



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Diligencias de investigación 30/2026

DECRETO DEL FISCAL INSTRUCTOR

El Fiscal del Tribunal Supremo, en cumplimiento de su misión de promover la justicia desde la legalidad, que le confía directamente la **Constitución (artículo 124.1 CE)**, y en méritos de las actuaciones del margen, **dice:**

Se elevaron a esta **Excelentísima Fiscalía del Tribunal Supremo** actuaciones de la Fiscalía de Área de Arrecife, en el marco de diligencias de investigación, tramitadas con base en una **comunicación remitida por la Dirección Insular de Presidencia del Cabildo de Lanzarote**.

En síntesis, la referida comunicación refiere, consignados a los efectos del presente acuerdo, los siguientes

HECHOS DENUNCIADOS

...El funcionario reseñado en dicha comunicación, funcionario de carrera de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, del Cuerpo Superior Facultativo, Escala de Titulados Sanitarios, Especialidad Medicina Asistencial, adscrito

como médico de familia en la Gerencia de Atención Primaria de Lanzarote, concurrió a las elecciones del Cabildo Insular de Lanzarote de 26 de mayo de 2019, resultando elegido consejero y siendo posteriormente designado portavoz de grupo político.

Con base en dicha condición de portavoz, solicitó el pase a la situación administrativa de servicios especiales, al amparo del **artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria**, situación que le permitía continuar percibiendo sus haberes como funcionario de la Administración autonómica.

Sin embargo, el funcionario renunció expresamente a la condición de portavoz, mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2019, renuncia de la que tomó conocimiento formal el Pleno del Cabildo en sesión de 13 de diciembre de 2019.

Pese a ello, continuó manteniéndose en la situación administrativa de servicios especiales y la percepción de retribuciones vinculadas a dicha situación, aun cuando había desaparecido el presupuesto legal que justificaba la aplicación del régimen excepcional previsto en el artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria.

Asimismo, mediante Decreto de Presidencia 5684/2021, de 5 de noviembre, dictado por la entonces Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote, Doña María Dolores Corujo Berriel, se procedió a confirmar el nombramiento del funcionario como Consejero Delegado y a reconocer con efectos retroactivos desde el 30 de diciembre de 2019, una situación de dedicación exclusiva y un determinado régimen retributivo respecto del citado Consejero Delegado, pese a que dicha situación aparecía seriamente cuestionada por la documentación obrante en el expediente administrativo...

Como consecuencia de esta denuncia, la Fiscalía de Área incoó **diligencias de investigación**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Estas actuaciones deben relacionarse con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Teniendo en cuenta la denuncia referida, y como consecuencia de la investigación dirigida por la Fiscalía, hemos de consignar, como antecedentes de hecho de la presente resolución, tal como aparecen indiciariamente, que la situación administrativa del funcionario reseñado en la denuncia, cuando éste desempeñaba la función de Consejero Delegado del Cabildo Insular, centró el núcleo de las diligencias.

Dicha persona había concurrido a las *elecciones para el Cabildo Insular de 26-5-19*, siendo elegido **Consejero**, y designado *portavoz* de grupo.

El funcionario solicitó pase a servicios especiales, alegando el **artículo 42 de la ley 2/87, de Función Pública Canaria**, para continuar percibiendo sus haberes como funcionario.

El funcionario **renunció el 2-12-19 a su condición de portavoz**, tomando conocimiento el pleno del Cabildo el 13-12-19.

El funcionario referido fue nombrado **Consejero Delegado del Área Insular de Sanidad y Planificación Sanitaria**, mediante **decreto de Presidencia 2019-6665, de 30 de diciembre de 2019**.

Consecuentemente, en 31 de diciembre de 2019 dirigió el funcionario un escrito al *Director de Recursos Humanos del Servicio Canario de Salud*, solicitando la actualización de su situación administrativa, haciendo constar su condición de

Consejero Delegado. La **Dirección General de la Función Pública** dictó **Resolución de 27 de abril de 2020**, por la que mantuvo al funcionario en servicios especiales.

Posteriormente, y mediante **Orden autonómica de 50/2024, de 19 de abril**, se declararía la nulidad de la referida **Resolución de 27 de abril de 2020**, al considerarse que carecía el funcionario del requisito necesario para la aplicación del artículo 42 de la Ley de la Función Pública Canaria, *al haber perdido condición de portavoz*.

Estando aún vigente la resolución de 27 de abril de 2020, antes referida, de la Dirección General autonómica, la Presidencia del Cabildo, ejercida “pro tempore” por la señora, actualmente miembro del Congreso, Doña María Dolores Corujo Berriel, ante solicitud presentada por el interesado, dictó Decreto 5684/2021, de 5 de noviembre, confirmando el nombramiento de dicho funcionario como Consejero Delegado, con efectos 30-11-19, así como reconociendo y asumiendo la situación de servicios especiales en que se encontraba dicho funcionario, remitiéndose, en cuanto a su retribución, a cuanto resolviera el órgano competente autonómico.

