

# Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad.

Federico A. Castillo Blanco  
Susana E. Castillo Ramos-Bossini  
Severiano Fernández Ramos  
José María Pérez Monguío



**Junta de Andalucía**

Consejería de la Presidencia,  
Administración Pública e Interior

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (II):  
SMART REGULATION, SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA,  
PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INTEGRIDAD.**

**INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**SEVILLA - 2022**

**LAS POLITICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (II):  
SMART REGULATION, SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA,  
PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INTEGRIDAD.**

Directores:

Federico A. Castillo Blanco.  
Severiano Fernández Ramos.  
José María Pérez Monguío.

Coordinadora:

Susana E. Castillo Ramos-Bossini.

Las políticas de buen gobierno en Andalucía: smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad. /

Directores: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos, José M<sup>a</sup> Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini

Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022. 397 p. ; 24 cm. - (Estudios).

Forma parte de: Las políticas de Buen Gobierno de Andalucía.

Directores: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos, José M<sup>a</sup> Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini

Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022.- 2 v.

ISBN 978-84-8333-728-8 (Obra Completa)

Depósito Legal: SE-704-2022

ISBN: 978-84-8333-730-1

1. Buen gobierno. 2. Smart regulation. 3. Simplificación administrativa.  
4. Participación ciudadana. 5. Altos cargos e integridad. I. Castillo Blanco, Federico A. II. Fernández Ramos, Severiano III. Pérez Monguió, José M<sup>a</sup>.  
IV. Castillo Ramos-Bossini, Susana E. V. Instituto Andaluz de Administración Pública.

El contenido de este libro se ha realizado en el marco del Programa Operativo FEDER 2014-2020/Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento. Proyecto I+D+I B-SEJ-314-UGR18 "Instrumentos Para El Buen Gobierno de las Cosas Públicas: Ética, Transparencia e Integridad Pública"



RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: LAS POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO EN ANDALUCÍA (II): SMART REGULATION, SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INTEGRIDAD.

AUTORES: Federico A. Castillo Blanco, Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió / Coordinadora: Susana E. Castillo Ramos-Bossini

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y maquetación: Imprenta Flores

Impresión: Servicio de Publicaciones y BOJA

ISBN: 978-84-8333-730-1

Depósito Legal: SE-704-2022



## ÍNDICE

<b>PARTE PRIMERA: SMART REGULATION Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA</b> .....	17
<b>SMART REGULATION</b> .....	19
<b>I. PLANTEAMIENTO</b> .....	19
<b>II. LA NORMATIVA EXISTENTE</b> .....	22
II.1. Andalucía .....	22
II.2. Unión Europea .....	24
II.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico .....	25
II.4. España .....	25
II. 5. Recapitulación .....	27
<b>III. REFERENCIA A ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES</b> .....	27
<b>IV. CONCLUSIÓN</b> .....	31
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	33
<b>LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ANDALUCÍA</b> .....	35
<b>I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO</b> .....	35
<b>II. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA</b> .....	39
II.1. Técnicas de reducción de cargas administrativas .....	40
II.1.1. La red Standard Cost Model (SCM) .....	41
II.1.2. La regla One-in One-out (OIOO) .....	42

II.1.3. El principio de intervención mínima .....	42
II.2. Técnicas de simplificación del procedimiento administrativo.....	43
III. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ANDALUCÍA.....	44
III.1. Simplificación normativa .....	45
III.2. Simplificación de procedimientos .....	52
III.3. Simplificación de órganos .....	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	59
<b>PARTE SEGUNDA: PARTICIPACIÓN CIUDADANA .....</b>	<b>61</b>
<b>LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: COMPETENCIAS Y ASPECTOS GENERALES DE LA LPC .....</b>	<b>63</b>
I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPC .....	63
I.1. Distribución de competencias.....	63
I.2. Objeto y ámbito de aplicación de la LPC.....	69
II. FINES Y PRINCIPIOS DE LA LPC .....	71
II.1. Fines .....	71
II.2. Principios .....	72
III. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA LPC.....	73
III.1. Derechos .....	73
III.2. Obligaciones .....	76
IV. FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN .....	76
IV.1. Introducción.....	76
IV.2. Medidas de fomento.....	77
IV.2.1. Programas de formación para la ciudadanía.....	78
IV.2.2. Programas de formación para el personal al servicio de las Administraciones Públicas .....	78
IV.2.3. Medidas de fomento en los centros educativos y de participación de la infancia.....	78
IV.2.4. Medidas de sensibilización y difusión .....	79
IV.2.5. Medidas de apoyo.....	80
IV.2.6. Medidas para la accesibilidad, especialmente en lo relativo a las nuevas tecnologías .....	80
IV.2.7. Convenios con entidades de participación ciudadana y con entes locales.....	80

V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	80
V.1. Organización en la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entes instrumentales .....	81
V.2. Organización en las Administraciones locales andaluzas.....	83
VI. SISTEMA PÚBLICO DE PARTICIPACIÓN DIGITAL.....	86
IV. CONCLUSIÓN .....	89
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	91
<b>LOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ANDALUCÍA: PROCESOS DE DELIBERACIÓN PARTICIPATIVA Y PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS .....</b>	<b>95</b>
I. INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE UNA ADMINISTRACIÓN AUTISTA A UNA ADMINISTRACIÓN RELACIONAL.....	95
II. LA REDEFINICIÓN DEL PAPEL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POLÍTICA PÚBLICA.....	100
II.1. Un nuevo modelo de Administración más democrática.....	100
II.2. La clave de la cuestión: eficacia de los procesos de participación.....	103
III. CLASES Y OBJETO DE LOS INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS EN ANDALUCÍA.....	106
IV. PROCESOS DE DELIBERACIÓN PARTICIPATIVA.....	110
V. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE PRESUPUESTOS.....	117
IV. CONCLUSIONES .....	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	123
<b>PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, LAS NORMAS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>127</b>
I. CONSIDERACIONES GENERALES .....	127
I.1. La euforia de la participación .....	127
I.2. La participación como principio constitucional y del Derecho público andaluz .....	129
II. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE A LOS DIVERSOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, LAS NORMAS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS .....	132

<b>III. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	135
III.1. Iniciativa ciudadana para la proposición de políticas públicas.....	135
III.2. Participación ciudadana en la evaluación y seguimiento de las políticas públicas.....	137
<b>IV. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS NORMAS</b> .....	140
IV.1. Formulación de sugerencias.....	140
IV.2. Propuestas de iniciativas reglamentarias.....	142
IV.3. Participación en los procesos de elaboración de ordenanzas locales ...	144
<b>V. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS</b> .....	145
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	147
<b>LAS CONSULTAS POPULARES MEDIANTE VOTACIÓN EN ANDALUCÍA</b> .....	149
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	149
<b>II. LAS CONSULTAS POPULARES LOCALES REFERENDARIAS</b> .....	151
II.1 Aproximación a la Ley de Consultas Populares Locales en Andalucía ...	151
II.2 La ordenación de las consultas populares en la Ley 2/2001 .....	152
II.2.1. Aspectos sustantivos de la consulta.....	152
II.2.2. La iniciativa para impulsar la consulta .....	154
II.2.3. Aprobación, autorización y organización de la consulta.....	156
II.3 La naturaleza de las consultas populares de la Ley 2/2001 de Andalucía ...	157
II.4 La aplicación efectiva de la Ley 2/2001 .....	160
<b>III. LAS CONSULTAS POPULARES PARTICIPATIVAS</b> .....	162
III.1 Régimen general de las consultas participativas autonómicas y locales. ...	162
III.1.1 <i>Las consultas participativas como modalidad de consulta popular</i> .....	162
III.1.2. <i>Definición y naturaleza</i> .....	164
III.1.3. <i>Asuntos susceptibles de la consulta participativa y asuntos excluidos</i> ....	165
III.1.4. <i>Derecho a participar en las consultas participativas</i> .....	165
III.1.5. <i>Asuntos excluidos</i> .....	166
III.1.6. <i>Períodos inhábiles para la convocatoria y celebración de la consulta participativa</i> .....	168
III.1.7. <i>Límites a la repetición de consultas y número máximo de consultas</i> .....	168
III.1.8. <i>Organización de la consulta</i> .....	169
III.2 Especial referencia las consultas participativas locales.....	170
III.2.1. <i>Régimen jurídico de las consultas participativas locales</i> .....	170

III.2.2. <i>Administraciones y ámbito territorial</i> .....	170
III.2.3. <i>Objeto de las consultas participativas locales</i> .....	171
III.2.4. <i>Iniciativa para las consultas participativas locales</i> .....	172
III.2.5. <i>Tramitación y convocatoria de la convocatoria de las consultas participativas locales</i> .....	174
III.3 Observaciones finales .....	175
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	179
<b>PARTE TERCERA: ALTOS CARGOS E INTEGRIDAD</b> .....	181
<b>DEDICACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS EN ANDALUCÍA</b> .....	183
<b>I. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LOS ALTOS CARGOS EN ANDALUCÍA</b> .....	183
<b>II. CONCEPTO DE ALTO CARGO EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA</b> .....	186
<b>III. RÉGIMEN DE DEDICACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS</b> .....	190
III.1. Dedicación exclusiva .....	190
III.2. Principio de retribución única.....	192
III.3.3. <i>Incompatibilidades de los altos cargos</i> .....	194
III.3.2 <i>Causas de incompatibilidad y sus consecuencias</i> .....	195
III.3.3. <i>Actividades compatibles</i> .....	199
III.3.3.1. <i>Actividades privadas compatibles</i> .....	199
III.3.3.1.1. <i>Administración del patrimonio personal o familiar</i> .....	199
III.3.3.1.2. <i>Producción y creación literaria, artística, científica y técnica</i> ...	202
III.3.3.1.3. <i>Colaboración y participación en congresos, seminarios, conferencias, jornadas</i> .....	203
III.3.3.1.4 <i>Participación en actividades de instituciones culturales o benéficas</i> .....	205
III.3.3.2. <i>Actividades públicas compatibles</i> .....	206
<b>IV. DECLARACIÓN DE ACTIVIDADES, BIENES, INTERESES Y RETRIBUCIONES</b> .....	208
IV.1. Obligación de declarar .....	210
IV.2. La obligación de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad.....	210
IV.3. Contenido de las declaraciones de actividades, bienes, intereses y retribuciones .....	211
IV.4. Presentación de las declaraciones .....	212
IV.5. Plazo de presentación de la declaración.....	213

IV. 6. Publicidad .....	216
IV.7. Consecuencias jurídicas de la falta de presentación de las declaraciones .....	217
IV. 9. Declaraciones tributarias .....	218
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	221
<b>ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS EL CESE</b> .....	223
I. FUNDAMENTO ÉTICO-PRÁCTICO PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS SU CESE Y RÉGIMEN JURÍDICO .....	223
I.1. Fundamento ético-práctico del Estatuto del alto cargo tras su cese .....	223
I.2. Régimen jurídico en Andalucía .....	227
II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE ESTE ESTATUTO .....	232
II.1 El reconocimiento de derechos: asignaciones y situaciones tras el cese .....	232
II.2. La imposición de deberes y obligaciones .....	238
II.3. La Declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones .....	242
II.4. Régimen sancionador .....	244
III. CONSIDERACIONES FINALES: LA SUFICIENCIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS EL CESE .....	246
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	249
<b>EL PERFIL INSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN. EN PARTICULAR, EL CASO DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN</b> .....	251
I. INTRODUCCIÓN .....	251
II. LA NATURALEZA DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN .....	253
III. ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN .....	257
IV. NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN .....	259
V. LA ORGANIZACIÓN DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS .....	264
VI. LOS MEDIOS PERSONALES DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS .....	267
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	277

<b>LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN: ÁMBITO DE ACTUACIÓN, FUNCIONES, DEBER DE COLABORACIÓN, CONFIDENCIALIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y ACTIVIDAD ESTRUCTURAL</b> .....	279
INTRODUCCIÓN .....	279
II. UNA BREVE VISIÓN DE CONJUNTO .....	283
III. LA OFICINA ANDALUZA ANTIFRAUDE .....	283
III.1. Ámbito de actuación .....	286
III.2. Funciones .....	287
III.3. El deber de colaboración .....	298
III.4. Confidencialidad y protección de datos .....	299
IV. LA POSICIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL DE LA OFICINA ANTIFRAUDE ..	301
V. POR UNA LABOR SISTÉMICA DE LA OFICINA ANTIFRAUDE .....	301
VI. CONCLUSIONES .....	303
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	305
<b>EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN E INSPECCIÓN DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN</b> .....	309
I. INTRODUCCIÓN .....	309
I.1. La norma estudiada y sus objetivos. El establecimiento de un organismo contra la corrupción y la subrayada salvaguardia de los denunciantes. ...	309
I.2. Propósitos y partes de nuestro trabajo. Los trámites de investigación e inspección y las personas que participan en ellos .....	310
II. EL NACIMIENTO DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN .....	311
II.1. Una entidad de Derecho público. Finalidades .....	311
II.1.1. Definición. La conexión con el Legislativo .....	311
II.1.2. Objetivos. La respuesta al caso concreto, la instauración de un clima de integridad pública y la tutela del denunciante. ....	311
II.1.3. El reglamento de régimen interior y funcionamiento. Su extenso ámbito material .....	311
II.2. El Director de la Oficina. Su elección. La elaboración del reglamento de régimen interior .....	312
II.3. El problema de la catalogación jurídica de la Oficina contra el fraude y la corrupción. Personificación ex lege y permanencia de una institución parlamentaria .....	312

<b>III. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR: LA OFICINA Y SUS POTESTADES Y LOS INVESTIGADOS Y SUS DERECHOS.</b>	
<b>BREVE REFERENCIA AL DENUNCIANTE.....</b>	<b>313</b>
III.1. La potestad de investigación e inspección de la Oficina: su ámbito. ...	313
III.1.1. El ámbito objetivo de aplicación. Instituciones públicas en sentido amplio o conexión con decisiones jurídico-públicas. ....	313
III.1.2. El ámbito subjetivo de aplicación. La clave de la prestación de servicios en una institución pública o en una entidad privada vinculada o afectada por ciertas resoluciones administrativas. El importante añadido del denunciante. ...	315
III.2. La potestad de investigación (I). La entrevista personal.....	315
III.2.1. El concepto de “entrevista personal”, que puede realizarse con investigados y con no investigados. ....	315
III.2.2. La entrevista personal con el no investigado (I). Su determinación y la concreción del círculo de posibles comparecientes. ....	316
III.2.3. La entrevista personal con el no investigado (II). Derechos y obligaciones. ....	317
III.3. La potestad de investigación (II). El requerimiento de información o documentación. ....	318
III.4. La potestad de investigación (y III).El requerimiento a las entidades bancarias y crediticias. ....	319
III.4.1. Carácter extraordinario. Entidades afectadas.....	319
III.4.2. Objeto. El régimen especial del requerimiento motivado en caso de datos relativos a no investigados.....	320
III.4.3. La responsabilidad de la entidad bancaria o crediticia. ....	320
III.5. La potestad de inspección.....	321
III.5.1. Requisitos. Una entrada previamente razonada. El derecho a la inviolabilidad de domicilio en caso de particulares.....	321
III.5.2. El ejercicio de la potestad de inspección. Su carácter excepcional. La posibilidad de un trámite complejo, con integración de interrogatorio personal y examen de objetos. ....	321
III.5.3. Documentación de la actuación: levantamiento de acta, adjunción de documentos y expedición de copias. ....	322
III.6. Los derechos del investigado.....	322
III.6.1. La esencia del investigado. Una calificación previamente formalizada. ...	322
III.6.2. Derechos dispuestos en la Constitución y derechos establecidos en la legislación de procedimiento administrativo. ....	323
III.6.3. Los derechos de asistencia letrada y de reparación de perjuicios. ....	324
III.7. El denunciante. ....	324
III.7.1. La definición de denunciante, su tutela y la articulación de la denuncia como supuesto que justifica el inicio de un procedimiento de investigación e inspección. La posible aplicación del régimen ordinario de la denuncia en el procedimiento administrativo. ....	324

III.7.2. La denuncia bajo el régimen ordinario de la legislación de procedimiento administrativo común. ....	325
III.7.3. La denuncia anónima lato sensu y bajo el paraguas de la LF.....	327
III.7.4. La denuncia anónima stricto sensu. ....	328
<b>IV. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN E INSPECCIÓN.....</b>	<b>328</b>
IV.1. Procedimiento de investigación e inspección y procedimiento sancionador. La obtención de una declaración de conocimiento. La posición del denunciante. ....	328
IV.2. El acuerdo de inicio en general.....	330
IV.2.1. Órgano competente y supuestos. ....	330
IV.2.2. Contenido y notificación del acuerdo de inicio.....	331
IV.2.3. La inadmisión a trámite de denuncias y peticiones. ....	331
IV.3. La diligencia de información o actuaciones previas y su específica regulación en caso de antecedentes que afecten a la Administración Local.....	331
IV.3.1. La diligencia de información o actuaciones previas.....	331
III.3.2. El trámite en el supuesto de actos u omisiones que afecten a la Administración Local.....	332
IV.4. La instrucción del procedimiento. ....	333
IV.5. La finalización del procedimiento de investigación e inspección (I): ante la presencia de infracciones administrativas. ....	334
IV.5.1. La resolución final. ....	334
IV.5.2. La constancia de infracciones que no son competencia de la Oficina. ....	334
IV.5.3. Infracciones e irregularidades bajo competencia de la Oficina. ....	335
IV.6. La finalización del procedimiento de investigación e inspección (II): ante la presencia de posibles delitos.....	336
IV.6.1. Traslado de actuaciones, suspensión del procedimiento y notificaciones pertinentes. ....	336
IV.6.2. Toma de conocimiento de investigaciones del Fiscal o judiciales: suspensión del procedimiento, traslado de actuaciones y reanudación, en su caso. ....	336
IV.6.3. La recepción de la resolución judicial. La información sobre la ejecución. ....	337
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>339</b>
<b>EL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>341</b>
<b>I. EL DENUNCIANTE: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA .....</b>	<b>342</b>
I.1. Sistemática normativa y concepto legal. ....	342
I.2. Tipos de denunciantes. ....	347

II. LOS DERECHOS DEL DENUNCIANTE. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA “BUENA ADMINISTRACIÓN” DE LA DENUNCIA .....	349
III. EL ESTATUTO PROTECTOR DEL DENUNCIANTE .....	352
III.1. El presupuesto: la represalia por denunciar.....	352
III.2. Las condiciones previas: denuncia de buena fe, denuncia veraz, denuncia lícita.....	355
III.3. Los derechos de protección.....	356
III.3.1. El derecho a la confidencialidad de la identidad del denunciante.....	356
III.3.2. Los derechos frente a las represalias.....	359
III.3.2.1. El derecho a la tutela administrativa in vigilando .....	359
III.3.2.2. El derecho a la reposición de la situación jurídica previa a la represalia.....	360
III.3.2.3. El derecho a la adopción de medidas protectoras por la entidad empleadora.....	362
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	365
<b>RÉGIMEN SANCIONADOR: RESPONSABILIDAD, COMPETENCIAS, INFRACCIONES, SANCIONES .....</b>	<b>367</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	367
II. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS ALTOS CARGOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.....	368
II.1. En el ordenamiento estatal: Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.....	368
II.1.1. <i>Objetivos y ámbito de aplicación: La singularidad de los altos cargos...</i>	368
II.1.2. <i>Régimen Sancionador .....</i>	369
II.2. En el ordenamiento autonómico de Andalucía.....	372
II.2.1. <i>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. ....</i>	372
II.2.1.1. El vacío concepto del alto cargo.....	372
II.2.1.2. Régimen sancionador.....	375
II.2.1.3. El reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.....	383
II.2.1.4. El procedimiento sancionador.....	384
II.2.2. <i>Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción         en Andalucía y protección de la persona denunciante. ....</i>	387
III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS CARGOS.....	392
IV. CONCLUSIONES .....	395
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	397

**PARTE PRIMERA:  
SMART REGULATION Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA**

## SMART REGULATION

Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz<sup>1</sup>

### I. PLANTEAMIENTO

Los físicos llaman *sistema*, o sustancia de trabajo, a la parte del universo que se selecciona para su estudio. Lo que sucede es que sistemas los hay de dos tipos: a) los que no interactúan con el exterior, de suerte que no salen fuera para intercambiar materia y/o energía; y b) los que sí interactúan. Sistemas cerrados y abiertos, respectivamente. Como es obvio, el único sistema de verdad cerrado -en rigor, aislado- es el universo si lo consideramos como un todo, porque, por el contrario, cualquier porción del mismo no puede vivir de manera absolutamente hermética, al modo de un convento de clausura, aunque no falte quien también pone el ejemplo de un globo inflado o la batería de un coche. Los expertos en termodinámica han analizado todos los matices, según que las paredes -reales o imaginarias- del sistema sean aislantes (adiabáticas) o, por el contrario, permitan el flujo de calor, en cuyo caso se llaman diatérmicas.

No hace falta explicar que los sistemas cerrados -los más cerrados, si es que se quiere introducir criterios de grado: los que se llaman aislados- propenden a una mayor estabilidad: la temperatura es la misma en cualquiera de sus puntos, así como la presión. Y además con carácter perpetuo: equilibrio térmico y mecánico, respectivamente.

Todo ello puede servir para clasificar las maneras como los juristas ven -vemos- el que es nuestro propio sistema, o sea, el derecho. Entre nosotros, el pensamiento dominante es el que tiende a entenderlo como algo cerrado: todo se explicaría

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.  
anjib@telefonica.net

por el bucle perfecto que componen, secuencialmente, las normas, los actos administrativos -o los contratos, en caso de relaciones entre iguales- y las sentencias, a las cuales se les dota de ese atributo tan taumatúrgico que se llama cosa juzgada, o sea, la capacidad de dar por terminado -así sea el resultado uno u otro, justo o injusto, socialmente aceptado o no- cualquier debate, entre otras cosas porque el eslabón posterior y último, de ejecución de lo juzgado, se da por supuesto, al modo de algo automático e impepinable. En esa línea están, por ejemplo, los positivistas, los formalistas o, para poner nombres y apellidos, los devotos de la escuela de la exégesis, de la jurisprudencia de conceptos o de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. A la hora de elaborar una disposición, lo de menos es cómo vaya a recibirla el público. Y, una vez aprobada, lo que de hecho sucede -si se aplica o no- es algo que nada importa, salvo, eso sí, que uno se dedique a cosas tan esotéricas como la sociología.

Los sistemas cerrados presentan el atractivo de su coherencia, que no es poca cosa. Pero, claro está, muchas veces, y a cambio, ofrecen un cuadro que no resiste el menor roce con la realidad: un derecho que no recoge el *espíritu del pueblo* del que hablaba Savigny. Como bien nos ha explicado Alejandro Nieto, hay muchas normas, en teoría vigentes, que sin embargo resultan ignoradas por la vida real -chatarra legislativa, por así decir- y asimismo millones de Sentencias -de lo contencioso, por ejemplo- que no se cumplen ni llevan trazas de cumplirse jamás: chatarra judicial, por seguir con la misma palabra. Y sucede que algunos -los que no están de acuerdo en ver el derecho como sistema cerrado- piensan que eso constituye algo que hace que los juristas perdamos credibilidad social: se nos considera unos *frikis*. Predicadores en el desierto, si se quiere emplear esa metáfora tan poco amable. Y es que, como advertía el maestro Ortega, toda realidad ignorada prepara su venganza.

De hecho, el Art. 3 del Código Civil -o sea, una norma positiva- proclama que las normas se interpretarán, entre otros factores, en base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Toda una ventana al exterior. Si eso ha de suceder a la hora de la exégesis de un texto, de partir de él para aplicarlo sobre el terreno, lo lógico es que el autor de dicho texto haya empezado por preocuparse de conocer en qué consiste esa realidad social. De otra forma, para el intérprete -como ingeniero social, casi siempre mal pertrechado- la tarea iba a resultar auténticamente excesiva<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Hace muchos años, en 1975, que DÍEZ-PICAZO, L. (2010) puso de relieve que nos falta una teoría del cambio jurídico y su relación con el cambio social. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 3ª edición. Desde entonces, los libros publicados sobre el asunto llenan bibliotecas enteras pero no está claro que, en cuanto al conocimiento de fondo, hayamos avanzado mucho.

Sí, son muchas las disposiciones que (por chocar con la sociedad, que a veces se muestra tanto más tozuda cuanto más se la quiere doblegar) y millones las Sentencias a las que les aguarda tan triste suerte. Aunque lo cierto -opiniones al margen- es que, salvo excepciones rebuscadas, carecemos de instrumentos de determinación de ese *muchos* o de esos *millones*. La cuantificación. La matemática: el lenguaje de la ciencia, aun cuando, a estas alturas del desarrollo intelectual, sepamos que, a priori, no podemos pedir datos al grado de lo milimétrico.

El autor de estas líneas se muestra cada vez más convencido de las limitaciones que se derivan de ver el derecho como un sistema cerrado. No ignora lo que esa manera de pensar ha aportado y aporta a la seguridad jurídica -sin cosa juzgada, la vida sería aún más caótica todavía-, pero piensa que hay que ver nuestro oficio en un contexto más amplio, aunque ello genere, por supuesto, incertidumbre. O, si se quiere, más incertidumbre todavía.

A los políticos -los autores de las normas, quieras que no, lo son- se les reprochan muchas cosas (su don de gentes viene a ser el mismo que el de Vlad el Empalador en los momentos más álgidos de su mandato en Rumanía: 1456-1462), pero lo que nadie podrá discutirles es que gozan de una pituitaria finísima sobre los efectos que pueden tener las decisiones: antes de decidir si A o B, y al menos de manera intuitiva, calibran cuántos votos van a ganar y cuántos van a perder. La calculadora electoral (inmediata) es el norte de sus actuaciones -y, por supuesto, con la propaganda como gran instrumento: el *relato*- y, antes de ello, de sus palabras. Dicho con lenguaje técnico: ellos sí consideran el derecho como un sistema abierto. Lo subordinan a la demoscopia<sup>3</sup>.

¿Es esa misma idea la que inspira a los autores de las normas -en eso consiste la *smart regulation*, la legislación inteligente, o al menos a eso aspiran ese tipo de reglas de procedimiento- que se dedican a establecer cómo han de elaborarse las normas? Rotundamente, no. Vayamos a ello.

<sup>3</sup> Eso, por supuesto, en un contexto democrático, como el que desde 1978 tenemos en España, por graves que sean sus disfunciones, sobre todo como consecuencia de la hipertrofia de la función de los partidos políticos. Pero en última instancia la tradición de mal gobierno se remonta muy atrás: de siempre (Carlos IV, Godoy, Fernando VII y la Reina Gobernadora no fueron, como a veces se presentan, las excepciones a la regla, sino justo lo contrario, la regla misma) ha sido lo nuestro. La cita obligada al respecto sigue siendo la de GARCÍA-PELAYO, M. (2009), *El buen y el mal gobierno (Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti)*, incluido en las Obras completas del maestro, CEPC, tomo II, 2ª edición, página 1229 y siguientes.

## II. LA NORMATIVA EXISTENTE.

### II.1. Andalucía

El punto de partida está en un Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía: el 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la propia Junta. Del que ahora debe destacarse algo que parece estar escondido, el Art. 7, *Memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación en los procedimientos de elaboración de normas de la Junta de Andalucía*, a saber:

“1. Los proyectos de disposiciones reglamentarias y los anteproyectos de ley de la Administración de la Junta de Andalucía deberán incorporar una memoria en la que se justifique el cumplimiento de los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.”

Distinguiéndose, según el rango y de menos a más:

“2. Cuando se trate de *proyectos de disposiciones reglamentarias* en la memoria se expondrán los siguientes extremos, que quedarán sintetizados en el preámbulo de la norma a aprobar:

- a) La razón de interés general que justifique la aprobación de la norma.
- b) Los objetivos perseguidos y la justificación de que la disposición a aprobar es el instrumento más adecuado para lograrlos.
- c) La constatación de que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones, para alcanzar tales fines.
- d) La justificación sobre el rango del proyecto normativo y su debida coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.
- e) Una breve descripción de los trámites seguidos en el procedimiento de tramitación de la propuesta y de la participación de los agentes y sectores interesados.
- f) Un estudio de valoración de las cargas administrativas derivadas de la norma, justificando su necesidad y evitando la imposición de cargas innecesarias o accesorias.
- g) Cuando se regule un procedimiento administrativo, se expondrán los factores tenidos en cuenta para fijar su plazo máximo de duración, así como una previsión de su impacto organizativo y de los recursos de personal para su óptima gestión.

h) Cuando se trate de la creación de nuevos órganos, la acreditación de la no coincidencia de sus funciones y atribuciones con la de otros órganos existentes.”

Y por otra parte:

“3. Cuando se trate de *anteproyectos de ley*, en la memoria se expondrán, además de los enumerados en el apartado 2, los siguientes extremos, que quedarán sintetizados en la exposición de motivos de la norma a aprobar:

- a) Cuando se establezca que el silencio tendrá efecto desestimatorio, se expondrá específicamente la razón imperiosa de interés general que lo justifica, en los supuestos en los que el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio.
- b) Cuando se establezcan nuevos trámites en los procedimientos administrativos, adicionales o distintos a los previstos en la legislación del procedimiento administrativo común, se justificará que son eficaces, proporcionados y necesarios para la consecución de los fines propios del procedimiento.
- c) Cuando concretamente se establezca una limitación al acceso o ejercicio de una actividad económica, como la exigencia de una autorización, se motivará específicamente el cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en relación con tales medidas.”

Para terminar y para una materia especial:

“4. Cuando se trate de disposiciones de carácter general que modifiquen preceptos relativos a procedimientos administrativos se analizará la oportunidad de su rediseño funcional aplicando los criterios de simplificación establecidos en este decreto.”

Todo eso, cuando se quiera poner en marcha, en suma, un nuevo reglamento (apartado 2) o un proyecto de ley (3). Y eso al margen de la regla especial para normas sobre procedimientos administrativos (4).

Pero luego está la planificación a medio plazo, la llamada *Revisión normativa*, aunque más bien parece estarse pensando en el escrutinio de lo hecho -en el desescombros de lo que ha dejado de servir- que en el vaticinio de lo por hacer. En los siguientes términos:

“1. La Consejería competente en materia de administración pública elaborará, al menos cada cuatro años, Planes de Calidad y Simplificación Normativa, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno mediante acuerdo.

Estos planes tendrán como objetivo la revisión, simplificación y, en su caso, consolidación normativa de las disposiciones vigentes en el Derecho propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Consejería competente en materia de administración pública impulsará y coordinará su seguimiento y revisión.

2. Los Planes de Calidad y Simplificación normativa abordarán una revisión general de las normas vigentes para valorar la adopción de, al menos, las siguientes medidas:

- a) La reducción del número de normas.
- b) La adaptación de las normas a los principios de buena regulación establecidos en la legislación del procedimiento administrativo común y precisados en el artículo 7, verificando que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos, así como que estaban justificados y correctamente cuantificados el coste y las cargas impuestas en ellas.
- c) La consolidación y simplificación de la normativa vigente.
- d) El rediseño funcional de los procedimientos, aplicando los criterios establecidos en el artículo 6 para la simplificación de procedimientos, agilización de trámites y reducción de cargas.

