



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 26 de marzo de 2020, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN EN ANDALUCÍA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA DENUNCIANTE

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 8 de enero de 2020, procedente de la Secretaría General de Regeneración, Racionalización y Transparencia de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local de la Junta de Andalucía tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), el Anteproyecto de Ley de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (en adelante, APL o el Proyecto).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 16 de enero de 2020, designó Ponente de este informe al Vocal Don Rafael Fernández Valverde.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*» y a «*[n]ormas que afecten a la constitución, funcionamiento y gobierno de los Tribunales*» (apartados sexto y séptimo del artículo 561.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).



4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas que en él se incluyen específicamente y que inciden en alguna de las materias señaladas, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del Proyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. CONSIDERACIONES GENERALES AL ANTEPROYECTO

7.- El Proyecto se sitúa en línea con la tendencia, en el ámbito de las Administraciones públicas, de crear instrumentos específicos de lucha contra la corrupción dotados con funciones de investigación y supervisión de la actuación de los órganos y entidades que integran el sector público propio, así como de aquellos particulares que mantienen una relación especial con la Administración como contratistas, concesionarios, perceptores de subvenciones públicas, etc. En este sentido, cabe recordar que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra y Asturias han creado oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos



públicos, aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada o, en general, conductas contrarias a la integridad. El primer organismo de este tipo fue la Oficina Antifraude de Cataluña creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, y con posterioridad se han creado la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre; la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre; la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, por la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo y la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción del Principado de Asturias, creada por la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.

8.- Las referidas normas autonómicas han configurado los órganos de lucha contra la corrupción dentro del sector público propio con algunos rasgos comunes que perfilan un modelo institucional compartido, sin perjuicio de las diferencias concretas en la configuración definitiva. Así, algunas han creado organismos dotados de independencia adscritos al correspondiente Parlamento autonómico (art. 1 Ley 14/2008; art. 1 Ley 11/2016; art. 1 Ley 16/2016), a quien corresponde la elección por mayoría reforzada de la persona titular de la dirección (art. 9 Ley 14/2008; art. 26 Ley 11/2016 y art. 19 Ley 16/2016), y a los que se les atribuyen, fundamentalmente, funciones de inspección e investigación de casos concretos de corrupción en el seno de los organismos y entidades de Derecho público y privado que integran el sector público autonómico (arts. 4 y 17 Ley 14/2008; arts. 4 y 6 Ley 11/2016; arts. 5 y 10 Ley 16/2016). Cuando del resultado de las actuaciones investigadoras se deriven indicios de la comisión de una infracción administrativa o disciplinaria, la oficina o agencia remitirá un informe al órgano competente que decidirá sobre la incoación y tramitación del correspondiente procedimiento sancionador (art. 21 Ley 14/2008; art. 16 Ley 11/2016; art. 16 Ley 16/2016).

9.- Sobre ese fondo común, sin embargo, los organismos anticorrupción de ámbito autonómico presentan algunas diferencias sobre la amplitud de las funciones que les son encomendadas. En particular, debe destacarse que mientras la Oficina Antifraude de Cataluña y la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción del Principado de Asturias carecen en absoluto de potestad sancionadora, a la Agencia valenciana, a la Oficina de Islas Baleares y a la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra las respectivas leyes de creación les atribuyen poder sancionador en relación con aquellas conductas que suponen infracción del deber de colaboración con el ejercicio de las funciones de



investigación e inspección (arts. 17 a 21 de la Ley 11/2016; arts. 27 a 36 de la Ley 16/2016 y arts. 47 a 53 de la Ley Foral 7/2018).

10.- Ha de destacarse que el Pleno del CGPJ, en su reunión del día 28 de septiembre de 2017, aprobó el Informe al Proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el que la Oficina pretendía configurarse como órgano administrativo de carácter especializado, adscrito a la Consejería competente en materia de Hacienda a través de la Viceconsejería y dotado de plena independencia funcional para cumplir con ecuanimidad y eficacia las funciones de control y prevención del fraude y corrupción, (artículo 1).

11.- A diferencia del referido Proyecto de Decreto, el Anteproyecto de Ley que hoy nos ocupa ha optado por configurar la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrita al Parlamento de Andalucía, que actuará con plena autonomía e independencia funcional en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, respecto de las Administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidas en su ámbito de actuación, (artículo 5 APL), siguiendo el modelo existente en otras Comunidades Autónomas que han creado Oficinas o Agencias de prevención de la corrupción configuradas como órganos independientes de adscripción parlamentaria.

12.- El Proyecto opta así por un modelo de órgano independiente de adscripción parlamentaria por el que también han optado otras leyes autonómicas dictadas en este ámbito, confiriendo a la Oficina un nivel de autonomía en el ejercicio de sus funciones que alcanza el grado de intensidad de otras instituciones autonómicas parangonables, creadas por Ley y adscritas al Parlamento.

13.- A pesar de que el Proyecto sigue, como se ha indicado, la tendencia autonómica de creación de órganos de naturaleza dual, en tanto independientes y de adscripción parlamentaria, no puede desconocerse la necesaria correlación entre cualquier creación *ex novo* derivada del marco organizativo autonómico y la legislación básica del Estado dictada en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que operará como límite a la configuración de la potestad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas, correspondiendo asimismo, en este caso al Parlamento de Andalucía, que goza de plena autonomía reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria, conforme al artículo 102 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del



Estatuto de Autonomía para Andalucía y cuyas funciones recoge el artículo 106 de la citada Ley Orgánica, la formulación de todas aquellas observaciones sobre el contenido del Proyecto que incida en su ámbito competencial.

14.- Asimismo, ha de indicarse que recientemente ha entrado en vigor la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, (conforme al artículo 28, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, que tuvo lugar el 26 de noviembre de 2019).

15.- En cuanto a su plazo de transposición, señala el artículo 26 que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021, si bien, existen determinadas previsiones (la obligación de establecer canales de denuncia interna en las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores), cuyo plazo de transposición se difiere hasta el 17 de diciembre de 2023.

16.- En ausencia de norma legal que aborde la transposición al Ordenamiento español de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, -cuyo plazo expira, con carácter general, el 17 de diciembre de 2021 según el artículo 26 de la misma-, debe tenerse en cuenta la doctrina sentada, entre otras, por la STC de 30 de enero de 2017, (ECLI:ES:TC:2017:13) que admite la atribución, como fuente de derechos, de lo establecido en una Directiva no transpuesta dentro del plazo, que contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, por invocación del llamado efecto útil y a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la primacía del derecho de la Unión sobre el ordenamiento interno.

17.- Como es sabido, a diferencia del Reglamento, conforme al párrafo tercero del artículo 288 TFUE, la Directiva comunitaria sólo obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales, la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo.

18.- En virtud del principio de autonomía institucional, el Derecho europeo no prejuzga el rango o carácter de la norma nacional que, de acuerdo con el



propio sistema de fuentes, se adopte para incorporar al Ordenamiento interno la norma europea que se transpone. Así lo ha recogido, entre otras, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril:

"A este respecto, conviene recordar que, como este Tribunal ha reiterado en sucesivas ocasiones, "la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias», pues "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental. (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que "no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario» (SSTC 236/1991 y 79/1992)."

19.- Debe destacarse, desde este momento, que el reparto constitucional y estatutario de competencias en las materias en las que se enmarca el Proyecto que se informa no puede verse alterado en virtud de los mandatos de la Unión que se desarrollan, por lo que corresponderá al Estado abordar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 en todos aquellos aspectos conectados con competencias estatales y con el carácter derivado del tipo de competencia del que se trate.

20.- Así, el marco normativo del texto objeto del presente informe se encontrará delimitado, de un lado, en un plano de primacía, por el Derecho de la Unión, en particular por la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y de otro, por el Ordenamiento interno español, en particular por la normativa que el Estado dicte, en el ejercicio legítimo de sus competencias, para abordar la transposición de la citada norma de la Unión, normativa que, de tener carácter básico podrá incidir en la regulación autonómica proyectada.

21.- Expuesto lo anterior, el estudio del texto proyectado no se aborda desde la perspectiva de la transposición de la citada norma de la Unión, atendiendo a la fecha de redacción del mismo, anterior a la publicación de la Directiva, estando fechadas en julio de 2019 tanto la Memoria



justificativa y de oportunidad como la Memoria Económica que acompañan al Proyecto, y al plazo de transposición de la Directiva -17 de diciembre de 2021-, perspectiva de análisis que coincide con la ausencia de referencia a la misma en el texto objeto del presente informe, no pudiendo olvidar al respecto la exigencia recogida en el artículo 26.3 de la Directiva, conforme al cual "[c]uando los Estados miembros adopten [...] harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial".

IV. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

22.- El Proyecto remitido, que viene acompañado de una Memoria justificativa y de oportunidad y una Memoria Económica, ambas de fecha 29 de julio de 2019, por tanto anterior a la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1937, se articula en cuarenta y tres artículos, divididos en cuatro títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, estructurados y rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Finalidad y objeto.

Artículo 2. Definiciones.

Artículo 3. Ámbito subjetivo de aplicación.

Artículo 4. Principios rectores.

TÍTULO I

Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción

CAPÍTULO 1

Disposiciones generales

Artículo 5. Creación.

Artículo 6. Finalidad.

Artículo 7. Régimen jurídico.

Artículo 8. Ámbito de actuación.

Artículo 9. Funciones.

Artículo 10. Delimitación de funciones.

Artículo 11. Deber de colaboración.

Artículo 12. Confidencialidad.

Artículo 13. Protección de datos de carácter personal.

CAPÍTULO II

Del procedimiento de investigación e inspección

Artículo 14. Potestades de investigación e inspección.



Artículo 15. Derechos de las personas afectadas.

Artículo 16. Inicio del procedimiento de investigación e inspección.

Artículo 17. Periodo de información o actuaciones previas.

Artículo 18. Acuerdo de inicio e instrucción.

Artículo 19. Finalización del procedimiento de investigación e inspección.

CAPÍTULO III

De los medios personales y materiales

Artículo 20. La Dirección.

Artículo 21. Funciones.

Artículo 22. Incompatibilidades.

Artículo 23. Cese.

Artículo 24. Estructura de la Oficina.

Artículo 25. Recursos en vía administrativa.

Artículo 26. Personas al servicio de la Oficina.

Artículo 27. Recursos económicos, presupuesto, régimen patrimonial, de contabilidad, intervención y contratación.

CAPÍTULO IV

De los resultados de su actividad

Artículo 28. Memoria anual.

Artículo 29. Informes especiales y recomendaciones.

TÍTULO II

De la protección de la persona denunciante

Artículo 30. Persona denunciante.

Artículo 31. Denuncia con plenas garantías.

Artículo 32. Derechos de las personas denunciantes.

Artículo 33. Medidas de protección.

Artículo 34. Publicidad de la información relativa a la tramitación de denuncias ante la Oficina.

TÍTULO III

Régimen sancionador

CAPÍTULO 1

Potestad sancionadora

Artículo 35. Competencia sancionadora y procedimiento.

Artículo 36. Responsabilidad.

CAPÍTULO II

Infracciones y sanciones

Artículo 37. Concepto y clases de infracciones.

Artículo 38. Infracciones muy graves.

Artículo 39. Infracciones graves.

Artículo 40. Infracciones leves.

Artículo 41. Sanciones.

Artículo 42. Graduación de las sanciones.

Artículo 43. Prescripción.



Disposición adicional primera. Elección de la persona titular de la Dirección de la Oficina.

Disposición adicional segunda. Extensión del ámbito de actuación de la Oficina.

Disposición transitoria única. Procedimientos sancionadores por comisión de infracciones tipificadas en la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

Disposición final segunda. Aprobación de/reglamento de régimen interior.

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición final quinta. Modificación del Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías.

Disposición final sexta. Modificación del Decreto 98/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local.

Disposición final séptima. Entrada en vigor.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES AL PROYECTO

1. Consideraciones relacionadas con el principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia y precedencia de la Jurisdicción penal.

23.- En el análisis del texto objeto de informe, atendida la función de este órgano constitucional, merece poner especial atención sobre las normas que delimitan el ámbito de ejercicio de las funciones de la Oficina proyectada en relación con la actuación de la autoridad judicial, así como sobre aquellas reglas que disciplinan la colaboración de la Oficina con el ejercicio de la función jurisdiccional.