La parte dispositiva de dicho decreto de Presidencia, dictado por la denunciada, dice así, textualmente:

“...Resuelvo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

...Primero

Confirmar en todos sus términos el Decreto de esta Presidencia de 30 de diciembre de 2019, mediante el que se delegó en el Consejero Insular...el ejercicio de las competencias del Área de Sanidad y Planificación Sanitaria, reconociendo y asumiendo la situación de servicios especiales y dedicación exclusiva al puesto con delegación que el señor...ha venido desempeñando desde dicha fecha al amparo de lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 27 de abril de 2020...

...Segundo

En el supuesto de que la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias modificara el contenido de la Resolución de la Dirección General de Función Pública de 20 (sic) de abril de 2020, se procederá por esta Corporación, en el supuesto que fuera necesario, a tramitar el procedimiento que resultare pertinente para adaptar el Decreto de esta Presidencia de 30 de diciembre de 2019 a la nueva resolución del citado Centro Directivo autonómico...

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DECRETO DE 5-11-20

La resolución de la denunciada que centra nuestras investigaciones, aparece extensamente fundada, en normas jurídicas que estudiamos en el presente acuerdo, así como en informes jurídicos de la Administración, a saber:

Informe de la Intervención de Fondos del Cabildo de 8-10-21;

Informe de Recursos Humanos del Cabildo de 4-11-21.

Informe de la Dirección de Función Pública de la Comunidad Autónoma de 14-7-21.

El **informe de Función Pública** viene relacionado con la posición de dicho organismo, al dictarse la **Resolución de 27-4-20**.

El **informe de recursos humanos** hace referencia al **Pleno del Cabildo de 16 de julio de 2019**, relacionando, entre los *cargos desempeñados en régimen de dedicación exclusiva*, al de **Consejero Insular del Área de Sanidad**, consignando que su titular *percibía sus retribuciones de su Administración Pública de origen*, por su condición de funcionario.

Se hace constar en dicho Informe, que la situación de *dedicación exclusiva* del funcionario afectado, así como su retribución, tienen el respaldo de los acuerdos del **Pleno de la Corporación del 16 de julio de 2019**, aplicándose para 2021 el incremento retributivo procedente. En dicho Informe, se hace constar que *la función que desempeña el funcionario que ejerce en 2021 la Consejería Delegada de Sanidad se corresponde con la propia de “alto cargo”*. Dicho informe relaciona



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

como *“altos cargos”* a la **Presidenta, el Vicepresidente y los Consejeros Delegados de la Corporación.**

El **informe de intervención del Cabildo**, a diferencia de los dos anteriores informes, *ofrece reparos* en cuanto a los *aspectos retributivos* del proyectado Decreto cuya legalidad se le consulta, por lo que fue **tomado íntegramente en consideración por el Decreto referido**, hasta el punto de **suprimir “expressis verbis” todo pronunciamiento sobre la cuestión retributiva del funcionario interesado, remitiéndose al respecto al ámbito autonómico.**

Afirma textualmente, en efecto, el **fundamento jurídico segundo** del decreto cuestionado:

*...Por ello resulta procedente **eliminar el contenido económico de la propuesta** y que este acto administrativo se limite a confirmar en todos sus términos el Decreto de esta Presidencia de 30 de diciembre de 2019, reconociendo y asumiendo la situación de servicios especiales y dedicación exclusiva al puesto con delegación que el Sr. ...ha venido desempeñando, desde dicha fecha, al amparo de lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 27 de abril de 2020...*

ACTUACIONES EN LAS PRESENTES DILIGENCIAS

Se unieron a las actuaciones los siguientes **documentos**, entre otros de menor relevancia en cuanto a la cuestión investigada:

expediente administrativo,
certificación de renuncia a la portavocía,
informes de la Dirección de Función Pública de Canarias, de Recursos Humanos y de la Intervención del Cabildo,
Orden 50/2024, de 19 de abril, de la Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad de Canarias, declarando la nulidad de la resolución de 27-4-20 de la Dirección General de Función Pública,
Resolución administrativa declarando al funcionario deudor de 297.150,40 euros, por cobro indebido de retribuciones,
sentencia del juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Las Palmas, desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido por el referido funcionario contra la orden anulatoria 50/2024.