3. El resultado de la ejecución de cada plan se plasmará en un informe de evaluación que, previo conocimiento de la Comisión Interdepartamental de Coordinación y Racionalización Administrativa, se hará público en el Portal de la Junta de Andalucía, así como por los medios que se estimen pertinentes.”

Así pues, Planes de Calidad y Simplificación Normativa, al menos una vez cada cuatrienio. Todo muy bonito y muy moderno.

Nada de insensato se embosca en esos preceptos, que como es notorio no resultan novedosos. Pero la pregunta es otra: si las cosas establecidas -por todo el mundo, no sólo por Andalucía- se muestran suficientes. Para contestar hace falta dar un rodeo y remontarse muy arriba: es lo propio de lo que se conoce como el Derecho comparado. El contexto geográfico lo conocemos.

## II.2. Unión Europea.

En Europa, la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 16 de marzo de 2005, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, recomendaba a los Estados miembros establecer sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales.

Y se emplea precisamente el concepto de *Smart regulation*, regulación inteligente. La propia Comisión publicó el 19 de mayo de 2015 el “Paquete de Mejora Normativa”.

## II.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

También la OCDE ha echado su cuarto a espaldas, tanto con carácter general (Recomendación sobre política normativa y gobernanza de 2012) como específicamente, ¡ay!, para nuestro país, con fama universal de mostrarse poco aplicado para estas cosas tan modernas: *Spain, From Administrative Reform to Continuous Improvement*. A la hora de pergeñar una disposición, hay que empezar identificando los objetivos de política pública, evaluar si el cambio normativo resulta necesario y, por supuesto, preguntarse cuáles son los medios más eficaces y sobre todo más eficientes.

## II.4. España.

Los datos normativos son igualmente conocidos. Sobre cómo proceder a la hora de elaborar normas, lo más relevante se encuentra en el Art. 129, *Principios de buena regulación*, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo un dechado de buenos propósitos: necesidad y eficacia; proporcionalidad; seguridad jurídica; transparencia; y eficiencia. Pero sólo al final el autor del precepto tiene la ocurrencia de salir de su habitación y mirar hacia fuera, y hacia adelante, aunque -punto crucial- lo hace pensando sólo en la caja: “7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos e ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. El test de *buena regulación* no incluye, en suma, el análisis de adecuación de la norma a lo que la sociedad espera y se muestra dispuesta a secundar y aplaudir o al menos a aceptar. El derecho se concibe como un sistema sólo semiabierto. O, dicho con más precisión, abierto únicamente hacia lo presupuestario.

También está la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su versión vigente, que es la de 2015, con su Art. 25, *Plan Anual Normativo*, que además de contener una relación de “las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente” -apartado 2-, también -3- “identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación”, aunque con un alcance que parece limitado a lo económico:

“atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos”. Y también Art. 26, *Procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos*. El apartado 3 establece el contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Son los epígrafes a) a g), del que el único que mira al exterior -un vaticinio de qué es lo que va a suceder- es el d), a saber:

“Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias. Este análisis incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea”.

A ello hay que añadir la previsión del apartado 9 de control por el Ministerio de la Presidencia. Vuelve a ceñirse a lo puramente jurídico-formal, con una excepción, la del epígrafe d), a saber:

“El contenido preceptivo de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y, en particular, la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la forma cuando fuese preceptivo”.

De la Ley del Gobierno (en su versión actual, se insiste) interesa, para terminar, el Art. 28, *Informe anual de evaluación*. O sea, *ex post*. Su apartado 2 establece lo siguiente:

“En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en la respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

- a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.
- b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.
- c) La sostenibilidad de la disposición.

El informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis”.

En desarrollo directo de lo anterior se dictó el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de

Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa.

Y también tenemos, apenas unos meses más tarde, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. En su Art. 2, *Estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo*, encuentra uno los epígrafes a) a j). Este último es el que ahora nos interesa, a saber:

“Evaluación *ex post* que incluirá la forma en la que se analizarán los resultados de la aplicación de las normas, al que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 1997/50, de 27 de noviembre. Para ello, la memoria indicará si dicha norma se encuentra prevista entre las susceptibles de evaluación en el correspondiente Plan Anual Normativo y, en su caso, describirá con claridad los objetivos y fines de la norma y los términos y plazos que se usarán para analizar los resultados de su aplicación, conforme a los criterios previstos en el artículo 28.2 de la Ley 1997/50, de 27 de noviembre, y el artículo 3.2 del Real Decreto 2017/286, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. A estos efectos, se deberá indicar la sistemática que se va a utilizar en la evaluación y la entidad u órgano que se considera idóneo para llevarla a cabo.”

En lo que hace, así pues, a “la sistemática que se va a utilizar en la evaluación”, todo queda remitido al caso concreto. Ni tan siquiera hay unos criterios generales.

## II. 5. Recapitulación

Hasta aquí, la disposición de Andalucía de 2019 y el contexto al que responde, tanto internacional como doméstico. Salvo excepciones, la *inteligencia* a la hora de dictar normas se queda en el interior del planeta jurídico. Aunque, eso sí, nadie negará que ha desplegado una terminología extraordinariamente rica y que suena bien. Estupenda, incluso. Diríase propia de Alicia en el país de las maravillas (Lewis Carroll).

## III. REFERENCIA A ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES.

*Ingeniería social* es un concepto que se suele utilizar con tono acusatorio hacia la izquierda para referirse a las medidas, sobre todo las de alcance normativo, que se aprueban para cambiar la sociedad -sus hábitos o incluso sus mentalidades y sus valores- y hacerlo precisamente con un determinado sesgo. Pero quizá no sea algo que necesariamente haya que denunciar, porque, por definición, todo legislador, así a babor como a estribor, se enfrenta ante una realidad que no le gusta -si le gustase, dejaría las cosas como están- y trata de articular incentivos y castigos

-en la mezcla de lo uno y lo otro consiste precisamente su trabajo: el palo y la zanahoria- para que las cosas mejoren. Asunto distinto, y ahí está la clave de todo, es que finalmente lo consiga, porque las sociedades tienen sus propios códigos -los usos- y frente a lo que entienden como injerencias pueden no sólo no plegarse, sino, a veces, reaccionar con virulencia. Todos conocemos ejemplos.

Fijémonos en España en el período 2004-2011, bajo una mayoría parlamentaria dizque muy ideologizada. El legislador, preocupado en buena hora por la salud, entendió que se fumaba demasiado en los locales de uso público -típicamente, los bares, donde tantas personas consumen su vida y su hacienda- y por eso dictó dos normas sobre la materia, una restrictiva y la otra ya abiertamente prohibitiva: Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; y Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la anterior. Con una terrorífica tipificación de infracciones y previsión de sanciones.

Muchos pensaron en la inveterada indisciplina celtibérica: la gente seguiría echando humo y para imponer sobre el terreno la nueva regulación haría falta emplear a fondo toda una brigada represiva. Pero lo cierto es que no sucedió así. La sociedad recibió de buen grado las disposiciones y lo que eran auténticos fumadores irrespirables pasaron de la noche a la mañana a parecer espacios de salud, casi como balnearios. Leyes, en suma, que, contra todo pronóstico, el cuerpo social -el conjunto de los destinatarios- interiorizó sin oponer resistencia. Casi celebrándolo.

La siniestralidad vial venía siendo altísima: 9.344 muertos en 1989, por ejemplo. Y el Congreso de los Diputados entendió que había que cambiar el marco para endurecerlo, porque así se acabaría alcanzando el objeto de reducir unas cifras tan espantosas. De ahí la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado, que era de 1990, de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. El carnet tiene un crédito -los puntos- que, al modo de la piel de zapa de Balzac, se va consumiendo y encogiéndose por mal uso.

Lo mismo: la cosa, contra todo pronóstico fue un verdadero exitazo. Los conductores, todos a una, dejaron de beber antes de coger el volante -otra ley, en suma, que fue bien recibida- y las estadísticas devinieron mucho menos malas: sólo 1.755 fallecidos en 2019. Segundo ejemplo de norma que se acata sin (apenas) conflictos. Un caso de ingeniero social -el legislador de 2005- que además es buen sociólogo y ha calibrado sus fuerzas para no tener que desgastarse en el penoso empeño de hacerse respetar.

Aunque no todo en aquella época resultó así de sencillo. También se aprobaron disposiciones que, vistas con ojos de hoy, se han quedado en el *mucho ruido y pocas nueces*. El arquetipo es la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y

la Investigación. El Preámbulo es un auténtico brindis al sol: “La sociedad española debe avanzar hacia un modelo productivo en el que la innovación está llamada a incorporarse definitivamente como una actividad sistemática a todas las empresas, con independencia de su sector y tamaño, y en el que los sectores de media y alta tecnología tendrán un mayor protagonismo”. Han pasado diez años -largos- cuando estas líneas se escriben. Una década tirada por la ventana. Y eso por no hablar de lo que viene a continuación: se constata, y se saluda, “la emergencia de una cultura de cooperación entre el sistema público de ciencia y tecnología y el tejido productivo”. El mejor de los mundos posibles. *Rien ne va plus*.

A finales de 2011, el viento parlamentario cambió, abriéndose una etapa que diríase menos proclive a los cuentos de la lechera: ya se sabe que a la derecha no le gustan las utopías. Y en efecto se aprobaron normas con realismo y que se han aplicado de manera más o menos precisa, como la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por poner ese ejemplo. En 2017 se proyectó sobre el maltrecho Banco Popular sin mayores problemas, aunque los perjudicados -que los hubo- plantearon sus litigios, todavía en curso, por cierto.

Pero no siempre sucedió así. Se dictaron también disposiciones de esas que se presentan aparentando determinación y sin embargo luego no pasan del papel, porque la sociedad les da la espalda. En España tenemos más de 8.100 municipios, la inmensa mayoría con menos de 20.000 habitantes: un esquema disparatado y carísimo. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local -hay palabras que lo dicen todo- no se atrevió a imponer fusiones -aunque debe recordarse que la Constitución no se lo impide-, pero sí articuló un esquema de fomento, en los términos del (nuevo) Art. 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Pues bien, lo cierto es que, ocho años después, ni uno sólo de los Ayuntamientos, que se sepa, se ha sentido motivado para unirse con el vecino. Los designios del autor de la norma -en principio, llenos igualmente de buena intención- se han quedado en nada. Justo lo contrario a las exitosas reglas de tabaco, de tráfico y de entidades de crédito que se mencionaron más arriba.

¿Significa eso que el legislador de 2005, de 2010 y de 2012 era sabio -conocía el paño, si se quiere decir así- y que por el contrario los de 2011 y 2013 merecen reproche por vivir en la estratosfera o, como explicaría el gran Ihering, en el cielo de los conceptos jurídicos? ¿Está el autor de las normas obligado a estudiar el suelo que pisa -contar, para decirlo con palabras actuales, con una suerte de *sandbox* regulatorio o espacio de pruebas- y así poder formular un vaticinio, aunque sea sólo aproximado o probabilístico, sobre el éxito que le aguarda si dice A o el fracaso que le espera si por el contrario opta por B? ¿Forman parte esos cálculos de lo que

se conoce como técnica legislativa y que de ordinario, como se acaba de ver, se ciñe a los aspectos formales o de presentación del texto correspondiente y por tanto se termina su cometido en el momento de su aprobación?

Más aún y para que, *ex post*, ese escrutinio de la realidad social resulte mínimamente fiable: ¿hay que establecer instrumentos de medida -parámetros, indicadores o como se quieran llamar- de la *cantidad* de aplicación que va obteniendo lo que se ha establecido, al modo de lo que, en relación con los medicamentos autorizados, es la farmacovigilancia? Recuérdese el apartado 1 del Art. 53, *Farmacovigilancia y obligación de declarar*, de la Ley de garantías y uso racional del medicamento, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio: “La Farmacovigilancia -con mayúsculas- es la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos (...)”.

Son pues dos cosas diferentes. Primero, si el buen hacer de *la cocina legislativa* debe incorporar un pronóstico -fiable- sobre la receptividad que los destinatarios van a dispensar a la correspondiente medida, para optar por las decisiones que vayan a aceptarse mejor. Y segundo, si luego, una vez publicada y en vigor, se va a hacer un seguimiento de su ejecución -la *monitorización* de la que se habla a veces-, lo más objetivo y científico que resulte posible<sup>4</sup>.

La respuesta depende, volvamos a ello, de la adscripción jurídico-ideológica de cada quien. Dicho con otras palabras: de cómo se conciba eso que llamamos el derecho<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “Si no puedes medir, no puedes conocer; y si no puedes conocer, no puedes mejorar”: Lord Kelvin (1824-1907). Por cierto, uno de los padres de la termodinámica, conocido por haber conseguido determinar el cero absoluto de temperatura.

<sup>5</sup> Si acaso quedara algún positivista en España (o en Europa), se terminará cayendo del guindo cuando repase los avatares del ex-Presidente de la Generalitat Sr. Puigdemont a partir de septiembre de 2017. Se trata de un prófugo de la justicia, que huyó para escapar de una grave acusación penal pero que, en la sociedad catalana, goza de popularidad hasta el grado de que luego fue elegido miembro del Parlamento Europeo, con lo que sobre él se cierne no sólo un ordenamiento -el de la orden europea de detención y entrega o euroorden: Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de ese año-, sino dos, porque también habría que aplicar lo establecido sobre inmunidades de los miembros de la Cámara continental. Y siempre dando por supuesto que, dado que perseguir delincuentes es un deber de todos, el órgano judicial que lo está buscando -aquí, el Tribunal Supremo- se encuentra respaldado por el Gobierno de su país, o al menos éste no se dedica a torpedearlo de manera abierta o soterrada. Lo cierto es que, cuatro años largos más tarde de la *espartá*, el individuo sigue paseándose por Europa y poner las normas sobre la mesa constituye algo que nadie quiere plantearse, no sea que el porcentaje independentista de aquella tierra siga subiendo y llegue un momento en que la cifra resulte concluyente. Los Manuales de Derecho no explican ese tipo de realidades tan prosaicas -que llevan a que las normas queden arrumbadas- y eso hace que a veces se les pueda considerar como literatura fantástica.

## IV. CONCLUSIÓN

Llega la hora de ir recapitulando. Cabe en efecto entender el derecho como un sistema cerrado o como un sistema abierto, dicho sea sin tener que tomar posición ahora por ninguna de las dos maneras de pensar. Los políticos (en un régimen democrático y de opinión pública, se entiende) desde luego están por lo primero y su quehacer -empezando por sus palabras, que en ese oficio resultan importantísimas; y eso por no hablar de sus silencios, que es otra historia para estudiar con detalle- no se entiende de otra manera: la razón de partido lo explica todo. Pero sin embargo las normas que regulan los modos de elaborar normas -que han sido aprobadas por esos mismos políticos- parten de otra realidad: no ya unos seres arcangélicos, sino sobre todo unos juristas de la especie de los cerrados, salvo, eso sí, lo que tiene que ver con lo presupuestario, único ventanuco por el que entra la luz del día.

¿Es lo primero, la actitud de los políticos, una patología partitocrática o incluso populista? La respuesta a la segunda pregunta -¿deben las normas sobre normas modificarse para incluir, en aras de una *regulation* verdaderamente *smart*, el análisis sociológico, para decirlo con pocas palabras?- depende de cómo se conteste a la primera. Asunto en el que el jurista, por mucho se crea abierto, no se encuentra en condiciones de entrar, porque sus planteamientos más profundos -todos nosotros llevamos dentro los esquemas cerrados, aunque no lo reconozcamos e incluso aunque lo ignoremos- le impiden hacerlo con la debida libertad de pensamiento.

Dicho lo mismo pero con otras palabras, ¿Quién es más *smart*, o sea, literalmente, más listo? ¿Ellos -los políticos- o nosotros los juristas? ¿Es lo mismo ser inteligente que ser un listillo? Seguro que cada uno tiene su opinión y también sus ejemplos.

Y, si acaso a esas normas sobre el proceso de elaboración de normas hubiese que reprocharle su insuficiencia -su formalismo, para decirlo así-, ¿sería Andalucía lo único? No. ¿Y España? Tampoco. Si es que se trata de un mal, al menos nos cabe el consuelo de que no es privativo nuestro.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DÍEZ-PICAZO, L. (2010) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 3ª edición.

GARCÍA-PELAYO, M. (2009) *El buen y el mal gobierno (Las ideas y la intencionalidad política en un fresco de Ambrogio Lorenzetti)*, Madrid, CEPC, tomo II Obras Completas, 2ª edición.

## LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ANDALUCÍA

Diego J. Vera Jurado<sup>1</sup> y Elsa Marina Álvarez González<sup>2</sup>

### I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Es habitual definir la *simplificación administrativa* como aquel proceso a través del cual se mejora y reduce la regulación procedimental que afecta a las relaciones entre Administración y ciudadanos. Esta definición, que podría valer para describir la simplificación administrativa de manera coloquial, carece de los matices y explicaciones necesarias para comprender toda la extensión de un fenómeno complejo. Con ello queremos advertir que el concepto de simplificación administrativa, si bien pudiera parecer fácil de diseñar en algunos momentos y en algunas materias, entraña una variedad de contenidos e iniciativas que están en consonancia con la complejidad de las actuaciones públicas que se quieren simplificar. Parecería, a la luz de algunas aportaciones y comentarios, que es un proceso cercano a borrar o suprimir, intentando acortar simplemente aquello que es dilatado en tiempo y en condiciones. Pero nada más lejano a una correcta construcción de la simplificación administrativa, en la que es necesario un ajuste del procedimiento administrativo y de las cargas a cumplir por los ciudadanos sin quebrar por ello las garantías, derechos y deberes de las partes implicadas y, por

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Málaga. Director del Master oficial de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente y del Instituto de Gobierno y Territorio. Miembro del Instituto Clavero Arévalo y del Observatorio de Políticas Ambientales. Sus líneas principales se centran en la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, administración local, transparencia y gobernanza. Desarrolla trabajos de investigación en diversos países de Iberoamérica. Actual Director de la Fundación General de la Universidad de Málaga  
djvera@uma.es

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Málaga. Sus líneas principales son: derecho sanitario, patrimonio cultural subacuático, urbanismo y medio ambiente y técnica legislativa. Dos sexenios de investigación y un sexenio de transferencia. Secretaria del Instituto de Investigaciones jurídicas en Gobierno y Territorio. Miembro del Observatorio de Políticas Ambientales. Subdirectora de la Fundación General de la Universidad de Málaga.  
emalvarez@uma.es

tanto, el equilibrio de los intereses que en cada caso contempla el ordenamiento administrativo. Esta idea adquiere aun más fuerza cuando, si observamos las tendencias que se vienen presentando en el panorama jurídico nacional y comparado en relación con la simplificación administrativa, parece inevitable concluir que estamos en presencia de un claro principio jurídico, como ya se puso de manifiesto hace años por un sector de la doctrina (LOPEZ MENUDO, 1993: 96 y ss).

Aunque es un tema con especial actualidad no es un tema nuevo<sup>3</sup>, ya que muchas han sido las iniciativas normativas que se han sumado en los últimos años a la regulación de la simplificación administrativa. Así, desde las iniciativas propiciadas

<sup>3</sup> Son diversos los antecedentes normativos sobre la regulación de la simplificación administrativas. La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que emplazaba al Gobierno a establecer, en el plazo de un año, las modificaciones normativas precisas para la simplificación de los procedimientos administrativos vigentes en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, atendiendo especialmente a la eliminación de trámites innecesarios que dificulten las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública. El Real Decreto 670/1999, de 23 de abril, por el que se creaba la Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa, que desarrolla la Ley 4/1999 estableciendo un órgano *ad hoc* para el desarrollo del proceso de simplificación administrativa, la Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa. El «Programa de Mejora de la Reglamentación y de Reducción de Cargas Administrativas», aprobado en cumplimiento del «Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la UE», puesto en marcha a principios de 2007 por la Comisión Europea. La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior –la llamada «Directiva de Servicios»–, que se realizó a través de dos normas con rango de ley, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio –denominada «Ley Paraguas»– y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior –denominada «Ley Ómnibus»–. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que profundizó en las medidas de simplificación y liberalización previstas en las Leyes 17 y 25/2009, extendiendo a las actividades comerciales el régimen de acceso y ejercicio legalmente fijado para las de servicios y suprimiendo las autorizaciones y licencias municipales exigidas, tanto en la iniciación de dichas actividades como en la apertura de los establecimientos ligados a las mismas. El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios; de control del gasto público y cancelación de deudas. La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios. Las Leyes 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, que contienen, respectivamente y entre otras herramientas de dinamización de la economía. También, finalmente, la incorporación del título VI de la LPAC en 2015, con carácter de normativa básica, que unifica los principios de buena regulación, ordena el proceso de elaboración de normas con unas fases comunes a todas las Administraciones y refuerza la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa.

por la Unión europea<sup>4</sup>, Administración General del Estado<sup>5</sup> y administraciones autonómicas<sup>6</sup>, hasta aquellas –probablemente más recientes– originadas en la Administración local, todas han realizado claros intentos de simplificación administrativa, escenificando casi siempre estas iniciativas como una apuesta por una “nueva y moderna Administración pública”, pero probablemente sin el convencimiento y los medios necesarios para alcanzar los objetivos marcados.

<sup>4</sup> La propia UE lleva casi veinte años promoviendo iniciativas como «better regulation» o «smart regulation». Así, podemos destacar el “Paquete de Mejora Normativa”, de 2015, que, además de completar y reformular algunos de los principios de calidad normativa recogidos en las iniciativas *Legislar Mejor* de 2005 y *Normativa inteligente en la Unión Europea* de 2010, añade algunos principios nuevos, como son la evaluación a posteriori de la legislación, la participación de las partes interesadas y la mejora del acceso electrónico al conjunto de la legislación de la UE; el *Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación*, (Regulatory Fitness and Performance Program o REFIT), que contiene diversas propuestas dirigidas a integrar el *Programa Europeo de Reducción de Cargas* (Administrative Burden Reduction) con los objetivos de calidad normativa, especialmente en lo referente a las PYMES, y cuyo objetivo es simplificar la normativa de la UE y disminuir los costes que ocasiona, manteniendo todas sus ventajas. Para ello, la Comisión Europea crea la plataforma REFIT, reunión de expertos de alto nivel de los 28 Estados, en la que también participan el Comité Económico y Social e interlocutores sociales y de la de la sociedad civil que pueden presentar sus opiniones e inquietudes sobre el impacto de la legislación de la UE y sugerir posibles mejoras. La plataforma comenzó su andadura en enero de 2016. Señalar también el *Acuerdo Interinstitucional de Mejora de la Regulación* aprobado el 13 de abril de 2016, por el que la Comisión estrecha sus relaciones con el Consejo y el Parlamento para continuar trabajando con el fin de que los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en su conjunto perciban los beneficios de la mejora regulatoria; el *Comité de Control Reglamentario* (Scrutiny Regulatory Board) para garantizar la calidad de la normativa, órgano independiente formado por funcionarios de la Comisión y expertos ajenos a ella, cuya función consiste en comprobar la calidad de todas las evaluaciones de impacto y las principales evaluaciones en las que se basa el proceso de toma de decisiones de la UE. Y, por último, en 2017, el Presidente de la Comisión creó el grupo operativo *Legislar Menos pero Mejor* (Task Force on doing less more efficiently) para mejorar la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>5</sup> Véase nota 3.

<sup>6</sup> También las CCAA han generado un cuerpo normativo tendente a la simplificación y a la reducción de cargas administrativas. Así, por ejemplo, podemos citar con carácter pionero el Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Y ya algunos años después, la Ley 8/2019, de 5 de abril, para una Administración más ágil en la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 18/2020, de 28 de diciembre, de facilitación de la actividad económica de Cataluña; Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las Administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19; Decreto-ley 4/2020, de 18 de junio, de impulso y simplificación de la actividad administrativa para el fomento de la reactivación productiva en Castilla y León; el Decreto ley 15/2020, de 10 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de los sectores primario, energético, turístico y territorial de Canarias. Y más recientemente, la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia. Si nos centramos en Andalucía, son varias las normas dictadas. Así, el Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía y el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía. Además, en materia económica es preciso destacar también la Ley 3/2018, de 8 de mayo, de fomento del emprendimiento que en su disposición adicional tercera, recoge la aprobación de un plan de mejora de la regulación por parte del Consejo de Gobierno de Andalucía. Señalar también, el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su objeto es responder con la mayor rapidez posible a las exigencias que conllevará la tramitación de los proyectos financiados con fondos europeos, creando las condiciones oportunas para gestionar los mismos de una manera ágil, eficaz y eficiente, que garantice su inversión en las necesidades económicas y estructurales más necesarias y en el fortalecimiento del potencial de crecimiento, la creación de empleo, el impulso de la inversión y el apoyo al tejido productivo.

No obstante, y a pesar de estos intentos, el ritmo de implantación formal ha sido muy irregular. Es cierto que ha existido una clara tendencia a simplificar o a reducir cargas administrativas de manera “informal”, y ello como consecuencia de avances tecnológicos, necesidad de ahorro o, en su caso, la simple reproducción intuitiva de otras experiencias exitosas; sin embargo no son muchos los casos en los que la simplificación administrativa se ha hecho de forma expresa, respaldándose en un plan de modernización previamente establecido, o desde una organización vinculada a la calidad, o ligada a la gestión por procesos. A ello hay que unir, además, la existencia de una serie de factores que estorban su plena efectividad en muchos casos. Aquí podemos destacar, entre otros, la escasa visibilidad de los instrumentos mediante los que se promueve la simplificación, la asimetría en el grado y forma de implantación, el carácter no vinculante de los instrumentos normativos que recogen las iniciativas o, entre otros factores, la insuficiente categorización jurídica (GAMERO, 2014: pgn. 9). En resumen, aunque el interés parece claro, el escenario no permite afirmar que hemos alcanzado un nivel aceptable en el proceso de simplificación administrativa.

Veamos, no obstante, qué instrumentos y modalidades se esconde bajo el concepto genérico de simplificación administrativa. Para ello, y de manera prioritaria, es importante distinguir entre el concepto de “simplificación”, por una parte, y “la reducción de cargas”, por otra. Y ello como muestra de las dos grandes categorías en las que se pueden agrupar las distintas iniciativas. Advertir, no obstante, que estas categorías de clasificación son matizados, ampliados y divididos a su vez por la normativa en cada caso, aunque el resultado final es prácticamente el mismo. Es el caso, por ejemplo, de los criterios que emplearemos posteriormente al analizar la normativa sobre simplificación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La simplificación, en términos generales, hace referencia a las acciones encaminadas a hacer más sencilla, fácil o menos complicada el proceder de las mismas. Dado que en las Administraciones públicas predominan los procedimientos administrativos, se ha tendido a denominar también la “simplificación administrativa” como “simplificación de procedimientos”, sin ser en la práctica lo mismo, ya que la primera es un concepto más amplio que incluye tanto la simplificación de procedimientos, como de otros procesos que tienen lugar en el desarrollo de la actividad de las entidades, ya sea a nivel organizacional o vinculados a la prestación de servicios a la ciudadanía.

Por otro lado, cabe mencionar y distinguir los mecanismos de reducción de cargas administrativas. Éstas, a diferencia de la simplificación de procedimientos, supone la disminución de obligaciones o cargas (de entrega de documentación o costes económicos) que las Administraciones públicas imponen a la ciudadanía y a las empresas.

Ambos conceptos tienen en común el ánimo de hacer más ágil y sencillos los procedimientos y actividad pública. Sin embargo, hay que destacar que la

simplificación va a incidir en la mejora de la eficacia y la eficiencia de la gestión, para mejorar tanto el servicio ofrecido a la ciudadanía como la organización interna de las entidades, mientras que la reducción de cargas trata de reducir los costes y el cumplimiento de requisitos de los destinatarios. De esta forma se podría acometer un proceso de reducción de cargas que no incluyese una simplificación administrativa, y al revés.

Podemos describir, por tanto, ambas nociones, en el bien entendido de que la locución “simplificación administrativa” es equivalente a la suma de ambos:

- Reducción de cargas administrativas: Reducir o, en su caso, eliminar documentos, trámites y procedimientos administrativos con el fin de evitar desplazamientos, economizar tiempo y ahorrar costes.
- Racionalización y agilización del procedimiento administrativo: Ordenar el procedimiento administrativo conforme a un criterio razonable del tiempo, del coste y de la norma, a fin de que sea más ágil y económico, mediante la revisión, simplificación, supresión o modificación de los parámetros que configuran el procedimiento administrativo para imprimir celeridad, eficiencia y eficacia a la actividad administrativa.

## II. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

El análisis de las normas, planes y programas de simplificación administrativa desplegados hasta hoy muestra la existencia de iniciativas extraordinariamente valiosas y variadas, tanto en el plano supranacional, como en el Derecho comparado y en nuestro propio ordenamiento jurídico. En concreto, como ya hemos expuesto, se puede apreciar que existen dos movimientos paralelos y complementarios: el primero, que podríamos calificar como *Better Regulation*, se aprecia en Holanda y en países de la órbita anglosajona (EE.UU, Reino Unido, especialmente), de menor tradición jurídico-administrativa, que han focalizado sus esfuerzos en programas de reducción de cargas administrativas, inclusive las técnicas de mejora regulatoria (análisis de impacto normativo); el segundo movimiento, que cabe designar como *Better Administration*, se expresa en ordenamientos con tradición jurídico-administrativa, como España, Italia, Alemania o Portugal, y centra sus esfuerzos en técnicas orientadas a la racionalización del procedimiento administrativo para lograr una gestión administrativa más eficiente.

La tendencia anglosajona toma sentido en las corrientes neoliberales, bajo el prisma de la carga regulatoria y la necesidad de levantar controles y restricciones a las actividades económicas a fin de dinamizar el desarrollo económico e incrementar la competitividad. Se circunscriben, por tanto, al área de la denominada desregulación, y subyace en ellos una pretensión estrictamente económica, pues su finalidad es el

incremento de la competitividad derivado de la supresión de cargas regulatorias que permite liberar recursos para destinarlos a fines productivos. Esta concreta orientación finalista de tales estrategias de simplificación no les resta un ápice de legitimidad y utilidad, ni la constatación de tal orientación específica debe interpretarse como una crítica, aunque en ocasiones se pueda reprochar atinadamente que se estimulen estas iniciativas con un mero pretexto desregulador y no como una metodología de simplificación administrativa que tome suficientemente en consideración todos los intereses en presencia (GAMERO, 2014: pgn. 13).

Por el contrario, desde la perspectiva subyacente en los países de mayor tradición jurídico-administrativa (España, Alemania o Portugal, por citar algunos ejemplos), lo que se persigue con estos planes y programas es la mejora del funcionamiento de la Administración pública entendida como servicio público, a la que se quiere despojar de un arcaico componente burocrático e intervencionista para refinar y depurar sus instrumentos de intervención, al mismo tiempo que se potencian y mejoran sus técnicas internas de gestión a fin de ejercer más eficientemente las tareas que le atribuye el ordenamiento jurídico. Este segundo enfoque carece de las limitaciones materiales subyacentes en el grupo anterior, en cuanto que las estrategias de simplificación no distinguen las áreas o familias de procedimientos requeridos, sino que se extiende al conjunto de actuaciones de la Administración, al total de procedimientos administrativos preexistentes. Es más, las estrategias o programaciones de la simplificación que emprenden las Administraciones inspiradas por este propósito no suelen priorizar los procedimientos por su grado de afección a la iniciativa privada, sino por el volumen de tramitación que generan, situando en las primeras posiciones de la parrilla de salida a los procedimientos que afectan a un mayor número de ciudadanos<sup>7</sup> (GAMERO, 2014: pgn. 16).

