

ADVOCACIA GENERAL DE LA GENERALITAT

Informe

Referencia	27 / 18
Solicitante	Subsecretaría.
Asunto	Proyecto de <i>Decreto del Consell por el que se crea y regula el Buzón Responsable y de Buen Gobierno</i> .

Examinada la documentación recibida en relación con el asunto de referencia, se ha de manifestar lo que pasa a exponerse.

PRIMERO.- Contenido, objeto y ámbito del proyecto. El texto remitido para informe ha sido elaborado en el seno de la Conselleria de Transparència, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, dentro de las atribuciones que corresponden a este departamento de acuerdo con sus normas de creación, organización y funcionamiento; y lleva como título "*Proyecto de Decreto del Consell por el que se crea y regula el Buzón Responsable y de Buen Gobierno*". Está integrado por un Preámbulo con doce párrafos, y por dieciséis artículos, una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales.

A su **objeto y ámbito** se hace especial referencia en el art. 1 diciendo que *“El objeto de este decreto es la creación y la regulación del Buzón Responsable y de Buen Gobierno de la Generalitat, para facilitar la presentación de comunicaciones por incumplimiento de normas jurídicas, la identificación de irregularidades y la detección de riesgos y de malas prácticas en el ámbito de la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental.”*

En el párrafo sexto de su Preámbulo se explica que *“... el Buzón Responsable y de Buen Gobierno constituye un instrumento de participación ciudadana que se articula mediante la creación de una herramienta bidimensional que canalizará, por una vía, las alertas contra la actuación de las autoridades públicas en el ejercicio ordinario de sus funciones y, por la otra, las alertas sobre las incompatibilidades y conflictos de intereses en que puedan incurrir los altos cargos y personal directivo del sector público valenciano durante su mandato e, incluso, después del mismo.”*

Por otro lado, en el párrafo noveno del Preámbulo se menciona que *“Esta norma se aprueba en virtud de lo establecido en la disposición final primera de la Ley 2/2015, de 2 abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana y de lo establecido en el punto 3 de la disposición final primera de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos, que habilitan al Consell a dictar todas las normas que sean necesarias para ejecutar y desarrollar las mencionadas leyes.”*

SEGUNDO.- Naturaleza. A la vista del objeto y contenido citado, nos encontramos ante un proyecto de **disposición reglamentaria**.

TERCERO.- Carácter del presente informe. Como consecuencia del objeto, contenido y naturaleza mencionados, este informe tiene carácter **preceptivo** por enmarcarse en el art. 5 .2-a de la Ley 10/2005, de Asistencia Jurídica a la Generalitat

(redacción dada por Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat), en relación con el art. 43.1-e de la *Ley 5/1983, del Consell*.

Por otro lado debe recordarse que, según el art. 6 de la misma Ley 10/2005, *“los informes emitidos por la Abogacía General de la Generalitat no son vinculantes, salvo que una Ley disponga lo contrario, pero los actos y resoluciones administrativas que se aparten de ellos habrán de ser motivados”*.

CUARTO.- Tramitación del proyecto. Al tratarse de una **disposición reglamentaria**, en su tramitación se deberá estar a lo previsto con carácter general en el Título VI (arts. 127 a 133) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (normativa de carácter básico, aplicable a la Administración de la Generalitat según su art. 2, dictada al amparo del art. 149.1, apartados 13.^a y 18.^a de la Constitución) y en el art. 43 de la *Ley 5/1983, del Consell*, junto con la normativa de desarrollo contenida en el Título III, arts. 39 a 55, del *Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat*.

De conformidad con todo ello, ha de significarse lo siguiente:

1º) Deberá tenerse presente lo establecido en el art. 133 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre la *“Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos”*.

A este respecto, entre la documentación que se nos ha remitido se incluye un informe de la Directora General de Transparencia y Participación en el que se da cuenta de la realización de un proceso de consulta pública sobre el proyecto de Decreto que nos ocupa.

2º) Según el art. 39 del Decreto 24/2009, del Consell, referido a la iniciación del procedimiento,

1. *El procedimiento de elaboración de un proyecto normativo se iniciará mediante Resolución del Conseller competente por razón de la materia, en la que se indicará el objeto de regulación y el órgano u órganos superiores o directivos a los que se encomienda la tramitación. Si el proyecto se refiere a competencias de la Presidencia de la Generalitat, la referida resolución corresponderá al President. Cuando se trate de proyectos normativos de las instituciones de la Generalitat, se estará a lo dispuesto en la normativa específica.*

2. *El órgano u órganos encargados de la elaboración emitirán los informes establecidos en los artículos 42 .2 y 43 .1.a) de la Ley del Consell, incorporando a su vez el proyecto normativo.*

3. *En aquellos supuestos en los que se considere que el proyecto carece de coste repercutible en los presupuestos de gastos de la Generalitat, deberá incorporarse un informe detallado, suscrito por el titular del órgano que tenga asignada la tramitación, motivando la ausencia de gasto.*

3º) En cuanto a los trámites posteriores, según indica el artículo 43 de la Ley 5/1983, del Consell (en la redacción dada por Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat):