COMPARECENCIA ANTE LA FISCALÍA

*La representación procesal de la señora aforada, se ha dirigido a esta **Excelentísima Fiscalía del Tribunal Supremo**, aportando escrito de alegaciones, y solicitando el inmediato archivo de las presentes actuaciones.*

Sostiene dicha representación procesal que el decreto de autos carecería de contenido económico, porque no reconoce retribución alguna, no fija contenido económico, y es conforme a las objeciones de la Intervención, no disponiendo de fondos del Cabildo, y limitándose a “*constatar la situación de servicios especiales*”,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

al amparo de la **resolución de la Dirección General de Función Pública de 27-4-20.**

Considera la compareciente que, como había sostenido la referida dirección general, sería aplicable al funcionario afectado la **disposición adicional decimoséptima de la ley 7/2020, de 29 de diciembre, de presupuestos de la comunidad autónoma.**

Alega la compareciente que la referida norma establece que *los empleados públicos, cualquiera que sea la institución de procedencia, que desempeñen un puesto de alto cargo en la Administración o en otras instituciones públicas de la comunidad autónoma, podrán mantener sus derechos individuales y percibir la retribuciones que tuvieran reconocidas antes de su nombramiento o contratación, siempre que acrediten que dichas retribuciones, de las que se excluirán en todo caso las que les correspondieran por servicios extraordinarios, son superiores a las que perciben por el desempeño del puesto de alto cargo.*

Alega la compareciente que no era competente para resolver sobre la retribución del funcionario, *por lo que su renuncia a actuar como portavoz era una situación que debía considerar, en su caso, la propia administración autonómica,* no el Cabildo.

Alega que la situación del funcionario era compleja, por la concurrencia de normas sectoriales y especiales, que incidían en el estatuto de los altos cargos de los Cabildos, equiparándolos a los de la Administración de la Comunidad,

...lo que implica (alega) el reconocimiento de la situación de servicios especiales para el ejercicio de ese alto cargo insular, percibiendo la retribución como funcionario de la comunidad autónoma...

CONTEXTO NORMATIVO

El **artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal** faculta al Ministerio Fiscal para practicar diligencias de investigación encaminadas a comprobar la realidad de unos hechos que pudieran revestir caracteres de infracción penal y determinar las circunstancias relevantes para decidir, en su caso, el ejercicio de la acción penal.

El **artículo 41 de la ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria**, establece:

...Los funcionarios públicos pasarán a la situación de servicios especiales:

a) Cuando sean autorizados para realizar una misión por período determinado superior a seis meses en Organismos internacionales, Gobierno o Entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.

b) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

*c) Cuando sean **nombrados** miembros del Gobierno o de los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o **altos cargos** de la Administración estatal o **de las Comunidades Autónomas** que no deban ser provistos necesariamente por funcionarios públicos.*

d) Cuando sean elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los Órganos Constitucionales u otros cuya elección corresponda a las Cámaras.

e) Cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo.

f) Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales.

g) Cuando accedan a la condición de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, si perciben retribuciones periódicas por el desempeño de la función.

Cuando no perciban dichas retribuciones podrán optar entre permanecer en la situación de servicio activo o pasar a la de servicios especiales, sin perjuicio de la normativa que dicten las restantes Comunidades Autónomas sobre incompatibilidades de los miembros de las Asambleas Legislativas.

h) Cuando desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Corporaciones Locales.

i) Cuando presten servicio en los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de los Ministros y de los Secretarios de Estado o cargos similares en una Comunidad Autónoma y no opten por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen.

j) Cuando sean nombrados para cualquier cargo de carácter político del que se derive incompatibilidad para ejercer la función pública.

k) Cuando cumplan el servicio militar o prestación sustitutoria equivalente.

l) Cuando ostenten cargos electivos de ámbito insular, provincial, regional o estatal en organizaciones sindicales más representativas, siempre que perciban retribuciones periódicas por su desempeño y éste no sea compatible con la normal atención a su puesto de trabajo.

A los funcionarios en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos y tendrán derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen. En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que le correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios.

Los Diputados, Senadores y los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes Cámaras o terminación del mandato de los mismos podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución...



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Asimismo, el **artículo 42 de la referida Ley**, establece:

*...1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, **los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias** que sean **elegidos miembros** del Parlamento de Canarias o **de las Corporaciones Insulares** o Municipales de esta Comunidad Autónoma, en este último supuesto en municipios con más de 20.000 habitantes, **podrán acceder a la situación de servicios especiales** y continuar percibiendo sus haberes de la Administración de la Comunidad Autónoma. Los funcionarios docentes de las universidades canarias, en el caso de ser elegidos miembros del Parlamento de Canarias, también podrán acceder a la situación de servicios especiales y continuar percibiendo sus retribuciones de la Universidad donde vinieran desempeñando su actividad docente. El Gobierno de Canarias transferirá, en su caso, a la universidad correspondiente, cuando no existan vacantes de personal docentes dotadas presupuestariamente que permitan la contratación de personal sustituto, y previa petición trimestral de aquélla, el importe de las nóminas realmente devengadas por esos funcionarios docentes con cargo a una partida presupuestaria ampliable, que deberá establecerse anualmente dentro de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.*

2. Para que pueda ejercitarse esta facultad deberán reunirse las siguientes circunstancias:

a) No cobrarse retribuciones periódicas en el cargo para el que ha sido elegido.

b) Continuar afectado por el mismo régimen de incompatibilidades que cuando el funcionario se hallaba en servicio activo.