Pues bien, veamos de que instrumentos concretos se dotan cada uno de estos apartados, que, de manera conjunta, darán respuesta a la simplificación administrativa.

## II.1. Técnicas de reducción de cargas administrativas

Bajo la denominación de técnicas de reducción de cargas administrativas se incluyen una serie de actuaciones e intervenciones de diferente naturaleza y metodología.

<sup>7</sup> No obstante, en la evolución de todos estos movimientos empiezan a despuntar signos inequívocos de intercomunicabilidad. Así, los británicos, mediante un ambicioso y reciente programa denominado *Red Tape Challenge* han empezado a extender las técnicas de simplificación al conjunto de actividades de la Administración; y en los países latinos se han aplicado programas de reducción cuantitativa de la carga regulatoria bajo los auspicios de la Comisión Europea, así como comienza a generalizarse la técnica del análisis de impacto normativo.

Vamos a destacar las más significativas, advirtiendo sobre la existencia de otras propuestas y, especialmente, de la proliferación de fórmulas que sobre la materia se están generando en los últimos años.

### II.1.1. La red *Standard Cost Model* (SCM)

La más destaca, y probablemente de mayor reputación, es la que elabora la red *Standard Cost Model* (SCM). Se fundamenta en una serie de requisitos o cargas administrativas (aportación documental, suministro de datos, etc.), cuya cuantía se estandariza estableciendo una tabla de costes unitarios, a fin de que pueda medirse el impacto económico que implica incluir o suprimir dicho requisito. Da lugar a cálculos aproximados que sirven para orientar sobre el efecto que supone la imposición o la supresión de ciertas cargas administrativas a los ciudadanos. En este sentido, por ejemplo, nos podemos plantear si es carga administrativa la exigencia de una solicitud, la aportación de documentación complementaria, la comunicación de actividades o de datos, la inscripción en un registro, la conservación de documentos, informaciones, la renovación de licencias, autorizaciones o permisos, la llevanza de libros, la realización de auditorías, la formalización de una actuación en documento público, etc. El Modelo Estandarizado de Costes (SCM) contiene una relación de todas las actuaciones que se consideran cargas administrativas, y les asigna un precio o tarifa estándar para poder realizar el cálculo de su coste. Dicho cálculo toma asimismo en consideración otros factores, como la periodicidad con que se impone la carga o la población (universo) de obligados. Como se puede inferir de lo expuesto, la cuantificación de los costes difiere enormemente según la escala territorial sobre la que se proyecte, variando tanto por lo que se refiere al país o región de referencia, como por el sector económico o productivo en examen. Esta circunstancia exige acordar la cuantificación estándar de los costes en escalas adecuadas, previamente al análisis específico (a la determinación de los costes) en un concreto ámbito. Por ello, la documentación general del SCM carece de una tabla de costes, que debe confeccionarse en ámbitos territoriales determinados. En España, para afrontar esta situación con un mínimo de homogeneidad a fin de disponer de cálculos homologables a escala nacional, se ha acordado un “Sistema compartido” de cuantificación elaborado de común acuerdo por todas las Administraciones públicas<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> La Comisión Europea y la mayoría de estados miembros de la UE han adoptado el *Modelo de Costes Estándar* como método para medir el impacto de las cargas administrativas y de su reducción. Esta es también la metodología de referencia en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde se aplica mediante el *Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar*. Al mismo tiempo, la medición en el marco de una evaluación de impacto normativo se efectúa de acuerdo con las pautas de la *Guía de Buenas Prácticas para la elaboración y la revisión de la normativa con incidencia en la actividad económica*. Recientemente, y siguiendo otras experiencias de nuestro entorno, esta metodología se ha adaptado a los efectos de facilitar la cuantificación de las cargas administrativas a partir de valores preconfigurados, los cuales se han obtenido a partir de las mediciones efectuadas en esta Administración. Estos valores se recogen en el *Sistema de costes unitarios estándar para la cuantificación de cargas administrativas*.

### II.1.2. La regla One-in One-out (OIOO)

En relación con la reducción de cargas, han aparecido diferentes modalidades o variantes que pretenden conseguir el mismo objetivo, pero bajo condiciones diferentes. Así la regla One-in One-out (OIOO) constituye una modalidad peculiar (aunque inicialmente se origina en el Reino Unido, posteriormente Canadá, España, Alemania, Francia, Australia o Corea han seguido aplicando estas medidas), que tiene como objetivo que cada vez que se implante una nueva carga administrativa se debe proceder a suprimir otra. Conviene apuntar que se han elaborado amplias guías metodológicas dirigida a explicar cómo funciona esta regla, y con la que especialmente se pretende evitar que la carga suprimida sea menos gravosa que la implantada, o dicho de otra manera, que la nueva carga suponga un incremento de la carga regulatoria en términos absolutos. El proceso se gestiona mediante la técnica de evaluación de impacto normativo. En España esta técnica ya ha encontrado acogida en el art.37 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que dispone: “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente”.

Su aplicación se circunscribe, en el presente momento, a la regulación de nuevas cargas sobre la actividad empresarial, sin extenderse al conjunto del ordenamiento jurídico y únicamente vincula a la potestad reglamentaria, no afectando a las regulaciones de carácter legislativo. La implantación de este tipo de criterios exige una adecuada ponderación de los diferentes intereses en conflicto.

### II.1.3. El principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima establece que sólo se debe imponer una carga cuando sea estrictamente necesario. Sin embargo, durante mucho tiempo parece que no se ha sido especialmente sensible a su importancia. El análisis de la legislación sectorial (urbanismo, medio ambiente, consumo...) hace pensar que a menudo las cargas se han impuesto por una especie de principio de precaución mal entendido, bajo cuyo prisma debe exigirse la presentación de documentos o la realización de trámites aunque no esté demostrada su utilidad, porque quizá llegado el caso se presente un día en el que se revele finalmente útil debido a un inopinado cambio de las circunstancias o a una necesidad que todavía no nos ha sido revelada. Y de este modo pasa el tiempo sin que se demuestre su utilidad, pero la carga sigue en la norma sin que resulte inocua, pues constituye un importante gasto. Nuestro Derecho no tiene implantada esta regla en términos generales, aunque sí una aproximación, en el artículo 4.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando establece que “Las Administraciones Públicas

que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos” (BASSOLS, 2008: pgn. 48)<sup>9</sup>.

### II.2. Técnicas de simplificación del procedimiento administrativo

Este tipo de técnicas nos resultan más familiares, y no es extraño, pues han sido cultivadas especialmente en los ordenamientos de nuestro entorno cultural jurídico-administrativo. Son diversas en su naturaleza -dependiendo de la fase del procedimiento en que se apliquen- pero también en la eficacia demostrada. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, hay que destacar el impulso de oficio del procedimiento administrativo. Este principio queda recogido en el presente momento en el art. 71 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Lógicamente con ello se hace referencia al reemplazo de trámites que deben realizarse a instancia de parte por actuaciones emprendidas de oficio, de tal manera que no afecta ya solo a la tramitación del procedimiento, sino a su nacimiento mismo (PÉREZ MONGUIÓ, 2014: 322). Una segunda manifestación de la simplificación del procedimiento administrativo se centra en la supresión de trámites innecesarios y sustitución de trámites preceptivos por facultativos. En este supuesto se hace referencia a la supresión de trámites procedimentales que no aportan ningún valor al procedimiento, careciendo en muchos casos de base legal para ser exigidos o, incluso, constituyendo una duplicidad o solapamiento de otros anteriores. Podemos añadir, asimismo, la simplificación en relación con la emisión de informes que constituye un elemento habitual de dilatación y complejidad de los procedimientos. Y para ello estarían propuestas vinculadas a formularios de petición y aplicación del silencio positivo en caso de no emisión del informe (GAMERO, 2014: 26). Por último, cabría hacer referencia genérica a otras iniciativas que, de manera aislada o en conjunta, pueden generar una verdadera simplificación de los procedimientos administrativos. Así, la agilización de las comunicaciones internas en la estructura administrativa, y para ello las nuevas tecnologías aportan instrumentos eficaces; eliminación de los cuellos

<sup>9</sup> Este precepto trae como antecedente directo el art. 39.bis 1 de la Ley 30/1992 que, como es sabido, constituye una trasposición obligada por la Directiva de Servicios. Sí se ha conformado esta exigencia por parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa, en relación con los reglamentos que impongan nuevas prohibiciones o restricciones sustantivas. Por el contrario, el principio luce expresamente en el Derecho británico, donde ostenta rango legal al haberse incorporado al art.2.3 b) de la *Legislatory & Regulatory Reform Act* de 2006.

de botella, vinculada a la distribución de las cargas de trabajo en la organización administrativa; *acumulación en la tramitación de los procedimientos*, recogida en el presente momento en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; *la mejora de los formularios e impresos administrativos* o, por último, la *reducción de los plazos y los tiempos de respuesta* a los ciudadanos.

Todo ello puede quedar condicionado y complementado, además, por la implantación de soluciones originada en la denominada Administración electrónica, en particular en la digitalización de los procedimientos, que no será objeto de tratamiento en este artículo. No obstante, es importante destacar que esta digitalización del procedimiento no constituye una simplificación administrativa por sí sola, más bien al contrario. Solo tiene efectos positivos en un proceso de simplificación previamente establecido (NAVAMANUEL, 2014: 167).

### III. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ANDALUCÍA

El Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía<sup>10</sup>, constituye el marco general para la Administración de la Junta de Andalucía en esta materia, regulando aspectos horizontales de la actividad administrativa para hacerla más simple, sencilla, ágil, accesible a la ciudadanía y, por todo ello, más productiva. Se articula sobre una serie de técnicas orientadas a simplificar los procedimientos administrativos, agilizar su tramitación y reducir las cargas administrativas que pesan sobre la ciudadanía; además, se adoptan acciones orientadas a lograr la plena aplicación e implementación de la administración electrónica.

En lo que a nosotros nos interesa, el capítulo II (arts. 6 a 13) establece un régimen general de simplificación administrativa basado en una serie de criterios que deben guiar todo el proceso tanto en lo que se refiere a la aprobación de nuevos procedimientos administrativos como a la revisión del acervo normativo existente. No se trata de revisar el régimen sustantivo de cada materia objeto de regulación, sino de analizar toda disposición reguladora de procedimientos administrativos para eliminar las cargas superfluas, redundantes o excesivas y agilizar la tramitación tanto como sea posible. Echamos en falta en este capítulo la regulación del propio concepto de simplificación administrativa tal y como han hecho otras regulaciones autonómicas. Por ejemplo, el art. 2 de la Ley 1/2021, 11 de febrero, de simplificación administrativa de Aragón, entiende por tal las iniciativas de mejora

<sup>10</sup> Boletín número 250, de 31/12/2019.

de la calidad normativa, simplificación normativa, transformación digital del sector público, modernización y racionalización administrativa, revisión, reordenación y agilización de procedimientos y reducción de cargas administrativas. Por tanto, tal y como hemos señalado en este trabajo, parece que el concepto debe ir más allá de la simple reordenación de trámites administrativos y reducción de cargas administrativas. En cualquier caso y atendiendo al contenido del capítulo II, podemos entender que el legislador andaluz contempla tres ámbitos de la actuación administrativa sobre los que hay que intervenir para conseguir una verdadera simplificación: el ámbito normativo, procedimental y organizativo.

#### III.1. Simplificación normativa

El Decreto 622/2019 introduce algunas herramientas para la simplificación normativa. Primero, incorpora dos trámites nuevos al procedimiento de elaboración de normas de la Junta de Andalucía (proyectos de disposiciones reglamentarias y los anteproyectos de ley). Por un lado, regula la necesidad de incorporar una memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación en la que se justifique el cumplimiento de los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de la LPAC (art.7), y por otro, se introduce el informe en materia de simplificación y organización (art.8).

En lo que respecta a la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación, el decreto establece que, con carácter general, dicha memoria deberá recoger los siguientes extremos<sup>11</sup>:

- a) La razón de interés general que justifique la aprobación de la norma.
- b) Los objetivos perseguidos y la justificación de que la disposición a aprobar es el instrumento más adecuado para lograrlos.

<sup>11</sup> Cuando se trate de anteproyectos de ley, el art. 7 establece que la memoria además deberá justificar los siguientes aspectos:

- a) Cuando se establezca que el silencio tendrá efecto desestimatorio, se expondrá específicamente la razón imperiosa de interés general que lo justifica, en los supuestos en los que el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio.
- b) Cuando se establezcan nuevos trámites en los procedimientos administrativos, adicionales o distintos a los previstos en la legislación del procedimiento administrativo común, se justificará que son eficaces, proporcionados y necesarios para la consecución de los fines propios del procedimiento.
- c) Cuando concretamente se establezca una limitación al acceso o ejercicio de una actividad económica, como la exigencia de una autorización, se motivará específicamente el cumplimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en relación con tales medidas.

Cuando se trate de disposiciones de carácter general que modifiquen preceptos relativos a procedimientos administrativos se analizará la oportunidad de su rediseño funcional aplicando los criterios de simplificación establecidos en el art. 6.

- c) La constatación de que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones, para alcanzar tales fines.
- d) La justificación sobre el rango del proyecto normativo y su debida coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.
- e) Una breve descripción de los trámites seguidos en el procedimiento de tramitación de la propuesta y de la participación de los agentes y sectores interesados.
- f) Un estudio de valoración de las cargas administrativas derivadas de la norma, justificando su necesidad y evitando la imposición de cargas innecesarias o accesorias.
- g) Cuando se regule un procedimiento administrativo, se expondrán los factores tenidos en cuenta para fijar su plazo máximo de duración, así como una previsión de su impacto organizativo y de los recursos de personal para su óptima gestión.
- h) Cuando se trate de la creación de nuevos órganos, la acreditación de la no coincidencia de sus funciones y atribuciones con la de otros órganos existentes.

Esta memoria, que responde a lo establecido en la LPAC, se integrará en la memoria de análisis de impacto normativo a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia pública de Andalucía, una vez se apruebe por el consejo de gobierno el decreto que la regule<sup>12</sup>. Llama la atención que todavía no esté regulada dicha memoria de impacto normativo aunque en la práctica todos los proyectos normativos cuentan con ella y ya integran el contenido de la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación. Es cierto que dichas memorias desarrollan y justifican mucho más el cumplimiento de los principios de buena regulación que el impacto que tendrá la nueva norma para sus destinatarios. Como es sabido, en el ámbito estatal sí está regulada la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN) en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. Esta memoria tiene por objeto regular el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento de ámbito estatal. La finalidad última de esta memoria es garantizar

<sup>12</sup> Dicha disposición adicional segunda regula la mejora de la calidad de la regulación y establece que en el marco de lo dispuesto en el capítulo I del título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se realizarán las siguientes actuaciones:

- a) Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se regulará, como trámite preceptivo en los procedimientos de aprobación de los anteproyectos de ley, decretos legislativos y disposiciones de carácter general, una memoria de análisis de impacto normativo.
- b) Por Acuerdo del Consejo de Gobierno, se aprobarán unas instrucciones de técnica normativa al objeto de homogeneizar los aspectos formales de los textos normativos de la Comunidad Autónoma.

que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuenta con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias.

Sin duda, la MAIN permite realizar una evaluación ex ante de la norma muy completa, pudiendo además, incluir cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente. Sin embargo, nos planteamos si su contenido pudiera dotar a la misma de excesiva rigidez. No sería beneficioso para el interés general que la redacción de una norma y sobre todo en esta fase previa, se convierta en un procedimiento laborioso y complejo en el que –como ocurre en otras actividades de planificación de la Administración–, la principal preocupación no es la evaluación ex ante de la norma sino reunir todos los informes que exige el legislador para evitar la anulación por motivos procedimentales. Y ello, nos lo planteamos a la luz de algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que ya se han dictado en este sentido<sup>13</sup>.

Además, si nos fijamos en la experiencia estatal, todos los proyectos normativos del gobierno central están cumpliendo el trámite de elaboración de la MAIN, pero su contenido todavía debe mejorar en algunos apartados. Así, por ejemplo, las memorias todavía no realizan una verdadera justificación de la oportunidad de la propuesta, pues se limitan a definir los objetivos de forma muy genérica; en lo que respecta al análisis de las alternativas se suele recurrir a un juicio sobre el instrumento jurídico a emplear en lugar de exponer un razonamiento desde el punto de vista material que justifique la mayor idoneidad de la opción elegida frente a las otras posibles; y suelen acompañarse de una insuficiente o inadecuada justificación de los principios de buena regulación, pues no basta con la mera mención de esos principios, sino que deberían realizar un razonamiento concreto, en los términos que establece el art. 129 LPAC que explique la adecuación a los mismos de la norma proyectada.

En esta línea, si nos detenemos en el propio análisis jurídico que las MAIN realizan (que debe versar sobre el fundamento jurídico y rango normativo de la norma, la congruencia con otras normas de Derecho interno y con las normas del Derecho de la Unión europea, la entrada en vigor y vigencia de la norma y el alcance de

<sup>13</sup> Así podemos destacar, por ejemplo, la STS de 22 de marzo de 2018, por la que se anula la Orden ministerial 2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprobaba la metodología para la determinación de tarifas en relación con la remuneración exigible por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, por no contener un informe de impacto en la familia y en la adolescencia.

la derogación normativa, al objeto de garantizar que no se producen duplicidades y contradicciones y para identificar posibles oportunidades de simplificar el ordenamiento jurídico, tal y como establece el RD 931/2017, de 27 de octubre), se observa que en las memorias se presta poca atención a estos aspectos que son esenciales para un buen ejercicio de la evaluación ex ante. Y en lo que respecta a la adecuación al orden de distribución de competencias entre las Administraciones públicas, que no solo asegura la conformidad de la propuesta normativa con el orden constitucional de distribución de competencias, sino que ofrece información que permite valorar la eventual conflictividad del proyecto, tampoco en la práctica queda suficientemente justificado el análisis de los títulos competenciales que fundamentan la competencia estatal para aprobar el proyecto; las cuestiones competenciales más relevantes, destacando su potencial conflictividad; y la participación que se ha dado a las comunidades autónomas, y en su caso a las corporaciones locales, en la tramitación del proyecto y la posición que estas han mantenido.

Además, la descripción de los trámites y consultas que se han realizado durante el procedimiento de elaboración de la norma refuerza la propuesta normativa y ofrece una valiosa información sobre la previsión del grado de aceptación que puede tener el proyecto. Para ello, creemos que es importante que se recojan las aportaciones recibidas en los trámites de participación ciudadana y su valoración, y se evidencie su eficacia para la mejora de la propuesta normativa. Es cierto que hasta el momento, la participación ciudadana es sobre todo técnica, es decir, de los expertos, de los órganos consultivos y de participación, de las empresas y de las organizaciones, siendo muy escasa la participación de los ciudadanos. Ello pone de manifiesto que la Administración debe adecuar los canales de participación ciudadana para que sean atractivos para la ciudadanía. Por ejemplo, mediante el uso de las plataformas y redes sociales (ÁLVAREZ, 2021).

Por tanto, tendremos que esperar a que el legislador andaluz regule el contenido de las MAIN en Andalucía y ver cómo se justifica cada uno de sus extremos en la práctica para poder valorar su efectividad y determinar si se concibe como un trámite más del procedimiento de elaboración de las normas o si constituye un verdadero instrumento de evaluación ex ante de las normas tal y como pretende la LPAC.

Señalar también que desconocemos como se articula la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación con lo previsto en la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía que atribuye a la Agencia de defensa de la competencia de la Junta de Andalucía la función de informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan sobre las actividades económicas, afecten a la competencia efectiva o la unidad de mercado, pero de forma que se garanticen los intereses generales sobre la base de la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad, eficacia,

eficiencia, transparencia, seguridad jurídica, simplicidad y accesibilidad, es decir, aplicando, por tanto, los principios de calidad normativa<sup>14</sup>. A simple vista parece que estamos ante una duplicidad de órganos y funciones innecesaria y contraria a la simplificación administrativa.

Volviendo a la regulación del Decreto 622/2019, también se introduce en el procedimiento de elaboración de las normas andaluzas el informe en materia de simplificación y organización (art. 8). Su finalidad es básicamente comprobar en materia de organización que en caso de crearse un órgano administrativo nuevo sus funciones no coinciden con las de otros órganos ya existentes, y en materia de procedimiento administrativo, comprobar su simplificación y agilización, y la reducción de cargas administrativas, llevando a cabo un análisis del cumplimiento de los criterios establecidos en el artículo 6. Este informe preceptivo y no vinculante lo emite el órgano directivo central con competencias en materia de organización de los servicios públicos y simplificación administrativa y es solicitado por la persona titular de la secretaría general técnica de la consejería promotora de la norma, mediante el formulario aprobado por la consejería competente en materia de Administración pública, remitiendo la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación junto con el proyecto de disposición, así como, en su caso, la propuesta de formularios del procedimiento para su normalización y correspondiente inscripción en el registro de procedimientos y servicios que se regula también en el Decreto 622/2019 y que analizaremos más adelante.

La efectividad práctica de este informe nos genera algunas dudas. No sólo complica aún más el procedimiento de elaboración de las normas introduciendo este trámite que es competencia de una consejería distinta a la promotora de la norma, sino que su contenido ya está previsto en la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación. Los apartados g) y h) del art. 7.2 ya analizan los aspectos relativos a la organización y al procedimiento administrativo. Este informe más que simplificar el proceso de elaboración de las normas creemos que crea confusión y aporta duplicidad de funciones.

Por último, en materia de simplificación normativa también se regula la necesidad de elaborar cada cuatro años planes de calidad y simplificación normativa. Esta función revisora del ordenamiento jurídico andaluz es fundamental para conseguir su simplificación. Se regula en el art. 9 que establece que se aprobarán por el consejo de gobierno mediante acuerdo. Estos planes tienen como objetivo la revisión, simplificación y, en su caso, consolidación normativa de las disposiciones vigentes en el derecho andaluz. Se atribuye la competencia para impulsar y coordinar su seguimiento y revisión a la consejería competente en materia de Administración

<sup>14</sup> Art. 3. i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

pública. El resultado de la ejecución de cada plan se plasmará en un informe de evaluación que, previo conocimiento de la comisión interdepartamental de coordinación y racionalización administrativa, se hará público en el portal de la Junta de Andalucía, así como por los medios que se estimen pertinentes.

Con estos planes se revisan las normas vigentes y permite valorar si es necesario reducir el número de normas, adaptar las normas a los principios de buena regulación, verificar que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos, así como que estaban justificados y correctamente cuantificados el coste y las cargas impuestas en ellas. Además, permite el rediseño funcional de los procedimientos para simplificarlos y agilizar los trámites. Por tanto, es una buena herramienta para la consolidación y simplificación de la normativa vigente y responde a lo previsto en el art. 130 LPAC.

Quizás hubiera sido conveniente recoger también la necesidad de elaborar planes normativos anuales o plurianuales no con carácter revisor sino con carácter planificador de la actividad normativa que pretende llevar a cabo la Junta de Andalucía, tal y como recoge la LPAC para el Estado con la regulación de los planes anuales normativos. Su no obligatoriedad para las CC.AA a raíz de la STC 2018/55, de 24 de mayo, ha hecho que Andalucía sea de las pocas comunidades que no presenta su plan normativo anual.

En cualquier caso, entendemos que para conseguir una verdadera simplificación normativa debemos regular ex novo el procedimiento de elaboración de las normas y reducir verdaderamente los trámites a realizar. Un buen ejemplo de ellos es el Decreto 52/2021, de 24 de marzo, por el que se regula y simplifica el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas de carácter general de la Comunidad de Madrid. Esta norma, enmarcada dentro de las medidas del plan de reactivación frente a la COVID-19, responde a la necesidad de racionalizar y simplificar la gestión pública y mejorar la eficacia de la Administración. Así, se establece un procedimiento propio para la elaboración y aprobación de disposiciones de carácter general (hay que tener en cuenta que Madrid no tenía regulado un procedimiento para la elaboración y aprobación de normas de manera completa y sistemática como ocurre en el resto de comunidades autónomas, por lo que tenía que recurrir con carácter supletorio al ordenamiento estatal, sin perjuicio de algunas especialidades dispersas en el ordenamiento autonómico). Ahora, se regula un procedimiento ordinario de tramitación de las disposiciones de carácter general en el que se reducen y racionalizan los trámites administrativos de tal forma que, por ejemplo, se disminuyen con carácter general los plazos de emisión de informes y se eliminan trámites innecesarios. En este mismo sentido, el Decreto establece un sistema más racional y preciso respecto a la memoria del análisis de impacto normativo, que ha de acompañar a los proyectos, de manera que se

establece como regla general un modelo de memoria ejecutiva, especialmente precisa y ágil, y una memoria extendida, de mayor profundidad, para los proyectos de normas que conlleven un relevante impacto económico, presupuestario, social, de cargas administrativas o cualquier otro análogo. Además, el Decreto contempla la regulación de un procedimiento específico de tramitación urgente para aquellos supuestos en los que esté debidamente justificado en el que los plazos sistemáticamente se reducirían a la mitad y otro procedimiento simplificado para la tramitación de disposiciones de carácter organizativo que por su propia naturaleza justifican un proceso más sencillo<sup>15</sup>.

La única novedad en este sentido realizada por la comunidad autónoma de Andalucía ha sido la incorporación de un artículo 45 bis en la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Junta de Andalucía que permite la tramitación urgente del procedimiento de elaboración y aprobación de anteproyectos de ley y de los proyectos de reglamento en los siguientes supuestos:

- a) Cuando sea necesario para que la norma entre en vigor en el plazo exigido para la transposición de directivas comunitarias o el establecido en otras leyes o normas de Derecho de la Unión europea.
- b) Cuando concurren otras circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido prevverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente de la norma.

La tramitación urgente implica que los plazos previstos para la realización de los trámites del procedimiento de elaboración se reducen a la mitad de su duración. No es preciso el trámite de consulta pública previo, sin perjuicio de la realización

<sup>15</sup> El Decreto madrileño dedica también un artículo a la denominada huella normativa que se define como el conjunto de documentos y contenidos que deben publicarse en relación con el procedimiento de elaboración de normas en un apartado específico del portal de transparencia de la Comunidad de Madrid, lo que permitirá el conocimiento íntegro y general de los expedientes de los proyectos normativos. Y en el marco de las políticas de transformación digital de las Administraciones públicas, se impulsan los trabajos necesarios para la gestión electrónica de los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, en colaboración con la Agencia para la Administración digital de la Comunidad de Madrid. El Decreto madrileño dedica también un artículo a la denominada huella normativa que se define como el conjunto de documentos y contenidos que deben publicarse en relación con el procedimiento de elaboración de normas en un apartado específico del portal de transparencia de la Comunidad de Madrid, lo que permitirá el conocimiento íntegro y general de los expedientes de los proyectos normativos. Y en el marco de las políticas de transformación digital de las Administraciones públicas, se impulsan los trabajos necesarios para la gestión electrónica de los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, en colaboración con la Agencia para la Administración digital de la Comunidad de Madrid. En definitiva, el objetivo es reducir casi a la mitad la tramitación, pasando de una media de 125 días hábiles a unos 70 debido, fundamentalmente, a la reducción de los plazos de emisión de informes, la simultaneidad de algunos de ellos, la supresión de trámites innecesarios o duplicados y a la normalización de documentos. También contempla como novedad un plan normativo plurianual, en lugar de un plan anual como hasta ahora, lo que se justifica como elemento para mejorar la planificación normativa del gobierno regional. No obstante, con el fin de ajustar su contenido a las necesidades y circunstancias del momento, se recoge la posibilidad de introducir con carácter anual las modificaciones que resulten necesarias. En definitiva, el objetivo es reducir casi a la mitad la tramitación, pasando de una media de 125 días hábiles a unos 70 debido, fundamentalmente, a la reducción de los plazos de emisión de informes, la simultaneidad de algunos de ellos, la supresión de trámites innecesarios o duplicados y a la normalización de documentos.

de los trámites de audiencia pública o de información pública cuyo plazo de realización es de siete días hábiles. Y además, solo es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, en lo que se refiere a los informes de órganos colegiados consultivos de la Comunidad Autónoma<sup>16</sup>.

### III.2. Simplificación de procedimientos

Entre los criterios para la simplificación de procedimientos, agilización de trámites y reducción de cargas que se recogen en el art. 6, nos gustaría destacar que se recogen criterios de simplificación y agilización de los procedimientos y criterios de reducción de cargas y simplificación documental. Así, para agilizar los procedimientos administrativos se recoge:

- a) La unificación o eliminación de procedimientos.
- b) La reducción de los términos y plazos en la medida que sea posible, manteniendo todas las garantías necesarias.
- c) La supresión o simplificación de trámites que no aporten valor añadido o que supongan dilaciones del procedimiento, siempre que no afecten a las garantías de las personas interesadas.
- d) La proactividad por parte del órgano responsable del procedimiento.
- e) El establecimiento de modelos de declaración, memorias o test de conformidad que faciliten la elaboración de informes preceptivos.
- f) La extensión y potenciación de los procedimientos de respuesta inmediata o resolución automatizada para el reconocimiento inicial de un derecho o facultad, así como para su renovación o continuidad de su ejercicio; este criterio se aplicará especialmente a los procedimientos y servicios en que se resuelven las pretensiones y demandas de la ciudadanía tras un único contacto con la Administración o en un tiempo muy breve.
- g) La agilización de las comunicaciones.
- h) La desconcentración de competencias en órganos jerárquicamente dependientes.
- i) La orientación a la ciudadanía.

Y para la reducción de cargas y simplificación documental se recogen los siguientes criterios:

<sup>16</sup> Esta modificación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Junta de Andalucía, se realiza en el art. 13 del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía.

- a) La supresión de cargas administrativas que no sean imprescindibles para la resolución del procedimiento, eliminando requisitos no exigidos por la normativa vigente, valorando su adecuación y reduciendo la frecuencia de su aportación.
- b) La supresión o reducción de la documentación requerida a las personas interesadas y su posible sustitución por transmisiones de datos o la presentación de declaraciones responsables.
- c) La valoración del momento idóneo para la aportación de la documentación requerida a las personas interesadas, promoviendo siempre que sea posible, su aportación en el trámite de audiencia anterior a la formulación de la propuesta de resolución.
- d) El fomento de las declaraciones responsables y comunicaciones, reduciendo la aportación de datos, documentos y requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.
- e) La agrupación documental, incorporando en un único documento las manifestaciones que, en forma de declaraciones, certificaciones o actuaciones de similar naturaleza, haya de hacer una misma persona en un mismo trámite, o en varios si la gestión del procedimiento lo permite.
- f) La normalización documental, fundamentalmente de los formularios de solicitud, declaraciones responsables, comunicaciones, certificaciones y documentos de análogo carácter, diseñando modelos que faciliten y agilicen su cumplimentación, con los datos mínimos necesarios para identificar a la persona interesada y facilitando, cuando sea posible, su precumplimentación.