24.- La regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal deriva del principio de reserva de jurisdicción consagrado por el artículo 117.3 de la Constitución y está firmemente



establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional. Tal y como ha afirmado la STC 70/2012, de 16 de abril, FJ 3: *«Es doctrina de este Tribunal fijada, entre otras muchas, en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9 (Pleno), que "la infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos". Por ello, "una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal", de modo que "cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión". En definitiva, de no hacerse así, la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE).»*

25.- La prioridad de la jurisdicción penal se predica respecto de toda actuación sancionadora de la Administración, como garantía preventiva del principio *ne bis in ídem* (art. 25 CE), pero en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional en sentido positivo (art. 117.3 CE) también se proyecta sobre aquella actividad administrativa, aún no sancionadora, que tenga por objeto hechos presuntamente delictivos. De este modo, también las potestades inspectoras o investigadoras de la Administración, que se sitúan en un plano previo al estrictamente sancionador, encuentran un límite infranqueable en su ejercicio en el respeto a la titularidad exclusiva y excluyente de la función jurisdiccional por los miembros del Poder Judicial.

26.- Examinado el contenido del Proyecto pueden formularse algunas consideraciones a fin de incorporar al texto proyectado, con la debida suficiencia, las salvaguardas de la exclusividad de la jurisdicción.



27.- El texto proyectado se abre con una Exposición de Motivos cuyo apartado I, párrafo cuarto, señala que *“una democracia fuerte y sana exige instituciones limpias y políticos fuera de toda sospecha”*, afirmando seguidamente que *“[n]o es suficiente con la aplicación del Código Penal”*.

28.- Ante esta categórica afirmación puede recordarse que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, comienza con el siguiente párrafo:

“Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa»”.

29.- Asimismo, no debe olvidarse que, como recoge el *Preámbulo* de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a través de esta reforma se acometió una revisión técnica de la regulación del decomiso y de algunos aspectos de la parte especial del Código Penal, entre otros, de los delitos de corrupción privada, malversación y corrupción de agentes públicos extranjeros, reforzando la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública, elevando las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, añadiendo la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e introduciendo nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos.

30.- Como recuerdan las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 162/2012, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1563) y núm. 243/2012, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:2549) *“el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”*.

31.- Atendiendo a la posición especial que ocupa el Código Penal en todo Ordenamiento jurídico, en tanto *“forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado”*, es por lo que se sugiere valorar la conveniencia



de modular la redacción de la expresión "[n]o es suficiente con la aplicación del Código Penal", recogida en apartado I del párrafo cuarto de la Exposición de Motivos y en la memoria justificativa y de oportunidad que acompaña al Proyecto.

32.- El **apartado 4 del artículo 19**, titulado "[f]inalización del procedimiento de investigación e inspección" es del siguiente tenor literal (el subrayado el nuestro):

"4. Si como resultado de las actuaciones de investigación e inspección realizadas por la Oficina se constatase la existencia de indicios racionales de la comisión de un posible delito, la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección indicará tal circunstancia y acordará el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal u órgano judicial, ordenando la suspensión de las actuaciones de investigación e inspección, y su posible reanudación en el supuesto de que por el órgano judicial no se constatase la comisión de un delito.

Asimismo, cuando un órgano judicial o el Ministerio Fiscal inicien un procedimiento para determinar la relevancia judicial de unos hechos que constituyan, a la vez, el objeto de actuaciones de investigación e inspección de la Oficina, ésta deberá suspender dichas actuaciones y aportar toda la información de que disponga, además de proporcionar el apoyo necesario a la autoridad competente. La Oficina solicitará a la fiscalía información periódica respecto del trámite en que se encuentran las actuaciones iniciadas a instancia suya."

33.- La redacción dada al apartado transcrito, que parece pretender incorporar las previsiones esenciales derivadas del principio de reserva de jurisdicción, contravendría o entraría en colisión con el contenido del citado principio, toda vez que parece diferir el traslado de las actuaciones al órgano judicial o al Ministerio Fiscal al momento del dictado de *la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección*.

34.- Esta circunstancia pudiera derivarse de la ubicación sistemática del contenido transcrito en el artículo dedicado a la finalización del procedimiento de investigación e inspección, a diferencia, por ejemplo, de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que inserta estas previsiones en el artículo correspondiente a la delimitación de funciones (art. 5.2), y al igual que hiciera el artículo 5.2 del proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía que recogía una propuesta de



redacción en términos que sí han de estimarse acordes y respetuosos con el principio de reserva de Jurisdicción, al disponer que:

"2. La Oficina no podrá realizar funciones correspondientes a la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y la policía judicial, ni podrá investigar los mismos hechos que sean objeto de sus investigaciones.

En el supuesto de que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal inicien un procedimiento para determinar la relevancia judicial de unos hechos que constituyan a la vez el objeto de actuaciones de investigación de la Oficina, ésta deberá suspender dichas actuaciones y aportar toda la información de que disponga, además de proporcionar el apoyo necesario a la autoridad competente.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando la Oficina en el curso de sus actuaciones de investigación, considere que existen indicios de responsabilidad penal, deberá comunicarlo inmediatamente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, procediéndose conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior."

35.- Desde este momento se ha de insistir en que las reglas de persecución de los llamados *delitos de corrupción* no deben ser nunca inferiores a las generales que rigen en el resto de delitos públicos, de donde deriva que el conocimiento de indicios delictivos por parte de la Oficina proyectada no releva a la misma de la obligación de trasladar esos indicios al Juez penal o al Ministerio Fiscal en los términos generales establecidos para cualquier delito público por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim).

36.- La obligación de comunicación de los indicios criminales referidos a delitos públicos la impone y regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin establecer salvedades o especialidades para determinados delitos, tampoco particularmente, para los conocidos como *delitos de corrupción*.

37.- Así resulta de la regulación contenida, al tratar de la denuncia, en los artículos 259 y 262 de la Lecrim, ambos redactados por la Ley de 14 abril 1955 por la que se modifica la base económica de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicada en el BOE nº 105 de 15 de abril de 1955, recogiendo el primero de los preceptos mencionados, para todo aquel *"que presenciare la perpetración de cualquier delito público la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal"*, e imponiendo el artículo 262 Lecrim esa obligación, específicamente, a *"[l]os que por razón de su cargo, profesiones u oficio tuvieren noticia de algún delito público [...]"*.

38.- Este deber, que pesa igualmente sobre las Administraciones públicas, ha de entenderse que alcanza a la Oficina diseñada por el texto proyectado, surgiendo la obligación de denunciar cualquier delito público de los que pudiera tener conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, tal



como exige el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no permite a la Administración silenciar los indicios de delito de que disponga, no pudiendo olvidar que la Jurisdicción Penal podrá depurar la responsabilidad que pueda incumbir a los órganos administrativos por su dilación o pasividad en la comunicación de los indicios delictivos.

39.- En este sentido, resulta más adecuada la redacción recogida en el apartado seis de la disposición final tercera, relativa a la modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, conforme al cual:

"Seis. El artículo 16 queda redactado del siguiente modo: "Artículo 16. Sanciones.

[...]

3. Lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. A estos efectos, cuando aparezcan indicios de otras responsabilidades, se ordenará el ejercicio de las acciones que correspondan.

Si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente, y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras por la autoridad judicial no se dicte resolución poniendo fin al proceso penal."

40.- Asimismo, podría resultar adecuado adicionar en el **artículo 4**, relativo a los principios rectores que rigen las actuaciones previstas en la Ley, mención expresa al principio de reserva de jurisdicción.

41.- Por lo que respecta a la solicitud de información periódica por parte de la Oficina al Ministerio Fiscal, recogida en el segundo párrafo del **apartado 4 del artículo 19 APL**, resulta relevante tener en cuenta que, caso de tratarse de un procedimiento judicial penal que se encuentre en fase de instrucción, los documentos únicamente serían accesibles al Juez y a las partes personadas, manteniendo su carácter reservado, o secreto en su caso, para el resto de las personas, tal como prevé el artículo 301 de la Ley procesal, conforme al cual *"las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral"*, [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, nº 809, de 11 de diciembre de 2017, (ECLI:ES:TS:2017:4727)].

42.- En relación con el secreto regulado en el artículo 302 Lecrim, como se puso de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal,



de 30 de octubre de 2015, (ECLI:ES:TS:2015:4701): *“El Tribunal Constitucional tiene afirmado (SSTC 41/1998, de 24 de febrero; 87/2001, de 2 de abril; y 174/2001, de 26 de julio) que [...] cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECr., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide al mismo tiempo que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto.”*

43.- Ha de destacarse que el deber de secreto alcanza a todos, incluida la propia Unidad de Apoyo para Causas por Corrupción (UACC), cuya constitución fue aprobada por el Consejo General del Poder Judicial en la Comisión Permanente de 10 de marzo de 2015, con la finalidad de dar debido cumplimiento a las disposiciones legales nacionales e internacionales que luchan contra la corrupción y que se configura como una unidad de carácter técnico al servicio de los Jueces y Magistrados, integrada en la Secretaría General del Consejo General del Poder Judicial, cuya función es agilizar la adopción de las medidas necesarias para el reforzamiento de Juzgados de Instrucción en los que se tramiten causas por corrupción.

44.- En base a lo expuesto, la petición de información por parte de la Oficina al Ministerio Fiscal, recogida en el citado precepto, ha de entenderse cohonestada con la necesidad de *“respetar escrupulosamente las normas de reserva y secreto previstas en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*, de manera que, en aquellos casos en los que dichos preceptos resulten aplicables, han de prevalecer sobre la previsión que pretende incorporar la norma proyectada.

45.- En el Proyecto se contienen otras normas que tienen por objeto garantizar que la actuación de la Oficina no menoscabe o perturbe el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, junto a la citada mención al *deber de denuncia establecido en el artículo 262 LECrim*; la confidencialidad prevista en el artículo 16 del Proyecto, en relación a la identidad del denunciante así como respecto de cualquier otra información de la que se pueda deducir, directa o indirectamente dicha identidad, que tiene como excepción el que su revelación sea objeto de requerimiento por parte de un órgano judicial; y la confidencialidad y deber de reserva respecto de las informaciones obtenidas, de acuerdo con el artículo 12.1 del Proyecto, que tienen como finalidad evitar perjuicios a las personas afectadas (denunciantes, testigos e investigados) y salvaguardar *«la eficacia del*



procedimiento jurisdiccional o administrativo que se pueda iniciar en consecuencia».

2. Otras consideraciones de índole jurídica y de mejora de técnica legislativa.

46.- Una vez expuestas las cuestiones relacionadas con el principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal procede continuar con el análisis del resto del texto proyectado.

47.- En el **párrafo noveno del apartado I de la Exposición de Motivos**, al tratar de los *antecedentes los órganos similares de lucha antifraude y contra la corrupción institucionales (independientes y no vinculados con el poder judicial o policía) creados en el ámbito europeo o autonómico* el texto proyectado afirma que “[no] obstante, no existen órganos o entidades independientes de lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito nacional”.

48.- Al efecto, pueden traerse a colación, por ejemplo, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, a que se refiere el artículo 332 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que actúa en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional, o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como organismo público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines (artículo 33), por lo que se sugiere valorar la inclusión de redacción alternativa.

49.- El **penúltimo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos** señala que “[e]l régimen de protección de las personas denunciantes ya se ha previsto en diferentes instrumentos nacionales o internacionales”, citando seguidamente, como ejemplos, la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y, en el ámbito autonómico, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que recibe la Administración



Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, y las Leyes de la Comunidad Foral de Navarra 7/2018, de 17 de mayo, y de la Comunidad Valenciana 11/2016, de 28 de noviembre.

50.- A diferencia de las normas internacionales, como es el caso del Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa) o el Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa), a los que se refiere el párrafo sexto del apartado I de la Exposición de Motivos APL, ha de recordarse que la Unión Europea tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, cuenta con un Ordenamiento jurídico propio, distinto del Derecho internacional, por lo que sugiere la modificación de la redacción del penúltimo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos.

a) Título Preliminar.