*3. En el supuesto de **miembros electos de las Corporaciones locales** deberá concurrir además de las circunstancias señaladas en los apartados anteriores alguna de las siguientes:*

a) Ostentar la condición de Alcalde, en municipios de hasta 20.000 habitantes, si no se percibiesen retribuciones periódicas por el desempeño del cargo.

b) Ostentar la condición de portavoz de un grupo institucional, constituido a partir de una lista electoral que haya obtenido más del 20 por 100 de los sufragios.

En el caso de municipios de más de cien mil habitantes, bastará con ser portavoz de un grupo institucional que haya obtenido un porcentaje superior al 10 por 100 de los sufragios.

c) Ser portavoz de un grupo institucional insular, constituido a partir de una lista electoral, o ser el único Consejero electo de una lista que haya concurrido a las elecciones a los Cabildos Insulares...

Como es de ver, la **Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria**, permite a los **funcionarios de la Comunidad Autónoma** que sean elegidos **miembros** de corporaciones insulares, **acceder a la situación**



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

administrativa de servicios especiales y continuar percibiendo sus haberes de la Administración autonómica. En dichos supuestos, el precepto exige la concurrencia de determinados **requisitos adicionales**, siendo uno de ellos

...ser portavoz de un grupo institucional insular, constituido a partir de una lista electoral...

Ahora bien, la misma norma establece que, *aun sin concurrir los requisitos establecidos en el artículo 42*, exigidos para los *funcionarios autonómicos que sean elegidos miembros de los Cabildos*, pasan automáticamente a situación de servicios especiales *todos los funcionarios públicos que sean nombrados alto cargo de las Comunidades Autónomas*. En cuanto a esta condición de alto cargo, observamos que la **Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares**, disponía, al tiempo de los hechos considerados, que un **Consejero titular de Área de Cabildo**, tenía la *condición de alto cargo de la Comunidad Autónoma de Canarias (disposición adicional tercera, apartado primero, letra b, y apartado tercero)*.

Por su parte, la **disposición adicional decimoséptima de la ley 7/2020, de 29 de diciembre, de presupuestos de la comunidad autónoma**, establecía, al tiempo de los hechos considerados, que *los empleados públicos, cualquiera que sea la institución de procedencia, que desempeñaran un puesto de alto cargo en la Administración podían mantener sus derechos individuales y percibir las retribuciones que tuvieran reconocidas antes de su nombramiento o contratación, siempre que acreditaran que dichas retribuciones, de las que se excluirían en todo*

*caso las que les correspondieran por servicios extraordinarios, fueran **superiores a las que perciben** por el desempeño del **puesto de alto cargo**.*

Asimismo, el **artículo 39.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común**, establece que *los actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.*

El **artículo 39.5 de la misma ley** establece que *cuando una Administración Pública tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración Pública distinta y aquella entienda que es ilegal, podrá interponer recurso contencioso-administrativo. En estos casos, quedará suspendido el procedimiento para dictar resolución.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

De lo actuado resulta, teniendo en cuenta la normativa aplicable, que el funcionario afectado, titular de una plaza al servicio de la Comunidad Autónoma de Canarias, fue elegido Consejero del Cabildo de Lanzarote en 2019.

Solicitó y obtuvo la condición de servicios especiales, alegando entre otras circunstancias, la **de ser portavoz de grupo**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Habiendo dejado de ejercer dicha portavocía, en diciembre del mismo año fue designado Consejero Delegado de Sanidad de Lanzarote, es decir, alto cargo de la Comunidad autónoma.

Ante esta situación, **la Comunidad Autónoma de Canarias**, a través de su **Dirección General de Función Pública**, dictó la **Resolución de 27 de abril de 2020**, la cual mantuvo la condición de servicios especiales del referido alto cargo. **Dicha resolución no fue recurrida, por lo cual, por el mero transcurso del tiempo adecuado, quedó firme.** Varios años después fue revisada y declarada nula por la Comunidad autónoma, en resolución confirmada por la jurisdicción competente.