Adviértase que en estos criterios el legislador ha puesto especial énfasis en tres ideas: el mayor protagonismo que deben recibir las comunicaciones y declaraciones responsables en los procedimientos administrativos, la normalización documental (formularios; modelos de declaración, memorias o test de conformidad que faciliten la elaboración de informes preceptivos), y la necesidad de apostar por procedimientos de respuesta inmediata o resolución automatizada para el reconocimiento inicial de un derecho o facultad, así como para su renovación o continuidad de su ejercicio. Aunque no cabe duda que estos criterios simplifican el procedimiento, no debemos perder de vista los riesgos que los mismos pueden suponer. Así, por ejemplo, entendemos la normalización documental nunca debería suponer la no admisión de una solicitud en otro formato pues lo contrario haría perder el carácter antiformalista del procedimiento administrativo. Y la incorporación de test de conformidad para agilizar la emisión de informes preceptivos podría cuestionar la necesaria motivación de los actos administrativos cuando dichos informes tienen carácter vinculante, pues son los que determinan el contenido final del acto administrativo.

Un elemento importante para conseguir esa necesaria proactividad del órgano responsable del procedimiento administrativo se materializaría con un plan anual de simplificación procedimental de cada consejería y con un informe que haga el seguimiento de las actividades de simplificación y reducción de cargas<sup>17</sup>.

Como instrumento de simplificación procedimental se regula el registro de procedimientos y servicios (art. 10). Este registro se configura como el inventario de los procedimientos administrativos y servicios que gestiona la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y, en su caso, los consorcios adscritos, incorporando tanto los procedimientos y servicios internos como los dirigidos a la ciudadanía y al resto de Administraciones públicas<sup>18</sup>. Por tanto, su objetivo es identificar todos los procedimientos administrativos y servicios existentes mediante un código específico; homogeneizar la información correspondiente a cada procedimiento administrativo y servicio; y articular el cumplimiento de las exigencias de publicidad de la información sobre procedimientos administrativos y servicios establecidas en la legislación vigente, así como facilitar la gestión administrativa de los mismos. También es objeto de inscripción en el registro, según lo dispuesto en el art. 12, los formularios establecidos por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de trámites, independientemente del soporte en que se utilicen por parte de las personas interesadas, así como otros modelos específicos para el cumplimiento de obligaciones por parte de las personas interesadas o para facilitar la realización de actuaciones administrativas<sup>19</sup>. No tiene

<sup>17</sup> Algo parecido a lo que existe a nivel estatal. El informe sobre los planes de simplificación y reducción de cargas de los ministerios de 2019 y publicado en noviembre de 2020 puede verse aquí: [http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanzapublica/inspeccion/simplificacion/INFORME\\_PLANES\\_2019.pdf](http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanzapublica/inspeccion/simplificacion/INFORME_PLANES_2019.pdf)

<sup>18</sup> El registro de procedimientos y servicios debe contener, como mínimo, la siguiente información básica de cada procedimiento:

- a) Denominación.
- b) Código.
- c) Consejería, agencia o consorcio.
- d) Descripción.
- e) Plazo máximo para resolver y notificar o publicar.
- f) Sentido del silencio administrativo.
- g) Los formularios normalizados establecidos para el procedimiento, con indicación de si tienen carácter obligatorio o no.
- h) Plazo y modo de presentación de la solicitud, en su caso.
- i) Normativa reguladora.
- j) Requisitos a cumplir por las personas interesadas.
- k) Documentación y datos a aportar por las personas interesadas.

Y de cada servicio, como mínimo, la siguiente información básica de cada servicio:

- a) Denominación.
- b) Código.
- c) Consejería, agencia o consorcio.
- d) Descripción.
- e) Modo de solicitud o acceso, en su caso.

<sup>19</sup> El art. 12 establece que los formularios se configurarán de manera intuitiva y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro que favorezca su comprensión por la ciudadanía, bajo los principios de accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad.

carácter público ni efectos constitutivos, por lo que prevalece la publicación oficial de las normas o actos sobre la información disponible cuando existan discrepancias entre ambas.

Aunque las respectivas consejerías son las responsables de la integridad, veracidad y actualización de los datos del registro correspondientes a su ámbito de competencias, su mantenimiento corresponde a la consejería competente en materia de Administración pública, que será la responsable de su coordinación y del seguimiento de la calidad de su información, velando por su correcto funcionamiento y dictando las disposiciones reglamentarias e instrucciones precisas.

En definitiva, el registro se establece como un instrumento de gestión interna en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, y para ofrecer esa información con carácter permanente y actualizada a los ciudadanos se regula el catálogo de procedimientos y servicios (art. 11) cuyo contenido se nutre de la información disponible en el registro. Se trata de un instrumento de publicidad activa de los procedimientos administrativos a los efectos contemplados en el artículo 14.a) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía y está publicado en el portal de la Junta de Andalucía y en las sedes electrónicas<sup>20</sup>. Es preciso destacar que el catálogo presenta una interfaz muy sencilla y clara, donde la búsqueda de los procedimientos es muy intuitiva y se facilita toda la información y documentación (formularios, etc.) necesaria para cada procedimiento y servicio.

Por último, el art. 13 regula el manual para la simplificación de los procedimientos administrativos y agilización de trámites como la guía de orientación para facilitar el análisis, diagnóstico y mejora de los procedimientos administrativos. Este manual será aprobado mediante orden de la consejería competente en materia de Administración pública, que además, elaborará y mantendrá actualizadas otras herramientas para la simplificación de procedimientos administrativos y agilización de trámites, como guías de orientación para facilitar a los órganos directivos el análisis, diagnóstico y mejora de los procedimientos administrativos, y la elaboración de disposiciones generales que regulen nuevos procedimientos o modifiquen los ya existentes. Si bien tendremos que esperar a su aprobación para poder valorarlo, creemos que su finalidad, al igual que el manual de simplificación administrativa del Estado será analizar y evaluar los procedimientos administrativos vigentes y revisar su diseño de modo que estos alcancen las dimensiones óptimas para su eficiencia social, así como establecer una metodología común para toda la Administración de la Junta de Andalucía y favorecer la evaluación permanente

<sup>20</sup> Puede consultarse aquí: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos.html>.

del acervo normativo, permitiendo, además, una mayor coordinación y una visión integrada, asegurando la planificación por las consejerías de sus procesos de simplificación y reducción de cargas<sup>21</sup>. Sería importante no demorar su aprobación pues el manual de simplificación administrativa publicado en el portal web de la Junta de Andalucía es el aprobado en el año 2010<sup>22</sup> y por tanto, no adaptado a los principios establecidos en la LPAC.

Como ejemplo de la puesta en marcha de alguna de estas medidas generales de simplificación procedimental podemos citar el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía que ha supuesto la agilización de 21 leyes y seis decretos. Además, en dicho decreto-ley también se incluye un centenar de medidas, entre simplificación de procedimientos, eliminación de barreras o modificación de tasas en ámbitos como el turismo, el comercio, la salud, la industria agroalimentaria, el medio ambiente o el urbanismo, entre otros. También podemos señalar el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de recursos para el impulso a la recuperación y la resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y el Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía.

### III.3. Simplificación de órganos

Este ámbito de la simplificación es al que menos atención le dedica el Decreto 622/2019, pues salvo las referencias a la necesidad de evitar la creación de órganos nuevos para atribuirles funciones que ya están siendo desempeñadas por otros órganos, que debe evaluarse tanto en la memoria de cumplimiento de los principios de buena regulación como en el informe en materia de simplificación y organización, no se contemplan más herramientas para la simplificación orgánica. Quizás el legislador debería haber contemplado alguna medida que ayudara a la reducción de órganos administrativos a través de la elaboración de un plan de mejora orgánica que analice la estructura orgánica y las competencias que tiene atribuidas los distintos órganos. Igualmente, las funciones en materia de simplificación deberían ser objeto de reflexión, pues en estos momentos existen demasiados órganos con competencias en la materia y se podría estudiar la conveniencia de aglutinar todas las competencias relativas a la simplificación

<sup>21</sup> Puede verse en el siguiente enlace: [https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanzapublica/simplificacion/docreferencia/14\\_Manual\\_Simplificacion\\_Administrativa\\_y\\_reduccion\\_de\\_cargas\\_AGE.pdf#page=1](https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/gobernanzapublica/simplificacion/docreferencia/14_Manual_Simplificacion_Administrativa_y_reduccion_de_cargas_AGE.pdf#page=1)

<sup>22</sup> Por la Orden de 22 de febrero de 2010, por la que por la que se aprueba el Manual de Simplificación Administrativa y Agilización de Trámites de la Administración de la Junta de Andalucía.

administrativa en un mismo órgano o mediante la creación de una comisión de simplificación administrativa adscrita orgánicamente a la consejería con competencias en materia de Administración pública y encargada de la simplificación administrativa en todos los ámbitos del sector público andaluz<sup>23</sup>. Para garantizar su eficacia debería estar compuesta por miembros designados entre el personal al servicio del sector público andaluz con experiencia o especialización en derecho administrativo, organización administrativa, gestión y políticas públicas, empleo público, contratación administrativa, subvenciones, administración electrónica y transformación digital de organizaciones.

También echamos en falta la atribución de una competencia fundamental en esta materia como es la de hacer el seguimiento y evaluación de todas las medidas contempladas en estos artículos. ¿Quién supervisa el cumplimiento de todas estas medidas? Haría falta un órgano similar a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (en adelante, OCCN) que existe en el ámbito estatal<sup>24</sup>. La OCCN es el órgano encargado de emitir el informe en el que se analizan los aspectos previstos en el art. 26.9 de la LG en relación con los anteproyectos de ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de real decreto-ley, los proyectos de real decreto legislativo y los proyectos de real decreto de carácter reglamentario. Así, dicho informe deberá:

- a) Valorar la calidad técnica de la propuesta normativa, atendiendo al correcto uso del lenguaje y al cumplimiento de las Directrices de técnica normativa, así como la adecuación del rango normativo propuesto.

<sup>23</sup> Podría seguirse el modelo aragonés, cuya comisión de simplificación administrativa se configura como el órgano permanente de asesoramiento y trabajo para el impulso y promoción de la simplificación administrativa en todos los ámbitos del sector público autonómico de Aragón. Está adscrita orgánicamente al departamento competente en materia de Administración pública y, funcionalmente, a la Presidencia. Esta Comisión está integrada por un máximo de diez miembros, designados entre el personal al servicio del sector público autonómico y local de Aragón con experiencia o especialización en derecho administrativo, organización administrativa, gestión y políticas públicas, empleo público, contratación administrativa, subvenciones, administración electrónica y transformación digital de organizaciones. El mandato de los miembros de la Comisión será de cinco años, que podrá renovarse sin limitación de mandatos. Se favorecerá en lo posible en cada expiración del mandato la renovación parcial de los miembros de la Comisión con objeto de lograr la máxima implicación de los empleados públicos en el impulso a la simplificación administrativa. La Comisión de Simplificación Administrativa, regulada en el art. 6 de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, tendrá las siguientes competencias:

- a) Conocer y, en su caso, informar las iniciativas en materia de simplificación administrativa en cualesquiera de las vertientes señaladas en el artículo 2 de la Ley 1/2021, de 11 de febrero.
- b) Realizar propuestas en las materias de su competencia.
- c) Informar y, en su caso, proponer el desarrollo no programado de proyectos de simplificación administrativa concretos cuando la urgencia de la situación así lo aconseje.
- d) Promover actuaciones de formación de los empleados públicos y de difusión y sensibilización entre la ciudadanía.
- e) Las que le atribuyan otras disposiciones.

<sup>24</sup> Su régimen de funcionamiento se ha establecido por el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre y se puso en funcionamiento efectivo el 16 de marzo de 2018, tal y como determinó la Orden ministerial de 12 de marzo de 2018.

- b) Examinar la congruencia de la iniciativa con la CE y el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión europea, con otras que se estén elaborando en los distintos ministerios o que se vayan a elaborar de acuerdo con el Plan Anual Normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales, evitando posibles duplicidades y contradicciones.
- c) Determinar la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.
- d) Evaluar el contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y si cumple con lo exigido en su normativa reguladora, valorando especialmente la suficiencia de los análisis de impacto recogidos y de la sistemática prevista para la evaluación ex post de la iniciativa.
- e) Comprobar que el contenido de las partes expositiva y dispositiva de la propuesta es conforme con los principios y reglas establecidos en el título VI de la LPAC y en el título V de la LRJSP.
- f) Analizar el cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado, así como con las recomendaciones emanadas en esta materia de las instituciones de la Unión europea y de la OCDE.
- g) Evaluar que la iniciativa normativa cumple con las obligaciones de transposición del Derecho de la Unión europea y su posible extralimitación respecto del contenido de la norma comunitaria que transponga al derecho interno.

Entendemos que un órgano afín a la OCCN podría realizar la evaluación y seguimiento de la simplificación normativa, procedimental y orgánica en el sector público andaluz. E igualmente, este órgano podría fomentar la actuación simplificadora de los distintos órganos administrativos de la Junta de Andalucía mediante la elaboración de un catálogo de buenas prácticas, e incluso otorgando premios y menciones a aquellas iniciativas especialmente relevantes por su carácter innovador y sus efectos positivos para la simplificación administrativa<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> En este sentido, el art. 9 de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, por ejemplo, contempla medidas similares para fomentar la simplificación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *La función normativa y la técnica legislativa en España. Una nueva herramienta: la inteligencia artificial*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2021.

BASSOLS COMA, M.: “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico: el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, nº.325, 2012, pp.3 y ss.

CANALS AMETLLER, D.: “Mejora normativa y reducción de cargas administrativas”, en VV.AA.: *Informe Comunidades Autónomas 2009*, Institut de Dret Public, Barcelona, 2010, pp.43 y ss.

GAMERO CASADO, E (2013), “La simplificación del procedimiento administrativo: *Better Regulation, Better Administration*”, REDA, 160.

GAMERO CASADO, E, “*Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado*”, IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2014.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

NAVAMANUEL GONZÁLEZ, D., “Diseño, ejecución y valoración de proyectos de simplificación: experiencia desde la práctica profesional”, en GAMERO CASADO, E. (Dir), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.

PEREZ MONGUIO, J.M., “Criterios de agilización del procedimiento”, en GAMERO CASADO, E. (Dir), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.

**PARTE SEGUNDA:  
PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

# **LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: COMPETENCIAS Y ASPECTOS GENERALES DE LA LPC**

Jesús Bobo Ruiz<sup>1</sup>

## **I. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPC**

### **I.1. Distribución de competencias**

El concepto de «participación ciudadana», ha sido y sigue siendo materia de minucioso estudio por la doctrina, que pronunciándose desde innumerables perspectivas acoge desde visiones amplias, que permiten entenderla como «todas aquellas prácticas políticas y sociales a través de las cuales la ciudadanía pretende incidir sobre alguna dimensión de aquello que es público» (Castellanos, 2020: 33), hasta definiciones mucho más acotadas, que se acompañan de muy diversos matices. A su vez, dentro de la participación ciudadana se contemplan por la doctrina y también por el derecho positivo diversas figuras, cuyos contornos no son tampoco ni precisos ni constantes a lo largo de los ordenamientos autonómicos, creando un verdadero «escenario de confusión» (Fernández y Pérez, 2019: 280). Dada esta circunstancia y atendiendo a la finalidad de este capítulo, trataremos de ceñirnos a la terminología de la normativa autonómica andaluza y de la estatal, además de a la empleada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; tratando con ello de escapar dentro de lo posible, de ese laberinto. No obstante, la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía (en adelante, LPC) no acompaña en exceso para salir del mismo, pues lleva de

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Granada  
jbobo@ugr.es

la mano algunas imprecisiones que restan luz<sup>2</sup>. Baste adelantar que para ella la participación ciudadana comprenderá el derecho a participar plenamente en las decisiones derivadas de las funciones de gobierno y administración (art. 1.2 LPC).

Concebido el Ordenamiento jurídico como un sistema, ha de convenirse que existen dentro de él piezas sobre las que cualquier presión puede implicar una alteración del equilibrio existente. La regulación de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es claramente una de ellas. La participación se mueve entre tres centros de gravedad que interactúan entre sí: la democracia exclusivamente representativa, la democracia directa y el modelo autoritario propio de los regímenes que no toleran ni uno ni otro modelo de «intromisión»; regularla implica el riesgo de alterar el punto de equilibrio.

Esto se complica cuando el modelo territorial es el autonómico, en el que diversos legisladores pueden intentar desplazar ese punto, como también podría hacerlo la Administración local dentro de la potestad normativa conferida. Por ello podemos decir que al contemplar la participación hay que distinguir su grado de intensidad, su profundidad, y al mismo tiempo la distribución territorial de la misma, una suerte de plano horizontal. Nuestra Constitución es consciente del peligro que supone para el modelo excesos en cualquiera de los dos terrenos, y es un riesgo que ha querido acotar. Es pues una cuestión de dosis de: «participación política representativa», «participación política directa» «democracia participativa» y de su distribución territorial, que nuestro Tribunal Constitucional ha venido a calibrar con abundante jurisprudencia.

En ese marco la opción de nuestro Constituyente es doble: se decanta claramente por un modelo de «democracia representativa» frente a algunas notas de «democracia directa»; y desde la perspectiva de la distribución territorial a su vez tiende a una reserva a favor del Estado en lo concerniente a los instrumentos de participación de contenido político siendo más generoso en la distribución territorial en el caso del tercer género, la «democracia participativa» (así la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 31/2015, de 25 de febrero). Ahora bien, cómo ha interpretado concretamente el Tribunal Constitucional el mandato constitucional es cuestión debatida tanto política como doctrinalmente.

<sup>2</sup> La estructura que recoge de los procesos que contempla la LPC sirve de ejemplo y conviene adelantarla aquí: los «procesos de participación ciudadana» constituyen el concepto genérico, un conjunto de «actuaciones, procedimientos e instrumentos» (art. 10 LPC). Su enumeración figura en el artículo 12 de la norma que recoge cinco figuras de procesos; pero advirtiéndose que un tipo de ellos, bajo la denominación de «participación ciudadana mediante consultas populares», recogerá en su seno, con la denominación de «instrumentos», cinco «instrumentos de consulta popular» (que enumera el art. 26 LPC), dentro de los cuales figuran las «consultas participativas». Al afrontar la regulación de estas últimas, la LPC las extrae del capítulo IV relativo a los procesos de participación ciudadana mediante consultas, a cuya categoría pertenecen, para tratarlas, por separado, en el capítulo VII.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional (STC 119/1995, de 17 de julio) afirma que aunque hay manifestaciones concretas de participación directa en la Constitución, son «supuestos que habrían de ser en todo caso excepcionales» pues «priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa».

En cuanto a la distribución territorial, afrontando el concepto de «participación», el Tribunal Constitucional distingue dos ámbitos diferenciados: a) la «participación política» y b) «otros títulos de participación» (STC 119/1995, de 17 de julio). El Tribunal separa la primera del resto, categorizándola como derecho fundamental; mientras que «el resto de los mecanismos participativos» englobables dentro de la idea de participación ciudadana, ya sean de configuración constitucional o legal o incluso de creación legal, no alcanzarían la naturaleza de derecho fundamental a que se refiere el artículo 23. 1 de la Constitución Española (CE).

De este modo la «participación política», como «manifestación de la soberanía popular», se fundamenta en el artículo 23.1 CE, y se relaciona directamente con el 149.1.1 CE y 81 CE; quedando dentro de la competencia exclusiva del Estado. Englobaría los mecanismos de democracia representativa, el concejo abierto, la iniciativa legislativa popular y el referéndum (que es, explica el Tribunal Constitucional, una especie dentro de las «consultas populares», STC 31/2010, de 28 de junio); figura que ha precisado de un deslinde minucioso por el Tribunal para dejar marcado hasta dónde pueden alcanzar las competencias autonómicas y locales, al que debemos prestar especial atención.

Como señalan Fernández Ramos y Pérez Monguió a quienes seguimos (2019: 40-45), el Tribunal señala que la regulación del referéndum es competencia estatal conforme al artículo 92.3 CE que remite a una ley orgánica que regule sus condiciones y procedimiento. El máximo intérprete de la Constitución perfiló el concepto de referéndum, como sintetizan, destacando que es indiferente el *nomen iuris* que se dé a las consultas y si son o no vinculantes, siempre que sean generales (llamamiento al censo) y con las garantías formales de los procesos electorales. Sin embargo una consulta sectorial, es decir que no llame al «cuerpo electoral» de un determinado territorio o una consulta que no se ajuste a un «procedimiento electoral entendiendo por este al que comporta «un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral» no puede entenderse como referendaria y por tanto no se trataría de la participación política que contempla el artículo 23.1 y por ende no sería competencia exclusiva del Estado.

Ahora bien, hasta dónde llega competencialmente el Estado en materia de referéndum es cuestión que se traduce en la discusión sobre el alcance del artículo 92.3 CE, que permite otra interpretación distinta a la del Tribunal Constitucional, pues al afirmar

este precepto que una ley orgánica «regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución» se refiere a, efectivamente, las modalidades de referéndum previstas en la Constitución, no a otras. Por su parte, el 149.1.32<sup>a</sup>, sin distinguir, atribuye al Estado la competencia exclusiva para la autorización de consultas por vía de referéndum. Es decir, para todo ese tipo específico de consultas; pero sobre ellas únicamente la autorización. De modo que cabe entender que los supuestos de referéndum no previstos no quedan sujetos sino a las previsiones constitucionales que derivan del artículo 23 y 81 y 149.1.32<sup>a</sup>, mucho menos intensas regulatoriamente que el 92.3 CE, que abarca condiciones y procedimiento. Sin embargo la interpretación del Tribunal ha sido la contraria, constituyendo se ha dicho una «metonimia jurídica» (Bueno, 2008: 222). En este contexto la profesora Rodríguez Ruiz aprecia una triple interpretación restrictiva de la democracia participativa en la doctrina del Tribunal Constitucional: por su concepto amplio de referéndum, por la extensión de la regulación orgánica a todos ellos, y por su «apuesta clara» a favor del sistema representativo, a pesar de que la participación directa aparece en el artículo 23 CE en «pie de igualdad» (Rodríguez, 2019:246).

En relación con los «otros títulos de participación» (conforme a la expresión de la STC 119/1995, de 17 de julio), ajenos al artículo 23.1 CE, es decir, distintos a la «participación política», podrán derivar directamente de la Constitución (así sus artículos 9.2, 27.5, 27.7, 51, 52, 48, 105, 125, y 129), de los estatutos autonómicos y de otras leyes.

Traduciendo lo anterior al ámbito autonómico (posteriormente se aborda el local), resulta que las consultas populares que no constituyan consultas generales, es decir no referendarias, pueden ser objeto de regulación y desarrollarse por las comunidades autónomas, al igual que los otros instrumentos de participación que no se correspondan con la participación del artículo 23.1 CE. De hecho, y en concordancia con el reconocimiento explícito del derecho de participación por el vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, EAA, art. 30), la Comunidad Autónoma de Andalucía, considera en su norma básica la «participación ciudadana» como objeto básico (art. 10.3.19º EEA), y el artículo 78 de la misma norma recoge como competencia exclusiva «el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum». En cuanto al ámbito autonómico esta regulación se completa con el artículo 46 del mismo texto normativo, que contempla como competencia exclusiva de la Comunidad la «organización y

estructura de sus instituciones de autogobierno». Con esta fundamentación hay que entender sustentada competencialmente la LPC.

Sin embargo, la plasmación de los criterios competenciales antes expuestos tiene unas particularidades en el ámbito local, pues la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.32<sup>a</sup> CE) excluyó de su ámbito de aplicación a las consultas populares que se celebren por los Ayuntamientos conforme a la legislación local (art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL). La Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de su anterior Estatuto, desarrolló estas consultas en la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía. No son objeto de este capítulo dedicado a la LPC, y por tanto tampoco cuál sea el título estatutario autonómico, que parece, dada la redacción excluyente del artículo 78 del vigente Estatuto, mejor fundado hoy en el título más genérico del artículo 60 del EAA (Fernández y Pérez, 2019:46), aunque sí interesa su contorno externo, pues este fija, por exclusión, el límite que pueden alcanzar las consultas no referendarias de las entidades locales andaluzas, que sí son objeto de la LPC.

Siguiendo en el ámbito local, junto a lo indicado sobre las consultas referendarias, el artículo 60 del EAA atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local, sobre la que operan dos límites: uno a favor del Estado, el artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE, que luego se aborda, y otro en beneficio de las entidades locales, el principio de autonomía local (art. 141 CE). En todo caso ya el artículo 18 de la LBRL, contempla el derecho de participación en la gestión municipal, pero cualesquiera que sean los medios de participación no pueden menoscabar las facultades de decisión de los órganos representativos regulados por la ley (art. 69.2 LBRL). Por su parte la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), enumera como competencia propia municipal el «establecimiento y desarrollo de las estructuras de participación ciudadana» (art. 9.26 LAULA). En cuanto al desarrollo reglamentario local, el legislador autonómico, en la disposición final séptima de la LAULA, relativa al establecimiento y desarrollo de estructuras de participación ciudadana y del acceso a las nuevas tecnologías, estableció que todos los municipios debían aprobar un reglamento de participación ciudadana, lo que hoy reitera la LPC exigiendo su adaptación.

Conocidos los títulos competenciales específicos en materia de participación, resulta incompleto el marco competencial si no se atiende, además, a la naturaleza administrativa de la participación. La LPC en su artículo 1. afirma que constituye su objeto «la regulación del derecho de participación ciudadana» configurándola claramente como un derecho, y dedica el resto de su articulado a ordenar los «procesos de participación ciudadana» (que se organizan en «procesos de participación

ciudadana», dentro de los cuales existe la categoría de «instrumentos de consulta popular», figurando entre ellas el instrumento «consultas participativas») y la organización administrativa necesaria para su ejecución.

Interesa aquí de lo anterior que, configurada la participación como un derecho, aunque ciertamente convenga caracterizarlo como «en potencia» (Fernández y Pérez, 2019: 343) y los instrumentos de participación que acabamos de referir como los medios para ejercerlo, es posible ubicar la participación ciudadana, dentro de categorías más amplias del Derecho Administrativo, en el marco de las situaciones jurídicas de los administrados: la participación, constituye un derecho subjetivo frente a las Administraciones (al menos en aquellos aspectos más tasados, p.ej. el art. 8 LPC, siempre que sean en el ámbito de las Administraciones); por su parte, los instrumentos de participación se avienen con la calificación de procedimientos; y dado que se necesita lógicamente para el desarrollo de estos procedimientos y por ende para la efectividad del derecho la correspondiente organización administrativa, el régimen jurídico de esta es el propio del de las Administraciones públicas. De este modo, a la hora de configurar la distribución competencial se erigen también como títulos los contemplados en el artículo 149.1.18ª de la Constitución: las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común y no solo los títulos materiales específicos sobre participación. Aunque se ha señalado por la doctrina que «los procesos participativos generalmente están al margen de los procedimientos administrativos pues se articulan de forma separada y con unas particularidades concretas, en las que no rigen los principios y reglas previstas para los primeros» (Fernández y Pérez, 2019: 285), entendemos que ello no impide considerar que parte de ellos no es ajena a la esencia del procedimiento administrativo común, y en cuanto a tales ámbitos impera el régimen competencial propio de este, excluyendo de esta afirmación a los «procesos decisionales públicos» que se producen fuera del ámbito de la Administración (Bueno, 2008: 217).

En cuanto al alcance que a la regla 18ª del artículo 149.1 de la Constitución corresponde cabe, distinguiendo dos títulos, por un lado el procedimiento administrativo común y por otro las bases del régimen jurídico de las Administraciones, sintetizar la jurisprudencia constitucional con Gamero Casado que en cuanto al primero, el procedimiento administrativo común, se puede entender como un «cuadro de herramientas, instrumentos y técnicas (en definitiva, una ordenación jurídica), que garantiza que todos los ciudadanos tengan unas garantías comunes ante cualquier procedimiento administrativo que se tramite» y no como un «iter formal absolutamente cerrado» (Gamero, 2020: 65); con la expresión «común», como explica, se acota pues una materia. En cuanto al segundo título, es decir, las bases del régimen jurídico de las Administraciones, la expresión «bases» responde

al esquema de reparto competencial clásico de nuestra Constitución: bases más desarrollo (Gamero, 2020: 77). Por tanto, los procedimientos establecidos en la legislación autonómica sobre participación ciudadana deben respetar la materia reservada al Estado, el procedimiento administrativo común, esto es, las garantías y principios que contempla; y a su vez la organización que se module no deber separarse de las bases estatales sobre organización administrativa, en la medida, como expresa el citado autor, que aseguran un tratamiento común de los administrados frente a ellas.

## I.2. Objeto y ámbito de aplicación de la LPC

En ese marco constitucional y estatutario que se acaba de describir, la LPC comienza la regulación de la participación ciudadana explicitando el objeto de la norma, definiendo el contenido del derecho de participación (art. 1), sus finalidades (art.2) y el ámbito de aplicación (art. 3); preceptos que seguidamente acompaña, dentro del primer título, relativo a disposiciones generales, de los principios interpretativos, que denomina básicos (art. 4), y un desubicado precepto (art. 5) dedicado a los órganos y mecanismos de participación ya existentes en las entidades locales con lo que cierra el Título I.

Para el legislador andaluz, «la participación ciudadana comprenderá, en todo caso, el derecho a participar plenamente en las decisiones derivadas de las funciones de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales andaluzas, en los términos previstos en esta Ley» (art.1.2 LPC). Constituyendo el objeto de la norma la regulación de ese derecho y el fomento de su ejercicio (art.1.1 LPC). De modo que, conforme a la definición de participación asumida por el legislador andaluz, el ámbito de aplicación objetivo de la norma no puede ser otro que el «de las competencias de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales de Andalucía» como reitera el artículo 3.1 LPC; no obstante la expresión «competencias de gobierno», que es referida a la Comunidad, resulta a juicio de algunos autores excesivamente amplia, e inapropiada en el ámbito local (Ruiz, 2020: 60).

Para posibilitar el ejercicio de este derecho la LPC pone a disposición diversos «procesos de participación» regulados en el Título III, cuyo objeto puede estar constituido por: políticas públicas, instrumentos de planificación, aspectos puntuales del gasto, normas legales y reglamentarias y servicios públicos (art. 13 LPC). Este objeto constituye en última instancia las «materias o asuntos» a los que puede alcanzar la participación.

Como hemos visto, la LPC excluye de su objeto la participación referendaria; regulándose las consultas referendarias locales en el ordenamiento andaluz a través de la Ley 2/2001 de 3 de mayo de regulación de las consultas populares de Andalucía dictada en el marco del artículo 71 de la LBRL. Sí afronta, por el contrario, la LPC las consultas populares no referendarias, que denomina «participativas».

A su vez resulta extramuros de la norma que aquí se analiza la iniciativa popular en la función legislativa, que deriva hoy del artículo 111 del EAA, regulada originariamente por la Ley 5/88, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos que fue modificada por la Ley 8/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, aunque sí regula la participación en la elaboración de normas, incluidas leyes (artículo 28 LPC).