1. *En la elaboración de los reglamentos se seguirán los trámites siguientes:*

- a) *El órgano competente formulará el proyecto de disposición, debiéndose incorporar al expediente un informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, así como una memoria económica sobre la estimación del coste previsto que pueda incidir en la administración.*
- b) *Una copia del expediente se remitirá, en su caso, a la Presidencia y consellerías en cuyo ámbito pudiera incidir, con el fin de que, en el plazo máximo de diez días, emitan informe.*
- c) *Cuando el proyecto normativo afecte a la esfera de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se dará audiencia al objeto de que en el*

plazo de quince días puedan presentar cuantas alegaciones consideren oportunas. No obstante, cuando el grupo de personas a las que pueda afectar el contenido de la disposición esté representada por organizaciones o asociaciones legalmente constituidas que tengan encomendada la defensa de sus intereses, se entenderá cumplido el presente trámite con la consulta a dichas entidades.

Los plazos indicados en el apartado precedente podrán ser reducidos a siete días por razones de urgencia.

No obstante, en los supuestos en que hayan participado en el proceso de elaboración del reglamento las organizaciones o asociaciones que ostenten la representación de colectivos o intereses sociales que puedan verse afectados por la disposición, así como en aquéllos en que graves razones de interés público, apreciadas por el órgano competente para la tramitación, así lo aconsejen, se podrá omitir el trámite de audiencia regulado en el presente apartado, dejando constancia de todo ello debidamente en el expediente.

- d) Durante la tramitación del procedimiento, se recabarán todos aquellos informes que se consideren necesarios, así como las autorizaciones y dictámenes previos que sean preceptivos en relación con el objeto del reglamento.
- e) Con anterioridad a la aprobación definitiva del proyecto, éste deberá ser remitido a la Subsecretaría del departamento, la cual solicitará el informe de la Abogacía General de la Generalitat.
- f) Emitido el informe al que se refiere el párrafo anterior, el expediente será remitido al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana para que evacue el pertinente dictamen en aquellos supuestos previstos legalmente.
- g) Concluida la tramitación del expediente, éste será remitido al Conseller para su aprobación, o bien para su elevación al pleno del Consell, cuando sea éste el órgano competente.

2. En aquellos reglamentos que versen exclusivamente sobre materias organizativas de la Presidencia y las consellerías, no serán preceptivos los trámites previstos en los apartados c), e) y f) del epígrafe anterior.

3. *Las disposiciones de carácter general entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, salvo que en las mismas se disponga otra cosa.*

Respecto a la regulación procedimental referida, debe destacarse que aquí no nos encontramos en el supuesto del apartado 2 del art. 43 transcrito (no se trata de un reglamento meramente organizativo), de manera que no resultará aplicable la excepción allí prevista.

Por otro lado, en cuanto al apartado 1-f), referente al dictamen del Consell Jurídic Consultiu, teniendo en cuenta el art. 10.4 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación de dicha institución, se estima que será preceptivo tal dictamen, pues con este Decreto nos encontramos en el caso previsto de que con él se vienen a ejecutar otras normas con rango de Ley.

Conviene mencionar también, considerando el ámbito material sobre el que incide el proyecto, que debe ponerse especial énfasis en cumplir los trámites de audiencia que recogen los apartados 1-b) y 1-c) del citado artículo 43 de la Ley 5/1983. En este sentido, entre la documentación que se nos ha hecho llegar figura mención de que se han llevado a cabo trámites de información y de participación pública, y copia de informes y alegaciones formulados por diferentes órganos administrativos; así como informes y documentación de la Dirección General impulsora del proyecto respecto a la consideración de las alegaciones recibidas como consecuencia de todo lo anterior.

QUINTO.- Otros trámites. Además de lo ya mencionado tendrán que cumplimentarse todos los trámites, e incluirse los correspondientes documentos, que resulten preceptivos de conformidad con las normas sectoriales en vigor. En este sentido, con carácter general cabe recordar lo siguiente:

- Según el art. 19 de la *Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (de carácter básico, a tenor de su Disposición Final Primera), "*Los proyectos de*

disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros...” (el Consell, en el caso de la Generalitat Valenciana) “...deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género”.

En cuanto a nuestro ámbito, la Ley 9/2003, de 2 de abril, de la Generalitat, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en su vigente redacción (dada por el art. 45 de la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, DOCV 31-12-2016), detalla en su artículo 4 bis, referido a los “*Informes de impacto de género*”, que “*Los proyectos normativos incorporarán un informe de impacto por razón de género que se elaborará por el departamento o centro directivo que propone el anteproyecto de ley o proyecto de norma, plan o programa de acuerdo con las instrucciones y directrices que dicte el órgano competente en la materia, y deberá acompañar la propuesta desde el inicio del proceso de tramitación*”.

- Se debe tener en cuenta asimismo lo recogido en el art. 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (introducido por el art. 1.21 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Ley que según su Disposición Final 15ª se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para dictar legislación civil -atribuida en el art. 149.1.8 de la Constitución-, con lo que es de aplicación general y directa), según el cual:

“Artículo 22 quinquies.- Impacto de las normas en la infancia y en la adolescencia. Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia”.