51.- El **artículo 2 APL** determina las definiciones, a los efectos de la norma proyectada, de los términos fraude, corrupción y conflicto de intereses.

52.- El **artículo 3 APL** delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley que, a diferencia de la regulación de otras Comunidades Autónomas, por ejemplo la recogida en la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, no incluye en su ámbito de aplicación a las Universidades públicas y sus entes, entidades, fundaciones y organismos dependientes ni a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales y las fundaciones y asociaciones vinculadas, a pesar de su condición de perceptores de subvenciones de carácter público.

b) Título I: Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción.

53.- En el **artículo 7 APL**, que lleva por rúbrica "*[r]égimen jurídico*", se prevé que "*[l]a Oficina se regirá por lo dispuesto en la presente ley y en su normativa de desarrollo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en materia de administraciones públicas y procedimiento administrativo común*", señalándose a continuación, en el apartado 2 de este precepto que:

"El desarrollo reglamentario de esta ley se realizará mediante un reglamento de régimen interior, cuya propuesta se elaborará por la persona titular de la Dirección de la Oficina, y se remitirá a la Mesa del Parlamento de Andalucía para su aprobación. El citado reglamento abordará, entre otras cuestiones, el gobierno, la organización, funcionamiento y la estructura de la Oficina, así como



las competencias que se atribuyan a los órganos y unidades administrativas de la misma.

El reglamento de régimen interior y las modificaciones del mismo vincularán su vigencia a la publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, debiendo publicarse, además, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, a efectos de general conocimiento.”

54.- Del mismo modo, otros artículos del texto proyectado contemplan la publicación de diferentes extremos o cuestiones en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía. Así, los **artículos 20.3 y 23.5 APL**, en relación, respectivamente, al nombramiento y cese de la persona titular de la Dirección de la Oficina; el **artículo 26.2 APL** en cuanto a la relación de puestos de trabajo de la Oficina y las modificaciones de la misma; el **artículo 28 APL** en lo que respecta a la memoria anual descriptiva del conjunto de actuaciones desarrolladas durante el año anterior por la Oficina y el **artículo 29.3 APL** ordenando la publicación de los informes especiales y recomendaciones.

55.- Desde el punto de vista normativo, conforme al art. 9.3 CE “[/]*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”, y de forma similar al pronunciamiento recogido en el artículo 52 de la hoy derogada Ley 30/1992, LRJAP y PAC, el artículo 131.1 de la vigente Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ordena que “[/]*as normas con rango de Ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos*”, señalando por su parte, en el ámbito autonómico, el artículo 112 de la Ley Orgánica 2/2007, al tratar de la potestad reglamentaria, que “[c]*orresponde al Consejo de Gobierno de Andalucía la elaboración de reglamentos generales de las leyes de la Comunidad Autónoma*”.

56.- Así, la previsión establecida en el **artículo 7.2 del Proyecto**, en cuanto a la publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, será válida si el contenido del reglamento de régimen interior a que alude el mencionado artículo contiene disposiciones que hayan de quedar en el ámbito doméstico o de pura organización interna de la Oficina, con efectos en terminología académica de ascendencia germánica de carácter orgánico o *ad intra*, conclusión que puede hacerse extensiva al resto de preceptos mencionados, en tanto aluden a la publicación en el citado Boletín Oficial.



En caso contrario, los principios de seguridad jurídica y de publicidad de las normas conllevarían, como requisito para la plena integración en el Ordenamiento jurídico -validez- y aplicación de la norma -eficacia-, la necesidad de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

57.- El **artículo 9 APL** enumera las funciones de la Oficina que pueden dividirse en tres grandes ámbitos: de prevención, colaboración, asesoramiento y sensibilización -como las letras a) a i)-, de investigación -letra j)- y de propuesta de iniciación y de instrucción de procedimientos sancionadores -letras n) y ñ)-, sugiriendo, respecto de la mención relativa a *"los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses"*, recogida en las letras j) y l) la matización o vinculación conforme a lo dispuesto en la presente ley, en especial, a las definiciones incorporadas al artículo 2 del Proyecto.

58.- Por su parte, el **artículo 10 APL**, bajo la rúbrica «Delimitación de funciones», establece los límites al ejercicio de las funciones de la Oficina con el fin de preservar las competencias de otros órganos autonómicos o estatales de control (Cámara de Cuentas de Andalucía, Tribunal de Cuentas, Intervención General de la Junta de Andalucía, etc.), no recogiendo mención alguna a la actuación de la autoridad judicial o del ministerio fiscal, a diferencia, por ejemplo, del artículo 5.2 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana o del artículo 5.2 del proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo tenor literal ha sido anteriormente reproducido.

59.- El **artículo 14** del Proyecto lleva por rúbrica *"[p]otestades de investigación e inspección"* respetando con ello que la intervención inspectora de la Administración cuente con la necesaria cobertura de una norma con rango de Ley, por cuanto la atribución de potestades inspectoras implica la imposición a los sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo de esas potestades del deber de soportar el ejercicio de éstas sobre el propio ámbito jurídico. Esta limitación de la libertad requiere en nuestro sistema constitucional un previo apoderamiento legal, tal y como desde el principio ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional: *«el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal»* (STC 83/1984, 24 de julio, FJ 3).



60.- Conforme al **apartado 2 del artículo 14 APL:**

"2. Las personas funcionarias al servicio de la Oficina que tengan atribuidas competencias inspectoras tendrán la condición de autoridad. Los documentos que formalicen en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquéllas, harán prueba de éstos, salvo que se acredite lo contrario."

61.- Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia están previstas en los artículos 47 y 76 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, señalando el artículo 47.2.1ª que:

"2. Son competencias compartidas de la Comunidad Autónoma:

1.ª El régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 76 de este Estatuto."

62.- Conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica 2/2007:

"Artículo 76. Función pública y estadística.

1. En materia de función pública corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

2. Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función pública y personal al servicio de la Administración, respetando el principio de autonomía local:

a) La competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación y la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma.

b) La competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

[...]"

63.- Atendido el tenor del artículo 14.2 APL, y la atribución de la condición de autoridad a los funcionarios al servicio de la Oficina que ostenten funciones inspectoras, ha de traerse a colación lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se



aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que define uno de los rasgos del modelo de función pública dirigido a asegurar los intereses generales, en tanto que vincula el ejercicio de funciones de autoridad con el estatuto funcionarial:

"Artículo 9. Funcionarios de carrera.

1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca."

64.- El artículo 9.2 TREBEP que reserva «*exclusivamente*» y «*en todo caso*» a los «*funcionarios públicos*» «*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas*», constituye una norma considerada materialmente básica en la STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5.

65.- Conforme a la STC 106/2019, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TC:2019:106), la expresión «*funcionarios de carrera*» que utiliza el precepto estatal «*puede explicarse sistemáticamente por la equiparación general de los funcionarios de carrera con los funcionarios públicos, sin excluir a los interinos*», lo que llevó a concluir que la contradicción entre la norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas no era efectiva ni insalvable por vía interpretativa (FJ 8).

"Esta referencia a los "funcionarios públicos" del apartado segundo es la que permite que otra clase de funcionarios, los interinos, puedan ejercer esas funciones reservadas, de conformidad con el art. 10.1 TRLEEP, que dice: "Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias", básicamente existencia de plazas vacantes que no puedan cubrirse por funcionarios de carrera, la sustitución transitoria de sus titulares, la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas igualmente puntual."



66.- Por tanto la condición de autoridad únicamente podrá predicarse de quienes ostenten la condición de funcionarios. Por el contrario, no podrá predicarse de contratados en régimen de derecho administrativo, sometidos al régimen específico previsto al efecto, diferente del prescrito para el personal sujeto al estatuto funcionarial.

67.- La STC 90/2018, de 6 de septiembre, FJ 4, (ECLI:ES:TC:2018:90), ha admitido que la legislación administrativa sectorial pueda atribuir la condición de agente de la autoridad, debiendo cohonestarse con la norma estatal, el artículo 9.2 TREBEP, que reserva «*exclusivamente*» y «*en todo caso*» a los «*funcionarios públicos*» «*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas*» y, consecuentemente, limita la condición de agente de la autoridad a los funcionarios al servicio de la administración autonómica.

68.- Siempre que se trate de funcionarios públicos, es posible que se les atribuya, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, conforme a lo establecido en el artículo 14.2 del Proyecto, la condición de agente de la autoridad, (STC 178/2019, de 18 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:178), lo que a su vez determinará, tal cual prevé el artículo 14.2 APL, la aplicación de la presunción *iuris tantum* recogida en el apartado 5 del artículo 77 de la Ley 39/2015, conforme al cual:

"5. Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario".

69.- Expuesto lo anterior, la referencia a "*las personas funcionarias al servicio de la Oficina*" recogida en el precepto comentado ha de entenderse hecha a *funcionarios de carrera*, atendido lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 26 del Proyecto que, bajo la rúbrica "[*p*]ersonas al servicio de la Oficina", dispone que (el remarcado es nuestro):

"1. Los puestos de trabajo de la Oficina serán provistos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por personas funcionarias de carrera. [...]"

70.- Finalmente, la atribución de la condición de autoridad conllevará, a su vez, cuando corresponda, la aplicación de la exigencia de responsabilidad por las conductas punibles tipificadas, en los artículos 550 y siguientes del Código Penal, modificados por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



71.- El apartado 3 del artículo 14 APL permite a "[l]as personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección" realizar una serie de actuaciones, de especial intensidad, debiendo destacar que a diferencia del resto del artículo, en el que las potestades de investigación y de inspección parecen constituir actuaciones diferenciadas, al separarse por la conjunción copulativa "y", en este apartado 3 parecen equipararse o identificarse semánticamente ambos términos. Esta diferencia de redacción se pone de manifiesto con especial énfasis al tener incidencia sobre la atribución de la condición de autoridad, que el proyecto reserva, únicamente, a "[l]as personas funcionarias al servicio de la Oficina que tengan atribuidas competencias inspectoras", mientras que la posibilidad de realizar las actuaciones a que se refiere el apartado 3 se atribuye, como se ha expuesto, a "[l]as personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección", por lo que debería homogeneizarse la redacción proyectada.

72.- Por lo que respecta a las actuaciones previstas en el apartado 3 del artículo 14 APL son las siguientes:

"3. Las personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección, podrán realizar las siguientes actuaciones:

- a) Personarse debidamente, acreditando la condición de autoridad, en cualquier dependencia de las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas, incluidos en el ámbito de actuación de la Oficina descrito en el artículo 8, para solicitar información, hacer comprobaciones y examinar los documentos, los expedientes, los libros, los registros, la contabilidad y las bases de datos, sea cual fuera el soporte en el que estuvieran registrados, así como los equipos físicos y logísticos utilizados. En el supuesto de personas físicas o jurídicas privadas que no formen parte del sector público andaluz será preciso el consentimiento de las mismas para acceder a la información o, en su caso, la oportuna autorización judicial.
- b) Realizar las entrevistas personales que se consideren oportunas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley descrito en el artículo 3. Las personas entrevistadas tendrán derecho a la asistencia letrada y demás derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española.
- c) Realizar los requerimientos de información o documentación que se consideren oportunos a las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas, incluidos en el



ámbito de actuación de la Oficina descrito en el artículo 8. Los citados requerimientos deberán ser atendidos en el plazo máximo de diez días desde su recepción, salvo que por el volumen o complejidad de la información o documentación solicitada, la Oficina considerara necesario otorgar un plazo mayor.

- d) Acceder a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros suscritos con entidades bancarias, mediante los que se hubieran podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos del sector público o de otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas.*
- e) Acordar, a los efectos de garantizar la integridad de los datos que puedan recabarse, la realización de copias auténticas de los documentos obtenidos, sea cual sea el soporte en el que se encontrasen almacenados."*

73.- Si bien el proyecto vincula, acertadamente, el ejercicio de las potestades de investigación y de inspección a *"los principios de necesidad y proporcionalidad, de cuyo cumplimiento se dejará constancia en el correspondiente expediente"*, limitándolas *"estrictamente a las relaciones que unan a las mismas con el sector público andaluz, con las instituciones y órganos previstos en el título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como con aquellas otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración Institucional de la Junta de Andalucía, conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre"* (art. 14.1 APL), en relación con las actuaciones a que se refiere el artículo 14.3, de especial intensidad, resultaría conveniente acotar o delimitar el ejercicio de las mismas que necesariamente ha de estar vinculado con el objeto de la investigación e inspección, es decir, con aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses conforme a lo dispuesto en el texto proyectado.