El ámbito de aplicación subjetivo queda delimitado en el artículo 3.2 LPC, que señala que sus disposiciones se aplicarán a:

- «a) La Administración de la Junta de Andalucía, incluidos sus órganos superiores de gobierno.
- b) Las agencias de la Administración de la Junta de Andalucía, sean administrativas, de régimen especial o públicas empresariales, así como las entidades de derecho público a las que hace referencia la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- c) Las entidades que integran la Administración local andaluza, incluidos sus órganos de gobierno.
- d) Los entes instrumentales de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones locales andaluzas y, en particular, las agencias públicas administrativas locales, las agencias públicas empresariales locales y las agencias locales en régimen especial».

Cabe entender que el ámbito subjetivo señalado responde a quiénes deben asegurar el cumplimiento de las previsiones de la LPC asumiendo las obligaciones que de ella resultan, un tanto difusas las enumeradas en el artículo 9, y del conjunto del articulado. En cuanto a quiénes quieran ejercer el derecho, ciudadanos con la condición de andaluces, extranjeros residentes y entidades de participación ciudadana hay que estar al artículo 6 LPC que tratamos posteriormente, siguiendo la sistemática de la norma. No obstante, ha de destacarse que la LPC - y resulta de cada uno de los procesos de participación contemplados - ha extendido el ámbito subjetivo, que venía tradicionalmente ajustado dentro de la Administración local a los municipios.

## II. FINES Y PRINCIPIOS DE LA LPC

### II.1. Fines

Cuando el artículo 1 de la LPC fija como objeto de la misma la regulación del derecho de participación ciudadana en la dirección de asuntos públicos autonómicos y locales en Andalucía, añade el fomento de su ejercicio. No trata pues únicamente de regular, proporcionando seguridad jurídica, o reconocer y garantizar este derecho, sino también promover la participación, por lo que recoge ese fin ya como objeto mismo de la norma. Se evidencia ello en el amplísimo régimen de las medidas de fomento (Título IV, artículos 51 a 60), y también su presencia a lo largo de todo el texto. Pero además, la LPC expresa de modo explícito en su articulado, más allá pues de la exposición de motivos (quizás el lugar más apropiado), cuáles son los fines que persigue, enumerándolos.

Son numerosos los que enuncia en su art.2, aunque no todos ellos responden a un mismo criterio. Unos los conforma el establecimiento, incremento o mejora de la participación misma (apartados a, g, i, d, y e); y otros, son distintos a la participación, si bien buscados a través de ella, que queda como instrumento para alcanzarlos (letras b, h, c y f). Recoge pues el artículo 2 dos conjuntos distintos de finalidades; entre ellos conviene detenerse en el reflejado en el apartado a) y que figura de modo más completo en la exposición de motivos:

«El presente texto, en el marco de los límites establecidos por la Constitución española, tiene como pretensión impulsar la participación real y efectiva de todos y todas, en consonancia con el contexto actual y la demanda ciudadana de más democracia, como legítimas aspiraciones sociales y políticas». Por ello debe considerarse que el fin inmediato de la LPC es el impulso de la participación real y que ésta se desarrolle en un régimen de igualdad de acceso y ejercicio. El mediato lo constituye satisfacer la demanda ciudadana de más democracia, lo que responde al contexto histórico en el que nace la LPC.

Por otra parte, el carácter medial de los instrumentos de participación resulta vinculado a su fin último: la modulación de las condiciones sociales: «La finalidad última de los procesos de participación ciudadana es llegar a conseguir las condiciones sociales para que toda la ciudadanía tenga las mismas oportunidades para opinar, expresar y participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos» (EM).

## II.2. Principios

Advierte la LPC, antes de enunciar en su artículo 4 catorce principios - que califica de básicos -, que estos «se tendrán en cuenta en la interpretación y aplicación de esta Ley». Sin embargo, pese a haber optado por un minucioso desglose, ha de completarse este elenco con otros que son esenciales, verdaderos configuradores de la norma y necesarios para su correcta interpretación y aplicación.

En efecto, resulta de la regulación constitucional y estatutaria un principio esencial que ha de ser respetado por el propio legislador y por quienes instrumenten la participación y que está subyacente en la LPC por las propias limitaciones que se impone; figura en la EM aunque no lo naturalice como principio: el de no intromisión en la soberanía política. Puede parecer, *icto oculi*, que se trata de la delimitación externa del objeto mismo de la participación ciudadana más que un principio de la institución, pero constituye un elemento configurador de la misma que requiere ser explicitado como principio; primero porque es un elemento interpretativo fundamental, más que básico, que debe figurar junto con los otros que formula la ley en su artículo 4. De hecho, en este caso el principio sí es esencial, en el sentido de que no respetándose la no intromisión en la soberanía la participación ciudadana que pretendiese ampararse por la LPC no sería tolerable por la Constitución, y daría lugar a la nulidad de la disposición general que lo pretendiese o de lo actuado. Deriva esta limitación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.1 CE ya tratada. Se advierte su presencia incluso en el esmero del legislador en la regulación de los calendarios habilitados para el desarrollo de los medios de participación ciudadana que contempla, ya que en las fechas próximas al desarrollo de procesos participativos políticos queda prohibida transitoriamente su convocatoria (arts. 15 y 41 LPC con referencias temporales a las elecciones generales, autonómicas, locales y referéndums).

Muy próximo conceptualmente al anterior subyace la no vinculatoriedad del resultado de los procesos participativos. Impera por imposición del necesario respeto a las potestades y competencias del correspondiente ámbito de gobierno (art. 16.2 LPC antes tratado). Los resultados deben interpretarse bajo este principio, limitativo, no enunciado en el panel de los mismos pero no por ello no menos vigente, ya que el artículo 16.3 LPC manifiesta que en caso de que «los resultados derivados de los procesos participativos que se pongan en marcha al amparo de esta Ley no sean asumidos total o parcialmente, el órgano competente para adoptar la decisión estará obligado a motivarla», es decir, la eficacia del derecho a la participación se transmutará en una exigencia de motivación del rechazo en la decisión adoptada; no más pues de la exigencia de motivación que la norma de procedimiento común exige de los actos administrativos en caso de apartarse de dictámenes de órganos consultivos (artículo 31.1.c de la Ley 39/2015, de 1

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP). Así también resulta del artículo 69.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local (LBRL).

Existe también otro principio no enunciado explícitamente por el legislador en el artículo que los reúne, que se deriva de la circunstancia tempranamente señalada por la profesora Rodríguez Ruiz: todos los instrumentos de participación ciudadana previstos en la LPC (salvo el seguimiento de políticas) se someten en algún momento a la decisión de las instituciones representativas (Rodríguez, 2019: 258). De modo que la norma hace pensar más bien en una participación tutelada, en su sentido más genuino: requiere de una aprobación, ya sea inicial o final, de los órganos representativos.

Se deduce de lo anterior el juego del legislador andaluz consistente en señalar como principios sólo los positivos, entendido este signo como de incremento o de ampliación de derechos subjetivos de los ciudadanos, y que parece responder a una suerte de *marketing* político que lleva a error al intérprete, lo que constituye precisamente una contradicción con los propios fines y principios con los que se engalana.

Señalados los anteriores principios que resultan del conjunto de la corresponde ahora atender a los que esta sí expresa en su artículo 4, que suman, como se dijo, catorce: universalidad, transversalidad, transparencia, veracidad, eficacia, perdurabilidad, facilidad y comprensión, garantía de la incorporación de la perspectiva de género, accesibilidad—que sintetiza en no discriminación tecnológica y adaptación de medios y lenguajes, por lo que la LPC maneja un concepto distinto de accesibilidad que la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, que considera la accesibilidad como aquel principio por el que se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos—gobernanza democrática, rendición de cuentas, buena fe, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, y vertebración social.

## III. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA LPC

### III.1. Derechos

Aunque la LPC dedica su Título II a «Derechos y obligaciones», los dos primeros preceptos del título (artículos 6 y 7) no hacen referencia a los derechos, sino a sus titulares y el tercero de los artículos, el 8, trata «otros derechos», el 9 lo dedica a las obligaciones de las Administraciones públicas. Señalado lo anterior, siguiendo la propia estructura de la norma, se analizan seguidamente los titulares del derecho de participación ciudadana que recoge el Título II.

El artículo 6 reconoce el derecho a la participación ciudadana a los ciudadanos con capacidad de obrar que tengan la condición política de andaluces, y a las personas extranjeras residentes en Andalucía, haciendo efectivo así, para estas últimas, la posibilidad otorgada por el artículo 5.3 del EAA. Sobre la ciudadanía andaluza en el exterior, la LPC se limita a establecer sobre la Administración un deber de mero fomento y facilitación de su participación.

En cuanto a las personas físicas se refiere además de lo señalado, vinculado pues a la vecindad, requiere ser completado atendiendo a la reforma del Libro I del Código civil que afectará también a los ciudadanos en los procedimientos administrativos, y por ende en la materia que aquí nos ocupa (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) por las remisiones de la propia LPC.

Desaparece con la reforma la idea de la incapacitación para ocupar su lugar la de discapacidad, surgiendo así como pieza esencial del sistema la «ayuda a las personas con discapacidad», lo que se traduce en el abandono, de los procesos de incapacitación del previamente capaz por los del establecimiento de esta ayuda a las personas con discapacidad, quienes siguen siendo capaces. En definitiva, ahora ya «no cabe una sustitución de la persona del discapaz, salvo que no pudiera de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante (...) La incapacitación ya no puede ser considerada como un estado civil diferente» (Lora-Tamayo, 2021: 16).

De todo lo anterior resulta que la expresión de la LPC que reconoce como titulares del derecho subjetivo a la participación a: «todos los ciudadanos y ciudadanas, con capacidad de obrar de acuerdo con la normativa básica de procedimiento administrativo común», ha de ser reinterpretada, y ello porque esta remisión a la normativa del procedimiento administrativo común reenvía a la LPACAP, que a su vez, lo hace a la legislación civil, salvo unas reglas específicas que ella misma incorpora aunque también emplea para ello conceptos civiles, igualmente modificados por la Ley 8/2021.

Ciertamente los instrumentos participativos afrontan unas particularidades que, aunque la remisión de la LPC sea a la normativa de procedimiento común, van a necesitar de una interpretación más compleja. Resulta a estos efectos útil observar la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en 2021 (Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones), que alteró el artículo 8.5, precepto que requiere a quienes van a participar como miembros del mismo contar con «aptitud suficiente», pero añade que «las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables».

Valiéndonos de nuevo de la analogía, y analizando la participación en los procesos electorales, encontramos que el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, (en su redacción dada por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General) para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad expresa que: «Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera». De nuevo se establece el deber de proporcionar los «medios de apoyo que requiera» el titular del sufragio activo, y no hay limitación alguna, ya que no se contemple la falta de «aptitud», que prevé la regulación del Jurado.

¿En qué situación queda pues el ciudadano en los casos de participación ciudadana? La Administración habrá de proporcionar, en su caso los apoyos necesarios. Así se deriva de lo expuesto y del propio artículo 64 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, aunque es esta una norma justamente tildada de falta de precisión y excesivamente programática (Núñez, 2017: 434), lo que dificulta la articulación práctica de la LPC en lo relativo a dichos apoyos.

En cuanto a personas jurídicas se refiere, y a agrupaciones de personas físicas y jurídicas, el artículo 6 LPC describe un elenco de figuras con una sistematización compleja, que hace girar sobre: entidades privadas sin ánimo de lucro, a las que requiere una relación material con el objeto del proceso en el que quieran participar o que tengan contemplados en su norma de creación fines de participación; entidades representativas de intereses colectivos, a quienes no aplica los mismos requisitos, en particular el de la relación material, sin que se comprenda bien la razón; como tercera figura, también sin mayores requerimientos recoge a las organizaciones sindicales y empresariales y a colegios profesionales y «demás entidades representativas de intereses colectivos» que ya había contemplado en un apartado anterior. Por último, a las agrupaciones sin personalidad de personas físicas y jurídicas, les formula especiales requerimientos de representación y acreditación de la personalidad de sus miembros.

Dijimos al comenzar este epígrafe que el Título II «Derechos y obligaciones» que aquí tratamos en realidad regulaba sus titulares, como hemos visto, y tras ello «otros derechos». Así lo recogemos aquí siguiendo ese «orden». Atendiendo a los «otros derechos» que enumera el artículo 8 figuran: a) la iniciativa para promover la realización de procesos de participación ciudadana en los supuestos y en los términos recogidos en la LPC, b) la posibilidad de recabar la colaboración de las Administraciones Públicas de Andalucía para su ejercicio y c) el que se publique la información relativa a los procedimientos de forma gratuita, comprensible y

accesible durante todo el proceso participativo. Además de los derechos que derivan de la Ley 1/2014, de 24 de junio, respecto a la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

### III.2. Obligaciones

Casi de «pretendidas obligaciones» podríamos tachar las que contempla la LPC, pues no hay en ellas concreción alguna, ni exigibilidad directa (salvo las que estén anudadas a otros preceptos que efectivamente las establezcan). Por otra parte, al igual que se manifestó al abordar los principios que enumera, no figuran en el elenco de obligaciones ninguna que pese sobre los ciudadanos, reafirmando ese propósito de ley «amigable».

Una lectura de los siete apartados del artículo 9 de la LPC, que recogen esas obligaciones, pone de manifiesto, efectivamente, que casi todas ellas atienden a un deber de promoción y fomento, más que a otra cosa. Son, desde luego algo muy lejano al complemento de un derecho subjetivo (sintéticamente: integrar la participación en el conjunto de actuaciones de las Administraciones, fomentar el acceso a través de la adaptación de estructuras, establecer medios para promocionar el ejercicio del derecho de participación a través de tecnologías de la información, fomentar su uso en los colectivos que tienen más dificultades para ello, impulsar la suscripción de convenios, establecer cauces de publicidad y fomento de la participación y el cumplimiento de la normativa de protección de datos).

No es esta una cuestión sin importancia. Encierra en el fondo un sustrato de la concepción de la participación simplemente como algo por lo que la Administración debe esforzarse, proponerse. El papel fundamental del fomento, de la promoción de la participación oscurece su naturaleza de derecho; generando con ello una confusión, denunciada en el ámbito local, que lleva a una falta de compromiso por las Administraciones, pareciendo más una concesión graciable si no se produce su regulación desde la perspectiva de su naturaleza de derecho (Ruiz-Rico, 2017: 449).

## IV. FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN

### IV.1. Introducción

Aunque se ha señalado que «Los Estatutos de Autonomía de última generación se han pronunciado con rotundidad, proclamando el derecho a la buena administración e incorporando en el mismo el principio de transparencia y el fomento de la participación ciudadana» (Solans, 2013: 13) y el EAA es un claro ejemplo de ello no debe obviarse el riesgo que supone la aproximación a la participación

exclusivamente desde la perspectiva del fomento, que hemos señalado en el epígrafe anterior siguiendo a Ruiz-Rico (en el marco de lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, que prácticamente reitera la norma autonómica en su artículo 10.1, el EAA añade que a tales efectos la Comunidad adoptará «todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias», suma así junto a la remoción de obstáculos la promoción, y fija como objetivo básico en el artículo 10.19º, la participación ciudadana asumiendo competencias de fomento, artículo 45 EEA).

En este contexto la LPC, es prolija, desproporcionada en cierta medida, en la regulación del fomento de la participación, estableciendo en su artículo 51 que la obligación de poner en marcha o consolidar las medidas de fomento que permitan el desarrollo de una cultura participativa en el conjunto de la sociedad andaluza, entidades e instituciones, de modo que se garantice la accesibilidad de los distintos cauces de participación a todas las personas de Andalucía. Tras ello el mismo precepto expone un elenco de medidas, en régimen de *numerus apertus*, que es seguido por los restantes artículos del Título IV que las desarrollan.

En cuanto al aspecto subjetivo del artículo 51 LPC ha de entenderse que la expresión referida al sujeto activo de las medidas, las «Administraciones Públicas andaluzas», abarca también a los entes de la Administración local, como resulta del artículo 3.2.c) de la LPC. Por lo que a los sujetos destinatarios de la actividad se refiere también pueden serlo otras Administraciones, porque aunque no se cite así expresamente en este precepto, resulta de la propia configuración histórica de la actividad de fomento y del conjunto del texto de la LPC; sirva de ejemplo su artículo 60 LPC. En el marco de las relaciones subvencionales entre la Comunidad autónoma y las entidades locales debe prestarse atención al principio de autonomía local; siendo admisibles las que responden a acciones conjuntas entre la Comunidad y las entidades locales, (Fernández, 2009:33).

### IV.2. Medidas de fomento

La LPC contempla las siguientes medidas de fomento de la participación:

- a) Programas de formación para la ciudadanía.
- b) Programas de formación para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- c) Medidas de fomento en los centros educativos.
- d) Medidas de sensibilización y difusión.
- e) Medidas de apoyo.
- f) Medidas para la accesibilidad, especialmente en lo relativo a las nuevas tecnologías.»

- g) Convenios de colaboración con entidades de participación ciudadana.
- h) Convenios de colaboración con entes locales.

#### IV.2.1. Programas de formación para la ciudadanía

El legislador andaluz trata de organizar los programas de formación dentro de una estrategia previa (art.52.1 LPC) dirigida a tres niveles: el conjunto de la sociedad andaluza, entidades de participación e instituciones públicas. Se basa en el establecimiento de programas de formación y la consolidación de los medios ya existentes. Para los dos primeros niveles en común, la LPC adelanta la divulgación de la participación como el primero de los objetivos (52.2.a). En cuanto a los propósitos que asigna a los programas atinentes a las entidades de colaboración, estructura una doble aproximación, una primera funcional: la formación para la utilización de los instrumentos y mecanismos de participación, para el empleo de las nuevas tecnologías y para el uso de los medios económicos, encaminando pues esta perspectiva funcional a un objetivo de eficacia (52.2.b y d), y desde una segunda perspectiva, más jurídica, corresponde a estos planes formativos la promoción del cumplimiento interno de la propia norma por estas entidades de participación (52.2.c).

#### IV.2.2. Programas de formación para el personal al servicio de las Administraciones Públicas

En cuanto a los programas de formación, ahora específicos para el personal al servicio de las Administraciones públicas, la LPC distingue en su artículo 53 dos ámbitos: el correspondiente a la Administración autonómica y otro a las entidades locales. Hace girar el primero sobre el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), configurado en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), como agencia administrativa que tiene encomendada la formación del personal de la Administración autonómica (art. 34 LAJA); dependiente hoy de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior de la Junta de Andalucía, asume la tarea al amparo del artículo 4 del Decreto 277/2009, de 16 de junio, por el que se aprueban sus Estatutos. El segundo ámbito de los programas de formación, el de las entidades locales conforme al citado art. 53.2 LPC también se puede articular a través del IAAP, sin perjuicio de que se valgan de otros medios.

#### IV.2.3. Medidas de fomento en los centros educativos y de participación de la infancia

La LPC establece que en el marco de los cauces de participación establecidos para la comunidad educativa en su normativa de aplicación, la Administración de la Junta de Andalucía impulsará «la cultura de la participación ciudadana y

la democracia participativa en los centros docentes a través de los consejos escolares» y «el desarrollo de los valores democráticos y de participación en el alumnado, favoreciendo la interacción entre la ciudadanía e instituciones públicas y fortaleciendo la conciencia cívica» (art. 55 LPC).

En cuanto al papel que pueda corresponder a los consejos escolares en los centros (pues la LPC obvia los otros consejos escolares previstos en la Ley 4/1984, de 9 de enero de Consejos Escolares de Andalucía), tomando como ejemplo la enseñanza secundaria, el Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria (dictado en el marco de la Ley 2007/17, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía), dentro de las atribuciones que les confiere contempla «fijar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos». Será el Plan del Centro (art. 22 del Decreto 327/2010) y en concreto, dentro de él, el citado Proyecto Educativo (art.23 del Decreto 327/2010) el instrumento que deba plasmar esas directrices en cuanto a la implicación del centro en la participación; pues en él deben figurar: «el tratamiento transversal de materias» y «módulos de educación en valores y los programas de intervención el tiempo extraescolar». No obstante, estudios empíricos recientes muestran la insuficiencia de los mismos, malogrados por su excesiva formalización y burocratización (Gomariz *et al.*, 2019).

Aunque omitido en el listado de medidas de fomento del artículo 51 LPC, en cuanto a la participación de la infancia, la referencia (art.54.1 LPC) es general para todo el sistema educativo y niveles, y prevé poner en marcha órganos «compuestos por niños» además de encuestas y otros mecanismos a través del Observatorio de la Infancia de Andalucía.

#### IV.2.4. Medidas de sensibilización y difusión

Empleando la terminología sobre derecho de la competencia, la igualdad en el mercado se logra evitando la primera barrera de acceso: el desconocimiento de su existencia. Por eso las medidas de difusión de la existencia de mecanismos de participación se irgue como la primera. Se trata en definitiva de evitar el llamado «monopolio participativo» (Tudela, 2013: 111) que generan grupos que conocen los mecanismos participativos y los dominan provocando con su actuación un resultado más desfavorable que el que supondría la inexistencia misma de los instrumentos de participación. Hace ya unos cuantos años que Sánchez Morón señalaba que en la práctica la participación en la Administración responde más a intereses sectoriales, a lo que denominaba «una lógica neocorporativa», que a una expresión individual de los ciudadanos (Sánchez, 1997: 391), a lo que podría

añadirse un análisis histórico de las ideologías que se han valido de instrumentos paralelos que aunque creados en el seno de la organización democrática, se convirtieron en medios para su dilución. De manera que, a nuestro juicio, estas medidas deben estar encaminadas a procurar la igualdad el acceso a la participación.

Por ello estas medidas, como acertadamente contempla la LPC, se deben articular a través de los medios más cercanos a los ciudadanos: los medios de comunicación a que se refiere el artículo 56 LPC en sus dos apartados, y los medios electrónicos, cada vez menos ajenos al conjunto de la población.

#### *IV.2.5. Medidas de apoyo*

No especifica la LPC a qué se refiere con concepto tan amplio, que por tanto debe entenderse de modo comprensivo de cualquier actividad que así pueda calificarse. En particular debe recordarse que con la puesta en funcionamiento de la Agencia Digital de Andalucía en 2021, a ella le corresponden estatutariamente las «potestades» de «subvención y fomento» dentro de la esfera de sus competencias; competencias que tienen, como luego se expresa al tratar de la participación digital, un marcado carácter transversal en cuanto a soporte técnico se refiere.

#### *IV.2.6. Medidas para la accesibilidad, especialmente en lo relativo a las nuevas tecnologías*

Haremos sucinta referencia de ello al tratar el Sistema público de participación.

#### *IV.2.7. Convenios con entidades de participación ciudadana y con entes locales*

Contempla la LPC en sus artículos 59 y 60 las relaciones con las entidades de participación local (contempladas en el artículo 6.3) y con las entidades locales, respectivamente. Señalando en este último caso que también pueden suscribirse con las asociaciones en que se integren. Ello remite a la normativa local, LBRL (tras la redacción derivada de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, LRSLAL), y a la LAULA, a la que remite expresamente el artículo 2.1 LPC en cuanto a los convenios de cooperación; en tanto que son aplicables coexistiendo con la LRJSP.

## **V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

La LPC dedica su Título V a la «Organización administrativa de la participación ciudadana» dividiéndolo en tres capítulos; el primero de ellos dedicado a la Administración autonómica, incluyendo la instrumental, el segundo a las

Administraciones locales andaluzas, centrándose el tercero en el denominado «Sistema público de participación digital». Seguimos pues el mismo orden.

### **V.1. Organización en la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entes instrumentales**

La organización administrativa de la participación en la Administración territorial e instrumental de la Junta de Andalucía deriva por un lado de las normas generales relativas a organización de la Administración autonómica, principalmente LAJA, el Decreto del Presidente 3/2020, de 3 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, y los decretos sobre las estructuras de las distintas consejerías) y por otro de las previsiones específicas de la LPC, que estructura la regulación de la organización en tres artículos, tratando: la coordinación administrativa general (art. 61), la coordinación operativa (art.62) y por último las unidades de participación ciudadana (art. 63).

La coordinación administrativa general (art. 61 LPC) corresponde a la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras, aunque afectada aún en su correcta articulación, pues ha de hacerse a través de una secretaría que se relacione con las «unidades de participación» previstas en el artículo 63 LPC, hoy aún inexistentes, que luego abordamos. Destaca, en términos generales, una concentración de las competencias transversales relativas a la participación en la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación; concentración que convive con la distribución de competencias que en materia de participación corresponden a las distintas consejerías en relación con su específico marco competencial. Así, el Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en su artículo 1 señala que competen a esta Consejería: «e) La propuesta, desarrollo, ejecución y coordinación de las directrices generales del Consejo de Gobierno en relación con las competencias asignadas en materia de participación ciudadana y voluntariado» y «f) Todas aquellas políticas de la Junta de Andalucía que, en materia de igualdad, políticas sociales, conciliación, participación ciudadana, innovación social, objetivos de desarrollo sostenible, voluntariado y cooperación internacional para el desarrollo, tengan carácter transversal».

No obstante, esta concentración en la citada Consejería ha de matizarse tras la creación de la Agencia Digital de Andalucía, (ADA, creada por la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021) pues esta ha restado de las distintas consejerías las competencias digitales, y dentro de ellas, de modo específico las que afectan a la participación. Sustracción que opera incluso sobre la

Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. De modo que la Agencia, adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración pública e Interior (a la que ya correspondían las competencias en materia de gobierno abierto), una vez ha entrado en funcionamiento (al entrar en vigor el decreto del Consejo de Gobierno por el que se aprueban sus estatutos, Decreto 128/2021, de 30 de marzo, en adelante Decreto 128/2021, y los Estatutos EADA), ha ido asumiendo las competencias «digitales».

No obstante, aunque la Agencia desarrolle la definición y ejecución de los instrumentos de tecnologías de la información y de la estrategia digital de cada consejería, agencia administrativa y agencia de régimen especial (por tanto también sobre los entes instrumentales), son ellas las que ejercerán la dirección funcional de los sistemas de información sobre las materias de su competencia, además de formular y priorizar sus necesidades, si bien a través de los instrumentos y medios organizativos o de otra índole que apruebe el Consejo Rector de la Agencia, según resulta de la disposición adicional tercera del Decreto 128/2021.

Atendiendo ya de modo específico al marco organizativo interno de las consejerías con competencias relativas a participación, constituye la pieza esencial el Decreto 106/2019, de organización de la Consejería citada que establece en su artículo 6 que compete al titular de la Secretaría General de Políticas Sociales y Conciliación «las competencias en materia de participación, en concreto, la planificación y coordinación general de las políticas públicas dirigidas al fomento de la participación, en especial, el desarrollo de la LPC, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía». Competencias a las que hay que anudar la coordinación operativa, consistente en la promoción con carácter transversal de la participación tanto en el diseño como en la ejecución y evaluación de las políticas públicas (el artículo 62 LPC las atribuye, con las correspondientes funciones, al titular del centro directivo competente en materia de participación).

Como se ha adelantado no debe de ello deducirse un monopolio sobre la participación por la Consejería citada, aunque sí en el caso de que tenga carácter transversal, y a salvo lo que se ha advertido en materia de participación digital donde se ha producido una centralización a favor de la Agencia Digital de Andalucía. En efecto, si se observan las atribuciones que corresponden a distintos órganos dentro de las diferentes Consejerías, se aprecia en muchas de ellas que lo son en materia de participación ciudadana, pero en el terreno de juego de sus propias competencias, nunca transversales y con la afección en materia de participación digital ya reiterada.

Enmarcada así la participación, una aproximación con mayor detalle, al nivel de órganos y unidades, ha de ubicar el modelo de la LPC dentro del general de la Administración autonómica, que viene a respetar. De hecho, la LAJA ya

contemplaba los «órganos de participación ciudadana» (art. 32) y los «órganos colegiados de participación administrativa» (art. 20).

De manera más intensa, la LPC contempla, ya con carácter imperativo, la creación de unas «unidades de participación ciudadana», que aún adolecen de la concreción necesaria para la efectividad de las mismas y ello por una cierta paralización del desarrollo normativo e implementación de esta Ley, derivada de lo que parece una pérdida de relevancia de la participación en la agenda del actual Ejecutivo andaluz (XI Legislatura) si se compara con el ánimo que pareció mostrar el Legislador, que tampoco mostró el Ejecutivo en la X Legislatura, en la que se aprobó la LPC<sup>3</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas unidades, el art. 63 LPC, adecuándose a la LAJA (arts.13 y 14), señala que las unidades de participación ciudadana, de las que debe haber una en cada consejería, dependientes de la viceconsejería correspondiente, deben tener al menos el nivel orgánico de servicio, sin requerir que se trate de servicios de gestión diferenciada, lo que concuerda con la forma de creación prevista, que es la propia relación de puestos de trabajo de cada consejería; lo que es conforme al art. 14 LAJA. Sus funciones serán impulsar la participación ciudadana en el ámbito de la consejería correspondiente y sus entidades instrumentales y facilitar la aplicación de los criterios e instrucciones (que según el artículo 61.3 LPC han de provenir de la Comisión General de Viceconsejeros).

En definitiva, pese a este encuadramiento coherente de las unidades de participación en el modelo organizativo autonómico, su definitivo acomodo está sin resolver, pues aún se carece del decreto del Consejo de Gobierno a que se refiere el artículo 63.2 LPC que permita conocer su funcionamiento y que concrete sus atribuciones<sup>4</sup>.

## V.2. Organización en las Administraciones locales andaluzas

Avanza apresuradamente la LPC en su artículo 5 dentro del Título I, relativo a disposiciones generales, que los órganos y «mecanismos» de participación ya existentes en las entidades locales «se tendrán en cuenta», sin que sea fácil traducir con seguridad jurídica esta última expresión. En todo caso, a la regulación

<sup>3</sup> No obstante, se ha dado un primer paso, pues mediante Acuerdo de 16 de febrero de 2021, del Consejo de Gobierno, se aprobó la formulación del I Plan Estratégico Integral de Voluntariado y Participación Ciudadana en Andalucía (BOJA de 19 de febrero de 2021) procediéndose así a iniciar el desarrollo de la estrategia de participación. Se hace transformando la figura ya desarrollada de los planes de voluntariado (de los que ha habido cuatro), fusionándolos con los de participación; de modo que esta nace sin plan específico. Un paso corto, por otra parte, pues este I Plan Estratégico Integral de Voluntariado y Participación Ciudadana en Andalucía, se encuentra, al escribir estas líneas, meramente en un estadio de formulación.

<sup>4</sup> En octubre de 2018 se comenzó a tramitar un proyecto de Decreto de desarrollo de la LPC, afectante únicamente al Título III de la LPC, es decir acotado a los procesos en sí mismos y no a la organización, que quedó estancado. Sobre esta escasa «aplicación» del Ejecutivo andaluz son reiteradas las preguntas en sesiones de control parlamentario al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

sistemática de la organización le dedica la LPC su Título V, aunque existen otros preceptos dispersos que también a ella refieren (significativamente el artículo 17).