Del mismo modo, también tiene que recordarse lo que dispone la Disposición Adicional Décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (añadida por la Disposición Final 5.3 de la misma citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia):

“Disposición Adicional Décima.- Impacto de las normas en la familia. Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la familia”.

En relación con ello, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su art. 6 apartado 3 (introducido por el art. 44 de la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, DOCV 31-12-2016), menciona que “... los proyectos normativos incorporarán un informe de impacto normativo en la infancia, en la adolescencia y en la familia que se elaborará por el departamento o centro directivo que propone el anteproyecto de ley o proyecto de norma, plan o programa, de acuerdo con las instrucciones y directrices que dicte el órgano competente en la materia, y deberá acompañar la propuesta desde el inicio del proceso de tramitación”.

- En otro orden de cosas, habrá que considerar lo que dispone el art. 26 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones (redacción dada por el art. 18 de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, DOCV 30-12-2017):

1. En el ámbito de la Administración de la Generalitat y de su sector público instrumental, con carácter previo a la aprobación de disposiciones legales y reglamentarias la conselleria con competencias en materia de hacienda deberá emitir un informe, de carácter preceptivo y vinculante, respecto a su adecuación a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales.

El citado informe deberá recabarse, en los mismos términos:

a) En la tramitación de los proyectos de convenios, propuestas de acuerdo del Consell, o de planes o programas cuando su vigencia se extienda a un plazo superior a un ejercicio.

b) Para la aprobación de todos aquellos acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares adoptados en el ámbito de la Administración de la Generalitat y de su sector público instrumental, que supongan modificación de las condiciones retributivas de su personal o de los que se deriven, directa o indirectamente, incrementos de gasto público en materia de costes de personal.

2. A los efectos de la emisión del informe señalado en el apartado anterior, el expediente deberá incorporar una memoria económica, cuyo contenido será objeto del correspondiente desarrollo reglamentario por la conselleria con competencias en materia de hacienda, en la que se detallen las repercusiones presupuestarias derivadas de su ejecución, tanto a nivel de financiación como de gastos.

3. En los supuestos de aprobación de disposiciones reglamentarias, proyectos de convenios, propuestas de acuerdo del Consell, o de planes o programas, cuando de la memoria económica se desprenda que su aplicación no comporta gasto no será necesario solicitar el informe citado en el apartado 1, siempre que, en el texto que se someta a aprobación o autorización, se incluya, a través de la incorporación de un apartado, artículo, disposición o cláusula específica, una referencia expresa a la no incidencia presupuestaria de la actuación en cuestión.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el acto, disposición o propuesta tenga incidencia o afecte al capítulo I del estado de gastos o se trate de una norma que afecte a la estructura orgánica y funcional de cualquiera de los sujetos que conforman el sector público de la Generalitat.

4. Con independencia de lo señalado en los apartados anteriores, en todo caso, siempre que se eleve al Consell, como órgano colegiado que ostenta la potestad ejecutiva y reglamentaria y dirige la Administración de la Generalitat o como Junta General de una sociedad mercantil de la Generalitat, una propuesta de acuerdo, para su aprobación o autorización, de cuyo contenido o alcance se desprendan obligaciones económicas de carácter plurianual, para cualquiera de los sujetos que integran el sector público de la Generalitat, la misma se sujetará, con carácter previo, a informes preceptivos de la Abogacía de la Generalitat y de la Intervención General de la Generalitat.

5. En todo caso, el plazo para la emisión de los informes a que se refiere este artículo será de 20 días.

6. En los procedimientos de creación o modificación de puestos de trabajo que afecten a su grupo o subgrupo de adscripción o a sus retribuciones complementarias, y que no supongan incremento de gasto en el capítulo I al quedar compensado con las amortizaciones que se propongan, no será necesario solicitar el informe a que se refiere el número 1 de este artículo. No obstante se comunicará a la conselleria con

competencias en materia de hacienda al objeto de que formulen las alegaciones que consideren oportunas en el plazo de 20 días.

Si de las alegaciones se dedujera la existencia de incremento de gasto, se deberá solicitar el informe preceptivo y vinculante del número 1 de este artículo. En caso de no deducirse dicho incremento o en ausencia de alegaciones en el plazo concedido, se proseguirá con la tramitación del procedimiento de creación o modificación.

- Cuando se tramiten anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones generales "que se refieran a estructura orgánica, métodos de trabajo y personal" elaborados por las conselleries se exige informe del conseller/a competente en materia de función pública, de carácter preceptivo y vinculante, según dispone el art. 9 .1-b de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

- El art. 42, apartado 1 n), de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana establece que a la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno le corresponde "Informar preceptivamente los proyectos normativos de la Generalitat en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno".