A solicitud del funcionario, y con ocasión de su designación como alto cargo, y tomando en consideración el antecedente referido de la **resolución autonómica de 27-4-20**, la aforada denunciada, en ese momento **Presidenta del Cabildo Insular de Lanzarote**, dictó el **Decreto 5684/2021, de 5 de noviembre**, por el que resolvió *ratificar el decreto de nombramiento del funcionario como Consejero Delgado de Sanidad, asumiendo y reconociendo y asumiendo su situación de servicios especiales.*

Asimismo, la Presidenta acuerda *mantener la consideración* de que el funcionario afectado ejerce su función en **situación de dedicación exclusiva**, teniendo en cuenta el **Informe favorable, en tal sentido, de la sección de Recursos Humanos de la Corporación, de 8-1-21**, que constata que ***tal delegación se ejerce en dedicación exclusiva por su titular.***

Asimismo, la Presidenta se fundamenta en lo establecido en el **Reglamento Orgánico del Consistorio (BOP 15-6-16)**, cuyo **artículo 16** establecía, al tiempo de los hechos, que los Consejeros que “ostentan delegación”, tienen derecho a la dedicación exclusiva, siendo competencia del Pleno determinar qué Consejeros deben ejercer en dicha condición. Como hemos visto con anterioridad, la situación de ***dedicación exclusiva*** del Consejero de Sanidad, así como su retribución, tienen el respaldo de los acuerdos adoptados por el **Pleno de la Corporación, en sesión del 16 de julio de 2019**, aplicándose para 2021 el incremento retributivo procedente.

CONCLUSIÓN JURÍDICO-PENAL

El referido Decreto, dictado por la denunciada cuando ejercía el cargo de Presidenta del Cabildo Insular, no constituye resolución arbitraria en asunto administrativo.

Se limita dicho Decreto a ratificar un nombramiento discrecional no recurrido, así como a asumir y dar cumplimiento a una **resolución de la Dirección General de Función Pública**, que la denunciada debía respetar, como establece el **artículo 39.4 de la Ley de Procedimiento Común**.

En el referido decreto se expresa que la razón por la que se asume y reconoce la situación de servicios especiales del funcionario, reside en la vigencia inalterada de la referida **Resolución de la Dirección General de Función Pública, del Gobierno de Canarias, de fecha 27 de abril de 2020**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Sostiene textualmente el referido Decreto, en su **Fundamento Jurídico**

Noveno:

*...La situación administrativa... viene determinada por lo establecido en la resolución de la Dirección General de Función Pública de 27 de abril de 2020...por la que se declaraba su situación de **Servicios Especiales**...*

*...No consta a este Cabildo la existencia de **ningún procedimiento tendente a la revisión**...de aquella...por lo que la referida resolución mantiene toda su vigencia y efectos...*

Asimismo, el **fundamento jurídico tercero** del decreto sostiene:

...La situación administrativa y económica de D... desde el día 30 de diciembre hasta la fecha actual, es un asunto de la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, entendiendo inviable jurídicamente la adopción de cualquier acto administrativo de este Cabildo Insular que pudiera incidir en la producción de efectos de la Resolución de 27 de abril de 2020...

Consecuentemente, la **parte resolutive** del referido decreto acuerda

...confirmar en todos sus términos el Decreto de esta Presidencia de 30 de diciembre de 2019, mediante el que se delegó en el Consejero Insular...el ejercicio de las competencias del Área de Sanidad y Planificación Sanitaria, reconociendo y asumiendo la situación de servicios especiales y dedicación exclusiva al puesto con delegación que el

señor...ha venido desempeñando desde dicha fecha al amparo de lo dispuesto en la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 27 de abril de 2020...

No estaba legitimada la denunciada para modificar, ni dejar sin efecto, dicha resolución, en ninguna circunstancia y por ningún argumento.

No tenía competencia para ello, al tratarse de resolución dictada por otra Administración, en el ámbito de sus propias competencias, por lo que una resolución modificativa dictada por la denunciada, habría sido *nula de pleno derecho*, conforme al **artículo 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Común**, sin perjuicio de otras responsabilidades en que, en tal supuesto, la denunciada hubiese podido incurrir.

No obstante, cierto es que la denunciada habría podido, de considerar que la referida **resolución autonómica de 27-4-20** pudiera ser *contraria a Derecho* (*“ilegal”*, requiere que sea el **artículo 39.5 de la Ley de Procedimiento Común**), *plantear al Pleno del Cabildo la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo* frente a ella, pero *dicha actuación jurisdiccional no era obligada*, por lo que **el descarte de tal opción no resultaba contrario a Derecho** (cfr. **artículo 39.5 de la Ley de Procedimiento Común**), con lo que menos aún podía **representar una prevaricación omisiva**.