74.- Por lo que respecta a la posibilidad de personarse en cualquier dependencia para solicitar información, hacer comprobaciones y examinar los documentos, los expedientes, los libros, los registros, la contabilidad y las bases de datos, sea cual fuera el soporte en el que estuvieran registrados, así como los equipos físicos y logísticos utilizados el **artículo 14.3, a) APL** del texto proyectado prevé que en *el supuesto de personas físicas o jurídicas privadas que no formen parte del sector público andaluz será preciso el consentimiento de las mismas para acceder a la información o, en su caso, la oportuna autorización judicial*, previsión que se ajusta a las exigencias recogidas por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la reciente sentencia 1343/2019, de 10 de octubre, recaída en el recurso 2818/2017, (ECLI:ES:TS:2019:3286), que ha venido a precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada



y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada señalando que:

"SEGUNDO

[...] la necesidad de autorización judicial para que la Administración pública pueda entrar en un inmueble para ejecutar forzosamente una previa actuación administrativa, como puede serlo la concernida en este asunto, pero necesitada de ello para su efectividad, constituye una excepción constitucional y legal al principio de autotutela administrativa reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en favor de las administraciones públicas por razón de la necesaria efectividad del derecho fundamental subjetivo a la inviolabilidad domiciliaria consagrado tanto en el orden constitucional como en el internacional (v. artículos 18.2 de la Constitución española, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

[...] resumiendo la doctrina constitucional, para otorgar la autorización debe superarse un triple juicio -que debe efectuar el juez competente-: el de idoneidad de la medida (toda vez que ésta debe ser útil para la actuación inspectora), el de necesidad (esto es, que no exista otra medida sustitutiva más moderada que la intromisión que se pretende) y el de proporcionalidad en sentido estricto (pues han de ponderarse los beneficios de tal medida para el fin perseguido frente al sacrificio de un derecho fundamental como el que nos ocupa)."

75.- Del mismo modo, resulta oportuno destacar que el sacrificio de tan relevante derecho fundamental, inviolabilidad del domicilio, conforme al principio de proporcionalidad, habrá de operar como forma de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la ley únicamente cuando resulte absolutamente necesario para que la Administración actúe sus potestades de comprobación e inspección, esto es, que no exista una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz para la consecución del interés público.

76.- En lo que respecta a la previsión establecida en el **artículo 14.3,b) APL**, de "[r]ealizar las entrevistas personales que se consideren oportunas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley", teniendo las personas entrevistadas derecho a la asistencia letrada y demás derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, ha de resaltarse la especial importancia del derecho a no declarar contra sí mismo que se integra en los derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 24.2 CE.



77.- Los apartados b) y c) del artículo 14.3 APL, al referirse a la realización de "las entrevistas que se consideren oportunas" y "los requerimientos de información o documentación que se consideren oportunos" que, según el Proyecto podrán realizarse y dirigirse tanto a las Administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades como a personas físicas y jurídicas privadas, ha de ponerse de manifiesto la excesiva amplitud de la expresión utilizada debiendo vincular la *oportunidad* a la que viene referida, necesariamente, a la delimitación del objeto de la inspección que es una de las garantías fundamentales de los sujetos investigados para la defensa de sus intereses puesto que permite circunscribir la inspección al objeto de ésta y que la actuación de los funcionarios inspectores deba respetar los límites materiales establecidos en la misma.

78.- Así lo ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia de la Unión al detallar los elementos que debe contener la orden de investigación y precisar el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "*objeto y finalidad de inspección*" que legitiman la misma, por ejemplo en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y RoquetteFrères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".

79.- Igualmente, la Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 6 de abril de 2016, dictada en el recurso de casación número 113/2013, (ECLI:ES:TS:2016:1507), que resulta



igualmente aplicable a la posibilidad de “[a]cordar [...] la realización de copias auténticas de los documentos obtenidos, sea cual sea el soporte en el que se encontrasen almacenados” establecida en la letra e) del artículo 14.3 APL:

“[...] los inspectores pueden buscar elementos de información aún no conocidos o identificados plenamente con sometimiento a las limitaciones que impone el objeto de la inspección o en su caso el auto judicial autorizando la entrada y registro. Lo fundamental es que la copia o incautación de documentos se realice dentro de los límites establecidos por la orden de investigación y en su caso por el auto judicial”

80.- Como parámetro de concreción de la oportunidad del requerimiento de información o documentación podría valorarse la inclusión de la referencia a que se trate de datos que estén *especificados*, en tanto conocidos por la requerida como consecuencia del ejercicio de su actividad, e *individualizados*, de manera que el requerimiento contenga de forma precisa la obligación de suministrar cierta y concreta información, de manera análoga a lo exigido por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con los requerimientos individualizados de la Administración Tributaria (información por captación) derivados de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el artículo 30 del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Por todas, STS 1810/2015, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1810).

81.- Resta por mencionar la posibilidad recogida en el **artículo 14.3, d) APL** relativa a que las personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección puedan “[a]cceder a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros suscritos con entidades bancarias, mediante los que se hubieran podido efectuar pagos o disposiciones de fondos relacionados con procedimientos de adjudicación de contratos del sector público o de otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas”.

82.- El derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18 de la Constitución española, se configura como un ámbito de especial protección de los particulares, directamente vinculado con la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10 de la propia Norma Fundamental como fundamento del orden político y de la paz social. Sin embargo, como no podría ser de otro modo, es un derecho limitado, tanto por sus propios perfiles o contornos jurídicos, como por su interacción con el resto de los



derechos y deberes amparados por el Ordenamiento jurídico, por lo que con normalidad resulta dificultoso acotar con nitidez su contenido.

83.- Así lo ha señalado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:110), en los siguientes términos, al estudiar en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida, y en qué medida, y aunque aquel conocimiento no esté protegido por el derecho a la intimidad, se puede a través de la investigación fiscal conocer hechos pertenecientes a la esfera de la estricta vida personal y familiar:

"El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad."

84.- Ha de destacarse que las actividades de inspección derivadas de la normativa tributaria cuentan con un firme apoyo constitucional en el artículo 31.1 de la Norma fundamental, según el cual *«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio»*, señalando por ello el máximo intérprete de la Constitución que *"parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no*



paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta”.

85.- Debe hacerse notar, igualmente, la diferencia si la afectación de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución viene referida a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, debiendo recordar, por ejemplo la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 408/2016, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2775) que, declarando que “[h]ay que partir, pues, de la regla general que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de derechos fundamentales”, vino fijar como doctrina que *las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor garantizado por el artículo 18.1 CE*, de conformidad con los numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, como los recogidos en las sentencias 64/1988, de 12 de abril; 197/1988, de 24 de octubre; 91/1995, de 19 de junio o 175/2001, de 26 de julio.

86.- En cuanto a la tutela del derecho fundamental sustantivo de la intimidad de los clientes de una entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta, puede citarse la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio, dictada en el recurso de amparo 1805-2017 (ECLI:ES:TC:2019:97) interpuesto contra la sentencia núm. 116/2017, de 23 de febrero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2017:471), abordando la interpretación del artículo 11 de la LOPJ, el valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables pese a existir constancia de que fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero y la consideración de la denominada «*lista Falciani*» como prueba lícita de cargo.

87.- En la citada Sentencia 110/1984, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto como los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada «*intimidación económica*», en concreto, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma, diferenciando estos datos de otros, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4).

88.- Atendiendo a las consideraciones expuestas, el acceso a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros no puede conllevar la atribución de facultades ilimitadas a las personas funcionarias que presten



servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección. Como dijo el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 110/1984 (FJ 3º), la dificultad está en determinar la medida en que el derecho a la intimidad ha de ceder frente a la obligación del deber de prestar información con relevancia fiscal. Pues bien, para cumplir con la doctrina del máximo intérprete de la Constitución será preciso, en cada caso concreto, comprobar si los límites sustantivos y procedimentales a través de los cuales ha de canalizarse la obtención de la información han sido respetados por la Administración y si, en consecuencia, el quebranto de valores y derechos constitucionalmente protegidos está justificado.

89.- Para valorar la adecuación a Derecho del acceso a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros podría resultar conveniente la introducción en la norma proyectada de parámetros que permitan comprobar que se trata de un acceso individualizado y suficientemente motivado, siempre dentro del ámbito competencial del órgano de la Administración que lo practica. Así, la tan citada STC 110/1984 para valorar que la petición de la Inspección Fiscal de que el contribuyente o, en su defecto, la Entidad de crédito afectada facilite las certificaciones de los movimientos de las cuentas del recurrente no supone en sí la vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Constitución ni de ningún otro derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo, o que la legislación vigente autorice a la Inspección Fiscal a pedir datos y antecedentes de los movimientos investigados, recuerda con detalle que la propia legislación establece un determinado alcance y numerosos límites, *"como son: a) la autorización ha de proceder de ciertos órganos que se enumeran taxativamente (LRF, art. 42.1); b) en la autorización deben precisarse una serie de extremos, tales como las cuentas y operaciones que han de ser investigados, los sujetos pasivos interesados, la fecha en que la actuación debe practicarse y el alcance de la investigación (ibidem); c) la investigación se llevará a cabo según procedimientos específicos y, en su caso, con citación del interesado y en presencia del director de la Entidad bancaria de que se trate (LRF, art. 42.2); d) los datos o informaciones sólo podrán utilizarse a los fines tributarios y de denuncia de hechos que pueden ser constitutivos de delitos monetarios o de cualesquiera otros delitos públicos; e) se recuerda con especial energía el deber de sigilo que pesa sobre todas las autoridades y funcionarios que tengan conocimiento de los datos revelados en la investigación, sigilo que ha de ser «estricto y completo» y que está especialmente protegido porque la infracción del deber de guardarlo será considerado siempre falta disciplinaria muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y criminales que pudieran corresponder (LRF, art. 42.3). Y la Orden ministerial, en la parte citada, aparte de fijar un plazo para la aportación de datos y antecedentes, advierte, como no podía menos, que la petición de esos datos y antecedentes se realizará en «los límites legales*



establecidos», entre los que hay que contar, naturalmente, los que impone la Constitución.”

90.- Lo expuesto sobre los límites del derecho a la intimidad resulta asimismo aplicable al caso en que sea la entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requieran las *personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección.*

91.- Por tanto, el acceso a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros de personas físicas o jurídicas privadas, previsto en el artículo 14,3, d) APL no puede conllevar la atribución de facultades ilimitadas a las personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección, pudiendo valorarse, al efecto, la introducción en la norma proyectada de parámetros que permitan comprobar que se trata de un acceso individualizado y suficientemente motivado, siempre dentro del ámbito competencial del órgano de la Administración que lo practica, en términos similares a los establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:110).

92.- Pese a que el artículo 12.2 de la norma proyectada sujeta a las personas al servicio de la Oficina al deber de secreto, que perdurará, sin límite temporal, también después de cesar en el cargo o de ocupar los puestos de trabajo adscritos a la Oficina, dando su incumplimiento lugar a *la apertura de una información reservada y a la incoación, si procediera, del pertinente expediente disciplinario*, atendiendo a la especial intensidad de las actuaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 14 APL, y partiendo de que quienes acceden al secreto, por su condición de servidores públicos, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que puedan existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone, podría valorarse la oportunidad de incorporar al texto objeto de informe la determinación de sanciones disciplinarias específicas que refuercen, frente al ciudadano, el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto.

93.- Finalmente, en relación con este precepto, podría resultar conveniente, en aras de incrementar el principio de seguridad jurídica, valorar la incorporación al texto proyectado de alguna referencia expresa relativa a si las actuaciones realizadas en ejercicio de las potestades de investigación e inspección a que se refiere el artículo 14 APL, como los requerimientos de



obtención de información o documentación, afectan o no al plazo de duración del procedimiento de investigación e inspección establecido en el artículo 19.1 APL (STS 526/2019, de 22 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1435).