- Según el art. 94 del Decreto 220/2014 de 12 de diciembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana (en su redacción dada por Decreto 218/2017, de 29 de diciembre, del Consell, de modificación del mismo): "1. La aprobación o modificación de toda normativa reguladora de un procedimiento administrativo competencia de la Generalitat, relativo a los sujetos referidos en el número 1 del artículo 2, requerirá informe preceptivo de coordinación informática, emitido por el órgano directivo con competencias horizontales en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones de la Generalitat, con el fin de asegurar la regulación, la coordinación y la planificación de las consecuencias informáticas derivadas de dichos proyectos y actos. 2. La conselleria con competencias horizontales en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones de la Generalitat, mediante orden, regulará los requisitos y el procedimiento para la solicitud del informe mencionado en el apartado anterior. 3. La conselleria que tenga asignadas las

competencias de la Generalitat en el procedimiento que se haya sometido al informe preceptivo de coordinación informática, tras la entrada en vigor de la normativa reguladora del mismo, elaborará un resumen explicativo y didáctico sobre los requisitos, trámites y contenido del procedimiento administrativo aprobado, que se incorporará a la sede electrónica de la Generalitat”.

- En los casos de proyectos que se estime que pudiesen afectar al sector público empresarial y fundacional, o a las leyes de creación, los estatutos o los reglamentos de organización y funcionamiento de las entidades definidas en el art. 2, apartados 2 y 3, del Decreto-Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-Financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional, se requiere informe de la conselleria con competencias en materia de sector público sobre la adecuación a los objetivos de racionalización de dicho sector y la ausencia de duplicidades en el mismo.

SEXTO.- Desde otro punto de vista, hay que recordar los principios recogidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (principios cuya justificación, según determina expresamente su apartado 1, deberá constar de manera específica en el texto de la norma a dictar):

“Artículo 129. Principios de buena regulación.

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, éstos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta.

Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

5. En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.

6. En aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

(Sobre este precepto transcrito hay que advertir que el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 19 de julio de 2016, BOE 01-08-2016, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3628/2016, promovido por el Gobierno de Cataluña contra los siguientes preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: artículo 1, apartado 2; artículo 6, apartado 4, párrafo segundo; artículo 9, apartado 3; artículo 13 a); artículo 44; artículo 53, apartado 1 a), párrafo segundo; artículos 127 a 133; disposiciones adicionales segunda y tercera, y disposición final primera, apartados 1 y 2. Así mismo, el Pleno del Tribunal Constitucional, por otra Providencia de 19 de julio de 2016, BOE 01-08-2016, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3865/2016, promovido por el Gobierno de Canarias contra el artículo 1, en conexión con el Título VI, artículos 127 a 133, de la misma Ley 39/2015, de 1 de octubre).

SÉPTIMO.- Observaciones sobre el contenido del proyecto. Por lo demás, analizado el texto a informar desde el punto de vista jurídico, se considera que deben realizarse las siguientes observaciones referentes a sugerencias, así como a mejoras o rectificaciones que convendría realizar en los lugares que se indica:

- Consideración general sobre todo el proyecto, en relación con otros proyectos de disposiciones de rango legal o reglamentario en trámite. Debe tenerse en cuenta que actualmente están en tramitación varios proyectos de normas que, desde diferentes perspectivas, vienen a incidir sobre la misma materia que el que aquí nos ocupa. Sobre ello ha de decirse que la promulgación de una multiplicidad de normas, del mismo o de diferente rango, con diferentes aproximaciones o matices sobre un mismo ámbito material puede dar lugar a incoherencias, ineficacia e inseguridad jurídica; riesgos que el órgano proponente, de manera coordinada con el resto de órganos o departamentos de la Generalitat implicados, debería valorar y tratar de evitar.

Así, tenemos el proyecto de Ley de la Generalitat de inspección general de servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, aprobado por el Consell en su reunión del 19 de enero de 2018 y remitido a Les Corts, que establece en sus arts. 31 y 32 un sistema de alertas con protección de la confidencialidad -que no anonimato- de los denunciantes. Los apartados 4 y 5 de su art. 32 dicen lo siguiente:

“4. A los efectos de facilitar la presentación de denuncias o alertas de irregularidades y malas prácticas, se establecerá un canal que permitirá su formulación, garantizando la confidencialidad y la protección de quienes lo utilicen. En dicho canal no se conservarán archivos informáticos que contengan la dirección electrónica, domiciliaria o telefónica de donde proceda la denuncia o alerta.

5. Las denuncias, tal y como establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la administración. No obstante, y siempre que vayan documentadas con datos que aporten verosimilitud a la posible existencia de irregularidades, se podrá incoar de oficio el correspondiente procedimiento de investigación, tras llevar a cabo, si es necesario, unas diligencias de información reservada. Cuando se considere que una denuncia es infundada o cuando no se identifiquen suficientemente los hechos se podrá acordar el archivo.”

Por otro lado, según consta en el informe de la Dirección General de Función Pública incorporado al expediente, el anteproyecto de Ley de la Función Pública Valenciana prevé en su art. 76 un sistema de denuncias internas dentro del ámbito de los empleados públicos, no contemplando la denuncia anónima aunque sí la confidencialidad y la protección del denunciante.