Además de esa consideración a los antecedentes organizativos, la LPC es también respetuosa en materia organizativa con la autonomía local. Pero tampoco debe dejar de ponderarse el riesgo que supone una regulación excesivamente escueta, pues se corre el riesgo de que no haya un verdadero desarrollo de la norma por las entidades locales y que limitándose a una reproducción del texto legal quede el régimen inconcluso (Ruiz, 2020) y que ello desvirtúe la naturaleza de derecho de la participación confundiéndola con mero objeto de fomento, como tuvimos ocasión de analizar. En todo caso, esa deferencia resulta de la escasa previsión organizativa local en el Título V, a la que únicamente dedica un precepto, el artículo 64 LPC, para señalar que las Administraciones locales andaluzas «en uso de su potestad de autoorganización, encomendarán las funciones de coordinación, impulso y fomento de la participación ciudadana a órganos o áreas concretas de sus estructuras administrativas internas»; precepto que también contempla la posibilidad de requerir la asistencia de las diputaciones provinciales.

Todo ello no impide que el legislador autonómico imponga a los municipios la obligación de aprobar, o en su caso adaptar a la LPC, los reglamentos de participación ciudadana (disposición final segunda, que les señala incluso un plazo); reglamentos, por otra parte, de los que no especifica de modo sistemático su contenido, lo que hace muy factible el riesgo de insuficiencia de desarrollo normativo local antes mencionado, pero que en pura lógica deben tener referencias afectantes a la organización administrativa más allá de las determinaciones puramente procedimentales.

Ciertamente las previsiones del artículo 64 LPC y el deber de aprobar reglamentos de participación no suponen una intromisión intensa y detallada en la organización municipal y ha de añadirse que tampoco es totalmente novedosa, piénsese en la disposición final séptima de la LAULA (que ya imponía a los municipios un reglamento de participación ciudadana) o el 70 bis 1 LBRL, que establece que los ayuntamientos deben disponer tanto de procedimientos como de organización que resulten «adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local».

Debe destacarse que el artículo 64 LPC antes enunciado, cuando ordena encomendar a órganos o áreas concretas la participación, lo hace imponiéndolo a «las Administraciones locales andaluzas», sin distinción; mientras que el deber de reglamentación que resulta de su disposición final segunda obra únicamente sobre los ayuntamientos. Sin embargo, la LPC dentro de las disposiciones comunes sobre los procesos de participación ciudadana, en el artículo 17 LPC, relativo al

ámbito local, señala que «cada entidad local determinará, por medio de reglamento u ordenanza, los requisitos y el procedimiento que regule estos procesos, de conformidad con las previsiones de esta Ley y demás normativa aplicable» sin eximir, por tanto, a las provincias, aunque sobre sus diputaciones no pesa el plazo de la disposición final segunda.

Únicamente una Diputación ha acometido la tarea<sup>5</sup>. La demora en las demás no debe sorprender ya que la participación ciudadana ha sido vista tradicionalmente, como cuestión municipal y no provincial; así podemos resaltar que la LPC introduce una destacable innovación al introducir los procesos participativos a nivel provincial de manera expresa. Piénsese así por ejemplo que el artículo 70 bis.1 LBRL sólo menciona a los municipios al exigir órganos adecuados para la participación de los vecinos, y la LAULA en su disposición final séptima «todos los municipios» aprobarán un reglamento sobre participación, sin referencia pues a las provincias.

En cuanto a relaciones interadministrativas en materia de participación, aunque ya la LAULA en su art 9.26 atribuía como competencia propia municipal el establecimiento y desarrollo de las estructuras de participación ciudadana, la LPC consciente de la carencia incluso hoy de medios materiales y humanos de muchos municipios para poder hacer viable el derecho de participación real y efectiva de sus vecinos prevé la colaboración de diputaciones y de la Administración autonómica como medio para atemperar esta realidad.

Dentro ya de la propia estructura orgánica municipal los órganos o «áreas concretas de su estructuras administrativas internas» a las que menciona el artículo 64 LPC, y bajo la frecuente denominación de «área de participación ciudadana», adscritas por los reglamentos de participación a la correspondiente concejalía delegada, son reguladas locamente de manera que estas áreas puedan desenvolverse entre las distintas concejalías conforme al principio de transversalidad (art. 4.b LPC); considerándose por algunos reglamentos locales –de modo paralelo a como se ha señalado para la Administración autonómica– la posibilidad de crear unidades de participación en las distintas concejalías que aseguren el cumplimiento de ese principio.

<sup>5</sup> Así lo ha hecho la Diputación provincial de Cádiz, modificando en 2019 su reglamento de 2010 (Reglamento de 9 de junio de 2010, BOP 1 de julio de 2010, ahora modificado el 20 nov de 2019, BOP 23 de enero de 2020 núm. 15), y comenzó a hacerlo la de Málaga, en 2017 sin que llegase a buen puerto por razones un tanto ajenas al objeto de este estudio; la Diputación provincial de Córdoba dispone desde 2012 de reglamento sobre participación, pero no ha sido adaptado; las demás carecen aún de él.

## VI. SISTEMA PÚBLICO DE PARTICIPACIÓN DIGITAL

El Sistema público de participación digital está regulado en el Título VI de la LPC, que contiene un extenso artículo 65, y su último artículo, el 66, dedicado a la colaboración administrativa para la puesta en marcha de plataformas de participación. Independientemente de las razones de la demora en el desarrollo de la LPC en cuanto al Sistema público de participación digital se refiere, este retraso se acompaña de su omisión en la regulación del modelo digital autonómico pues aunque existen referencias a la participación en los Estatutos de la Agencia Digital de Andalucía, nunca lo son al Sistema como tal, sino a ella en sí misma considerada (artículos 6.3. letras e, k y m).

Ello no impide que la ADA, que hemos analizado en el epígrafe V.1, pueda participar en órganos colegiados o unidades especiales que desarrollen funciones en el ámbito de la participación (art. 8 EADA) y establecer relaciones mediante el modelo organizativo de «Acuerdo de Nivel de Servicio» que prevé genéricamente el art. 19.1 de sus Estatutos para articular la relación de la Agencia con las Consejerías. En concreto, el art. 14 de la misma norma estatutaria dispone que a la Dirección Gerencia le corresponde el impulso de las actuaciones de la Agencia para el fomento de la participación ciudadana.

En este marco normativo cabe distinguir dos aspectos, jurídico y técnico del Sistema de participación digital. En cuanto al primero se refiere, de la regulación de la LPC se deduce una articulación similar a la que contemplan los EADA, ya que del art. 65 LPC resulta, que aunque corresponden al centro directivo competente en materia de política digital las funciones con carácter transversal en cuanto a dirección técnica y desarrollo de las plataformas de participación, es el centro directivo proponente del proceso participativo el que asume la gestión del proceso valiéndose de dichas plataformas. Criterio pues de la LPC que coincide también con la disposición final tercera del Decreto 128/2021. En realidad responde a la opción de un modelo centralizado de digitalización, tendencia que incluso ya existía antes de la implantación de la ADA (Fondevila, 2020: 123).

En cuanto a la materialización técnica, el artículo 66.5 LPC fija un único punto de acceso general para todas las plataformas web de participación, que habrá de ser necesariamente el portal de la Junta de Andalucía. El sistema de identificación para el acceso a las plataformas, que permitirá asegurar que quien accede cumple los requisitos subjetivos del artículo 6 LPC, habrá de respetar la normativa sobre protección de datos. El Sistema se deberá articular a través de una plataforma de participación, en *software* libre, provista de herramientas y funcionalidades que cubran las necesidades informativas de deliberación, de voto y de seguimiento de las iniciativas a las que dé soporte.

Pero en los dos ámbitos analizados, el jurídico y el técnico, la LPC deja cuestiones sin resolver, que derivan por una parte de la falta de definición de qué sea el Sistema público de participación digital, para ser exactos, qué lo comprende, y sin que quede clara la función que se le asigna con la expresión que le atribuye «la puesta en marcha de los procesos contenidos en esta Ley». Dificultad que nace también de que la norma tampoco define qué ha de entenderse por plataformas de participación, y aunque el concepto plataforma es más común, se generan algunas dudas. De la lectura conjunta del artículo 65.3 y del 65 no queda clara la posibilidad de que las entidades locales tengan su propio sistema (además de sus propias plataformas que no resulta dudoso). Por otra parte, será preciso conocer, para cada medio de participación, qué puede externalizarse por las Administraciones locales, atendiendo a la muy diversa naturaleza de cada tipo de proceso de participación. La externalización es intensamente defendida por algunos autores como necesaria para aprovechar las oportunidades de las nuevas tecnologías, entendiendo que lo contrario supone una barrera (Alamillo, 2020: 233).

En todo caso, el Sistema –que insistimos está sin definir– con los medios que emplee, debe permitir y garantizar la universalidad en el acceso, la facilidad de comprensión (art.4.g), accesibilidad, no discriminación tecnológica y adaptación de medios y lenguajes (art. 4.i LPC) y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 4.m LPC). El Sistema debe atender también a las abstractas obligaciones que a la Administración «impone» el artículo 9 LPC: promoción del ejercicio efectivo del derecho a la participación a través de las tecnologías de la información y comunicación (art. 9.c LPC), en particular la promoción de los sistemas de votación y encuesta por medios electrónicos, y el fomento de estos medios para los colectivos con más dificultades (art. 9.d LPC).

## IV. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio del análisis detallado de los distintos procesos de participación ciudadana que se desarrollan en esta obra, puede adelantarse que la LPC está rodeada de dificultades para su interpretación, algunas de carácter sistemático y otras conceptuales. Pero sobre todo, queda pendiente para su verdadera eficacia de su desarrollo (tanto autonómico como local) que afectará a los procesos y a la organización que permita que la participación sea real y efectiva. En sus disposiciones generales es prolija en principios, abstracta en las obligaciones, y pese a los primeros, no parece que haya una gran preocupación por la Administración autonómica para ponerla en juego, aunque sí más por las Administraciones locales municipales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMILLO DOMINGO, I. (2020): “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en

MARTÍN DELGADO, I. (coord.): *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, págs. 225-274. Madrid: Iustel. 1.ª ed.

ARAGUÁS GAÑCERÀ, I. (2016): “La regulación de los lobbies: hacia la consecución de la transparencia y el control de las actividades desarrolladas por grupos de interés”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm.106, págs. 293-249. Fecha de consulta: 2021-09-16.

URL: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=106&tipo=R&seccion=41&correlativo=1&contenido=1&locale=es>.

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.106.2016.07>.

BUENO ARMIJO, A. (2008): “«Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, en *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 177, págs.195-228. Fecha de consulta: 26-09-2021.

URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=665&IDA=27267>.

CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2020): *Participación ciudadana y buen gobierno democrático. Posibilidades y límites en la era digital*, pág.33. Madrid: Marcial Pons. 1.ª ed.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2019): *Vox populi: Consultas populares y procesos participativos*, págs. 1-368. Cizur Menor: Aranzadi. 1.ª ed.

FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2020): “La organización de la Administración digital”, en MARTÍN DELGADO, I. (coord.): *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, págs. 106-142. Madrid: Iustel. 1.ª ed.

GAMERO CASADO, E. (2020): “Reparto competencial y posibilidades competenciales”, en MARTÍN DELGADO, I. (coord.): *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, págs. 61-100. Madrid: Iustel. 1.ª ed.

GOMARIZ VICENTE, M.A., PARRA MARTÍNEZ, J, GARCÍA SANZ, M.P. Y HERNÁNDEZ PRADOS, M.A. (2019): “De lo formal a lo real. Análisis de la participación familiar en asociaciones de madres y padres y consejos escolares”, en *Aula Abierta*, vol. 48, núm.1, págs. 86-96. Fecha de consulta: 26-09-2021.

URL: <https://reunido.uniovi.es/index.php/AA/article/view/13005>.

DOI: <https://doi.org/10.17811/rife.48.1.2019.85-96>

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021): *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, págs. 19-31. Madrid: Francis Lefebvre (Colección Guía Rápida). 1.ª ed.

NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2017): “La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública (RAAP)*, núm. 99, págs. 431-440. Fecha de consulta: 26-09-2021.

URL: <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/49>.

DOI: <https://doi.org/10.46735/raap.n99.49>.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2019): “La Ley andaluza de participación ciudadana: ¿hacia un nuevo horizonte participativo?”, en CARRASCO DURÁN, M. y RODRÍGUEZ RUIZ, B. (dirs.): *La participación ciudadana como pilar del estado democrático*, págs. 259-243. Cizur Menor: Aranzadi (Colección Estudios). 1ª. ed.

RUIZ MAGAÑA, I. (2020): “Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 13, págs. 74-47. Fecha de consulta: 2021-09-26.

URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10741>.

DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i13.10741>.

RUIZ-RICO RUIZ, C. (2017): “Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos” en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm.108, págs. 445-478. Fecha de consulta 26-09-2021.

URL:<https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=108&tipo=R&seccion=41&correlativo=1&contenido=5&locale=es>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.14>.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997): “Crónica de unas jornadas sobre gobernabilidad y participación en la Administración local”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 49, págs. 398-389. Fecha de consulta: 2021-09-26.

URL: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=49&tipo=R&seccion=42&correlativo=1&contenido=2&locale=es>.

SOLANS GARCÍA, B. (2013): “Presentación”, en BERMEJO LATRE, L.; CASTEL GAYÁN, S. (eds.): *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*, págs. 13-15. Zaragoza: Revista Aragonesa de Administración Pública (Colección Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV). Fecha de consulta 26-09-2021.

URL:[https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.do?path=3712809](https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3712809).

TUDELA ARANDA, J. (2013): “Participación en el procedimiento parlamentario de elaboración de la ley”, en BERMEJO LATRE, L.; CASTEL GAYÁN, S. (eds.): *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*, págs. 93-119. Zaragoza: Revista Aragonesa de Administración Pública (Colección Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV). Fecha de consulta 26-09-2021.

## **LOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ANDALUCÍA: PROCESOS DE DELIBERACIÓN PARTICIPATIVA Y PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS**

Federico A. Castillo Blanco<sup>1</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE UNA ADMINISTRACIÓN AUTISTA A UNA ADMINISTRACIÓN RELACIONAL.**

La crisis de conceptos basales en los que hemos basado el espacio público como el modelo de Estado y de Administración pública, o la propia democracia representativa, han provocado, desde hace ya algunos años, la exploración de nuevas fórmulas para articular la actuación de la Administración y su relación con el ciudadano. La necesidad de mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración ha sido considerada en todos los países como una necesidad irrenunciable en todos los procesos de reforma del sector público, aunque más específicamente, y en lo que nos atañe, en los países pertenecientes a la OCDE.

En cualquier caso, lo cierto es que, en el modelo de democracia representativa típico de las democracias liberales fundado en una radical separación entre sociedad y Estado por medio de instrumentos de representación política, los instrumentos de participación no han tenido sino un lugar secundario en la medida en que la idea nuclear que los inspiró no era otra que si los representantes electos se preocupaban por el Estado, los ciudadanos podían dedicarse a sus intereses privados. En la actualidad, sin embargo, la legitimación del sufragio es una condición necesaria

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, en la actualidad es investigador principal del Proyecto I+D+i del Programa Operativo FEDER 2018 “Instrumentos para el buen gobierno de las cosas públicas: ética, transparencia e integridad pública”. Es autor de distintas monografías, libros colectivos y artículos científicos en materia de principios generales del Derecho, empleo público, administración local y otros contenidos propios de su área.

Orcid: 0000-0002-5586-0679.

fblanco@ugr.es

pero no parece que suficiente y, por ello, en el entorno actual, caracterizado por una gran complejidad, hay que explorar nuevas vías de legitimación. La democracia puede concluirse, para mantenerse viva, ha de tener un carácter necesariamente dinámico<sup>2</sup>.

Los estudios realizados en la década de los ochenta (Sanchez Moron, 1980) pusieron de relieve que, ya en esos momentos, nuestro texto constitucional se hizo eco de la necesidad de complementar el modelo de democracia representativa recién inaugurada con un modelo que permitiese a los ciudadanos participar en la definición de las políticas públicas bien es cierto, debe añadirse, que no en todos los supuestos con el anclaje que supone constituir un derecho fundamental. En efecto, si la participación electoral (democracia representativa) si constituye un derecho fundamental basado en las previsiones del artículo 23 CE -puede verse a este respecto la STC STC 51/1984 (FJ II)- no podemos alcanzar similar conclusión de otros instrumentos de participación (democracia participativa) ya que, como también destacó el alto tribunal en la STC de 4 de julio de 1995, se sitúan fuera del artículo 23 CE «cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en el ordenamiento (...) pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental». Dos artículos de la Constitución fundamentan esa distinción: por un lado, la visión “política” de la participación recogida en el artículo 23 CE, como derecho fundamental de la ciudadanía “a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes”; por otro, los instrumentos de la “democracia participativa” que encuentran fundamento en el artículo 9.2 que apela a los poderes públicos a “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”<sup>3</sup>.

Con el paso del tiempo los textos estatutarios también acogieron esta segunda modalidad de participación y las propias leyes de procedimiento administrativo y de régimen local atendieron a dichas previsiones realizadas (a título de ejemplo

<sup>2</sup> Desde la filosofía política tres grandes corrientes han impulsado estos nuevos modelos de democracia: el republicanismo, impulsado por Arendt y Pettit, que propugna la recuperación de las virtudes cívicas como paso ineludible para la construcción de un espacio público democrático; la democracia participativa en sentido estricto, defendida por Pateman, Macpherson o Zampetti, que pretende la extensión de la participación ciudadana a todas las instituciones vitales de la sociedad, incluyendo el lugar de trabajo o la vida local; la democracia deliberativa, que defiende una idea de democracia basada en la discusión y argumentación racionales como medio para la adopción de decisiones en lugar de en la lógica individualista centrada en los intereses privados que inspira la decisión por medio de votaciones del modelo liberal representada por Elster, Fishkin, Barber, Cohen, Nino o Habermas.

<sup>3</sup> En la jurisprudencia constitucional se puede detectar una actitud restrictiva sobre estos mecanismos de participación. La STC 31/2015, de 25 de febrero de 2015 reconoce que «aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3, con cita de la STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

y por su relevancia los artículos 69 a 71 LRBRL)<sup>4</sup>, aunque, más tarde, reconocería el autor antes referenciado líneas atrás, que una cosa habían sido las previsiones normativas y otra lo acontecido en la realidad ya que, en palabras del autor referido, “la experiencia de los treinta años de democracia que llevamos vividos nos revela las dificultades, los límites políticos y los resultados escasamente satisfactorios de nuestro modelo participativo” (Sánchez Morón, 2008)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> La modificación más relevante que ha tenido la LRBRL en esta materia se produjo con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que asumió los esquemas previstos en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2001) sobre *La participación de los ciudadanos en la vida pública local*, y que, con posterioridad, inspiraría la mayoría de reglamentos de participación desarrollados por las entidades locales. Hasta ese momento (Fernández-figueroa, 2004:160) los mecanismos de participación en la legislación local eran los siguientes:

1. A formular la consulta popular (artículo 71 de la LRBRL). Los ayuntamientos, en materia de su competencia, excepto los relativos a la hacienda local, previo acuerdo plenario por mayoría absoluta y previa autorización del Gobierno de la nación, pueden solicitar de los vecinos su opinión sobre una determinada cuestión municipal, que no tiene carácter vinculante (artículo 18 y 71).
  2. A asistir a las sesiones plenarias y a exponer durante el Pleno. Los plenos de las entidades locales son públicos y se permite –artículo 228 del ROF– realizar posibles interpelaciones o preguntas por las asociaciones o entidades –no por los ciudadanos– a los responsables municipales, debiendo solicitarlo del alcalde antes del inicio de la sesión. Sin embargo, si se permite que, finalizada la sesión, el alcalde pueda establecer un turno de intervenciones por el público asistente –es decir, cualquier ciudadano– sobre temas concretos de interés municipal.
  3. A conocer las circunstancias de las sesiones de los órganos colegiados y de los acuerdos que se adopten, mediante la publicidad de las convocatorias y órdenes del día o la publicación oficial de las disposiciones de carácter general local.
  4. A presentar escritos para pedir aclaraciones o actuaciones municipales. Se exige que se presenten por escrito y se resolverán conforme a la normativa de procedimiento administrativo (artículo 231 del ROF). Pero, cuando la solicitud formule una propuesta de actuación municipal, su destinatario informará al solicitante del trámite que se le haya de dar. Si la propuesta llega a tratarse en algún órgano colegiado municipal, quien actúe de secretario del mismo remitirá en el plazo máximo de quince días al proponente copia de la parte correspondiente del acta de la sesión. Asimismo, el presidente del órgano colegiado podrá requerir la presencia del autor de la propuesta en la sesión que corresponda, a los efectos de explicarla y defenderla por sí mismo.
  5. A ejercer el derecho de petición, de iniciativa y de queja en los términos del artículo 68 de la LRBRL. Este ejercicio está directamente vinculado a los derechos reconocidos en el artículo 18 de la misma ley.
  6. A que exista una oficina de información local. Ante ella se ejercerá el derecho a obtener copias y certificaciones de los acuerdos municipales o sus antecedentes.
  7. A acceder, asociativamente, al uso y los medios públicos municipales, lo que se realizará por escrito y se ejercerá con las limitaciones que imponga la conciencia del uso por parte de varias de ellas o por el propio ayuntamiento, siendo responsables del trato dado a las instalaciones.
  8. A recibir, asociativamente, información institucional municipal, como las convocatorias del Pleno cuando en el orden del día figuren cuestiones relacionadas con el objeto social o como a las publicaciones que, en su caso, edite el ayuntamiento.
  9. A inscribirse en el Registro Municipal de Asociaciones Vecinales, como requisito imprescindible para, asociativamente, ejercitar los derechos que tienen reconocidos.”
- <sup>5</sup> Los datos existentes en ese momento no hacían más que reforzar dicha opinión. Así el resultado de la encuesta realizada por el CIS a finales de 2006 sobre participación local entre casi 4000 personas de varias ciudades medias (con una muestra más amplia para Albacete, Córdoba, Getafe, Mataró y Vitoria), mostraba que, si se excluyen los centros cívicos, sólo un 12 por ciento han hecho uso de otro de los instrumentos disponibles en los municipios (Consejos de barrio o distrito, Consejo Sectorial, Consejo de Ciudadanos o núcleo de intervención participativa, presupuestos participativos, centros cívicos o centros municipales de barrio/distrito, Agenda Local 21, Defensor del Ciudadano, Asociaciones de Vecinos, Participación a través de otras asociaciones, participación en plenos municipales, asambleas vecinales, referéndum, encuestas, atención al ciudadano -010, junta de distritos o foros)

Lo cierto, sin embargo y en mi modesta opinión, es que ese modelo de participación recogido en la legislación de esa época, aunque con anclaje constitucional como se ha expuesto, ha quedado un tanto caduco y hoy se abren nuevas vías e instrumentos que profundizan la vida democrática de nuestro sistema de gobierno (Escudero Alday, 2011)<sup>6</sup>. En mayor medida en cuanto la consideración del ciudadano y de la propia Administración se ha visto progresivamente transmutada y máxime tras la irrupción generalizada de los medios tecnológicos. Veámoslo.

En un clásico Documento del Comité de Cooperación Técnica de la OCDE de 1987, rubricado *La Administración al servicio del público*, se postulaba una actuación administrativa basada en la idea de que la Administración no era sino un servicio y los ciudadanos su clientela y en, ese contexto, era ésta la que se debía apostar por una revisión de las actuaciones administrativas que permitieran avanzar hacia la mejora de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y hacia una gestión administrativa orientada al servicio del público<sup>7</sup>.

Por su parte, el denominado “new public management” profundizó en esa idea y propugnó emprender acciones de cambio en el actuar del sector público guiadas por una idea, a saber: era preciso superar unas relaciones desequilibradas entre la Administración y los ciudadanos innatas al modelo burocrático en que el poder público actuaba de forma imperativa y escasamente colaborativa. Y es que la administración pública burocrática, por sí misma, no es propensa a establecer reglas que permitan su apertura y accesibilidad para que sea conocida en el espacio de lo público y compartidas sus decisiones. Era preciso, pues, dotar de un nuevo equilibrio a dicha relación impulsando una actitud más abierta y cooperativa en la que el ciudadano participara en la gestión de los servicios públicos con lo que se intentaba conseguir, junto a un mejor funcionamiento de los mismos, una mayor protección del usuario. Se pretendía con ello integrar las demandas de los usuarios en la oferta de servicios de tal manera que, respetando las políticas públicas que hubieran sido definidas en forma previa, ello no sería obstáculo para su mejora y perfeccionamiento teniendo en cuenta las opiniones y demanda de la ciudadanía.

<sup>6</sup> Dicho autor pone de relieve que “El modelo constitucional de democracia representativa asfixia cualquier posibilidad de avanzar hacia mecanismos de democracia directa o participativa. Los escasos indicios que de esta última aparecen en el texto constitucional están contruidos de forma que no puedan en ningún momento “competir” con la actividad de los representantes de la ciudadanía”.

<sup>7</sup> En este sentido se resaltaba, entre otras cuestiones, la necesidad de articular medidas concretas que permitieran determinar el grado de satisfacción de la ciudadanía, así como sus prioridades o expectativas en aras a conseguir información que permita una eficaz asignación de los recursos. Tales medidas se concretaban en entrevistas, sesiones, arbitrio de cauces oportunos de comunicación de reclamaciones o sugerencias, etc. Asimismo, para mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración se fijaba necesario ampliar tanto los derechos como los poderes formales de los propios ciudadanos; sin embargo, en algunos casos los derechos existentes si bien se consideraban suficientes, no existía un adecuado conocimiento de los mismos, debiéndose incidir, en estos casos, en la información a los ciudadanos (pp. 102 y 103).

No obstante, y dejado sentado lo anterior, es preciso diferenciar los planteamientos de participación propios del gerencialismo público –centrados en la provisión de los servicios financiados con fondos públicos y su gestión- de los sistemas de participación propios de la gobernanza democrática, o modelos deliberativo-relacionales, que buscan el compromiso y colaboración de los distintos sectores ciudadanos con las políticas públicas a implementar (Pascual Esteve, 2011: 296)<sup>8</sup>. Esos planteamientos todavía, hemos de concluir, respondían a un modelo de ciudadanía y de Administración, aún en gran medida subsistente, pero que progresivamente tienden a superarse.

Y es que, si bien el modelo de Administración burocrática garantiza principios y valores que deben seguir plenamente vigentes (impersonalidad, profesionalización y sujeción al Estado democrático y de derecho en lo esencial), estos ya no son suficientes para dar un paso más y garantizar la participación ciudadana en las políticas públicas. La insatisfacción que produce el modelo de legitimación clásica administrativa -que como sabemos encuentra su fundamento en la simple ejecución automática de la ley-, la denominada “correa de transmisión” (Stewart, 1975: 1675), ha motivado, finalmente, que se hayan concentrado esfuerzos para reforzar esa legitimación con nuevas perspectivas centradas en la idea de transitar desde una administración de procedimientos a otra de responsabilidad (Schmidt-Assmann, 2007: 96)<sup>9</sup>, y ha ido acompañada de procesos de transformación en las formas y en los procedimientos que se han basado, en lo esencial, en distintos ejes: la introducción de técnicas de management privado, la desregulación y la desburocratización, la mejora de la gestión de los recursos humanos, la participación ciudadana, la incorporación de medios electrónicos y telemáticos, la idea de control más allá de la legalidad y, más recientemente, del refuerzo de la integridad pública a través de instrumentos como la transparencia y el denominado buen gobierno.

Un ejercicio de profundización democrática de nuestra Administración exige articular normas, reglas y procedimientos, cuyo objeto sea acercar la administración pública a los ciudadanos y que consiga formas de comunicación con la ciudadanía para que las estructuras de ejecución de la política pública no sean ajenas ni

<sup>8</sup> El autor resalta dicha diferencia y, asimismo, sobre el papel de la participación ciudadana en la gobernanza puede consultarse el capítulo 11 de dicho estudio titulado “Participación y compromiso cívico de la ciudadanía”, pp. 271 y ss.

<sup>9</sup> El citado autor expone que es preciso pasar de un Derecho Administrativo de la prestación a un Derecho Administrativo de la garantía de la prestación –con independencia de que se utilicen fórmulas jurídico-privadas o públicas- y añade más adelante que “El Derecho Administrativo del futuro seguirá siendo un Derecho de la Administración ordenadora, prestadora, directora y planificadora, pero será, además, un Derecho de la Administración garante del resultado”. Y este Derecho garantizador ha de resolver, en opinión de este autor, entre otras una cuestión: el establecimiento de instrumentos que aseguren la calidad y los resultados en la prestación privada de los servicios.

distantes a esta. Si cierto es que, como se ha puesto de relieve (Vizioli, 2014), es indudable que los procedimientos participativos conllevan costes en términos económicos, de recursos humanos y de tiempo lo cierto es que la democracia siempre conlleva un coste. Y parece que debiéramos asumirlo ya que ninguna otra conclusión puede derivarse del marco de un buen gobierno inspirado en una gobernanza participativa.

## II. LA REDEFINICIÓN DEL PAPEL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POLÍTICA PÚBLICA.

Como consecuencia del grave problema del descrédito de instituciones y representantes políticos en España trasunto, aunque no solo de la crisis económica acontecida a partir de 2008, se ha reforzado la exigencia de eficacia y responsabilidad en la acción de gobierno. De hecho, la mayoría de normas legales, estatales y autonómicas en materia de buen gobierno, transparencia y participación se han dictado tras esa severa crisis e invocando inclusive su existencia como razón de ser de las propias normas. La necesaria participación de los ciudadanos se ha conectado en nuestro ordenamiento jurídico, también, con el reforzamiento de las políticas de integridad al igual que ha sucedido en una gran parte de los países como medida para superar la desafección de los ciudadanos respecto de la idoneidad de nuestros poderes públicos (basta observar los barómetros que periódicamente publica el CIS) y el necesario nuevo impulso del ejercicio del poder que puede y debe aportar beneficios al sistema democrático. Reflexionemos sobre ello.

### II.1. Un nuevo modelo de Administración más democrática.

En tan sólo unos pocos años puede decirse, a la vista de los numerosos planes y prácticas emprendidas pues no solo se han traducido en normas las iniciativas puestas en marcha -por sobre todo en el nivel local de gobierno<sup>10</sup>-, que la situación de abandono que se denunciara está progresivamente superándose. Ejemplos hay de ello (Iriarte, 2017). Ciertamente, también ha de subrayarse, no de forma generalizada y quizás sin suficiente impulso y convicción. Y, añadamos nosotros, sin la necesaria visión institucional (Martínez López, 2011)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Presupuestos participativos (Albacete), Planes de Diagnóstico y un Plan Municipal de Participación Ciudadana (Burgos), etc. que no siempre han tenido su traducción, o se han basado, en normas jurídicas.

<sup>11</sup> Dicho autor expone que la retórica acerca de la participación ciudadana en relación a las políticas públicas es todavía más un formalismo discursivo que una realidad rica en prácticas y experiencias participativas, y parece que sólo, cuando los partidos creen poder controlar o gestionar los procesos participativos, se atreven a poner incentivar o poner en marcha dichos procesos participativos.