94.- El artículo 15 APL se refiere a los derechos de las personas afectadas reconociendo a las personas que fueran objeto de actuaciones de investigación e inspección por parte de la Oficina, la condición de interesadas en el correspondiente procedimiento de investigación e inspección lo que determina que gocen de los derechos previstos en el artículo 53 de la Ley 39/2015, no pudiendo olvidar que las garantías procedimentales del artículo 24.2 de la CE son aplicables a los procedimientos administrativos de índole sancionadora, integrándose en las garantías del derecho de defensa no sólo el deber de comunicar al afectado la incoación del expediente sancionador, sino, además, que se le dé la oportunidad de alegar en el curso del mismo lo que a su derecho convenga, así como de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes (por todas SSTC 169/2012, de 1 de octubre, FJ 2, y 59/2014, de 5 de mayo, FJ 3).

95.- El artículo 16 APL lleva por rúbrica "*[i]nicio del procedimiento de investigación e inspección*", disponiendo que tendrá lugar *de oficio por acuerdo de la persona titular de la Dirección de la Oficina*, entre otros supuestos, por denuncia, previendo que la persona denunciante podrá solicitar de la Oficina que se guarde la confidencialidad sobre su identidad, así como respecto de cualquier otra información de la que se pueda deducir, directa o indirectamente, esta identidad y que en los supuestos en los que la persona denunciada solicite conocer la identidad de la denunciante, y ésta no hubiera solicitado la confidencialidad sobre su identidad, la Oficina le dará audiencia a fin de que comunique si desea que su identidad sea o no revelada.

96.- En relación con la confidencialidad de la identidad del denunciante ha de traerse a colación, la ya citada Sentencia 35/2020, de 6 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (ECLI: ES:TS:2020:272), admitiendo la validez de denuncia anónima llevada a cabo en el seno de una empresa. Asimismo, debe recordarse que la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, no afecta a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones (Considerando 34 y artículo 6.2)



97.- El segundo párrafo del **apartado 1 del artículo 19 APL**, rubricado "*[f]inalización del procedimiento de investigación e inspección*", establece que la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección "*se dictará y notificará a las personas interesadas en un plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento de investigación e inspección*", plazo que una vez transcurrido debe entenderse como determinante de la caducidad del procedimiento, sugiriendo la inclusión en el texto proyectado una referencia expresa al respecto.

98.- Asimismo, dado que el apartado 1 del artículo 19 APL se refiere al plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección, ha de recordarse que la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, cuando se produzca la caducidad, en la resolución que la declare se ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95 de la Ley 39/2015, (art. 25.1,b) Ley 39/2015).

99.- El **apartado 5 del artículo 19 APL** señala que si no concurrieran las circunstancias indicadas en los apartados 2 -(si de las actuaciones de investigación e inspección realizadas por la Oficina se apreciase indicios de la comisión de infracciones administrativas, disciplinarias, contables o la concurrencia de causas que justificaran la iniciación de un procedimiento de reintegro de subvenciones, revisión de oficio u otras actuaciones para la restitución de la legalidad o reparación del daño causado)-, 3 -(cuando se apreciara la posible comisión de una infracción administrativa tipificada en el título III de la presente ley o en el capítulo IV de la Ley 3/2005)- y 4 (si como resultado de las actuaciones de investigación e inspección realizadas por la Oficina se constatase la existencia de indicios racionales de la comisión de un posible delito)-, *la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección acordará el archivo de las actuaciones.*

100.- La redacción de este apartado, en tanto parece prever que, en determinados supuestos, la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección, únicamente, acordará el archivo de las actuaciones, se observa que podría entrar en colisión con lo dispuesto en el artículo 32.1.b) APL, en el que se reconoce el derecho del denunciante "*[a] que la denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada en los términos y plazos previstos en esta ley*".

101.- Sin perjuicio de dar aquí por reproducidas las observaciones anteriormente formuladas en relación a lo dispuesto en el artículo 19.4 APL



y la incorporación de las previsiones esenciales derivadas del principio de reserva de jurisdicción, debe recordarse la obligación de resolver, recogida con carácter general en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, conforme al cual:

"La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concorra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. [...]"

102.- La redacción del proyectado artículo 19.5 APL tampoco parece derivarse de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 39/2015, que en el ámbito de los procedimientos de carácter sancionador, permite al órgano instructor resolver la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción del procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las circunstancias que enumera el precepto:

- "a) La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción.*
- b) Cuando los hechos no resulten acreditados.*
- c) Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa.*
- d) Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad.*
- e) Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción."*

103.- En base a estas consideraciones se sugiere revisar la redacción del apartado 5 del artículo 19 APL, en tanto parece prever que, en determinados supuestos, la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección acuerde, únicamente, el archivo de las actuaciones a fin de coherencia con las previsiones establecidas en los artículos 21.1, 25.1.b), 89 y 95 de la Ley 39/2015.

104.- Se sugiere valorar la revisión de la redacción del párrafo primero del **apartado 1 del artículo 20 APL** a fin de aclarar si el requisito de contar con más de diez años de experiencia profesional acreditada relacionada con el ámbito funcional de la Oficina es exigible tanto a *quienes estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas*



como a quienes *pertenezcan a un cuerpo funcional adscrito al subgrupo de titulación A1*, o sólo respecto de éstos últimos.

105.- La previsión recogida en el **artículo 22.1,e) APL**, como causa de incompatibilidad para el ejercicio de la Dirección de la Oficina de «*[e]l ejercicio en activo de las carreras judicial y fiscal*» es coherente con la causa de incompatibilidad para Jueces y Magistrados prevista en el artículo 389.3º LOPJ.

106.- El **artículo 25 APL**, que lleva por rúbrica "*[r]ecursos en vía administrativa*", prevé que los actos dictados por órganos de la Oficina distintos de la Dirección podrán ser objeto de recurso de alzada ante la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; que los actos dictados por la Dirección de la Oficina ponen fin a la vía administrativa, pudiendo ser objeto del recurso potestativo de reposición establecido en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; y que "*[e]n ningún caso podrán ser objeto de recurso alguno en vía administrativa la memoria anual y los informes especiales y recomendaciones, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 28 y 29*".

107.- Atendido el tenor del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y puesto en conexión con la peculiar configuración y naturaleza de la Oficina, diseñada en la norma proyectada (artículo 5 APL) como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, *adscrita al Parlamento de Andalucía*, que actuará con plena autonomía e independencia funcional en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, respecto de las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidas en su ámbito de actuación, resultaría sumamente conveniente a efectos de evitar todo resquicio de duda ante la eventual impugnación jurisdiccional de sus actos, la atribución, en el texto proyectado, a los actos de la Oficina de la consideración de *actuación de la Administración de la Junta de Andalucía*, (artículo 1.2.b) LRJCA).

108.- En el **artículo 26 APL**, en tanto prevé que los puestos de trabajo de la Oficina serán provistos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por personas funcionarias de carrera y que las personas al servicio de la Oficina se registrarán por la normativa reguladora en materia de personal al servicio del Parlamento de Andalucía, sin perjuicio de lo que pueda establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior de la Oficina, podría valorarse la conveniencia de incorporar la



mención a la situación administrativa en la que se encontrarán las personas al servicio de la Oficina, como pudiera ser el pase a servicios especiales o la continuación en servicio activo en sus cuerpos de origen.

109.- En el **artículo 27 APL**, referido a los "*[r]ecursos económicos, presupuesto, régimen patrimonial, de contabilidad, intervención y contratación*", se sugiere valorar la conveniencia de adicionar la referencia al régimen de responsabilidad patrimonial, no pudiendo olvidar, como declaró la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009, FD quinto, (ECLI:ES:TS:2009:7422), con ocasión de la primera reclamación formulada de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, que *el artículo 9.3 CE constitucionaliza unos principios generales del derecho, entre ellos el de la responsabilidad de los poderes públicos, que tienen una virtualidad inmediata en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña y que si bien [e]s cierto que la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos representa permite al legislador un cierto margen en el momento de su concreción, en atención al poder público de quien se predique, pero también lo es que la ausencia de regulación legal no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño, cuando los tribunales pueden detectar, sin riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del poder legislativo, que la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 CE , en el cual se incluyen sin duda alguna, los daños causados por un funcionamiento de los poderes públicos ajeno a lo que debe considerarse un comportamiento regular.*

110.- Por lo que respecta a las actuaciones llevadas a cabo por la Oficina, a que se refiere la **letra c) del apartado 2 del artículo 28 APL**, "*[m]emoria anual*", en tanto vienen referidas a "*[l]os expedientes tramitados que hayan sido enviados a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, con la indicación, en su caso, de los procedimientos iniciados por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal y el resultado de los mismos*", esta previsión habrá de cohonestarse con la necesidad de respetar escrupulosamente las normas de reserva y secreto previstas en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que, en aquellos casos en los que dichos preceptos resulten aplicables, han de prevalecer sobre la previsión que pretende incorporar la norma proyectada.

c) Título II: la protección de la persona denunciante.



111.- El **título II del Proyecto** lleva por rúbrica "*[d]e la protección de la persona denunciante*", englobando los artículos 30 "*[p]ersona denunciante*", 31 "*[d]enuncia con plenas garantías*", 32 "*[d]erechos de las personas denunciantes*", 33 "*[m]edidas de protección*" y 34 "*[p]ublicidad de la información relativa a la tramitación de denuncias ante la Oficina*", recogiendo una regulación similar a la de otras leyes autonómicas, así, en el artículo 14 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, el artículo 24 de la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra o los artículos 59 y 60 de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.

112.- En el **apartado 1 del artículo 30 APL**, al igual que se indicara en relación con lo dispuesto en el artículo 9 APL, respecto de la referencia a los "*hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses*", se sugiere la matización o vinculación de esta referencia *conforme a lo dispuesto en la presente ley*, en especial, a las definiciones incorporadas al artículo 2 del Proyecto.

113.- Los **apartados 2 y 3 del artículo 30 APL** prevén que la formulación de la correspondiente denuncia pueda tener lugar en nombre propio "*o en representación de las personas jurídicas para las que presten servicios*", referencia que habrá de entenderse realizada a quien ostente la debida representación legal orgánica o, en su caso quien cuente con la representación voluntaria al afecto, de la persona jurídica de que se trate, recordando, entre otras, la Sentencia 255/2016, de 19 de abril, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2016:1665) que ha recordado que la Jurisprudencia de la Sala *distingue entre la representación orgánica que legalmente corresponde al administrador o administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales* y que consecuencia de dicha distinción es que *mientras la representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, la representación voluntaria se rige por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio sobre el mandato mercantil*.

114.- Como ut supra se ha expuesto, el deber de comunicación o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la regulación española en los artículos 262 (parcialmente modificado por la Ley de 14 de abril de 1955) y 264 de la



LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

115.- A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a establecer *"el deber que tienen todas las personas que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal"* (apartado II de la Exposición de Motivos), modificando, a tal efecto, los artículos 13 y 14 de la LOPJM, 1/1996.

116.- El **apartado 4 del artículo 30 APL** exige que la persona denunciante sea mayor de edad, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 5,7) de la Directiva (UE) 2019/1937, que define al «denunciante» como *persona física* [que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales].

117.- Conforme al artículo 162 del Código Civil, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *"[l]os padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados"*, exceptuando el apartado 1.º *"[l]os actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo"*.

118.- Siguiendo la tendencia internacional, en nuestro Ordenamiento jurídico se han producido grandes avances en la consideración de las personas menores de edad como sujetos de derechos, pudiendo destacar al respecto, por ejemplo, que el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (artículo 15) prevé que las personas menores de edad puedan comunicar situaciones de violencia, a los Servicios Sociales, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, tanto personalmente, como a través de sus representantes legales. El Informe de este órgano constitucional al citado Anteproyecto de Ley Orgánica fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 30 de mayo de 2019.