Además tenemos el proyecto de Decreto del Consell por el que se desarrolla la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos, que ya ha sido informado por el Consell Jurídic Consultiu con fecha del pasado 03 de mayo, y que establece en su Disposición Adicional Segunda:

“Buzón telemático de alertas para informar de incumplimientos de obligaciones establecidas en la Ley 8/2016, de 28 de octubre. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 y en la disposición final primera, punto 3 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, se articulará un buzón ciudadano para que terceras personas puedan comunicar posibles casos de incumplimiento de la mencionada ley. La regulación de dicho buzón garantizará, en todo caso, la confidencialidad o el anonimato de la persona comunicadora, sin que las personas encargadas de su gestión puedan identificar a quienes realicen las alertas.”

- Habilitación legal para el desarrollo reglamentario contenido en este Decreto. En el Preámbulo, párrafo noveno, se dice que *“Esta norma se aprueba en virtud de lo establecido en la disposición final primera de la Ley 2/2015, de 2 abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana y de lo establecido en el punto 3 de la disposición final primera de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos, que habilitan al Consell a dictar todas las normas que sean necesarias para ejecutar y desarrollar las mencionadas leyes.”*

La Disposición Final Primera, apartado 1, párrafo primero, de la Ley 2/2015 indica que *“En el plazo de seis meses, desde su publicación en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, el Consell aprobará los desarrollos reglamentarios previstos en esta ley. Además podrá adoptar cuantas normas sean necesarias para la ejecución y desarrollo de esta ley.”*

No obstante, debe puntualizarse que en esa Ley 2/2015 de Transparencia no se prevé la creación de un buzón de las características del que se regula en este proyecto, ni entre las medidas de participación ciudadana ni en ningún otro lugar; por lo que en términos estrictos resulta dudosa la habilitación legal invocada.

Por su parte, la Disposición Final Primera de la Ley 8/2016 dice:

“1. En el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Consell regulará los mecanismos y procedimientos por los que la Oficina de Control de Conflictos de Intereses

pueda desarrollar sus funciones, y la dotará de recursos y de personal técnico cualificado suficiente para el cumplimiento de lo que dispone esta ley.

2. El Consell desarrollará reglamentariamente las prescripciones contenidas en esta ley en el plazo de un año desde que se apruebe.

3. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley se creará la web que habilite la posibilidad de recibir información de casos de incumplimientos de esta ley de personas sin identificar, para garantizar su intimidad y la protección de datos de la persona afectada.”

Aquí sí que existe una habilitación legal expresa para el desarrollo reglamentario de una web para recibir información, pero limitada ésta a los casos de incumplimientos de la Ley 8/2016, viniéndose a acotar así la posibilidad de desarrollo tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Desde el punto de vista *subjetivo* la Ley 8/2016, según determina su art. 2, se aplica a:

“a) La persona titular de la Presidencia de la Generalitat, personas miembros del Consell y personas titulares de las secretarías autonómicas, subsecretarías, direcciones generales y órganos o centros directivos cuyo nombramiento compete al Consell.

b) El personal directivo de los entes del sector público instrumental, entendiéndose por estos los recogidos en el art. 2.3 de la Ley 1/2015, de la Generalitat, de hacienda pública, del sector público instrumental y de subvenciones; en particular:

b.1) La persona titular de la presidencia, dirección general, las personas gerentes y titulares de otros puestos de trabajo o cargos asimilados en organismos autónomos o entidades de derecho público dependientes de la Generalitat.

b.2) Las presidentas o los presidentes, consejeras delegadas o consejeros delegados de sociedades mercantiles de la Generalitat nombrados por el Consell o por los órganos de gobierno de aquellas sociedades.

b.3) Las directoras o los directores generales, gerentes o puestos asimilados de fundaciones del sector público de la Generalitat.

b.4) Las personas que ostentan cargos directivos y funciones ejecutivas asimilables en los consorcios de la Generalitat.

c) Todos aquellos puestos de libre designación nombrados directamente por acuerdo del Consell que sean calificados como tales en normas de rango de ley o reglamento y que impliquen especial confianza o responsabilidad.

d) *Las personas nombradas comisionadas o puesto de análoga naturaleza por la Presidencia o por cualquier otra conselleria para representar los intereses públicos en los ámbitos de gestión privada existentes.*

e) *Las personas que hayan suscrito un contrato laboral especial de alta dirección.*

f) *Asimismo, las personas titulares de cualquier otro puesto, sea cual sea su denominación, cuyo nombramiento efectúe el Consell.”*

Por lo tanto, éste debería ser el ámbito de aplicación respecto a las personas que pueden ser objeto de comunicaciones, y valdría con una mera remisión al artículo indicado.

Y por otro lado, en cuanto al ámbito *objetivo* del Decreto, debería limitarse a los incumplimientos de la Ley 8/2016; esto es, incumplimientos en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses de las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Ello parece no ser acorde con lo que se refleja en el proyecto informado, el cual en su art. 1 “*Objeto*” alude más ampliamente a “*incumplimiento de normas jurídicas, la identificación de irregularidades y la detección de riesgos y de malas prácticas en el ámbito de la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental*” ; y posteriormente, en su art. 5, a otras *conductas activas u omisivas* “*que se refieran los principios de transparencia, participación y buen gobierno*” o “*que pudieran ser constitutivas de delito o infracción administrativa, responsabilidad contable o funcionamiento anormal de los servicios públicos*”.