Una gobernanza más democrática de nuestros gobiernos subnacionales -especialmente en el ámbito local- según las propuestas formuladas ha de caracterizarse, entre otros vértices, por involucrar a la ciudadanía para afrontar los retos sociales. La idea de que la participación ciudadana se encuentra en el núcleo mismo de la idea de democracia ha sido determinante para el establecimiento de mecanismos de gobierno abierto y de transparencia y la decidida introducción de valores positivos que como la ética, la flexibilidad y la eficacia se realzan en prácticamente todas las propuestas<sup>12</sup>, normativas y no normativas, que se realizan. Avanzar en la cultura de la transparencia, poner en práctica nuevos instrumentos de colaboración público-privada y de cooperación entre las instituciones públicas, y atender al impacto y resultados de las políticas públicas para mejorarlas y orientarlas a la consecución de objetivos bien definidos exige el diálogo con la ciudadanía para abordar los problemas, escuchar y compartir las soluciones. Y esta idea se ha erigido en un paradigma de esta nueva ola para afrontar los procesos de cambio y reforma de nuestras instituciones.

De esta forma, y como se ha destacado por distintos autores (Colino y Del Pino, 2008:251), la participación ciudadana es un recurso importante que puede proporcionar al menos tres tipos de beneficios: la co-responsabilización ciudadana con las autoridades locales en distintas tareas que puede tener una incidencia positiva en el empleo y que puede suponer un ahorro en las funciones de organización y gestión del sector público; beneficios sociales, siendo un mecanismo para la generación de capital social y sirviendo, por tanto, como contrapeso a ciertas tendencias anticívicas o al excesivo individualismo, a través de la generación y potenciación de la idea de comunidad; por último, destacan que generarían beneficio políticos cómo su potencial educativo, el fortalecimiento de la cooperación y del esfuerzo por definir el interés común.

Se parte de la reflexión de que una mejora de la acción de nuestras instituciones públicas requiere una ciudadanía activa y comprometida con lo público, con lo que es de todos, por lo que se precisa habilitar medios de participación de ésta en la toma de decisiones que afectan al gobierno y a la administración de lo público.

<sup>12</sup> Desde 2009, y en concreto del Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto del Presidente Obama, se ha popularizado el concepto de Gobierno Abierto, que hace referencia fundamentalmente a tres de los pilares de un Buen Gobierno:

- Transparencia: Un Gobierno transparente fomenta y promueve la rendición de cuentas de la Administración ante la ciudadanía y proporciona información sobre lo que está realizando y sobre sus planes de actuación, lo que permite su control y la creación de valor económico o social a partir de los datos públicos ofrecidos libremente por la Administración.
- Colaboración: Un Gobierno colaborativo implica y compromete a los ciudadanos y ciudadanas y demás agentes en el propio trabajo de la Administración.
- Participación: Un Gobierno participativo favorece el derecho de la ciudadanía a participar activamente en la conformación de políticas públicas y anima a la Administración a beneficiarse del conocimiento y experiencia de los ciudadanos y ciudadanas.

Ya no se trata, como en momentos anteriores, de un usuario-cliente de servicios y políticas públicas con un papel meramente pasivo y al que sólo se le consulta cada cuatro años. Ahora se trata de conseguir un ciudadano activo que, junto a su dimensión individual, tiene una dimensión de compromiso social. No se trata de atender al ciudadano o consultar al mismo tan solo, lo que hasta ahora caracterizaba la política pública, sino, más allá de ello, de interactuar, definir, crear con él. Inclusive gestionar con la ciudadanía. El nuevo paradigma es otro: los ciudadanos no deben ser solo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten (Rodríguez-Arana, 1995:2).

Y ese nuevo paradigma obliga a cambiar los instrumentos de relación con la ciudadanía. Para botón una muestra. En el marco de las administraciones públicas las redes sociales han ido mutando su funcionalidad pasando de ser meras herramientas de comunicación a ser instrumentos que ayudan a reducir la distancia entre la ciudadanía y las administraciones públicas, generando «una confianza social y política indispensable para avanzar social y económicamente». Para la doctrina más reciente trabajar en red supone un notable cambio en la manera de hacer las cosas y de dirigirse a los ciudadanos y ello requiere la adopción e implantación de nuevos principios de actuación por parte de los trabajadores públicos tales como la ubicuidad, la colaboración, la transparencia, la proactividad, etc. así como la horizontalidad, la igualdad o la universalidad en el acceso a la información (Graells y Ramilo, 2013), bien es cierto que, como se ha puesto de relieve, aún existen contradicciones en cuanto si aumentan la transparencia o participación de las personas y en qué medida han transformado la gestión de los servicios públicos (Ruiz Paz, 2019). Las redes sociales se convierten, en este sentido, en una potente herramienta al servicio del gobierno abierto, fomentando la creación de unas instituciones públicas mejor informadas, más innovadoras, más centradas en la ciudadanía y, por tanto, más democráticas. Sin olvidar que, como puso de relieve SHIRKY, las herramientas sociales, como el software de blogs como WordPress y Twitter, las plataformas para compartir archivos como Flickr y las plataformas de colaboración en línea como Wikipedia, apoyan la conversación grupal y la acción grupal de una manera que antes solo se podía lograr a través de instituciones (Shirky, 2008)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Dicho autor mantiene que las herramientas sociales en línea permiten que se formen grupos en torno a actividades “cuyos costos son más altos que el valor potencial” para las instituciones. Shirky sostiene además que la creación exitosa de grupos en línea se basa en la fusión exitosa de una “promesa plausible, una herramienta eficaz y una ganga aceptable para el usuario”. Sin embargo, Shirky advierte que este sistema no debe interpretarse como una receta para el uso exitoso de herramientas sociales, ya que la interacción entre los componentes es demasiado compleja.

Nuestros gobiernos, muy especialmente los subnacionales dado el tipo de competencias que tienen bajo su responsabilidad, al gestionar los intereses colectivos deben propiciar medidas que impliquen la colaboración de los ciudadanos, y ello exige un modelo de administración pública capaz de generar redes y de escuchar, atender y compartir las demandas de la ciudadanía. La implicación de la sociedad civil en los asuntos públicos, como coformuladora y coproductora en las políticas públicas, e incluso cogestora de servicios públicos, se hace irrenunciable para la mejora de la gobernanza democrática. Y facilita la consecución de distintos objetivos: incrementar la cercanía entre responsables públicos y ciudadanía, aumentar el conocimiento por parte de los ciudadanos de la organización y la información disponible, facilita la detección de errores y la rendición de cuentas, incorporar asuntos y alternativas en la agenda política local hasta ahora no atendidas, y, en definitiva, ayuda a aumentar la eficiencia de las políticas públicas.

Sí, ciertamente, se puede plantear un cierto escepticismo respecto del éxito de esa política, y con razón dado que así inclusive se desprende de las propias normas dictadas como seguidamente veremos, lo cierto es que hay evidentes muestras de que algo se mueve en ese sentido. Y es que ese nuevo modelo de proceso participativo que, desde una perspectiva bidireccional, permite a la ciudadanía participar en la toma de decisiones de forma directa e individual ha tenido eco a nivel internacional<sup>14</sup>. Y así se ha recogido en Declaraciones Internacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Libro Blanco La Gobernanza Europea, de la Comisión Europea, de 25 de julio de 2001; Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de diciembre de 2001, sobre la participación ciudadana en la vida pública local. Y, como ahora veremos, nuestra legislación autonómica ha tomado buena cuenta de ello.

## II.2. La clave de la cuestión: eficacia de los procesos de participación.

Una de las claves de debate sustanciales respecto de los procesos de participación ha radicado, precisamente, en su eficacia. Y esto es lo que han puesto de manifiesto distintos autores utilizando, inclusive, una expresión metafórica para evaluar los distintos grados de participación ciudadana y poner de manifiesto cuando estamos

<sup>14</sup> La generalización de las herramientas de participación directa es un hecho y, en el derecho comparado, podemos encontrar hitos importantes que han sido pioneros en el desarrollo de procesos participativos, como la generalización de los procesos de participación individual y directa en Suiza o los presupuestos participativos en Brasil. Actualmente hay numerosas ciudades utilizando este nuevo modus operandi con la ciudadanía en América Latina (Buenos Aires, Montevideo, etc), en Europa (Turín, París, Manchester, Viena etc.) y en nuestro propio país (Barakaldo, San Feliú de Llobregat, Alcobendas, Barcelona, etc.).

ante un pseudoproceso participativo, a saber: “escalera de participación” (Arnstein, 1969)<sup>15</sup>

La clave de la cuestión radica en cómo conciliar el mandato representativo de los electos y gobiernos democráticamente constituidos con depositar, en manos de la ciudadanía, un poder decisorio que vincule a éstos en la toma de decisiones. Sobre todo cuando, como hasta ahora ha acontecido en numerosos casos, la participación de los ciudadanos en estos procesos no ha sido precisamente abrumadora y, en gran parte, los mismos han sido cooptados por colectivos (élites), muy movilizados, pero que no representan mayorías suficientes que otorguen la necesaria legitimidad al proceso participativo.

Pues bien, y haciéndose eco de esta cuestión, la norma andaluza dedica específicamente varios preceptos a abordar dicha cuestión. Ciertamente no puede afirmarse que la misma resuelve tan delicado asunto, pero lo cierto es que en el espíritu de ésta encuentra la idea de que dichos procesos no pueden ser vacuos e intrascendentes por más que en algunos aspectos la propia norma puede conducir a este resultado dadas las genéricas previsiones que contiene respecto de estos procesos y sin que logre impulsar la suficiente confianza en el éxito de los mismos

<sup>15</sup> ARNSTEIN, S. (1969) “A ladder of citizen participation”, publicó un pequeño artículo de menos de 10 páginas con el que describió esta figura y que es hoy una referencia en este aspecto. El artículo fue publicado originalmente en la revista “Journal of the American Institute of Planners”, aunque el contenido ha sido reeditado y traducido en numerosas ocasiones. Pero, ciertamente, también otros autores han incidido en escalas de gradación de los distintos niveles de participación. Véase, a título de ejemplo, el trabajo de De Hart (1992) que, aunque referido a la infancia, reconstruye dicha escalera y la subdivide en los siguientes tramos:

a) Tramo de la no-participación

- Peldaño 1. Manipulación o engaño. Clasifica casos en los que las y los adultos utilizan a las niñas y niños para transmitir sus propias ideas y mensajes.
- Peldaño 2. Decoración. Se refiere a momentos en los que las personas adultas utilizan a niñas y niños para promover una causa sin que éstos y éstas la comprendan ni tengan mayor implicación en su organización más allá de la de figurar casi como mera decoración,
- Peldaño 3. Participación simbólica. Manifiesta la actuación de algunos niños y niñas, con habilidades dialécticas o ideas ingeniosas, como protagonistas de ciertos eventos o debates. Se les ha seleccionado a dedo sin dar oportunidades para participar en el proceso a otras niñas y niños a quienes, en teoría, representan.

b) Tramo de la participación

- Peldaño 4. Información. Se informa a niñas y niños de una iniciativa que no han iniciado ni lideran.
- Peldaño 5. Consulta e información. Se informa a niñas y niños de un proceso, pero además se les consulta y se tienen en cuenta sus opiniones en las decisiones finales.
- Peldaño 6. Iniciado por personas adultas, con decisión infantil compartida. Las acciones se toman de forma conjunta, en relación de igualdad, pero la iniciativa fue origen del personal adulto.
- Peldaño 7. Iniciado y dirigido por niñas y niños.
- Peldaño 8. Iniciado por niñas y niños, con decisiones compartidas con las y los adultos. Las niñas y niños inician un proyecto propio, dirigen y gestionan, pero continúan en colaboración con personas adultas, no la rechazan. En este peldaño se puede hablar del nivel más auténtico de participación infantil, conocido como participación protagónica.

Otros autores que han utilizado semejantes fórmulas son DAVIDSON, S. (1998) o KARSTEN, A. (2012) que dio cuenta de un catálogo de 36 diferentes figuras que clasifican diversos modelos de participación.

lo que resulta determinante para que se alcance una primera conclusión y es que, según los modelos de participación de los que nos hemos hecho eco, las previsiones normativas no alcanzarían sino a un estadio intermedio ciertamente alejado de los niveles óptimos de los que hemos dado cuenta.

De esta forma, si bien el apartado 1 de su artículo 16 señala, como no puede ser de otra forma, que “*Los procesos de participación ciudadana regulados en la presente ley no alterarán ni supondrán menoscabo de las potestades y competencias del correspondiente ámbito de gobierno, autonómico o local, en la adopción de las decisiones que les corresponden*” y se subraya, además, su carácter complementario de los expresamente previstos en las normas generales y sectoriales, dos previsiones adicionales, contenidas en ese mismo artículo, acompañan a esa inicial toma de posición que modulan ésta a fin de que los mismos no queden vacíos de contenido y sin alcance alguno.

La primera, y en orden a que el temor a que los resultados de un proceso participativo de participación puedan no ser del agrado de las autoridades competentes en la materia, se obliga a motivar y justificar su no inicio o su conclusión precipitada. La segunda, relativa a la decisión del órgano competente respecto del resultado de éstos, y en la que de nuevo se obliga a éste, cuando los resultados derivados de los procesos participativos que se pongan en marcha al amparo de esta ley no sean asumidos total o parcialmente, a motivar la decisión adoptada.

Lamentablemente y, sin embargo, la norma toma una prevención que reduce la eficacia de estos procesos de participación y es que los efectos derivados de la omisión o infracción de los mismos no afectará a la validez y eficacia del acto o decisión en cuyo procedimiento se prevean lo que, como fácilmente se deducirá, nos hace volver a la casilla de salida en este pretendido impulso de los procesos participativos en Andalucía.

Tributarios de esa misma idea, limitativa y preventiva respecto del papel de la participación ciudadana en la elaboración de las políticas públicas, resultan ser las previsiones establecidas respecto de su inicio, en el artículo 17, dado que si, de un lado, se indica que se podrán iniciar los procesos de participación ciudadana, bien de oficio, bien a instancia de las personas físicas o entidades de participación ciudadana cuando así lo prevea la ley, transcurridos tres meses desde la presentación de la iniciativa ciudadana sin acordarse el inicio, podrá entenderse rechazada la petición. Es decir, si bien ha de entenderse que subsiste la obligación de un acto expreso motivando el porqué del no inicio del proceso, el sentido del silencio resulta negativo para la puesta en marcha de éstos lo que reduce, sin duda, el alcance y la eficacia de estos procesos que, según lo expuesto hasta el momento, no deberían concebirse como un “adorno” en la gestión, sino como

consecuencia necesaria de esa nueva definición de la política pública como un espacio compartido con la ciudadanía que representa una oportunidad en la nueva forma de hacer y concebir ésta.

Mucho más entendible, coherente y lógico son las previsiones establecidas en su artículo 15 en cuanto a los períodos inhábiles para la convocatoria y celebración de procesos de participación ciudadana en que se pretende salvaguardar determinados períodos a fin de que los procesos de participación ciudadana no alteren ni afecten a los procesos electorales y a la constitución de los nuevos gobiernos salidos de las urnas de forma que no se afecte a la regularidad de dichos procesos ni se condicionen los mismos. En este sentido, dicho precepto prohíbe que los procesos de participación ciudadana regulados en la ley puedan ser convocados o desarrollados durante el período que media:

- a) Entre la convocatoria de elecciones a Cortes Generales y la constitución de las nuevas Cámaras.
- b) Entre la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo presidente o presidenta de la Junta de Andalucía (idéntica previsión se establece respecto de los gobiernos locales).
- c) Entre la convocatoria y la celebración de un referéndum de los previstos en la normativa vigente cuando este afecte al ámbito territorial del proceso de participación ciudadana.

### III. CLASES Y OBJETO DE LOS INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS EN ANDALUCÍA.

Los Estatutos de Autonomía de segunda generación (Andalucía, Aragón, Baleares o Cataluña) confirieron amparo jurídico a modalidades participativas, no previstas en forma expresa por la Constitución, disponiendo el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum (Pérez Alberdi, 2008; Castel Gayán, 2013)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> En desarrollo de dichas previsiones ha habido un auténtica cascada de normas en la materia, a saber: Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; Ley 5/2010, de 21 de junio, Fomento a la Participación Ciudadana de Canarias; la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto (hoy sustituida por la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos); la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 3/2014, de 11 de septiembre de

Bien es cierto que bajo el concepto de participación ciudadana se han englobado múltiples cuestiones que en ocasiones se alejan del elemento nuclear del mismo. Inclusive banalizan y añaden confusión al concepto (Pindado, 2015)<sup>17</sup>. Todo ello enmarcado en una evolución del propio concepto a impulsos de nuevos elementos que suponen una auténtica transformación del mismo. De esta forma, y si tomamos como referencia el nivel local de gobierno, el modelo participativo, de carácter institucional en torno a órganos formales y basado en organizaciones vecinales, preponderante desde la década de los 80, se ha comprobado a la vista de sus resultados que está basado en componentes que reducen el alcance de estos procesos para la efectiva participación ciudadana. Y ese modelo está dejando paso a un nuevo marco más flexible de interacción con la ciudadanía en el que desarrollar estos procesos como seguidamente tendremos la oportunidad de comprobar.

Básicamente, y atendiendo a la regulación actualmente vigente que en gran medida recoge la experiencia acumulada en el ámbito local, procede distinguir cinco principales mecanismos de participación articulados en la normativa dictada con distintas denominaciones y con distinto alcance y contenido.

Este bloque normativo autonómico, emergido prácticamente en la última década, fue iniciado por la Comunidad Autónoma de Valencia (2008) y fue seguido por la Comunidad Autónoma de Canarias (2010), la Comunidad Autónoma de Baleares (2011) y, con posterioridad, por Extremadura (2013) o Cataluña (2014). Las más recientes son de 2019 (Andalucía y Madrid). Como nota singular de estas normas, en el caso andaluz, la norma se refiere específicamente y, tan sólo, a la participación ciudadana a diferencia del resto que acogen, con carácter general, disposiciones relativas al buen gobierno y a la transparencia cuestiones, eso sí, indubitablemente relacionadas con la participación. El conjunto de ese bloque normativo, sin duda, puede ser calificado de innovador, más detallado si lo comparamos con la normativa básica estatal en el caso de las entidades locales<sup>18</sup>, aunque también es

Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; la Ley 10/2014 de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana de Cataluña; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación de la Región de Murcia; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía y varias iniciativas legislativas más en distintas Comunidades Autónoma (Madrid, Navarra, etc), s. También en normas específicamente referidas al ámbito local como la reciente Ley de Instituciones Locales de Euskadi. De necesaria referencia sobre la valoración de estas iniciativas, al menos en parte por motivos cronológicos, resulta el trabajo de CASTEL GAYÁN (2014: 847-876).

<sup>17</sup> Para el autor este concepto ha sufrido tal banalización, utilizándose para referirse a muy diversas cuestiones relativas a la relación entre Administración y ciudadanía, que en él termina cabiendo cualquier cosa.

<sup>18</sup> Sin perjuicio, eso sí, de mantener una visión flexible de la participación en una gran parte de las mismas. En dicha línea, el artículo 76 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi impone que la deliberación participativa adoptará en cada caso las formas y características más adecuadas a la naturaleza y peculiaridades de la propuesta normativa, la política pública o el asunto concreto sobre el cual se pretenda abrir el debate o el proceso de reflexión

preciso subrayarlo no con el mismo alcance y visión de lo que ha de entenderse por participación según lo hasta aquí expuesto de tal forma que, a título de ejemplo, en Galicia (2016) todavía se mantiene la visión de la participación como un mero «mecanismo de control sobre los asuntos públicos», mientras en otras (a título de ejemplo, Murcia cuya norma data de 2014) se concibe como algo más y así define a la participación como «la intervención individual o colectiva por parte de los ciudadanos en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas y actuaciones públicas» o en Andalucía el artículo 1.2 reconoce el derecho a participar plenamente en las decisiones derivadas de las funciones de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales andaluzas, en los términos previstos en la Ley.

Asimismo, cabe resaltar que algunas comunidades autónomas ofrecen apoyo a los municipios más pequeños. Otras delegan esta función en las diputaciones provinciales. Pero todas –a excepción de la de Asturias– instan a la utilización de medios electrónicos para facilitar la participación de la ciudadanía<sup>19</sup>.

Al decantarse la normativa estatal, desde 2003, por una mayor flexibilidad en la regulación la consecuencia es que las normas autonómicas, también los reglamentos locales, que articulan estos procesos no puede decirse que respondan a un mismo modelo y la consecuencia es que ese derecho a participar en los asuntos públicos de la ciudadanía puede diferir entre Comunidades Autónomas, tanto en lo que se refiere a las modalidades y denominaciones que adoptan, como en la propia regulación concreta de cada modalidad participativa.

En realidad, puede decirse que estamos frente a un número *apertus* en cuanto a las distintas modalidades (Fernández Ramos y Pérez Monguío, 2018:279). De un lado, podemos distinguir los instrumentos de participación orgánica, concebidos con carácter permanente de interacción con el objetivo de reflexionar y debatir aspectos de las políticas públicas y participar en la definición de la acción del gobierno que, a su vez, pueden ser territoriales (barrio, distrito, ciudad) o sectoriales, por áreas de actuación, según la materia que se pretenda abordar (educación y cultura, movilidad, política deportiva, medio ambiente etc.). De otro, las consultas o referéndum ciudadanos no referendarios cuya utilidad estriba en que muestran, sin carácter vinculante, las opiniones de la ciudadanía sobre asuntos de cierta transcendencia, y que se expresa a través del voto ciudadano

<sup>19</sup> De lo que han tomado buena nota distintas entidades locales. Puede verse, a título de ejemplo, el Ayuntamiento de Alcobendas cuya norma de participación prevé foros estratégicos virtuales (artículo 37) o el alojamiento de los procesos participativos en la plataforma electrónica (artículo 40)

(Fernández Ramos y Pérez Monguío, 2018:233)<sup>20</sup>. En tercer lugar, los procesos participativos en el proceso de elaboración de disposiciones normativas de las entidades locales o de los presupuestos de éstas. En cuarto lugar, cabría mencionar a los que denominaremos procesos participativos asistemáticos, normalmente de carácter temporal muy delimitados en cuanto a su objeto, y normalmente impulsados desde los gobiernos locales (foros de consulta, jurados ciudadanos, paneles, sondeos y encuestas, etc.). Y, por último, los procesos activos de participación, promovidos por la ciudadanía, que son un mecanismo más ágil destinado a promover la reflexión y el debate entre la ciudadanía y el gobierno municipal con la finalidad de que las actuaciones municipales tengan en cuenta las opiniones y propuestas de ésta respecto de la política municipal en distintos temas.

De acuerdo con lo expuesto, y en su consecuencia, podemos distinguir aquellas fórmulas de participación unidireccionales que van dirigidas desde los poderes públicos a los ciudadanos de aquellas otras que implican una interacción de carácter bidireccional que se traduce en negociación, deliberación, propuestas, etc dado que dicho dato resulta esencial pues implica o no el compromiso ciudadano en la definición de la política pública (Tur Ausina,2013:222).

En cualquier caso, la norma andaluza define al conjunto de éstos, en su artículo 10, como el conjunto de actuaciones, procedimientos e instrumentos ordenados y secuenciados en el tiempo, desarrollados por las Administraciones públicas andaluzas en el ámbito de sus competencias, para posibilitar el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la participación, en condiciones de igualdad y de manera real y efectiva, de forma individual o colectiva, en la dirección y gestión de los asuntos públicos autonómicos y locales<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Y es que es preciso distinguir entre consultas referendarias y las que no tienen tal carácter ya que las primeras resultan de competencia estatal (artículo 149.1.32 CE) y no las segundas que si entran dentro de la competencia autonómica (SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, 31/2010, de 28 de junio y 137/2015, de 25 de febrero). Como límite infranqueable para no invadir la competencia estatal, son los destinatarios de la consulta que, en ningún supuesto, puede ser el cuerpo electoral sino un colectivo determinado.

<sup>21</sup> Como bien se recoge en el preámbulo del Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana de Barcelona se trata de la interacción continua de los diferentes actores que intervienen en la vida política y social de la ciudad: *la ciudadanía y sus organizaciones (sociales, económicas, profesionales...), y concejales o concejalas y consejeros o consejeras de distrito del Gobierno y de la oposición*. Y añade que si *“los concejales y las concejalas y los consejeros y las consejeras tienen sus canales de debate, seguimiento y control de la acción de gobierno en la Carta Municipal de Barcelona, el Reglamento orgánico municipal y el Reglamento de organización y funcionamiento de los distritos”* parece necesario y con ello concluye que *“la ciudadanía y sus organizaciones necesitan otros canales específicos, como los procesos participativos, los órganos de participación, las consultas y la iniciativa ciudadana que deben hacer posible la participación ciudadana, que debe permitir proponer, discutir, debatir y coproducir las políticas públicas”,* que responden a una nueva generación de modalidades de participación que se expresan en *la implicación ordenada de la ciudadanía de forma individual, asociada o como colectivo sin personalidad jurídica, en la definición, proposición, ejecución y valoración de las políticas públicas municipales, de forma que se representen la pluralidad de intereses existentes en la ciudad* (artículo 1 del Proyecto de Reglamento de Participación Ciudadana de Pamplona).

Y el objeto de estos, según se detalla en el artículo 13, es variado según la clase de instrumento participativo a que nos refiramos. Así, y advirtiendo previamente que en ningún caso podrán ser contrarios al ordenamiento jurídico, se detallan las siguientes finalidades de los mismos.

- a) Proposición, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas con singular impacto o relevancia.
- b) La elaboración de instrumentos de planificación para la determinación de políticas.
- c) La priorización sobre aspectos puntuales del gasto.
- d) La elaboración de leyes y reglamentos.
- e) La prestación, seguimiento y evaluación de los servicios públicos.

Y, como apuntábamos más atrás, dicho objeto se corresponde, a su vez, con distintos instrumentos participativos que se detallan en el artículo 12. A saber:

- a) Deliberación participativa.
- b) Participación ciudadana en la elaboración de presupuestos.
- c) Participación ciudadana mediante consultas populares.
- d) Participación ciudadana en la proposición de políticas públicas y elaboración de normas.
- e) Participación ciudadana en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y de la prestación de los servicios públicos.

Del conjunto de éstos, y en este capítulo, nos referiremos a los supuestos de deliberación participativa y a aquellos procesos de participación en la elaboración y aprobación de los presupuestos.

#### IV. PROCESOS DE DELIBERACIÓN PARTICIPATIVA.

El artículo 18 de la norma andaluza define a los procesos de deliberación participativa como aquellos supuestos de contraste de argumentos y motivaciones expuestos en un debate público integrado en un procedimiento de decisión o de formulación o adopción de una política pública en el que se abre un espacio por parte de los órganos competentes de la Administración pública andaluza o de las entidades locales para conocer los intereses, posiciones y propuestas de la ciudadanía.

Es, a mi modo de ver, el instrumento más flexible y amplio establecido en la norma de Andalucía y representa, de esta forma, una forma de interacción bidireccional entre el poder público y la ciudadanía que permite su utilización en multitud de cuestiones dada la amplitud con que se formula, excluidas eso sí aquellas propias de otros instrumentos participativos, y a diferencia de otros instrumentos participativos que ven ceñido su objeto a aspectos específicos (elaboración de normas, aprobación de presupuestos, etc.).

Ahora bien, y según se apuntaba más atrás, este instrumento se refiere, y de otro se limita, a dos posibles finalidades u objetos: de un lado a la proposición, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas con singular impacto o relevancia; de otro, a la elaboración de instrumentos de planificación para la determinación de políticas. Objeto, por tanto, amplio dada su genérica formulación, pero que impide utilizarlo para otras finalidades de las establecidas en el artículo 13 de la norma.

Los artículos siguientes de la norma andaluza se referirán seguidamente a la instrumentación del proceso comenzando, lógicamente, por su iniciación. En este último sentido, el artículo 19 viene a establecer una regla general consistente en que estos procesos han de realizarse inmediatamente después del inicio del procedimiento de decisión o de formulación y adopción de una política pública. Y una excepción, configurada en base a conceptos jurídicos indeterminados que por tanto dejan amplia capacidad discrecional para su utilización por los órganos competentes, que se traduce en la posibilidad de realizar estos procesos de deliberación participativa en fases sucesivas del procedimiento cuando la política pública a adoptar haya adquirido durante su tramitación una trascendencia imprevista en el momento inicial o cuando las características de la misma se hayan transformado de forma sustancial.

La iniciación de este tipo de procesos admite dos modalidades: de oficio, y en este supuesto se exige acuerdo expreso del centro directivo competente por razón de la materia o del presidente de la entidad local a la que afecte la iniciativa por razón de la materia o del órgano competente de la entidad local a la que afecte la iniciativa; o como consecuencia de una iniciativa ciudadana que, sin embargo, no excluye como ahora se expondrá un acuerdo por parte del órgano competente<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> La iniciativa ciudadana, con esta u otras denominaciones (opinión ciudadana, iniciativa popular, propuesta ciudadana etc.) es un medio con el que la ciudadanía incide en la definición y el desarrollo de las políticas públicas. En esto no difiere de otros instrumentos de participación que también pueden lograrlo, pero lo que la distingue y la hace singular es que, inclusive, lo puede realizar aún y a pesar del parecer del gobierno de la ciudad o, al menos, frente a la pasividad del mismo. Y es que fuera del ritualismo de lo políticamente correcto no puede afirmarse que los gobiernos sean siempre favorables a la participación y a los riesgos que comporta y la dificultosa traslación al ámbito local de las previsiones establecidas en la legislación autonómica lo pone de relieve. Un estudio de las distintas modalidades de participación ciudadana puede verse en Pérez Monguio, 2019) que identifica las siguientes: encuestas, audiencia pública, foros de consulta y participación, paneles ciudadanos y jurados ciudadanos.

De la primera fórmula establecida para el inicio de estos procesos poco hay que decir dada la discrecionalidad con que se concibe para cualquier tipo de política pública. Si del segundo dado que la norma andaluza regula detalladamente<sup>23</sup>, sin perjuicio de la remisión a un desarrollo reglamentario del procedimiento para encauzar dicha iniciativa<sup>24</sup>.

En efecto, con carácter general, las iniciativas ciudadanas pueden adoptar distintas modalidades y, como ha puesto de manifiesto un reciente informe, la iniciativa ciudadana representa una herramienta participativa compleja y desigual. Compleja dado que existen modelos y procedimientos muy diferentes. Desigual porque su presencia, desarrollo y resultados varían enormemente entre regiones y países (Pau Alarcón, García-Espín, Welp y Font, 2018). Y el informe referido destaca cinco grandes tipos de iniciativas ciudadanas: la que denomina iniciativa legislativa referida al impulso de una propuesta normativa que de cumplir con los requisitos procedimentales conduce a la convocatoria de un referéndum sobre la cuestión (iniciativa legislativa); la que recibe la denominación de iniciativa de agenda que trata de impulsar una propuesta de política pública que deberá ser considerada en los órganos representativos correspondientes, que tienen el poder de decidir si aplicarla, someterla a votación o rechazarla; la iniciativa de referéndum para promover una propuesta de referéndum sobre un asunto de interés público donde la autoridad correspondiente puede decidir si llevarlo a cabo o no (iniciativa de referéndum); la denominada iniciativa derogatoria para reaccionar ante una política o propuesta legislativa específica de las autoridades públicas impulsando un referéndum que la confirme o rechace; el referéndum revocatorio para impulsar un referéndum para decidir si una autoridad (ejecutiva, legislativa) u órgano de gobierno (el concejo o parlamento como un todo) debe continuar en su cargo o ser depuesto antes del fin de su mandato.