119.- Asimismo, en el ámbito de Andalucía, desde la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, se recoge como *"[e]l cambio producido en las últimas décadas en la conciencia social universal y fundamentalmente en el mundo occidental, en el que España y Andalucía se encuentran integradas, respecto del papel real que en la sociedad actual*



debe corresponder a los menores, [...]. Tal cambio ha supuesto el entendimiento general de que los menores de edad deben ser sujetos de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden, además de sujetos de aquellos derechos derivados de la especial protección que, por su propia dependencia de otros, les es debida."

120.- Junto a esta declaración general, recogida en la Exposición de Motivos, el artículo 4 de la citada Ley 1/1998, al tratar de la "[d]efensa de los derechos del menor" prevé que los menores, para la defensa de sus derechos, puedan, personalmente o a través de su representante legal:

- "a) Dirigirse a las Administraciones públicas en demanda de la protección y asistencia que precisen y solicitar de las mismas los recursos sociales disponibles.*
- b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas aquellas situaciones y actuaciones que atenten contra sus derechos y contra su integridad física y moral.*
- c) Presentar quejas ante el Defensor del Menor."*

121.- Como manifestación más reciente de la posibilidad del ejercicio de los derechos vinculados con la personalidad por parte de las personas menores de edad con suficiente grado de madurez, pueden citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio [ECLI:ES:TC:2019:99] que declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; así como la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 685/2019, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4217) que, atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la STC citada, reconoce a las personas menores de edad, que tengan suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

122.- No puede olvidarse que la denuncia supone una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ni tampoco desconocerse que al menos hipotéticamente podrán darse situaciones en las que el acceso a la información relevante a efectos del Proyecto pueda tener lugar por parte de personas menores de edad, por ejemplo en ámbitos de especial vinculación con las mismas como el educativo o el relacionado con la protección de los menores en situación de desamparo, cuya tutela corresponde por ministerio de la Ley a la Junta de Andalucía, como Entidad Pública a la que está encomendada la protección de los menores en su territorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 172, apartado 1, del Código Civil; en el artículo 61.3,a) de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de



reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía y en el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

123.- En atención a lo expuesto, se sugiere valorar la conveniencia del requisito de la mayoría de edad del denunciante, recogido en el **apartado 4 del artículo 30 del Proyecto**.

124.- Asimismo, en cuanto a la exigencia de plena capacidad de obrar del denunciante, recogida en el citado **artículo 30.4 APL**, el texto proyectado deberá acompasarse al nuevo régimen de ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad, debiendo recordar la proyectada reforma de nuestra legislación en materia de protección de la discapacidad, (Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad), en la que se opta, decididamente, por un nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones. Esta conclusión se encuentra en línea con el contenido del Informe de este órgano constitucional al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018.

125.- El **artículo 30.5 APL** atribuye a las personas denunciantes la consideración de personas interesadas en el procedimiento administrativo, a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a diferencia de otras leyes autonómicas, como ocurre en el caso de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, cuyo artículo 60.2 dispone que el denunciante *no tendrá la condición de interesado en las actuaciones administrativas que se inicien como consecuencia de la denuncia, si bien podrá solicitar de la Administración ser informado del estado de tramitación de su denuncia y resolución de la misma.*

126.- En cuanto a la previsión recogida en el **apartado 6 del artículo 30 del Proyecto**, conforme a la cual *"[s]e considerará que las personas denunciantes no infringen ninguna restricción de revelación de información, así como que tampoco incurrir en responsabilidad de ningún otro tipo en relación con la información suministrada en la denuncia, salvo que la adquisición o el acceso a la*



información suministrada en la denuncia constituya por sí un delito, siempre que las personas denunciantes tuvieran motivos razonables para creer que la revelación de la información era necesaria para poner de manifiesto la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses”, debe advertirse que el texto proyectado no puede convertirse en instrumento legal hábil modificativo de las reglas de responsabilidad establecidas en la normativa estatal, especialmente en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (véase al efecto lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 417 del Código Penal) y en la legislación básica que resulte aplicable, por ejemplo la recogida en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo capítulo VI del título III disciplina los “[d]eberes de los empleados públicos”.

127.- Así, la proyectada exención de responsabilidad, que ocupa una posición importante en la configuración de la protección de la persona denunciante, al estar recogida en una norma autonómica, ha de destacarse que habrá de desplegar su eficacia de manera limitada al ámbito estrictamente autonómico, al estar sometida a los límites derivados, de un lado, del régimen de responsabilidad penal, que resulta indisponible para el legislador autonómico, y de otro lado, respecto de aquellas normas que tipifiquen infracciones por revelar indebidamente información, en la medida en que estén tipificadas o recogidas en normas estatales básicas derivadas de títulos competenciales estatales que quedarían igualmente fuera del ámbito de actuación de la Junta de Andalucía.

128.- El **artículo 31.1 APL** permite la presentación de denuncias *“por escrito o verbalmente o de ambos modos. La denuncia verbal será posible por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajerías de voz y, previa solicitud de las personas denunciantes, por medio de una reunión presencial, debiendo preverse la remisión a las personas denunciantes de un acuse de recibo de la denuncia, en un plazo máximo de siete días desde su recepción”,* a diferencia, por ejemplo, de lo dispuesto en la Ley Foral 7/2018, cuyo artículo 17 exige que las denuncias se realicen por escrito.

129.- Sobre la posibilidad de presentar denuncias verbales y la importancia de la denuncia interna presentada como *“notitia criminis”,* con cita de la Directiva (UE) 2019/1937, se ha pronunciado, recientemente, la Sentencia 35/2020, de 6 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (ECLI: ES:TS:2020:272), en los siguientes términos:

“Importancia tiene la denuncia llevada a cabo y en la que, con la inexistencia de un programa de cumplimiento normativo interno, sí que resulta



notablemente interesante que en el periodo de los hechos probados se lleve a cabo una mecánica de actuación ad intra en el seno de la empresa que ha sido recientemente regulada en el denominado "canal de denuncias interno" o, también denominado Whistleblowing, y que ha sido incluido en la reciente Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En efecto, se hace constar en esta Directiva comunitaria que los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo. Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como "notitia criminis" se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciantes, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia. En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma."

130.- No obstante, por lo que respecta a la posibilidad de presentación de denuncias verbales recogida en el artículo 31.1 APL se sugiere la



incorporación al texto proyectado de las correspondientes previsiones en cuanto a la necesidad de que quede constancia de su contenido, debidamente documentado e integrado en el expediente administrativo.

131.- El apartado 3 del artículo 31 APL dispone que a los procedimientos y canales descritos les resultarán de aplicación los principios previstos en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales respecto de los sistemas de información de denuncias internas, debiendo recordar que el propio apartado 5 del precitado artículo 24 Ley Orgánica 3/2018 ya dispone que los principios recogidos en este precepto *serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas.*

132.- El artículo 32.1, a) del Proyecto, sin perjuicio de los derechos reconocidos en el artículo 53 de la Ley 39/2015, reconoce a todas las personas denunciante, el derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina a *conocer el estado de la tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se les notifiquen los actos y resoluciones dictadas respecto de la mismas*, que debe entenderse como consecuencia inherente a la atribución al denunciante de la consideración de interesado en el procedimiento administrativo, recogida en el artículo 30.5 APL.

133.- El artículo 32.2, a) del texto proyectado pretende reconocer al denunciante el derecho a asesoría legal gratuita en relación a las denuncias presentadas y el derecho a la asistencia letrada y representación gratuitas en los eventuales procedimientos judiciales una vez archivadas las denuncias por la Oficina, sin vinculación a los requisitos establecidos en la Ley 1/1996, y en particular, con independencia de la *insuficiencia de medios para litigar.*

134.- El artículo 119 de la Constitución española establece que *"La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"*, consagrando así un derecho de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en su artículo 24.1. La finalidad inmediata de dicho precepto, como ha señalado el Tribunal Constitucional, radica en permitir el acceso a la justicia a quienes carecen de medios económicos suficientes para ello, es decir *"a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a*



sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar" (STC 16/1994, de 20 de enero, ECLI:ES:TC:1994:16).

135.- La justicia gratuita es, por tanto, un derecho prestacional y de configuración legal, si bien la propia Constitución ha delimitado un contenido indisponible que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten carecer de recursos suficientes. En este marco ha de ser el legislador el que desarrolle el contenido y las condiciones de ejercicio de este derecho, habiéndose plasmado esta regulación en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuyo artículo 1, redactado por las leyes 2/2017, de 21 de junio, de modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, es del siguiente tenor literal:

"La presente Ley tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Constitución y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad.

El servicio de asistencia jurídica gratuita será obligatorio en los términos previstos en esta ley. Los Colegios profesionales podrán organizar el servicio y dispensar al colegiado cuando existan razones que lo justifiquen.

Las disposiciones de esta ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el apartado 1 del artículo 6.

En la aplicación de esta Ley deberán tomarse en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad."

136.- Por lo que respecta al ámbito competencial de la Junta de Andalucía, ha de acudirse al tenor de los artículos 29 y 150.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, conforme a los cuales:

"Artículo 29. Acceso a la justicia.



En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantiza la calidad de los servicios de la Administración de Justicia, la atención de las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.

"Artículo 150. Justicia gratuita. [...]

1. Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia para ordenar los servicios de justicia gratuita y de orientación jurídica gratuita."

137.- Por su parte, el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que tiene por objeto *la regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita consagrado en el artículo 119 de la Constitución española y regulado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003 de 25 de julio, el régimen de funcionamiento de los órganos que intervienen en el mismo, así como las distintas compensaciones económicas que se derivan de la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita* (artículo 1.1), dispone en su artículo 2 que "[s]erán titulares del derecho de asistencia jurídica gratuita todas aquellas personas expresamente señaladas en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, o en las disposiciones con rango de Ley que con carácter especial lo establezcan."

138.- Expuesto lo anterior, ante la previsión incorporada al **artículo 32.2.a) APL** resulta especialmente importante destacar que, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 1/1996, cuya redacción procede de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, los artículos integrados en el capítulo I de la Ley 1/1996, entre los que se encuentran los referidos al ámbito personal de aplicación (artículo 2), requisitos básicos (artículo 3), exclusión por motivos económicos (artículo 4), reconocimiento excepcional del derecho (artículo 5) y contenido material del derecho (artículo 6) "[...] se dictan al amparo de las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1, 5.^a y 6.^a de la Constitución Española, sobre relaciones internacionales, Administración de Justicia y legislación procesal, respectivamente", de donde resulta la imposibilidad de que a través de la norma proyectada se reconozcan nuevos supuestos o beneficiarios de justicia gratuita al margen de lo establecido en la Ley 1/1996. De este modo, la previsión de asistencia leal gratuita debe situarse fuera de la Ley 1/1996, resultando por ello procedente especificar el concreto mecanismo a través del cual se pretende prestar la referida asistencia jurídica gratuita.



139.- Desde el punto de vista presupuestario, dado que el **apartado 2 del artículo 32 APL** confiere al denunciante, desde el momento de la presentación de la denuncia ante la Oficina, derecho a asesoría legal gratuita en relación a las denuncias presentadas, derecho a la asistencia letrada y representación gratuitas en los eventuales procedimientos judiciales, así como a asistencia psicológica gratuita cuando así lo requieran a causa de trastornos derivados de sus denuncias, sería recomendable que dichas circunstancias tuvieran el debido reflejo en la Memoria Económica que acompaña al texto remitido, con independencia de que el Anteproyecto no tenga incidencia económica en los créditos presupuestarios asignados a la Consejería proponente.

d) Título III: Régimen Sancionador.

140.- El **artículo 35 APL** "*[c]ompetencia sancionadora y procedimiento*" prevé que "*[e]l procedimiento se ajustará a lo previsto en el título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, resultando de aplicación los principios de la potestad sancionadora previstos en el título preliminar, capítulo III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*" recogiendo como plazo máximo de duración del procedimiento el de seis meses, con *dies a quo* desde la fecha del acuerdo de inicio, y la fecha de notificación de la resolución expresa como *dies ad quem*, plazo máximo que transcurrido debe entenderse como determinante de la caducidad del procedimiento, sugiriendo valorar la introducción en el texto proyectado de referencia expresa al efecto.

