



Fiscalía Provincial de Sta. Cruz de Tenerife
Santa Cruz de Tenerife

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 (ANTIGUO
MIXTO Nº 7)

San Cristóbal de La Laguna

Procedimiento: Diligencias previas

Nº Procedimiento: 0001213/2017

NIG: 3802343220170003501

COPIA

AL JUZGADO

EL FISCAL, evacuando el traslado conferido en el procedimiento al margen referenciado, entiende que por parte del Juzgado deberá remitirse a la Sala Civil y Penal del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Canarias la correspondiente Exposición Razonada de Hechos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57, en relación con el art. 73.3.a), ambos de la LOPJ, que D. Francisco Clavijo Batlle se encuentra aforado al ostentar en la actualidad el cargo de Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de lo dispuesto en los artículos 152.1 de la Constitución Española, y 17.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias, y por tanto en virtud de lo dispuesto en el propio Estatuto de Autonomía, en su Artículo 19, Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, reformada por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, la decisión sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio, durante su mandato corresponde a este Excmo. Órgano superior, de la Comunidad Autónoma de Canarias, siempre que dicha responsabilidad penal, se tenga de determinar en el ámbito territorial de la propia Comunidad.

Entiende el Ministerio Fiscal que en la conducta llevada a cabo por el Excmo. Sr. Fernando Clavijo Batlle durante su etapa como Alcalde Presidente de San Cristóbal de la Laguna concurren indicios del delito de Prevaricación previsto y penado en el art. 404 del C.Penal y del delito de Malversación de Caudales públicos previsto y penado en el art. 432 del mismo Texto Legal, y todo ello en base a las siguientes **consideraciones**:

PRIMERA.- El presente procedimiento se incoó como consecuencia de la denuncia presentada por la representación procesal de los miembros del grupo municipal Unid@s se puede; María José Roca Sánchez y Doña Idaira Afonso de Martín, así como por los miembros del grupo municipal Por Tenerife-Nueva Canarias, D. Santiago Pérez García y D. Juan Luis Herrera Pérez, todos ellos del Ayuntamiento de La Laguna, con fecha de registro de entrada, 18 de mayo de 2017 (f. 1 a 6), en la que exponían unos hechos que entendían que eran delictivos en la forma en que se había llevado a cabo la gestión del servicio de retirada de vehículos de la vía pública en dicho Ayuntamiento, desde el mes de julio de 2004 hasta la actualidad.

SEGUNDA.- De la documentación aportada con la denuncia, así como de la que fue recabada por el Órgano Judicial y de las declaraciones prácticas en la presente causa se desprende la existencia de indicios delictivos en la actuación llevada a cabo por la persona aforada.

Al objeto de analizar los mismos, debemos distinguir los indicios de las dos figuras delictivas a que hechos hecho referencia anteriormente:





Primero.- En relación al delito de Prevaricación

Esta claro que en virtud de la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, entre otras 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, para apreciar la existencia del delito de prevaricación es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1.1. En primer lugar es necesario la existencia de una resolución dictada por autoridad o funcionario en un asunto administrativo.

En el asunto que nos ocupa, es evidente que en el Sr. Clavijo Batlle concurre la condición de autoridad o funcionario público toda vez que ostento el cargo de Alcalde-Presidente del municipio de San Cristóbal de La Laguna en el momento de los hechos, el 18 de junio de 2014.

En dicha condición el 18 de junio del 2014 dicta el Decreto nº 858/2014 después de levantar los repartos formulados por la Intervención Municipal, acuerda la concesión de un préstamo de 120.000,00 euros con cargo a la facturación futura por la prestación del servicio de retirada e inmovilización de vehículos de la vía pública a la entidad AUTOGRUAS POLI SL., en su condición de adjudicataria de un servicio, la cual estaba prestando dicho servicio bajo la modalidad de gestión indirecta, toda vez que por parte del Ayuntamiento se había adoptado una medida cautelar de intervención y de asunción temporal del servicio y por tanto estaba prestado el mismo de forma directa desde enero del 2014.

No cabe duda de que el Decreto dictado por el Sr. Clavijo entra dentro del requisito de "resolución" toda vez que supone una declaración de voluntad de carácter decisorio que afecta a los derechos de los administrados y por tanto resuelve sobre el fondo de un asunto administrativo con eficacia ejecutiva.