ARTÍCULO 404 DEL CÓDIGO PENAL

Como sostiene la **STS de 29-4-04**, la prevaricación administrativa consiste en el actuar del **funcionario público, dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (**artículos 103 y 106 CE**).

Es claro que la función de control de la actuación funcionarial puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden contencioso administrativo como el penal, *cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino **cuando, además, es arbitraria.***

El control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos *actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, que conforman la actuación de la Administración.*

El **principio de intervención mínima** exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a *agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración*, no contra meras irregularidades e ilegalidades, que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso administrativo, sino aquéllas que *vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración.*

El sistema penal tiene, en consecuencia, *un carácter fragmentario y es la **última ratio sancionadora*** y es por ello que *el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las*

modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social, que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública.

Numerosas Sentencias han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración, y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito.

En la **STS de 28-11-94**, se afirma que la ilegalidad administrativa, para alcanzar la condición de ilícito penal,

...debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico, que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución...

...No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa...

...El derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar...



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En otras Sentencias se refiere que **la duda razonable** sobre la legalidad del acto administrativo, hace desvanecer la idea de hecho delictivo, pues *la ilegalidad debe ser clara y manifiesta* (STS 7-2-97).

Más recientemente, la jurisprudencia, por todas **STS de 2 de abril de 2.003 y 24 de septiembre de 2002**, exige, para rellenar el contenido de la **arbitrariedad**, que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea *sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley*.

Una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("*palmaria*", "*patente*", "*evidente*", "*esperpéntica*"), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

En particular, *la lesión del bien jurídico protegido* por el **art. 404 CP** se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que *contradice un claro texto legal sin ningún fundamento*, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver **STS 647/2002**, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la *tergiversación del derecho aplicable* y que *éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario*.

Esta casuística, cuyo común denominador es la *falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso*, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la

función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho.

El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone *la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho (STS 2/99, de 15 de octubre)*, lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que **el acto sea objetivamente injusto**. Integra la prevaricación cuando *queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata*, o cuando la resolución **vulnera abiertamente la Constitución**.

En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con *vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la Constitución*, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Lo relevante para la conceptualización de **arbitraria** de una resolución dictada, es que la misma sea **rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico**. La incompatibilidad radica en que estemos ante **una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda, aunque pueda estar formalmente motivada**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA

Como es de ver en las actuaciones, la conducta denunciada no puede constituir un delito de prevaricación, por cuanto *el decreto **considerado no constituye una resolución arbitraria.***

Dicha resolución de la denunciada no fue recurrida, ni por Administración alguna, ni por interesado particular alguno, por tanto, en ningún momento fue dejada sin efecto, ni cautelar ni definitivamente, ni por la Administración ni por los Tribunales de Justicia. No podemos saber, por tanto, qué pronunciamiento habría resultado, si se hubiese recurrido contra el referido Decreto, ante la propia Administración o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En todo caso, cabe destacar que *la denunciada no tenía otra alternativa legal, con arreglo a lo prevenido en el **artículo 39 de la Ley de Procedimiento Común**, que asumir y cumplir en sus términos la resolución firme de la Administración autonómica de 27-4-20. El hecho de que esta última resolución fuera, hipotéticamente, no plenamente conforme a Derecho, no conllevaba en modo alguno que su cumplimiento por otras Administraciones, constituyera “in re ipsa” otra actuación no plenamente conforme a Derecho, por cuanto la causa jurídica de su cumplimiento derivaba de un imperativo de seguridad jurídica (**artículo 9.3 CE**), y la presunción de legalidad de los actos firmes de la Administración, cuestión totalmente desconectada de la adecuación a Derecho de la resolución anterior firme, de obligado cumplimiento. No debemos olvidar que el **artículo 39.1 de la Ley de***

Procedimiento Común establece que *los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.*

Aun así, no es menos cierto que la *resolución autonómica firme de 27-4-20*, que constituía la base motivadora del Decreto de la denunciada, fue dejada sin efecto por resolución de la Administración autora de aquella, por considerar que era contraria a Derecho. Pero, *en orden a determinar la hipotética arbitrariedad del Decreto ahora revisado, hemos de situarnos antes de la censura de la resolución autonómica referida, hemos de situarnos en el momento del dictado del Decreto ahora revisado, y en la mente de la autoridad que lo dictó, y las posibilidades jurídicas razonables que se explayaban ante ella.*

Siendo todo ello así, podemos afirmar que el Decreto ahora revisado, *no vulneró patentemente ningún principio de actuación básica de la Administración.*

La posible contrariedad a Derecho Administrativo de dicha resolución, suponiendo que ella hubiese podido darse, lo cual nunca sabremos con certeza administrativa ni jurisdiccional, al haber transcurrido todos los plazos para su revisión, en modo alguno alcanza la categoría de *manifiesta*, ni menos aún de *insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico*, ni *quebranta de modo grave los principios rectores* de la Administración, como exige la doctrina para que pudiéramos hablar de una hipotética prevaricación.