Además de lo dicho, también debe mencionarse que no parece quedar definido el modo en que el sistema de tratamiento de las comunicaciones y la atribución de competencias al *órgano directivo* (Dirección General) *competente en materia de Transparencia* y a otros órganos (art. 9 del proyecto de Decreto) se ha de conjugar con las competencias de la *Oficina de Control de Conflictos de Intereses* (atribuidas por la Ley 8/2016).

- Consideraciones generales sobre las denuncias anónimas. Sobre esto hemos de remitirnos a lo ya expresado en el informe de esta Abogacía de la Generalitat de 28-07-2017 (que consta entre los documentos integrantes del expediente de tramitación del Decreto que ahora nos ocupa) sobre la *viabilidad jurídica de crear un Buzón Responsable y de Buen Gobierno para facilitar a la ciudadanía la presentación de alertas y comunicaciones anónimas o, en caso que la persona se identifique, con plenas garantías de confidencialidad, sobre el incumplimiento de normas jurídicas o detección de malas prácticas en el ámbito de la Administración de la Generalitat y de su sector público instrumental*.

También se han realizado consideraciones sobre este particular en los informes emitidos por la Subsecretaría de la Presidencia, por la Subsecretaría de la Conselleria de Sanidad y por la Dirección General de Función Pública, informes que igualmente constan incorporados al expediente.

Conviene añadir aquí lo que manifiesta el Consejo de Estado sobre el sistema de denuncias internas en el sector privado en su dictamen sobre el proyecto de Ley de Protección de Datos:

“Idénticas consideraciones pueden realizarse en relación con la habilitación del legislador nacional para regular los sistemas de exclusión publicitaria -las llamadas «listas Robinson»- (artículo 24 del Anteproyecto), y los sistemas de información de denuncias internas en el sector privado (artículo 25 del Anteproyecto), en la medida en que tales sistemas pueden tener por finalidad, siempre que se verifiquen ciertas condiciones, el cumplimiento de una misión realizada en interés público.

En el caso concreto de los sistemas de denuncias internas, la Agencia Española de Protección de Datos ha recordado en su informe que, como manifestó la Fiscalía General del Estado en su Circular nº 1/2016, la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos claves de los modelos de prevención de cuya adopción y cumplimiento depende una eventual exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal (reforma operada por la Ley Orgánica

1/2015, de 30 de marzo), circunstancia que por sí sola permite acreditar la existencia de un interés público legitimador de estos tratamientos de datos.

La regulación contenida en este artículo 25 plantea, por lo demás, dos interrogantes.

El primero se refiere a la novedad consistente en la posibilidad de someter a tratamiento las denuncias de carácter anónimo, recomendada en la citada Circular de la Fiscalía General de Estado como instrumento indispensable para garantizar una mayor eficacia del sistema. La admisión de la denuncia anónima, sin embargo, puede fomentar un uso fraudulento del tratamiento, y presenta ciertas limitaciones prácticas a la hora de presentar testimonios ante la justicia penal; por estas y otras razones, ha sido desaconsejada, entre otros, por el Grupo de Trabajo del artículo 29. En línea con estas observaciones, considera el Consejo de Estado que sería más adecuado limitar la posibilidad de las denuncias anónimas a supuestos excepcionales (lo que no garantiza la mera utilización, en el artículo 25.1 del Anteproyecto, del adverbio «incluso»), dado que la regulación proyectada ya prevé la confidencialidad de los datos del denunciante (apartado 3).

El segundo interrogante se refiere a la previsión del apartado 2 según la cual el acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará «limitado exclusivamente al personal que lleve a cabo las funciones de control interno y de cumplimiento de la entidad y, sólo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos». Esta previsión, en parte condicionada por la admisión de la denuncia anónima que también se propone, ha sido cuestionada en el expediente, dada la frecuencia con que en la práctica las empresas externalizan el tratamiento de estos sistemas. Cabría, por tanto, considerar también la conveniencia de mantener esta limitación.”

- Consideraciones generales sobre la protección de datos de carácter personal.

Todo lo anterior enlaza con lo relacionado con el tratamiento de datos de carácter personal, sobre lo cual nos remitimos a lo ya manifestado también en el anterior informe de esta unidad de la Abogacía de 28-07-2017, antes mencionado.

- Preámbulo. Conforme a las directrices generales de actuación de la Dirección General de la Abogacía de la Generalitat, se debe recordar que en el Preámbulo se han de incluir referencias expresas y específicas a la justificación de la adecuación a los principios que se recogen en el antes citado art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tal como dicho precepto determina en su apartado 1; y sobre la inclusión de la norma en el correspondiente plan normativo anual.

- Arts. 1, 2, 5, 12, 16. A las *comunicaciones* se hace referencia en varios artículos desde perspectivas y consideraciones diferentes, lo cual ocasiona dudas e inseguridad jurídica sobre a qué se está haciendo referencia exactamente en cada caso y cuáles son sus efectos. Para subsanar esto, convendría definir en un determinado artículo qué ha de entenderse por *comunicaciones* a todos los efectos de este Decreto, y en los artículos sucesivos y concordantes simplemente remitirse a ello.