1.2. A continuación es necesario analizar si dicha resolución es injusta y arbitraria, si es objetivamente contraria a derecho, es decir si es ilegal:

En este punto y tal como señala el Interventor Municipal en su informe no existe una regulación expresa que permita a una Corporación local conceder un préstamo al concesionario de un servicio y sin que dicho otorgamiento, pudiera ampararse en lo dispuesto en la Orden EHA 3565/2008 de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales en su artículo 83 se establece que los *"préstamos concedidos fuera del sector público con o sin interés con plazo de reembolso a corto (no superior a un año), y a largo (superior a un año)"*, que por otro lado no admite la concesión de un préstamo sin que en el mismo se haga constar al menos un plazo para proceder a la devolución del mismo. Pues bien si se analiza el préstamo concedido por el Sr. Clavijo en el Decreto mencionado anteriormente se observa como no se establece plazo alguno para la devolución de éste.

La necesidad de establecer un plazo para la devolución del mismo se exige no solo en la normativa administrativa sino también en el art. 1740 del Código Civil cuando se establece que por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra una cosa para que la use durante cierto tiempo y a continuación se le devuelva.





1.3. A continuación debemos analizar si el carácter de injusta y arbitraria de la resolución era conocida por el Sr. Clavijo en el momento de dictar el Decreto mencionado anteriormente.

A este respecto de lo practico en este procedimiento queda claro que en el momento que por parte del Sr. Clavijo se dicto el Decreto 458/2014 era total y absolutamente conecedor de los Reparos formulados por el Interventor Municipal a la concesión del préstamo a la concesionaria AUTOGRUAS POLI, pues este alegaba la falta de normativa en los informes de fechas, 17 de marzo y 9 de junio de 2014, la falta de normativa que regule la concesión de un préstamo por parte del Ayuntamiento a favor del concesionario y que por tanto ante esa falta de regulación no podía concederse el mencionado préstamo. Pero además el Interventor ya advertía en su informe y formaba parte del Reparado formulado de que en el caso de que se concediera el mismo, en contra de su criterio, debían de señalarse claramente las especificaciones fundamentales en la regulación de las condiciones del préstamo, como era la duración del mismo y sin que fuera posible que la duración excediera del plazo de la concesión. Por otro lado también entendía que debía de garantizarse que la facturación futura del contrato que mantenía el Ayuntamiento con el concesionario fuer 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 y alertando finalmente que tampoco se preveían las condiciones cuyo incumplimiento determina la ejecución de la garantía. Haciendo constar que la garantía que se hace constar como garantizadora del cumplimiento del préstamo no puede ser la fianza constituida con anterioridad en el contrato de concesión del servicio, que nada tenía que ver con la concesión del préstamo que se estaba otorgando.

De lo actuado se desprende que la voluntad del Sr. Clavijo era la concesión del préstamo a un sabiendo la ilegalidad del mismo por así habérselo advertido el Interventor y para poder levantar el Reparado formulado por el mismo acudió a un Informe externo elaborado por los Catedráticos de la ULL, D. Francisco José Villar Rojas y Francisco Félix Clavijo Hernández, el 10 de abril de 2014, y por el que cada uno de los dos docentes, cobró de la Corporación municipal, 4.131 euros netos, (5.100 euros brutos), informe titulado "INFORME JURÍDICO SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA INTERVENCIÓN TEMPORAL POR EL AYUNTAMIENTO DE LA LAGUNA DEL SERVICIO MUNICIPAL DE GRÚAS" donde no se les solicita información expresa sobre la posibilidad o no de la concesión del préstamo, sino que engloba una serie de cuestiones de carácter general y únicamente se le pide informe acerca de la posibilidad de conceder un " anticipo" a cuenta de la facturación futura" y si el Ayuntamiento podría contar con los derechos de facturación futura, fianza definitiva o los bienes del concesionario. A este respecto en el propio informe se hace constar que lo que pretende realizar el Ayuntamiento no es la concesión de un " anticipo" sino la concesión de " un préstamo" y que a su juicio debe coincidir el plazo de duración con la asunción temporal del servicio, por lo que en principio este informe viene a confirmar lo ya dicho por el Interventor Municipal, que deberá fijarse un plazo para la devolución del mencionado préstamo, incluso uno de los autores de dicho informe el Catedrático Sr. Clavijo Hernández cuando es interrogado sobre este aspecto en sede judicial manifiesta textualmente que "..... debe tener un plazo de devolución, de lo contrario no sería un préstamo sino una subvención" y para ello se basaba en el art. 134 Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, que ya advertía el Interventor que no podía concederse dicho préstamo al amparo de este precepto toda vez que el mismo no se refiere para nada a la posibilidad de la concesión de un préstamo por un organismo publico ya que única y exclusivamente se refiere literalmente a " 1. En virtud del secuestro, la Administración se encargara directamente del funcionamiento del servicio, y