Por otro lado, no cabe duda de que, de un análisis ponderado y ecuaníme de la normativa aplicable al caso de autos, podemos inferir que *surgía, al tiempo del dictado del Decreto considerado, una duda razonable, en relación con la legalidad*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

*de la continuidad en servicios especiales del funcionario referido, **duda razonable que, conforme a consolidada jurisprudencia, hace desvanecer la hipotética concurrencia de una ilegalidad clara y manifiesta** (cfr. STS de 7-2-97).*

En efecto, el **artículo 42 de la Ley 2/87, de 30 de marzo, de Función Pública Canaria**, subordinaba la situación de *servicios especiales de los funcionarios autonómicos*, a su designación como **Consejeros de Cabildo**, siempre que actuaran como **portavoz**. Pero, en un supuesto aparentemente distinto, la misma ley preveía en su **artículo 41** que los *funcionarios públicos* pasarían a servicios especiales, cuando fueran nombrados **alto cargo de las Comunidades Autónomas**, estableciendo la **Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares**, que un **Consejero titular de Área de Cabildo**, tenía la *consideración de alto cargo de la Comunidad Autónoma de Canarias (disposición adicional tercera, apartado primero, letra b, y apartado tercero)*. En tal hipótesis, parecía razonable entender como procedente la aplicación de la **disposición adicional decimoséptima de la ley 7/2020, de 29 de diciembre, de presupuestos de la comunidad autónoma**, que establecía que *los empleados públicos, cualquiera que sea la institución de procedencia, que desempeñen un puesto de alto cargo en instituciones públicas de la comunidad autónoma, podrán mantener sus derechos individuales y percibir las retribuciones que tuvieran reconocidas*.

Aun admitiendo que, tal como se resolvió posteriormente por la Comunidad Autónoma, al revisar y anular la resolución de 27 de abril de 2020, *dicha interpretación no fuera jurídicamente acertada*, no siendo procedente considerar aplicable la situación de servicios especiales al funcionario afectado, por haber

dejado de ser portavoz, resulta indudable que puede considerarse, por lo menos **razonable**, una posición como la asumida por el cuestionado **Decreto de 5 de noviembre de 2021**.

LA RESOLUCIÓN AUTONÓMICA FIRME DE 27 DE ABRIL DE 2020

Hemos de considerar especialmente, asimismo, que **el 24 de abril de 2020**, a solicitud del funcionario interesado, la **Ilma. Sra. Directora General de la Función Pública del Gobierno de Canarias**, dictó una resolución, que en su parte relevante dice así, textualmente:

“...Visto escrito presentado por D... en fecha 31 de diciembre de 2019...

...Vista la certificación expedida por el Secretario General del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, de 31 de diciembre de 2019...(que) acredita que D... es Consejero Delegado del Área de Sanidad y Planificación Sanitaria de dicha Corporación, según Decreto de la Presidencia nº 6665, de 30 de diciembre de 2019...

...Visto que el artículo 41 del Reglamento Orgánico del Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote...establece que son órganos superiores...los consejeros miembros del Consejo de Gobierno insular...A los efectos de este Reglamento tienen además la consideración de órganos superiores los Consejeros Delegados...



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

...De conformidad con lo establecido en el artículo 87.1.f) del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con el artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, se autoriza el pase a la situación administrativa de servicios especiales del funcionario...con efectos del día 30 de diciembre de 2019...

...Por todo lo expuesto, y en ejercicio de las competencias conferidas por el artículo 69 a) del Decreto 382/2015, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Secretaría de la Presidencia, Justicia e Igualdad...

...RESUELVO DECLARAR A D... EN LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS TÉRMINOS Y CON LOS EFECTOS EXPUESTOS...

DIRECTORA GENERAL..."

Debe destacarse, además de su evidente *eficacia jurídica*, la **eficacia normativo-doctrinal** de la expuesta resolución.

En efecto, este acuerdo fue adoptado por la **Dirección General de la Función Pública de Canarias**, la cual, según el **Decreto 14/2021, de 18 de marzo (BOIC de 25-3-21)**, que se encontraba en vigor al momento de dictarse el

controvertido Decreto de la denunciada, de 5-11-21, tenía encomendada (**artículo 77)** *la gestión de las competencias de función pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma en el ámbito de las “situaciones del personal” y de la “función pública local”*. Tenía encomendada (**artículo 78)** *la elaboración de los proyectos de disposiciones de carácter general relativas a “situaciones administrativas”*.