141.- Sin perjuicio de lo manifestado en relación con el artículo 25 APL, atendido en tenor del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y puesto en conexión con la peculiar configuración y naturaleza de la Oficina, diseñada en la norma proyectada (artículo 5 APL) como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrita al Parlamento de Andalucía, que actuará con plena autonomía e independencia funcional en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, respecto de las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidas en su ámbito de actuación, resultaría sumamente conveniente, a efectos de evitar todo resquicio de duda ante la eventual impugnación jurisdiccional de las sanciones reguladas en el **Título III del Proyecto**, la atribución a las mismas, en el texto proyectado, de la consideración de *actuación de la Administración de la Junta de Andalucía*, (artículo 1.2.b) LRJCA).



142.- Finalmente, se sugiere valorar la inclusión en el Anteproyecto, en la Exposición de Motivos o en una nueva disposición final, los títulos competenciales aplicables que habilitan el dictado de la ley, si bien *a priori*, la opción del órgano promovente del Proyecto se situaría dentro del espacio de libre autoorganización que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que conforme al artículo 47.1.1ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, ostenta la competencia exclusiva respecto de «la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía».

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Proyecto ha optado por configurar la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrita al Parlamento de Andalucía, que actuará con plena autonomía e independencia funcional en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, respecto de las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidas en su ámbito de actuación, siguiendo el modelo existente en otras Comunidades Autónomas que han creado Oficinas o Agencias de prevención de la corrupción configuradas como órganos independientes de adscripción parlamentaria.

SEGUNDA.- A pesar de que el Proyecto sigue, como se ha indicado, la tendencia autonómica de creación de órganos de naturaleza dual, en tanto independientes y de adscripción parlamentaria, no puede desconocerse la necesaria correlación entre cualquier creación *ex novo* derivada del marco organizativo autonómico y la legislación básica del Estado dictada en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que operará como límite a la configuración de la potestad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas, correspondiendo asimismo, en este caso al Parlamento de Andalucía la formulación de todas aquellas observaciones sobre el contenido del Proyecto que incida en su ámbito competencial.

TERCERA.- El marco normativo del Proyecto se encontrará delimitado, de un lado, en un plano de primacía, por el Derecho de la Unión, en particular por la reciente Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuyo plazo general de transposición finalizará el 17



de diciembre de 2021 (artículo 26); y de otro, por el Ordenamiento interno español, especialmente por la normativa que el Estado dicte, en el ejercicio legítimo de sus competencias, para abordar la transposición de la citada norma de la Unión, normativa que, de tener carácter básico, podrá incidir en la regulación autonómica proyectada.

CUARTA.- Atendiendo a la posición especial que ocupa el Código Penal en todo Ordenamiento jurídico, en tanto "*forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado*", es por lo que se sugiere valorar la conveniencia de modular la redacción de la expresión "[n]o es suficiente con la aplicación del Código Penal", recogida en apartado I del párrafo cuarto de la **Exposición de Motivos** y en la memoria justificativa y de oportunidad que acompaña al Proyecto.

QUINTA.- En cuanto a la incorporación de las previsiones esenciales derivadas del principio de reserva de jurisdicción, se ha de revisar la redacción del **apartado 4 del artículo 19** del Proyecto por cuanto parece diferir el traslado de las actuaciones al órgano judicial o al Ministerio Fiscal al momento del dictado de *la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección*, circunstancia que pudiera derivarse de la ubicación sistemática de estas previsiones en el artículo dedicado a la finalización del procedimiento de investigación e inspección, a diferencia, por ejemplo, de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que las inserta en el artículo correspondiente a la delimitación de funciones (art. 5.2), al igual que hiciera el artículo 5.2 del proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía, resultando en este sentido más adecuada la redacción recogida en el apartado seis de la disposición final tercera, relativa a la modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

SEXTA.- Las reglas de persecución de los llamados *delitos de corrupción* no deben ser nunca inferiores a las generales que rigen en el resto de delitos públicos, de donde deriva que el conocimiento de indicios delictivos por parte de la Oficina proyectada no releva a la misma de la obligación de trasladar esos indicios al Juez penal o al Ministerio Fiscal en los términos generales establecidos para cualquier delito público por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



SÉPTIMA.- El deber de comunicación de los indicios criminales referidos a delitos públicos, impuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pesa igualmente sobre las Administraciones públicas, debiendo entender que alcanza a la Oficina diseñada por el texto proyectado, surgiendo con ello la obligación de denunciar cualquier delito público de los que pudiera tener conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, tal cual exige el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no permite a la Administración silenciar los indicios de delito de que disponga, no pudiendo olvidar, además, que la Jurisdicción Penal podrá depurar la responsabilidad que pueda incumbir a los órganos administrativos por su dilación o pasividad en la comunicación de los indicios delictivos.

OCTAVA.- En el **párrafo noveno del apartado I de la Exposición de Motivos**, podría resultar conveniente la introducción de redacción alternativa a la recogida en la última frase del mismo, "*[no] obstante, no existen órganos o entidades independientes de lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito nacional*", a la vista de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 332 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, -Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación-, o en el artículo 33 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno -Consejo de Transparencia y Buen Gobierno-.

NOVENA.- A diferencia de las normas internacionales, ha de recordarse que la Unión Europea tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, cuenta con un Ordenamiento jurídico propio, distinto del Derecho internacional, por lo que resultaría conveniente modificar la redacción del **penúltimo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos**.

DÉCIMA.- El **artículo 3 APL** delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley que, a diferencia de la regulación de otras Comunidades Autónomas, por ejemplo la recogida en la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, no incluye en su ámbito de aplicación a las Universidades públicas y sus entes, entidades, fundaciones y organismos dependientes ni a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales y las fundaciones y asociaciones vinculadas, a pesar de su condición de perceptores de subvenciones de carácter público.

DECIMOPRIMERA.- Se sugiere valorar la conveniencia de adicionar en el **artículo 4 APL**, relativo a los principios rectores que rigen las actuaciones previstas en la Ley, mención expresa al principio de reserva de jurisdicción.



DECIMOSEGUNDA.- La previsión establecida en el **artículo 7.2 del Proyecto**, en cuanto a la publicación del reglamento de régimen interior en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, será válida si el contenido del reglamento a que alude el mencionado artículo contiene disposiciones que hayan de quedar en el ámbito doméstico o de pura organización interna de la Oficina, con efectos en terminología académica de ascendencia germánica de carácter administrativo, orgánico o *ad intra*, conclusión que puede hacerse extensiva al resto de preceptos del texto proyectado, en tanto aluden a la publicación en el citado Boletín Oficial, (**artículos 20.3, 23.5, 26.2, 28 y 29.3 APL**). En caso contrario, los principios de seguridad jurídica y de publicidad de las normas conllevarían, como requisito para la plena integración en el Ordenamiento jurídico -validez- y aplicación de la norma -eficacia-, la necesidad de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

DECIMOTERCERA.- En las letras j) y l) del **artículo 9 APL** se sugiere, respecto de la mención a "*los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses*", la matización o vinculación conforme a lo dispuesto en la presente ley, en especial, a las definiciones incorporadas al artículo 2 del Proyecto.

DECIMOCUARTA.- El **artículo 10 APL**, al tratar de la «*[d]elimitación de funciones*», si bien establece los límites al ejercicio de las funciones de la Oficina con el fin de preservar las competencias de otros órganos autonómicos o estatales de control (Cámara de Cuentas de Andalucía, Tribunal de Cuentas, Intervención General de la Junta de Andalucía, etc.), no recoge mención alguna a la actuación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, a diferencia, por ejemplo, del artículo 5.2 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana o del artículo 5.2 del proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DECIMOQUINTA.- Siempre que se trate de funcionarios públicos, es posible que se les atribuya, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, conforme a lo establecido en el **artículo 14.2 del Proyecto**, la condición de agente de la autoridad, (STC 178/2019, de 18 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:178), lo que conllevará, a su vez, cuando corresponda, la aplicación de la exigencia de responsabilidad por las conductas punibles tipificadas, en los artículos 550 y siguientes del Código Penal, modificados por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



DECIMOSEXTA.- Debe destacarse que el **artículo 14.2 APL** atribuye la condición de autoridad, únicamente, a "*[l]as personas funcionarias al servicio de la Oficina que tengan atribuidas competencias inspectoras*", mientras que la posibilidad de realizar las actuaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 14 APL se confiere a "*[l]as personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección*".

DECIMOSÉPTIMA.- El **apartado 3 del artículo 14 APL** permite a "*[l]as personas funcionarias que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección*" realizar una serie de actuaciones, de especial intensidad, debiendo destacar que a diferencia del resto del artículo, en el que las potestades de investigación y de inspección parecen constituir actuaciones diferenciadas, al separarse por la conjunción copulativa "y", en este apartado 3 parecen equipararse o identificarse semánticamente ambos términos, lo que tiene una incidencia especialmente relevante en la atribución de la condición de autoridad, que el proyecto reserva, únicamente, a "*[l]as personas funcionarias al servicio de la Oficina que tengan atribuidas competencias inspectoras*", por lo que debería homogeneizarse la redacción proyectada.

DECIMOCTAVA.- Si bien el proyecto vincula, acertadamente, el ejercicio de las potestades de investigación y de inspección a "*los principios de necesidad y proporcionalidad, de cuyo cumplimiento se dejará constancia en el correspondiente expediente*", limitándolas "*estrictamente a las relaciones que unan a las mismas con el sector público andaluz, con las instituciones y órganos previstos en el título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como con aquellas otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración Institucional de la Junta de Andalucía, conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre*" (art. 14.1 APL), en relación con las actuaciones a que se refiere el artículo 14.3, atendida su especial intensidad, resultaría conveniente acotar o delimitar el ejercicio de las mismas que necesariamente ha de estar vinculado con aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses conforme a lo dispuesto en el texto proyectado.

DECIMONOVENA.- Por lo que respecta a la posibilidad, recogida en el **artículo 14.3, a) APL**, de personarse en cualquier dependencia para solicitar información, hacer comprobaciones y examinar los documentos, los expedientes, los libros, los registros, la contabilidad y las bases de datos, sea cual fuera el soporte en el que estuvieran registrados, así como los equipos físicos y logísticos utilizados, en tanto el texto proyectado prevé



que en *el supuesto de personas físicas o jurídicas privadas que no formen parte del sector público andaluz será preciso el consentimiento de las mismas para acceder a la información o, en su caso, la oportuna autorización judicial*, ha de destacarse que dicha previsión normativa se ajusta a las exigencias recogidas por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha venido a precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada (por todas, STS 1343/2019, de 10 de octubre, ECLI:ES:TS:2019:3286), debiendo recordar que el sacrificio de tan relevante derecho fundamental, inviolabilidad del domicilio, conforme al principio de proporcionalidad, habrá de operar como forma de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la ley únicamente cuando resulte absolutamente necesario para que la Administración actúe sus potestades de comprobación e inspección por no existir otra alternativa menos gravosa e igualmente eficaz para la consecución del interés público.

VIGÉSIMA.- En lo que respecta a la previsión establecida en el **artículo 14.3, b) APL**, de "*[r]ealizar las entrevistas personales que se consideren oportunas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley*", teniendo *las personas entrevistadas derecho a la asistencia letrada y demás derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española*, ha de resaltarse la especial importancia del derecho a no declarar contra sí mismo que se integra en los derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 24.2 CE.

VIGESIMOPRIMERA.- En cuanto a la realización de "*las entrevistas que se consideren oportunas*" y "*los requerimientos de información o documentación que se consideren oportunos*" que, según el **artículo 14.3, apartados b) y c)** del Proyecto podrán realizarse y dirigirse tanto a las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades como a personas físicas y jurídicas privadas, ha de ponerse de manifiesto la excesiva amplitud de la expresión utilizada debiendo vincular la *oportunidad* a la que viene referida, necesariamente, a la delimitación del objeto de la inspección que es una de las garantías fundamentales de los sujetos investigados para la defensa de sus intereses puesto que permite circunscribir la inspección al objeto de ésta y que la actuación de los funcionarios inspectores deba respetar los límites materiales establecidos en la misma.