de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, sin que pueda alterar las condiciones de su prestación. 2. Con ese fin, la Corporación designara un Interventor técnico que sustituirá plena y parcialmente a los elementos directivos de la Empresa y 3. La explotación se efectuara por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se entregara, al finalizar el secuestro, el saldo que resultare después de satisfechos todos los gastos, incluso los haberes del Interventor”.

Por otro lado en el mentado informe se ampara la concesión del préstamo en lo establecido en el Art. 253 del TRLCSP donde se regula la Financiación de las obras publicas estableciéndose en dicho precepto que las mismas podrán ser financiadas total o parcialmente por el concesionario, entendiéndose el Ministerio Fiscal que ello no puede servir de fundamento a la concesión de un préstamo para la financiación de un servicio como era el concedido a AUTOGRUAS POLI ya que dicho precepto se refiere única y exclusivamente a la financiación de las obras publicas y no de los servicios concedidos por el Ayuntamiento a un particular.

En dicho informe en relación a la posibilidad de utilizar como garantía de la devolución del préstamo la fianza constituida en su momento como garantía del cumplimiento del contrato de concesión informan favorablemente entendiéndose que la concesión de este préstamo forma parte de una de las obligaciones previstas en el contrato de concesión, sin que ello para nada conste en las cláusulas de dicho contrato, toda vez que el mismo es anterior a la concesión del mencionado préstamo y tal como manifestó el Interventor Municipal en su declaración judicial manifiesta que “ La garantía debía responder de las obligaciones y penalidades derivadas del contrato y todas las obligaciones contenidas en el art. 43.1º de la Ley de Contratos y no la prestación de la fianza”.

Pues bien este informe es el que utiliza el Sr. Clavijo para levantar el Reparó formulado por el Interventor y poder así llevar a cabo su voluntad, que no era otra que el Ayuntamiento concediera un préstamo de 120.000 euros a AUTOGRUAS POLI, concesionaria de un servicio del Ayuntamiento, y que lo hiciera sin establecer plazo alguno para su devolución y contando únicamente como garantía para la devolución del mismo con la Fianza que se había otorgado por dicha concesionaria no para la devolución de este préstamo, sino para garantizar todas las obligaciones derivadas del contrato de concesión que para nada establecía que para poder llevar a cabo el mismo era necesario que el Ayuntamiento se lo financiara mediante la concesión de dicho préstamo, que tal como manifiesta uno de los autores del mencionado informe, al no constar plazo de devolución no se trataría de un préstamo sino de una subvención.

Segundo.- En relación al delito de Malversación de Caudales Públicos

El mencionado préstamo es liquidado por AUTOGRUAS POLI el 2 de diciembre del 2014

A pesar de que finalmente el mencionado préstamo fue objeto de devolución por AUTOGRUAS POLI, aun así entiende el Ministerio Fiscal que se aprecian indicios de un delito de Malversación de Caudales Públicos, toda vez que:

El delito de Malversación de Caudales Públicos tutela no solo el patrimonio publico, 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 986/05 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 otro lado al tener el carácter de públicos gozan de una superior protección jurídica con respecto 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).

2.2.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 conocedor 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 animo de obtener un beneficio personal, ya que tal como establece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la conducta se realiza con " animo 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 llevo a cabo (sin plazo y sin fianza para garantizar la devolución del mismo) forzosamente alojaba la posibilidad de que el mismo no fuera restituido.

TERCERO- En base a todo lo anteriormente expuesto, y en cuanto se da por evacuado el trámite de informe previo a la Exposición Razonada al órgano superior de esta Comunidad, dese traslado del mismo.

En Santa Cruz de Tenerife, a 27 de julio de 2018

EL FISCAL, SANTIAGO SÁNCHEZ LÓPEZ