Asimismo, la referida norma establece (**artículo 78 e)** *que los criterios de la Dirección General de Función Pública de la Comunidad de Canarias, referidos a la gestión de recursos humanos al servicio de la Administración de la Comunidad, tienen “carácter vinculante”*.

Siendo ello así, podemos entender que **el criterio asumido por la Dirección General**, determinaba que el **Consejero de Sanidad del Cabildo de Lanzarote**, poseía la condición de *“órgano superior”*, con arreglo al **artículo 41 del Reglamento de dicha Corporación**, por lo que, con arreglo a lo prevenido en el **artículo 87.1.f) del Real Decreto Legislativo 8/2015**, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley del Estatuto Básico del Empleado Público**, en relación con el **artículo 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria**, siendo asimismo, **por carrera, funcionario al servicio de la Comunidad**, *era acreedor a la situación administrativa de Servicios Especiales, con efecto desde la fecha de su nombramiento para tal cargo superior*. Dicho criterio **resultaba vinculante para la Presidencia del Cabildo de Lanzarote**, con arreglo a lo prevenido en el **artículo 78 e)** del **Decreto 14/2021, de 18 de marzo (BOIC de 25-3-21) de la Comunidad de Canarias**.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Además de la **normativa vinculación doctrinal antes expresada**, aun suponiendo que la posición del Decreto de la aforada fuera *jurídicamente desacertada*, en cuanto a la asunción y continuidad en situación de servicios especiales del funcionario interesado, *resulta indudable que el Decreto de la aforada interpreta y aplica de forma acertada la doctrina relativa a la intangibilidad de las resoluciones administrativas firmes*.

En efecto, el **artículo 39.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común**, establece que *los actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque pertenezcan a otra Administración*. Por su parte, el **artículo 39.5 de la misma ley** establece que *cuando una Administración Pública tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración Pública distinta y aquélla entienda que es ilegal, podrá interponer recurso contencioso-administrativo*.

En todo caso, por tanto, **el Decreto revisado no podía dejar de tener en cuenta, ni cumplir en sus términos, la resolución administrativa firme** que había considerado aplicable al funcionario afectado, la normativa que regulaba la situación administrativa de servicios especiales, *incluso en el supuesto de que la denunciada hubiese considerado que tal resolución pudiera ser errónea o jurídicamente censurable, consideración que la denunciada ni siquiera se planteó, como es de ver en la extensa y pormenorizada fundamentación jurídica del referido Decreto, así como en su fundamentada parte resolutive*.

LOS HECHOS INVESTIGADOS NO CONSTITUYEN DELITO

No podemos, por tanto, asumir que pudiéramos encontrarnos ante una resolución administrativa ***“...rotundamente incasable con el ordenamiento...”*** (STS 18-7-05), esto es, una resolución que nos aparezca como ***“irracional”*** y además ***“absurda”***, como exige la jurisprudencia para considerar una posible prevaricación, ni tampoco con una resolución ***deliberadamente arbitraria, ni contraria frontalmente al ordenamiento jurídico, como también define alternativamente, dicha doctrina, la figura penal de la prevaricación administrativa.***

Por el contrario, nos encontramos con ***una Resolución*** que, ***al seguir el criterio de los órganos superiores autonómicos sobre las cuestiones debatidas, y al estarse a las resoluciones firmes y ejecutivas de dichos órganos, dictadas en el ámbito estricto de su competencia, considerando, además, como razonable, según consta en los fundamentos de la misma, el criterio sostenido por la Administración superior autonómica, no aparece siquiera como claramente contraria a Derecho, sin perjuicio del pronunciamiento anulatorio posterior de la propia Administración, en relación con el acierto jurídico de las resoluciones firmes antes mencionadas, que fueron revisadas en el momento en que ello resultó posible y procedente, dándose así una solución jurídicamente válida, en el ámbito administrativo, a las cuestiones planteadas.***



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

CONCLUSIÓN Y ACUERDO

*No siendo los hechos investigados constitutivos de infracción penal, con arreglo a lo prevenido en el artículo 5 EOMF, procede **el inmediato archivo de las diligencias**, notificando este decreto a **la denunciada**, así como **al denunciante**, advirtiéndole de su derecho a reiterar su denuncia ante la autoridad judicial.*

Por todo lo expuesto

EL FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

ACUERDA

...Archívense las diligencias, notificando el acuerdo a la denunciada, así como al denunciante, advirtiéndole de su derecho a reiterar la denuncia ante la autoridad judicial...

En Madrid, a veinticuatro de julio de 2026

ÁLVARO REDONDO HERMIDA

