de la fecha de la concesión del préstamo, tampoco se señalaban las condiciones cuyo incumplimiento determina la ejecución de la garantía .

En relación al reparo por no haber incoado expediente por el órgano municipal competente , el Decreto 858/2014 refiere que la actuación se adopta dentro del marco creado por la medida cautelar de intervención y asunción temporal de un servicio; en cuanto a la carencia de regulación normativa que impide conceder el préstamo, se invoca como fundamento el dictamen de los Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario y Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, según el cual en base a diversos preceptos legales, cabe la figura de préstamo reintegrable ; y por lo que se refiere a la duración del préstamo y garantías, los expertos consultados consideraban que debía coincidir con el de la finalización de la asunción temporal del servicio, si bien no quedó reflejada esta condición, en la parte dispositiva de la propuesta de resolución.

El Juzgado de Instrucción argumenta que el sr. Alcalde resolvió una discrepancia de criterios, pero no valora la adecuación o contravención de la legislación vigente sobre la materia, del criterio acogido por el Decreto n.º 858/2014. Es más, se alude a dictámenes de expertos externos, para fundamentar el levantamiento de los reparos de la Intervención Municipal, que no han sido recabados ni valorados por el Juzgado de Instrucción, desconociéndose el contenido y los términos en que fueron emitidos. Dicha valoración sobre la legalidad de los criterios mantenidos por los informantes resulta esencial a efectos de determinar la ilicitud penal de la conducta , pues no cabe duda de que ante criterios dispares de los informantes, la autoridad deberá decidir, pero la resolución que adopte deberá ser conforme a las normas del ordenamiento jurídico, no pudiendo ampararse en informes cuyas conclusiones contravengan dichas normas.

El Decreto del Sr. Presidente Alcalde n.º 858/2014 , de 18 de junio de 2014 acordó levantar los





reparos de la Intervención Municipal a la concesión del préstamo a la entidad Autogrúas Poli S.L., concesionaria del servicio municipal de grúas, de la que eran socios alguno de sus trabajadores, en virtud de escritura pública de compraventa de participaciones otorgada en fecha 13 de abril de 2011 (folio 196). Algunos de sus socios adquirentes de las participaciones sociales pudieran tener vinculaciones personales con el Sr. Alcalde D. Fernando Clavijo, que tampoco han sido investigadas por el Juzgado de Instrucción. Así se advierte que dicha entidad mercantil durante un tiempo indicó en escritos dirigidos a órganos judiciales el 30 de abril de 2012, que tenía su sede a efectos de notificaciones en el número 13 de la Avenida Lucas Vega , Edificio Parra de La Laguna (folio 20) , donde también se ubicaba el domicilio social de la entidad Administración Ecológica S.L., (folio 24), sociedad de la que D. Fernando Clavijo fue administrador hasta marzo de 2009 (folios 28 y ss).

Además, tras la transmisión por D. José Padilla de la totalidad de las participaciones sociales de la entidad Autogrúas Poli S.L., mediante escritura pública de compraventa de participaciones sociales de fecha 13 de abril de 2011, a favor de trabajadores de dicha entidad, el Ayuntamiento abonó a la misma integrada por sus nuevos socios, importes de la deuda devengada con anterioridad a la transmisión de las participaciones sociales, por la prestación del servicio público (folio 56). Circunstancia que tampoco ha sido investigada por el Juzgado Instructor, a fin de determinar la concurrencia o no de la finalidad de favorecer a los nuevos socios de la entidad concesionaria del servicio público.

Dicha compraventa de participaciones sociales de la entidad concesionaria del servicio municipal de grúas, no consta en las actuaciones que se efectuara, con autorización o conocimiento del Ayuntamiento de La Laguna, pese que el art. 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas de la concesión del servicio, establece que “ el concesionario no podrá subarrendar, ceder o traspasar los derecho y obligaciones dimanantes del contrato sin autorización expresa del Ayuntamiento, la cual se otorgará si concurren las condiciones legales necesarias para ello y en consideración a las condiciones que ofrezca el cesionario..” (folios 36 y ss).

La entidad Autogrúas Poli S.L. tras la transmisión de las participaciones sociales a favor de trabajadores de dicha entidad, incumplió otras condiciones del Pliego de Cláusulas Administrativas (folios 36 y ss), como la prevista en su art. 20.14 “ estar en posesión de la autorización administrativa para ejercer el transporte de mercancías y cosas”, pues no disponían de Tarjeta de Transporte obligatoria para desempeñar el servicio, conforme se desprende del oficio de la Guardia Civil (obrante al folios 67, 137 y 139). Y la prevista en el art. 20.2 del Pliego relativa a la obligación del concesionario de presentar durante la vigencia del contrato diversa documentación relativa al cumplimiento de pagos a la Seguridad Social e impuestos, lo que puso de relieve la Intervención Municipal en su informe de 22 de agosto de 2014 (folio 74).