- Art. 3. Su redacción es: *"Régimen Jurídico. La organización, el uso y el funcionamiento del Buzón Responsable y de Buen Gobierno se rigen por el presente Decreto y, complementariamente, por las normas reguladoras de la administración electrónica en todo aquello que resulte de aplicación."*

Sería más adecuado decir: *Régimen Jurídico. La organización, el uso y el funcionamiento del Buzón Responsable y de Buen Gobierno se rigen por el presente Decreto, junto con las normas reguladoras de la administración electrónica y demás que resulten de aplicación.*

- Art. 4. Dice: *"Ámbito subjetivo de aplicación. Pueden hacer comunicaciones todas las personas físicas, y las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica a través de sus representantes."*

Al respecto, a lo que se debe hacer referencia cuando se habla de *Ámbito subjetivo de aplicación* es a los sujetos sobre los que esa disposición normativa impone obligaciones, sujetos sobre quienes recaerán las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones; no a los sujetos que, conforme a dicha norma, pueden poner de manifiesto -ante quien corresponda- el incumplimiento de tales obligaciones. Deberían introducirse las correspondientes correcciones.

- Art. 5, apartado b). Dice que *“Las comunicaciones que se presenten a través del Buzón tienen que referirse a conductas: (...) b) Llevadas a cabo por sus altos cargos, por terceras personas relacionadas jurídicamente, o por su personal directivo, ...”*

La referencia a las *“terceras personas relacionadas jurídicamente”*, además de ser muy ambigua y demasiado genérica, genera dudas desde el punto de vista de la habilitación legal para el dictado de la norma, cuestión a la que antes se ha aludido.

- Art. 7. Lleva como rúbrica *“Valor de las comunicaciones”*. Se estima que sería más ajustado a la terminología jurídica decir, por ejemplo, *Efectos de las comunicaciones*.

- Arts. 9, 10, 11, 12, 13. El orden en que aparecen los diferentes contenidos de esos artículos es sistemáticamente inadecuado, por no responder al orden lógico correspondiente a la tramitación secuencial ordenada de un procedimiento administrativo. Por tanto, ello deberá corregirse.

- Art. 9, apartado 1. Sobre la *“Tramitación de las comunicaciones”* se recoge que *“La comunicación deberá responderse en un plazo no superior a un mes desde que la comunicación tuvo entrada en el buzón, con independencia del resultado del procedimiento con el que guarde relación y de los plazos que se apliquen a este último. La respuesta se realizará a través del propio entorno del buzón, el cual garantizará en su caso el anonimato. Por la propia naturaleza de la comunicación, contra su respuesta no cabrá recurso alguno. No obstante, podrá formular una queja ante el órgano o unidad que*

ostente la competencia en materia de inspección general de los servicios, cuando se haya incumplido el deber de respuesta establecido en este artículo.”

Sobre ello, decir que la obligación de dar respuesta a las comunicaciones no parece compatible con las comunicaciones anónimas; y que tampoco queda muy claro cómo se realiza esa respuesta a través del propio entorno del buzón, y cómo se compagina con la protección de datos de carácter personal.

- Art. 9, apartado 3. Prevé la remisión al Ministerio Fiscal si *“el órgano directivo competente de la gestión del Buzón considerara que los hechos objeto de la comunicación son constitutivos de delito”*.

En este punto hay que tener en cuenta que, según el art. 266 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, *“La denuncia que se hiciere por escrito deberá estar firmada por el denunciador; y si no pudiere hacerlo, por otra persona a su ruego. La autoridad o funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas a presencia del que la presentare, quien podrá también rubricarla por sí o por medio de otra persona a su ruego.”*

Así pues, se plantea una considerable dificultad para la remisión de denuncias anónimas al Ministerio Fiscal.

- Art. 9, apartado 4. También sobre la *“Tramitación de las comunicaciones”* se indica que *“En los supuestos en que la competencia corresponda a varios órganos, se dará traslado a todos ellos, indicándoles su necesaria coordinación. En este caso, el órgano directivo competente en materia de transparencia los coordinará.”*

Al respecto, si bien es algo confuso el sentido de lo que se pretende establecer, en cualquier caso hay que decir que hablar de *coordinación* desde una perspectiva jurídica supone la existencia de un rango jerárquico superior de quien *coordina* respecto a quien

es *coordinado*. Por tanto parece que, para lograr el fin que se pretende, convendría que en el texto del Decreto a dictar se hiciese un planteamiento distinto, teniendo en cuenta que quizá *el órgano directivo competente en materia de transparencia* no tenga tal rango orgánico jerárquicamente superior respecto a los otros órganos a que se alude.

- Art. 9, apartado 5. Su texto es el siguiente:

“5. Cuando la comunicación se remita a la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana o al Ministerio Fiscal por considerarse competentes por razón de la materia, se suspenderá su tramitación, poniéndolo en conocimiento de la persona que formuló la comunicación e interrumpiéndose el cómputo del plazo para responder y comunicar la respuesta.

También se le remitirán las comunicaciones relacionadas con malas prácticas realizadas en el ámbito de actuación del departamento de la Generalitat competente en materia de transparencia, excepto aquellas relativas a las materias competencia de la Oficina de Control de Conflictos de Intereses, que se derivarán a ésta directamente.”