VIGESIMOSEGUNDA.- Como parámetro de concreción de la oportunidad del requerimiento de información o documentación podría valorarse la inclusión de la referencia a que se trate de datos que estén *especificados*,



en tanto conocidos por la requerida como consecuencia del ejercicio de su actividad, e *individualizados*, de manera que el requerimiento contenga de forma precisa la obligación de suministrar cierta y concreta información, de manera análoga a lo exigido por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con los requerimientos individualizados de la Administración Tributaria (información por captación) derivados de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el artículo 30 del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Por todas, STS 1810/2015, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1810).

VIGESIMOTERCERA.- El acceso a la información de cuentas corrientes u otros instrumentos financieros previsto en el **artículo 14,3, d) APL**, cuando se trate de personas físicas o jurídicas privadas no puede conllevar la atribución de facultades ilimitadas a los funcionarios que presten servicios en la Oficina y que tengan atribuidas funciones de investigación o inspección, pudiendo valorarse, al efecto, la introducción en la norma proyectada de parámetros que permitan comprobar que se trata de un acceso individualizado y suficientemente motivado, siempre dentro del ámbito competencial del órgano de la Administración que lo practica, en términos similares a los establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:110).

VIGESIMOCUARTA.- A la posibilidad de "[a]cordar [...] la realización de copias auténticas de los documentos obtenidos, sea cual sea el soporte en el que se encontrasen almacenados" establecida en la **letra e) del artículo 14.3 APL** resulta aplicable la Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo recogida entre otras, en la STS de 6 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1507), que si bien permite a los inspectores buscar elementos de información aún no conocidos o identificados plenamente, acota esta búsqueda a las limitaciones que impone el objeto de la inspección o en su caso el auto judicial autorizando la entrada y registro, de manera que la copia o incautación de documentos ha de realizarse dentro de los límites establecidos por la orden de investigación y en su caso por el auto judicial.

VIGESIMOQUINTA.- Pese a que el artículo 12.2 de la norma proyectada sujeta a las personas al servicio de la Oficina al deber de secreto, que perdurará, sin límite temporal, también después de cesar en el cargo o de ocupar los puestos de trabajo adscritos a la Oficina, dando su incumplimiento lugar a *la apertura de una información reservada y a la*



incoación, si procediera, del pertinente expediente disciplinario, atendiendo a la especial intensidad de las actuaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 14 APL, y partiendo de que quienes acceden al secreto, por su condición de servidores públicos, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que puedan existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone, podría valorarse la oportunidad de incorporar al texto objeto de informe la determinación de sanciones específicas que refuercen, frente al ciudadano, el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto.

VIGESIMOSEXTA.- Podría resultar conveniente, en aras de incrementar el principio de seguridad jurídica, valorar la incorporación al texto proyectado de alguna referencia expresa relativa a si las actuaciones realizadas en ejercicio de las potestades de investigación e inspección a que se refiere el artículo 14 APL, como los requerimientos de obtención de información o documentación, afectan o no al plazo de duración del procedimiento de investigación e inspección establecido en el artículo 19.1 APL (STS 526/2019, de 22 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1435).

VIGESIMOSÉPTIMA.- El segundo párrafo del **apartado 1 del artículo 19 APL**, rubricado "*[f]inalización del procedimiento de investigación e inspección*" establece que la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección *se dictará y notificará a las personas interesadas en un plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento de investigación e inspección*", plazo que una vez transcurrido debe entenderse como determinante de la caducidad del procedimiento, sugiriendo la inclusión en el texto proyectado de una referencia expresa al respecto.

VIGESIMOCTAVA.- La petición de información por parte de la Oficina al Ministerio Fiscal, recogida en el proyectado **artículo 19.4** ha de entenderse cohonestada con la necesidad de respetar escrupulosamente las normas de reserva y secreto previstas en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que, en aquellos casos en los que dichos preceptos resulten aplicables, han de prevalecer sobre la previsión que pretende incorporar la norma proyectada.

VIGESIMONOVENA.- Se sugiere revisar la redacción del **apartado 5 del artículo 19 APL**, en tanto parece prever que, en determinados supuestos, la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección únicamente acuerde el archivo de las actuaciones, a fin de cohonestarla con



las previsiones establecidas en los artículos 21.1, 25.1.b), 89 y 95 de la Ley 39/2015.

TRIGÉSIMA.- Podría resultar conveniente la revisión de la redacción del párrafo primero del **apartado 1 del artículo 20 APL** a fin de aclarar si el requisito de contar con más de diez años de experiencia profesional acreditada relacionada con el ámbito funcional de la Oficina es exigible tanto a *quienes estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas* como a *quienes pertenezcan a un cuerpo funcional adscrito al subgrupo de titulación A1*, o sólo respecto de éstos últimos.

TRIGESIMOPRIMERA.- La previsión recogida en el **artículo 22.1,e) APL**, como causa de incompatibilidad para el ejercicio de la Dirección de la Oficina de «[e]l ejercicio en activo de las carreras judicial y fiscal» es coherente con la causa de incompatibilidad para Jueces y Magistrados prevista en el artículo 389.3º LOPJ.

TRIGESIMOSEGUNDA.- Si bien el **artículo 25 APL** se ocupa de los "[r]ecursos en vía administrativa", atendido en tenor del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y puesto en conexión con la peculiar configuración y naturaleza de la Oficina, diseñada en la norma proyectada (artículo 5 APL) como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrita al Parlamento de Andalucía, que actuará con plena autonomía e independencia funcional en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, respecto de las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidas en su ámbito de actuación, resultaría sumamente conveniente a efectos de evitar todo resquicio de duda ante la eventual impugnación jurisdiccional de sus actos, la atribución, en el texto proyectado, a los actos de la Oficina, de la consideración de *actuación de la Administración de la Junta de Andalucía*, (artículo 1.2.b) LRJCA).

TRIGESIMOTERCERA.- En el **artículo 26 APL**, sin perjuicio de lo que pueda establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior de la Oficina, podría valorarse la conveniencia de incorporar la mención a la situación administrativa en la que se encontrarán las personas funcionarias al servicio de la Oficina.

TRIGESIMOCUARTA.- En el **artículo 27 APL**, referido a los "[r]ecursos económicos, presupuesto, régimen patrimonial, de contabilidad,



*intervención y contratación”, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar la referencia al régimen de responsabilidad patrimonial, no pudiendo olvidar, como declaró la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009, FD quinto, (ECLI:ES:TS:2009:7422), con ocasión de la primera reclamación formulada de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, que *la ausencia de regulación legal no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño.**

TRIGESIMOQUINTA.- En cuanto a la previsión relativa al contenido de la “[m]emoria anual” y la inclusión de información sobre “[l]os expedientes tramitados que hayan sido enviados a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, con la indicación, en su caso, de los procedimientos iniciados por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal y el resultado de los mismos”, a que se refiere la **letra c) del apartado 2 del artículo 28 APL**, habrá de cohonestarse con la necesidad de respetar escrupulosamente las normas de reserva y secreto previstas en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que, en aquellos casos en los que dichos preceptos resulten aplicables, han de prevalecer sobre la previsión que pretende incorporar la norma proyectada.

TRIGESIMOSEXTA.- En el **apartado 1 del artículo 30 APL**, al igual que se indicara en relación a lo dispuesto en el artículo 9 APL, respecto de la referencia a los *“hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses”*, se sugiere su matización o vinculación conforme a lo dispuesto en la presente ley, en especial, con las definiciones incorporadas al artículo 2 del Proyecto.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- La referencia recogida en los **apartados 2 y 3 del artículo 30 APL** en cuanto a la formulación de la correspondiente denuncia “[...] *en representación de las personas jurídicas para las que presten servicios*”, conforme a la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia 255/2016, de 19 de abril, [ECLI:ES:TS:2016:1665]), habrá de entenderse realizada a favor de quien ostente la debida representación legal orgánica o, en su caso cuente con representación voluntaria, de la persona jurídica de que se trate.

TRIGESIMOCTAVA.- El **apartado 4 del artículo 30 APL** exige que la persona denunciante sea mayor de edad, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 5,7) de la Directiva (UE) 2019/1937, que define al «denunciante» como *persona física*; por lo que se sugiere que, conforme a la regla general recogida en el artículo 162,1º del Código Civil y en tanto la denuncia supone



una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, valorar la conveniencia de la exigencia de este requisito.

TRIGESIMONOVENA.- En cuanto a la exigencia de plena capacidad de obrar del denunciante, recogida en el citado **artículo 30.4 APL**, el texto proyectado deberá acompasarse al nuevo régimen de ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad, debiendo recordar la proyectada reforma de nuestra legislación en materia de protección de la discapacidad, (Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad), en la que se opta, decididamente, por un nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones.

CUADRAGÉSIMA.- En cuanto a la previsión recogida en el **apartado 6 del artículo 30 del Proyecto**, debe advertirse que el texto proyectado no puede convertirse en instrumento legal hábil modificativo de las reglas de responsabilidad establecidas en la normativa estatal, especialmente en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que resulta indisponible para el legislador autonómico (véase al efecto lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 417 del Código Penal) y en la legislación básica que resulte aplicable, que quedarían igualmente fuera del ámbito de actuación de la Junta de Andalucía, por ejemplo la recogida en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo capítulo VI del título III disciplina los "[d]eberes de los empleados públicos", de manera que la proyectada exención de responsabilidad, que ocupa una posición importante en la configuración de la protección de la persona denunciante habrá de desplegar su eficacia de manera limitada al ámbito estrictamente autonómico.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- En relación con lo establecido en el **artículo 31.1 APL** y la posibilidad de presentación de denuncias verbales, se sugiere la incorporación al texto de las correspondientes previsiones en cuanto a la necesidad de que quede constancia de su contenido, debidamente documentado e integrado en el expediente administrativo.

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- Desde el punto de vista presupuestario, dado que el **apartado 2, letras a) y b), del artículo 32 APL** confiere al



denunciante, desde el momento de la presentación de la denuncia ante la Oficina, derecho a asesoría legal gratuita en relación a las denuncias presentadas, derecho a la asistencia letrada y representación gratuitas en los eventuales procedimientos judiciales así como a asistencia psicológica gratuita cuando así lo requieran a causa de trastornos derivados de sus denuncias, sería recomendable que el impacto económico de dichas circunstancias tuvieran el debido reflejo en la Memoria Económica que acompaña al texto remitido, con independencia de que el Anteproyecto no tenga incidencia económica en los créditos presupuestarios asignados a la Consejería proponente.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Ante la previsión incorporada al **artículo 32.2. a) APL** resulta especialmente importante destacar que, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 1/1996, los artículos que integran el capítulo I de la misma, entre los que se encuentran los referidos al ámbito personal de aplicación (artículo 2), requisitos básicos (artículo 3), exclusión por motivos económicos (artículo 4), reconocimiento excepcional del derecho (artículo 5) y contenido material del derecho (artículo 6) “[...] *se dictan al amparo de las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1, 5.ª y 6.ª de la Constitución Española, sobre relaciones internacionales, Administración de Justicia y legislación procesal, respectivamente*”, de donde resulta la imposibilidad de que a través de la norma proyectada se reconozcan nuevos supuestos o beneficiarios de justicia gratuita al margen de lo establecido en la Ley 1/1996, lo que determina que la previsión de asistencia leal gratuita recogida en el texto proyectado haya de situarse fuera de la Ley 1/1996, resultando por ello procedente especificar el concreto mecanismo a través del cual se pretende prestar la referida asistencia gratuita.

CUADRAGESIMOCUARTA.- Sin perjuicio de lo manifestado en relación con el artículo 25 APL, atendido en tenor del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y puesto en conexión con la peculiar configuración y naturaleza de la Oficina, diseñada en la norma objeto de informe (artículo 5 APL), resultaría sumamente conveniente, a efectos de evitar todo resquicio de duda ante la eventual impugnación jurisdiccional de las sanciones reguladas en el **Título III del Proyecto**, la atribución a las mismas, en el texto proyectado, de la consideración de *actuación de la Administración de la Junta de Andalucía*, (artículo 1.2.b) LRJCA).

CUADRAGESIMOQUINTA.- Finalmente, se sugiere valorar la inclusión en el Anteproyecto, bien en la Exposición de Motivos, bien en una nueva



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

disposición final, de la mención a los títulos competenciales aplicables que habilitan el dictado de la ley.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, a 26 de marzo de 2020.

Jose Luis de Benito y Benitez de Lugo
Secretario General