No solo se dictó Decreto nº 858/2014, de 18 de junio por el que se levantó los reparos a la concesión de un crédito a la entidad concesionaria, sino que mediante Decreto del Sr. Alcalde D. Fernando Clavijo nº 1284 /2014 de 26 de agosto de 2016, se resolvió levantar los reparos formulados por la Intervención Municipal en su informes de 31 de julio y 22 de agosto de 2014, en relación con el expediente de prórroga en el ámbito de la medida cautelar de intervención y asunción temporal del servicio, del contrato para la Gestión de los Servicios de retirada e inmovilización de vehículos de la vía pública de La Laguna , adjudicado a la entidad Autogrúas Poli S.L. por un periodo de cinco años , comprendidos entre el 28 de agosto de 2014 y el 27 de agosto de 2018 inclusives, por importe máximo anual de 650.000 euros.





La Intervención Municipal en su informe de 31 de julio de 2014, había formulado reparos por no hacerse referencia al crédito presupuestario, carecer de incoación y no adoptar la forma de propuesta de resolución. Señala expresamente la Intervención que del expediente se desprende que existe desequilibrio económico financiero y una necesidad de financiación de la empresa contratista, haciendo alusión al art. 20 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares . Y en su informe de 22 de agosto mantiene el reparo, habida cuenta de que la propuesta de resolución es previa a la emisión del documento contable RC, sin que se pronuncie sobre ésta. Y se hace nueva mención al art. 20 del Pliego de Clausulas Administrativas y a su incumplimiento.

Y así mismo se dictó Decreto del Sr, Concejal Teniente Alcalde de Seguridad Ciudadana y Movilidad, D. Antonio Miguel Pérez Godiño nº 1125/2014 de 27 de agosto de 2014 por el que se resuelve prorrogar en el ámbito de la media cautelar de intervención y asunción temporal del servicio, el contrato de gestión de los servicios de retirada de inmovilización de vehículos de la vía pública en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna adjudicado a la entidad Autogrúas Poli S.L. , por un periodo de cinco años comprendidos entre 28 de agosto de 2014 y 27 de agosto de 2019 , por importe máximo anual de 650.000 euros.

Tampoco respecto a los Decretos n.º 1125/2014 y 1284/2014, el Juzgado de Instrucción ha valorado la adecuación o contravención de la legislación vigente sobre la materia, del criterio acogido en dichas resoluciones administrativas, lo que resulta esencial para determinar la concurrencia o no de la ilicitud de la conducta.

Es más las dificultades económicas - financieras de la entidad concesionaria del servicio de grúas , referidas por los informes de los técnicos municipales y la Intervención Municipal, se evidencian de forma palpable, un año después de dictarse los Decretos antes mencionados cuando los socios propietarios de la entidad vendieron, en virtud de escritura pública de 28 de agosto de 2015, la totalidad de participaciones sociales de la misma , a la entidad Grúas y Servicios Adeje S.L. , por el valor de un euro, asumiendo la adquirente la deuda acumulada por importe de 715. 215, 56 euros (folios 96 y ss y 99 y ss).

A la vista de la situación expuesta, no cabe en este momento excluir que las resoluciones administrativas mencionadas por las que levantaron los reparos formulados por la Intervención Municipal a la concesión de un préstamo de 120.000 euros a la entidad concesionaria del servicio público y a la prórroga del contrato, no atenten de forma patente y grosera contra la legalidad y la normativa vigente sobre contratos del sector público y haciendas locales que menciona en sus informes la Intervención Municipal, como señala el Juzgado de Instrucción . Así como tampoco cabe excluir en este momento que, en su caso, la autoridad que las dictó, a quienes siquiera se ha oído, no haya actuado con plena conciencia de que resolvía al margen del ordenamiento jurídico y voluntad de hacerlo.

Por los mismos motivos, no cabe excluir en este momento, que estemos ante una conducta típica de malversación de caudales públicos (432 y ss del C.P.) .

En consecuencia, han de ser estimados los recursos de apelación planteados, debiendo el órgano instructor continuar la instrucción de la causa, practicando las diligencias de investigación que estimara necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados y





las personas responsables, conforme a lo previsto en el at. 777 de la LE.Criminal.

QUINTO .- Se declaran de oficio las costas de este recurso de apelación (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a lo expuesto, **LA SALA DISPONE:**

1º.- ESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D. JUAN LUIS HERRERA PÉREZ y de D. RUBÉN ASCANIO GÓMEZ, DOÑA MARÍA JOSÉ ROCA Y DOÑA IDAURA AFONSO MARTÍN , contra el auto de 15 de junio de 20176, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de La Laguna en el procedimiento Diligencias Previas nº 1213 /2017, por el que se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, el cual revocamos, debiendo el órgano instructor continuar la instrucción de la causa, practicando las diligencias de investigación que estimara necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados y las personas responsables.

2º.- DECLARAR de oficio las costas del recurso.

3º.- Y devolver las actuaciones al órgano de origen para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que es firme.

Así por este auto, que es firme, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

NOTIFICADO 18/10/2017