Sobre ello en primer lugar hay que decir que, en el caso de una denuncia anónima, no se explica cómo se pondrá *en conocimiento de la persona que formuló la comunicación e interrumpiéndose el cómputo del plazo para responder y comunicar la respuesta*.

En segundo lugar, no queda claro a quién se alude en el párrafo segundo cuando se indica que *“También se le remitirán las comunicaciones relacionadas con las malas prácticas realizadas en el ámbito de actuación del departamento de la Generalitat competente en materia de transparencia”*; y, unido a ello, es confuso el sentido de la excepción contemplada en el inciso final de este mismo párrafo segundo.

- Art. 10. Se incluye a *la Abogacía General* como uno de los *“órganos de control”*, siendo que según la Ley 10/2005, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, por la que se rige su funcionamiento, la Abogacía General no es un *órgano de control*. Por tanto, debe suprimirse en este artículo la alusión a la Abogacía General.

- Art. 12, apartado 3, inciso final. Para corregir un error gramatical, y también para no dar lugar a confusión jurídica, donde dice “la persona que la halla llevado a cabo” deberá rectificarse para decir “la persona que la haya llevado a cabo”.

- Art. 14. A la vista de lo que en él se establece, referente a *Publicidad: Memoria anual*, parece que este precepto no está adecuadamente colocado desde el punto de vista sistemático; se debería valorar que su lugar más conveniente tal vez fuese al final del articulado, justo antes de la Disposición Adicional Única.

- Art. 15, apartado 1 b). Entre los “derechos de la persona que realiza la comunicación” se incluye el derecho “A la comprobación de la verosimilitud de la información que comunica, salvo que se evidencie su falta de fundamento.”

Al respecto, se debería determinar cuál es el contenido de este derecho, y la forma de ejercitarlo.

- Art. 15, apartado 2 a). Se estima que en lugar de decir

“2. Obligaciones. La persona que hace la comunicación está obligada a: a) Describir de la manera más detallada posible la conducta o el hecho que comunica, la denominación del departamento o ente del sector público objeto de la comunicación, y la persona o personas sobre cuya actuación se alerta”

sería jurídicamente más preciso decir

“2. Obligaciones. La persona que hace la comunicación está obligada a: a) Describir de la manera más detallada posible la conducta o el hecho que comunica, la denominación o indicación del departamento o ente del sector público en cuyo seno se ha producido y la persona o personas sobre cuya conducta se alerta”.

- Art. 15, apartado 2 b). Indica que “La persona que hace la comunicación está obligada a: (...) b) No formular comunicaciones que falten a la verdad. La persona que comunique hechos faltando a la verdad puede incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativa.”

Al respecto, no se alcanza a ver el modo de exigir esta responsabilidad a los denunciantes anónimos.

- Art. 16. El precepto lleva como título “Derechos y obligaciones de la persona objeto de la comunicación presentada”. Se estima que sería más preciso titularlo “Derechos y obligaciones de la persona cuyas acciones u omisiones son objeto de la comunicación presentada”.

- Art. 16, apartado 1 c). En lugar de decir “c) A que no se formulen ninguna recomendación, ni se emitan conclusiones que, de manera directa o indirecta, contengan referencias nominales ...” , lo correcto sería decir “c) A que no se formule ninguna recomendación, ni se emitan conclusiones que, de manera directa o indirecta, contengan referencias nominales ...”

- Art. 16, apartado 2. Por una parte, desde el punto de vista formal, donde dice “Las personas eventualmente responsables de la conducta comunicada están obligadas a cesar en la conducta, y a ...” , en aras a la mayor precisión jurídica parece que sería preferible decir “Las personas eventualmente responsables de la inadecuada conducta comunicada están obligadas a cesar en dicha conducta, y a ...”

Por otro lado, y en cualquier caso, hay que decir que si se trata de una conducta contraria a la normativa parece evidente -sin necesidad de que se diga expresamente- que existe la obligación de cesar en tal conducta

- Disposición Adicional Única, párrafo segundo. Se dice aquí que *“Dichas medidas incluirán las que sean pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal en general, y a la Orden 5/2017, de 21 de noviembre, de la Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, por la que se crean, modifican y suprimen los ficheros de datos de carácter personal de su ámbito competencial, cuyo punto 11 del anexo se refiere específicamente a la comunicación de incumplimientos en materia de transparencia, buen gobierno y conflictos de intereses.”*

Como recomendación de técnica normativa general, siempre conviene evitar las citas no estrictamente necesarias de normas concretas; y en lugar de ello aludir, por ejemplo, a *lo que disponga la normativa en materia de ...*

En este caso, se considera que sería mejor evitar la referencia específica a esa *Orden 5/2017*, puesto que se trata de una disposición de rango inferior y que, además, fácilmente puede quedar derogada -de manera expresa o tácita- por otras posteriores en un futuro no muy lejano, quedando así desfasado el texto de esta Disposición Adicional Única, párrafo segundo.

Es cuanto se ha de informar.

Valencia, 27 de abril de 2018

El Abogado de la Generalitat