Aún sin acoger esas distintas vertientes de las que se ha dado cuenta, o poniéndolas de manifiesto de forma separada, en nuestro ordenamiento jurídico cabe señalar destacadamente dos: en el ámbito europeo, donde se configura como un verdadero derecho que ha encontrado regulación en el Reglamento UE 2019/788 del

<sup>23</sup> El apartado 4 del artículo 20 prevé que, de acuerdo a lo establecido reglamentariamente, se regularán los requisitos que deban cumplir las solicitudes de iniciativas ciudadanas, así como el procedimiento y conclusión de los procesos de deliberación participativa. Igualmente se regulará la necesaria difusión del proceso a las personas y entidades con intereses específicos, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

<sup>24</sup> Desarrollo reglamentario que aún no se ha producido, aunque hay un proceso de participación pública para su aprobación a fin de desarrollar el mandato de la Disposición Final Primera de la Ley de Participación Ciudadana de Andalucía, si bien conviene advertir que el borrador existente es anterior al actual gobierno. Pueden verse, en este sentido, las aportaciones realizadas al proyecto. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/152775.html>

Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019<sup>25</sup>; y, en el ámbito de las normas autonómicas hasta ahora dictadas, cabe referirse a las Comunidades Autónomas donde se ha regulado específicamente su ejercicio como es el caso de Murcia, Andalucía, Cataluña y Navarra. Es el texto andaluz el que profundiza, más decididamente, en este derecho otorgando un papel más proactivo a la ciudadana al reconocer el derecho de iniciativa ciudadana para proponer políticas públicas (requiriendo un apoyo mínimo de 20.000 firmas), cuya presentación permite a las personas promotoras reunirse con representantes de la Administración para explicar detalladamente las cuestiones que plantea su iniciativa (principio deliberativo).

Se trata, en nuestra legislación autonómica, de la intervención de un grupo de personas o entidades (un número distinto según la normativa autonómica que la regula o inclusive indeterminado) que demuestran que su propuesta no responde solo a intereses personales mediante la recogida de un número determinado de firmas para acreditarlo. La iniciativa ciudadana, por tanto, reconoce la capacidad de las personas de ser agentes activos en aquello que afecta al conjunto de la comunidad (en realidad una causa de inadmisión es esta precisamente que se defiendan intereses individuales o corporativos). El estudio de sus características y requisitos, fases y efectos en nuestra legislación autonómica se ha realizado ya entre nosotros por (Fernandez Ramos y Perez Monguio, 2019), nosotros nos ceñiremos al caso de Andalucía.

Y, en el caso de Andalucía que es objeto de análisis<sup>26</sup>, nos encontraríamos en una especie de iniciativa ciudadana dirigida a la propuesta de una política pública bien es cierto que la misma no queda claramente delimitada con la prevista por la propia norma en el artículo 27 que expresamente se refiere a las iniciativas ciudadanas para la proposición de políticas públicas. Es más, desde mi punto de vista, una vez que ésta se formula en realidad hay una mutación de ésta que pasa a ser más que un proceso de deliberación participativa una proposición de política pública distinta,

<sup>25</sup> En dicho Reglamento se configura como un instrumento de democracia participativa que permite a los ciudadanos plantear cambios legales en cualquier campo en el que la Comisión Europea tenga competencias para proponer legislación (como, por ejemplo, medio ambiente, agricultura, energía, transporte o comercio). La iniciativa hace posible que ciudadanos de distintos Estados miembros se unan para colaborar en torno a una cuestión especialmente importante para ellos, con vistas a influir en la maquinaria decisoria de la UE con unos requisitos específicos ya que para poner en marcha una iniciativa, se necesitan siete ciudadanos de la UE que vivan en al menos siete Estados miembros diferentes y tengan edad suficiente para votar. Cuando una iniciativa reúne un millón de firmas, alcanzando los mínimos establecidos en al menos siete Estados miembros, la Comisión Europea debe decidir si adopta medidas o no.

<sup>26</sup> Sin acoger esas distintas vertientes de las que se ha dado cuenta, o poniéndolas de manifiesto de forma separada, en nuestro ordenamiento jurídico cabe señalar destacadamente dos: en el ámbito europeo, donde se configura como un verdadero derecho que ha encontrado regulación en el Reglamento UE 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019; y, en el ámbito de las normas autonómicas hasta ahora dictadas, cabe referirse a las Comunidades Autónomas donde se ha regulado específicamente su ejercicio como es el caso de Murcia, Andalucía, Cataluña y Navarra

eso sí, a las que puedan instarse para la adopción de normas. Quizás hubiese sido conveniente diferenciar las mismas por razón de su objeto o, alternativamente, no contemplar el inicio de procesos de deliberación participativa mediante este instrumento.

En cualquier caso, y sin perjuicio de dicha salvedad, el artículo 20 de la norma andaluza, bajo el epígrafe de tramitación de la iniciativa ciudadana para realizar procesos de deliberación participativa, viene a establecer unos requisitos para hacer posible dicha iniciativa. Detallémoslos:

a) Exigencia de un número de firmas mínimas para suscribir la iniciativa

Como es habitual en otras normas autonómicas, y aconseja el sentido común, la norma andaluza fija un número mínimo de firmas de respaldo para iniciar a instancia de la ciudadanía estos procesos. En concreto, la iniciativa ciudadana para solicitar la realización de un proceso de deliberación participativa en el ámbito de la Administración autonómica requerirá el apoyo de un mínimo de 20.000 firmas válidas entre aquellas personas físicas con derecho a participación ciudadana.

La delimitación de las personas físicas que pueden suscribir dicha iniciativa se encuentra en los artículos 6 y 7 de la norma que, a estos efectos, establece las siguientes previsiones:

- Todos los ciudadanos y ciudadanas, con capacidad de obrar de acuerdo con la normativa básica de procedimiento administrativo común, que tengan la condición política de andaluces o andaluzas
- Las personas extranjeras residentes en Andalucía tienen derecho a participar en el proceso de dirección de los asuntos públicos que sean competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y de las entidades locales andaluzas, en los términos recogidos en la ley andaluza.

Ahora bien, dicha participación puede instrumentarse, en forma directa por la ciudadanía que reúnan los requisitos anteriores, o a través de las entidades de participación ciudadana que ostenten dicha condición por encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Las entidades privadas sin ánimo de lucro que se encuentren válidamente constituidas, de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación cuando su actuación se desarrolle en el ámbito del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y tengan entre sus fines u objetivos, de acuerdo con sus estatutos o norma de creación, la participación ciudadana, o bien la materia objeto del proceso participativo de que se trate.

- b) Las entidades representativas de intereses colectivos cuyo ámbito de actuación se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- c) Las agrupaciones de personas físicas o jurídicas que se conformen como plataformas, movimientos, foros o redes ciudadanas sin personalidad jurídica, incluso las constituidas circunstancialmente, cuya actuación se desarrolle en el ámbito del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, debiendo designarse una comisión y un representante de la misma. Las personas agrupadas, las que formen parte de la Comisión y el representante deberán acreditar su personalidad y el cumplimiento de los requisitos establecidos para las entidades privadas sin ánimo de lucro, así como la determinación de intereses, identificación, fines y objetivos concretos respecto al proceso participativo de que se trate, su carácter circunstancial o temporal, en su caso, y el resto de los requisitos que se establezcan reglamentariamente.
- d) Las organizaciones sindicales, empresariales, colegios profesionales y demás entidades representativas de intereses colectivos.

En el ámbito local se establece una remisión al desarrollo reglamentario que los respectivos entes locales establezcan y, de esta forma, el ejercicio de la iniciativa ciudadana requerirá el número de firmas válidas que se establezca en los respectivos reglamentos de participación ciudadana, que podrán tener como referencia lo establecido en el artículo 48.3<sup>27</sup>, no pudiendo exceder en ningún caso el mínimo establecido para el ámbito autonómico.

b) Presentación por las personas físicas o entidades promotoras.

Las mismas dirigirán su solicitud al centro directivo competente y deberá incluir al menos una breve descripción del asunto objeto del proceso de deliberación participativa propuesto y un cauce de comunicación que preferentemente será a través de un procedimiento telemático.

De lo expuesto parece deducirse que, en el caso de que la iniciativa se promueva por una entidad promotora, no será exigible el requisito de ese número de firmas establecido.

<sup>27</sup> Recordemos que dicho artículo establece, con respecto de las consultas populares, que para solicitar la convocatoria se requerirá de, al menos, el apoyo de un número de firmas válidas entre aquellos que tuvieran derecho a participar de acuerdo con los siguientes tramos de población:

- a) En municipios de hasta 5.000 habitantes empadronados, el 10 por ciento de los mismos.
- b) En los municipios de 5.001 a 50.000 habitantes empadronados, 500 más el 7 por ciento de los habitantes que excedan de 5.000.
- c) En los municipios de 50.001 a 100.000 habitantes empadronados, 3.650 más el 5 por ciento de los que excedan de 50.000.
- d) En los municipios de más de 100.000 habitantes empadronados, 6.150 más el 3 por ciento de los que excedan de 100.000, con el límite máximo de 30.000 firmas.

c) Acuerdo del órgano competente

Ahora bien, el que se cumplan los requisitos establecidos para el inicio del proceso participativo no asegura que el mismo se lleve a efecto de forma automática. La propia norma, en dicho artículo 20, deja al criterio del centro directivo competente dicha resolución sin detallar, sin embargo, que ocurre en el caso de que no se acuerde nada, es decir, el sentido del silencio administrativo ante dicha petición.

En el caso contrario, es decir, que en forma expresa se acuerde la realización del proceso de deliberación participativa, este se iniciará en el plazo máximo de 30 días desde la fecha de la resolución expresa y deberá adoptar la fórmula del denominado “Acuerdo Básico Participativo” cuyo contenido mínimo será el siguiente:

- a) El tipo de proceso de participación ciudadana.
- b) El asunto o asuntos objeto de deliberación, concretado en una propuesta o proyecto inicial.
- c) El órgano de la Administración competente responsable de la coordinación del proceso.
- d) La duración máxima del período de deliberación, que en ningún caso podrá exceder de cuatro meses desde la publicación de su apertura en el boletín oficial correspondiente, excepto en aquellos supuestos de especial complejidad en los que se podrá ampliar a seis meses de forma motivada.
- e) Las vías o medios de información de la apertura y desarrollo del proceso.

La norma no dice tampoco en este punto nada en forma expresa, y desde luego pareciera conveniente que algo hubiera dicho, pero de la dicción de la misma, así como de la denominación utilizada (acuerdo), es preciso deducir que dicha resolución habrá de ser consultada o negociada previamente al menos con las personas físicas o entidades promotoras del proceso participativo dado que, en caso contrario, se trataría de un acto unilateral del centro directivo competente que no reviste, en ningún caso, la fórmula de acuerdo.

En lo que se refiere al desarrollo del proceso de deliberación participativa la norma no puede ser más parca. Su artículo 22 se limita a dar cuenta de la necesaria publicidad del acuerdo en los boletines oficiales (y sede electrónica, portal o página web) y prever que, a su conclusión, el centro directivo competente por razón de la materia o el órgano competente elaborará un informe final sobre el proceso, que contendrá las conclusiones alcanzadas y una valoración de la deliberación efectuada. Y contemplar que dicho informe se publicará en la sede electrónica, portal o página web, así como en los boletines oficiales si se considera oportuno.

Y nada más. Nada sobre las fases que haya de seguir dicho proceso, nada sobre eventuales negociaciones o consultas sobre el impacto del proceso en la política

pública concreta objeto del proceso participativo, nada, en fin, sobre el grado de vinculación de ese proceso participativo sobre las decisiones que haya de adoptar eventualmente el órgano competente. A salvo de su desarrollo reglamentario no existen claramente reglas establecidas.

## V. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE PRESUPUESTOS.

Una modalidad específica de proceso participativo regulada en la norma andaluza lo constituye la participación en la elaboración de los presupuestos. En realidad, y si analizamos el contenido de lo establecido en dicha norma, no representa sino por la materia un proceso participativo distinto al anteriormente visto que se singulariza, en realidad, para restringir y limitar al mismo por las cuestiones que se abordan en éste.

De esta forma, esta modalidad de participación, cuyo origen se remonta a experiencias participativas acontecidas en Brasil (Abers, 1998; Allegreti y Herzberg, 2004)), ha evolucionado considerablemente hasta convertirse en un verdadero instrumento de buen gobierno acogido por instituciones internacionales de desarrollo y aplaudido con carácter general. Bien que, sin embargo, es preciso poner de manifiesto que no se encuentran, entre las experiencias desarrolladas, un modelo uniforme ya que, en la mayoría de los casos, responde a contextos institucionales singulares y realidades políticas, sociales y económicas específicas que, en cualquier caso, tienen en común un elemento: la participación directa de la población (y/o por intermedio de grupos organizados) en las diversas fases de elaboración y ejecución del presupuesto municipal. No es tanto la denominación que se otorgue a estos procesos, sino su verdadero alcance el que, por tanto, ha de caracterizarnos si estamos o no frente a un verdadero proceso participativo en la definición, a nivel presupuestario, de las políticas públicas o meramente frente a un proceso más de estética política que de participación de la ciudadanía en la definición del gasto propiamente dicha.

Y es precisamente dicha reflexión la que es determinante para que el juicio que se emita sobre las normas que lo regulan va a depender de si las mismas favorecen o entorpecen ese proceso y cuyo éxito depende de variados factores que, en múltiples aspectos, son independientes y siguen inercias autónomas respecto de éstas (Pineda Nebot, 2002; Pires, 2000;). La capacidad financiera y de gestión del aparato organizativo público, la experiencia organizativa y participativa de la población (de toda la población) o la voluntad política y capacidad de liderazgo del gobierno son variables claves para el éxito de estos procesos de ceder parte del poder de decisión en el ámbito del presupuesto municipal y las normas solo deben

aspirar a establecer un marco suficiente y unas reglas claras para el desarrollo del proceso sin que su complejidad ponga en riesgo el proceso en sí –terminen por condicionar el proceso– y no constituyan un medio para facilitar el ejercicio democrático y el consenso.

Un elemento, en fin, que no debe obviarse es que, para que sean efectivos estos procesos, han de permitir a la ciudadanía la constatación de sus resultados incluida la publicación y difusión de los mismos como compromisos de gestión que pueden ser monitoreados y controlados por la ciudadanía (Filgueiras, 2004). El cumplimiento íntegro y exhaustivo de los acuerdos es una condición *sine qua non* para que estos procesos sean sostenibles en el tiempo y efectivamente constituyan un ejercicio democrático en los procesos de definición presupuestaria.

En el marco legal andaluz representa una modalidad participativa que, a diferencia de la anteriormente analizada, solo puede ponerse en marcha de oficio por parte de las consejerías de la Comunidad Autónoma y por los entes locales en el respectivo ámbito competencial. Si ciertamente ya señalamos que, en su manifestación genérica (procesos de deliberación participativa), la última palabra correspondía al centro directivo competente en cuanto al inicio del proceso participación, aunque cabía instar en éstos por parte de la ciudadanía el pronunciamiento por parte del órgano competente, en esta modalidad, sin embargo, ni eso parece posible.

Su regulación, muy comedida en el caso de la Comunidad Autónoma dada la dicción establecida en el artículo 23, se reduce a la posibilidad de priorizar “*aspectos puntuales del gasto cuya incorporación se prevea efectuar en sus anteproyectos de estados de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, con la finalidad de incrementar y mejorar el grado de participación de la ciudadanía*”. Nada se especifica, sin embargo, sobre su desarrollo en el que hay una remisión a las previsiones que se establezcan reglamentariamente de acuerdo con los principios establecidos en la propia norma para los procesos de deliberación participativa de los que con anterioridad dimos cuenta bien es cierto, se advierte, que sin perjuicio de las particularidades relativas al procedimiento de elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma. Aún menos se concreta en qué consiste y con qué alcance se concibe ese proceso de definición presupuestaria más allá de esa genérica previsión de “priorizar aspectos puntuales del gasto” que, como fácilmente puede concluirse, puede no significar nada más allá de recabar una opinión de la ciudadanía sobre concretos aspectos.

Menos parca y más concreta es la regulación que de los mismos se realiza en el artículo 24 cuando estos son referidos a las entidades locales en que, además, se les denomina por la denominación comúnmente utilizada, es decir, presupuestos participativos y que, a diferencia de lo que acontece en la propia administración autonómica, se juzgan por la norma mucho más benéficamente -no se detalla

claramente cual es la razón de esa opción- por tres tipos de razones: en primer término, la propia administración autonómica los valora positivamente ya que se compromete a fomentar y a colaborar en el impulso la promoción y la difusión de estos procesos en las entidades locales mediante acciones positivas, información, formación y sensibilización; en segundo lugar, por la propia dicción del artículo al referirse a la finalidad de estos procesos donde, en forma más contundente que en el caso autonómico, se establece que consisten en que la asignación de gasto por parte de las entidades locales se haga teniendo en cuenta las prioridades manifestadas en un proceso participativo en el que se hayan oído previamente las opiniones, criterios y sensibilidades de la ciudadanía; la tercera, es que concibe dichos procesos con vocación de universalidad y autorreglamentación en el caso de los entes locales.

No se alcanza a comprender dicha dual visión sobre estos procesos cuando se refieren al presupuesto ya que, en mi opinión, ni queda justificada en la legitimación democrática de ambos niveles territoriales ni tampoco las distintas dimensiones cuantitativas y cualitativas parece que serían suficientes para poder justificar dicha diferente opción.

En cualquier caso, y como puede constatarse, la norma andaluza no aclara nada sobre los aspectos relevantes del proceso y, más allá de ello, siembra razonables dudas sobre su confianza en la utilidad de los mismos más allá de la gestión de un equipo de gobierno concreto que crea en los mismos como herramienta de gestión.

## IV. CONCLUSIONES

En el presente capítulo hemos abordado dos subespecies de procesos de participación ciudadana: los procesos de deliberación participativa y los referidos a lo que se ha venido en conocer como presupuestos participativos.

Lo cierto, y sin perjuicio de que la norma andaluza se hace eco de la sensibilidad existente para complementar los instrumentos propios de la democracia representativa, es que la impresión que deja tras su estudio es muy pobre. La Ley, o bien por las remisiones reglamentarias que contempla y lo parco de su regulación, bien por la prevención que rezuma de su propio articulado y la eficacia vinculante de los procesos establecidos, no alcanza, a mi modo de ver, a ser un instrumento regulatorio avanzado. Quizás, y más allá de *modas y puestas de largo*, no disponemos de una Administración preparada para ir más allá, pero, en cualquier caso, de la regulación efectuada no se desprende una verdadera apuesta por la articulación de procesos participativos que, mucho me temo, van a depender de la voluntad política de los equipos de gobierno que en cada momento estén al frente de las instituciones autonómicas y locales de Andalucía. Al menos, y esto hay que destacarlo en el “haber” de la norma, se establece un marco para el desarrollo de los mismos y, al menos, se avanza un paso más adelante en la configuración de estos procesos.

Shirky (2008), al que ya nos referimos páginas atrás, alude a que tres son los ingredientes de un proceso colaborativo: causa, herramientas y reglas para concluir que sin una definición clara de esos tres elementos no puede existir un proceso de colaboración. Y, como subraya, el éxito o no del proceso es otro cantar, pero depende de la adecuación o no de los ingredientes al proceso que se implementa.

Pues bien, y si nos referimos a las reglas, que es lo que la norma andaluza establece, estas son, por ahora y a salvo del desarrollo reglamentario, un punto débil. Y

no podemos olvidar que la credibilidad de éstas, la certeza de las mismas, y el establecimiento de un campo de juego que genere la necesaria confianza en la ciudadanía son elementos fundamentales para que la ciudadanía crea en la validez de los procesos instaurados. Cuatro años después de aprobada la norma andaluza, y a la vista de lo que acontece en la realidad social, no parece que la Ley andaluza haya generado la misma.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERS, R. (1998), “Inventando a democracia: Distribuição de recursos públicos através da participação popular em Porto Alegre”, <http://www.portoweb.com.br/ong/cidade/texto2.htm>

ALACIO GARCÍA, R. Y. (2017): “Mecanismos de democracia en México: la iniciativa ciudadana y popular en la legislación”, *Anuario Latinoamericano–Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, vol. 4.

ALLEGRETTI, G. Y HERZBERG, C. (2004), “El «retorno de las carabelas». Los presupuestos participativos de América Latina en contexto europeo», en Transnacional Institute and the Centre for Democratic Policy Making. Briefing Series.n.º 2004/5, Madrid, Fundación de Investigaciones Marxistas.

CASTEL GAYÁN, S. (2013), “Gobierno abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias”, en Monográfico XIV de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* «Transparencia, Participación Ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI» (coord. Jose Luis Bermejo Latre y Sergio Castel Gayán).

CASTEL GAYÁN, S. (2014), “El nuevo régimen jurídico del derecho de participación ciudadana. Un repaso a la reciente oleada legislativa”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. especial 99-100

COLINO, C. Y DEL PINO, E. (2008), “Democracia participativa en el nivel local: debates y experiencias en Europa”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37.

DAVIDSON, S. (1998). «Spinning the wheel», <http://www.sarkissian.com.au/wp-content/uploads/2009/06/Davidson-Spinning-wheel-article1998.pdf>

DE HART, R. (1992), "Children's participation. From tokenism to citizenship", UNICEF

ESCUADERO ALDAY, R. (2011), "Democracia, ma non troppo: los mecanismos de participación ciudadana en la Constitución española", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 116

FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. (2004) "¿Un nuevo estatuto del vecino tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre?: sus derechos y deberes con especial referencia a la participación ciudadana", en *Cuadernos de derecho local*, nº 5.

FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2018), *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FILGUEIRAS, C. (2004), "Instituciones públicas deliberativas y concertación local en experiencias de participación ciudadana en la decisión presupuestaria". Working paper, IAF

GRAELLS, J. Y RAMILO, M. (2013). *Ciudadanía y administraciones en red: la administración pública ante la nueva sociedad en red*. INaP y Netbiblio S., La Coruña.

IRIARTE IRURETA, I. (2017) "La experiencia del proceso participativo de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV: un caso de buena gobernanza y de participación «tridimensional» en la gestión de las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº núm. 109-I. Septiembre-Diciembre.

KARSTEN, A. (2012). «A Potpourri of Participation Models», [https://www.youthpolicy.org/wp-content/uploads/library/Participation\\_Models\\_20121118.pdf](https://www.youthpolicy.org/wp-content/uploads/library/Participation_Models_20121118.pdf)

MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (2011): "Dimensiones múltiples de la participación ciudadana en la planificación espacial", *Reis*, 133.

OCDE (1991): *La Administración al servicio del público*, Madrid.

PAREJO ALFONSO, L. (1991), "Crisis y Renovación del Derecho Público", Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

PASCUAL ESTEVE, J. M. (2011), *El papel de la ciudadanía en el auge y decadencia de las ciudades: el fin del gerencialismo o la recuperación de lo público y sus actores*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PAU ALARCÓN, P., GARCÍA-ESPÍN, P., WELP, Y., FONT, J. (2018) *¿Firmar para influir en política? Modelos y experiencias de iniciativa ciudadana local*, Ayuntamiento de Barcelona.

PÉREZ ALBERDI, R. (2008), "Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados", *Revista de Derecho Político*, nº 73.

PÉREZ MONGUIO, J.M. (2019), "Instrumentos de participación ciudadana", en el volumen colectivo *Buen Gobierno y Buena administración*. Cuestiones claves, Editorial IUSTEL, Madrid.

PINDADO, F. (2015), "El pilar jurídico y conceptual de las políticas locales de transparencia y participación", *Guía de instrumentos y herramientas para las políticas locales de transparencia y participación ciudadana*, FEMP y Gobierno de Aragón (Eds.).

PINEDA NEBOT, C. (2002), «Gobiernos locales: participación ciudadana en el proceso presupuestario», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 22.

PIRES, V. (2000), «Límites y potencialidades del presupuesto participativo». *Revista Internacional de Presupuesto Público (ASIP)*, 42. <http://www.asip.org.ar/es/revistas/>

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (1995), "Reflexiones sobre la reforma y modernización de la Administración pública", *Actualidad Administrativa* nº 1

SANCHEZ MORON, M. (1980), *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SANCHEZ MORON, M. (1994), "Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional", Edit. Tecnos, Madrid

SANCHEZ MORON, M. (2008), "Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2007), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2007.

SHIRKY, C. (2008), *Here Comes Everybody: The Power of Organizing Without Organisations*, Penguin Press, London.

SUÁREZ ANTÓN, O. (2019): *Iniciativa legislativa popular. Análisis de la iniciativa de agenda en América latina y la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia

STEWART, R. (1975), “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, 1975.

TUR AUSINA, R. (2013), *Leyes de Participación Ciudadana: las experiencias canaria y valenciana*, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV.

VIZIOLA, N. (2014), “La democracia participativa en la legislación regional italiana”, *Revista Catalana de Dret Públic*. Núm. 48.

WELP, Y., y SUÁREZ, O. (2017): “¿Cambio o cumbia? Análisis de la iniciativa de agenda en América Latina”, *Revista Boliviana de Ciencia Política*, nº 1.

## PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, LAS NORMAS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Juan Jose Lavilla Rubira<sup>1</sup>

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

#### I.1. La euforia de la participación<sup>2</sup>

En la concepción de la Administración Pública dominante durante el siglo XIX y una parte importante del XX, la participación ciudadana en la organización y los procedimientos de aquella carecía de justificación e incluso era frontalmente contradictoria con sus postulados. En efecto, si la Administración debía limitarse a ejecutar de la forma más fiel y exacta posible las decisiones del legislador (de manera que de tales fidelidad y exactitud dependía la legitimidad política de la actuación administrativa), es claro que en dicha labor ejecutiva no se justificaba ninguna interferencia procedente de sujetos particulares que en ningún caso podían suplantar la voluntad general expresada en la Ley. En las conocidas formulaciones acuñadas por MERKL en 1923 debe optarse por la “*democracia de la Ley*” frente a la “*democracia de la Administración*”.

La situación, sin embargo, cambió radicalmente a partir de la tercera década del siglo XX, momento en el que cristalizan doctrinalmente diversos fenómenos favorecedores del desarrollo de la participación ciudadana en la Administración: de una parte, la crítica a las estructuras burocráticas, en la que concurren la

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Pontificia de Comillas. Licenciado en Derecho en 1984 (UCM). Letrado de las Cortes Generales (1985), en excedencia. Master of Laws (LL.M.) por la Harvard Law School (1988). Doctor en Derecho por la UCM (1990). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la UCM, en excedencia. Secretario de REDA entre 1992 y 2011. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia de Comillas. Abogado. [jjlavilla@comillas.edu](mailto:jjlavilla@comillas.edu)

<sup>2</sup> Se sigue en esta exposición introductoria el trabajo general sobre la participación elaborado por su autor hace ya más de 25 años (Lavilla 1995: 4773-4775).

sociología de la burocracia y varias derivaciones del pensamiento marxista, las cuales ponen de relieve las irrefrenables tendencias de aquéllas a aislarse del medio social al que han de servir y a generar y tutelar intereses propios que se intercalan en el aparentemente aséptico proceso ejecutivo de la Ley; y de otra parte, el crecimiento de la intervención administrativa inherente al nacimiento del Estado social, del que resultan la insuficiencia de la Ley para ordenar con precisión toda la actuación de la Administración y la necesidad, en muchas ocasiones, de lograr el consentimiento de los ciudadanos como condición de la eficacia misma de aquélla. La denominada “*euforia de la participación*” (SCHMITT-GLAESER) fue, pues, la consecuencia lógica de estas premisas.

En la actualidad, el fundamento de la participación ciudadana en la Administración Pública se manifiesta en tres direcciones:

- a) En primer lugar, constituye una fuente potencialmente valiosísima de información para la Administración, tanto acerca de datos fácticos eventualmente desconocidos por ella como acerca de la posición que sobre la cuestión a resolver mantienen los afectados.
- b) Por otra parte, la participación permite a los ciudadanos en general, y en particular a los agentes económicos y sociales, hacer valer ante la Administración sus derechos e intereses sustantivos y, por lo tanto, defenderlos frente a la eficacia eventualmente lesiva de los mismos de la que puede estar dotada la actuación administrativa. Desde esta perspectiva, la participación puede considerarse el obligado contrapeso procedimental de la amplísima discrecionalidad sustantiva de la que la Ley inviste a la Administración. Un procedimiento administrativo público y abierto proporciona a los afectados un tratamiento ajustado a las exigencias de la dignidad inherente a su condición de seres humanos capaces de discernir sus verdaderos intereses, y no de simples destinatarios pasivos de la voluntad mecánica de una burocracia sin rostro. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1988, Roj: STS 3768/1988, a través de la participación “*se configura (...) una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o “administrados”, con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas*”.
- c) En fin, y sobre todo, la participación ciudadana en la Administración Pública incrementa la legitimidad democrática de la actuación de ésta, refuerzo estrictamente inútil en el formal plano jurídico-constitucional, pero probablemente necesario en el nivel político-sociológico en el que la legitimidad opera. En efecto, la crisis de la Ley -incapaz de predeterminar agotadora y realmente la acción administrativa- entraña la ruptura de la correa de transmisión de la legitimidad democrática que antes constituía, y obliga a

que el pueblo titular de la soberanía se haga presente, directamente o por medio de representaciones sectoriales, en el escenario al que se ha desplazado el verdadero poder: el Ejecutivo. Y al reforzamiento de la legitimidad democrática de las decisiones administrativas se asocia una notablemente mayor facilidad en su aplicación social. Estas ideas han sido acogidas por reiterada jurisprudencia, pudiendo citarse a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1986, Roj: STS 4110/1986, que declara que la participación pública dota a los Planes urbanísticos de “*la necesaria legitimidad democrática, y, justamente por ello, se eliminan o atenúan las tensiones a la hora de su ejecución*”.

Ahora bien, las observaciones precedentes no deben hacer olvidar que, aunque participada, la Administración mantiene inalterado su estatus constitucional: organización al servicio de los intereses generales sometida plenamente a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución). En consecuencia, en virtud del principio de legalidad, los ciudadanos partícipes en los procedimientos administrativos sólo podrán influir sobre el fondo de la decisión administrativa (cuestión distinta es la relativa a la formación de la base fáctica de esta) en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico otorgue a la Administración un margen de discrecionalidad. Del mismo modo, ésta no puede limitarse a dotar automáticamente de fuerza imperativa formal a los acuerdos materiales alcanzados por aquellos partícipes o a resolver mecánicamente los eventuales desacuerdos en favor de la posición que de las alegaciones resulte contar con un respaldo mayor, sino que ha de valorar autónomamente las exigencias del interés general o público, que, como declara la Sentencia antes citada de 19 de mayo de 1988, no es “*mera suma y yuxtaposición, sino más bien una sublimación cualitativa*” de los intereses particulares.

## 1.2. La participación como principio constitucional y del Derecho público andaluz

Como expresión de las relevantes funciones materialmente cumplidas por la participación ciudadana en la Administración Pública, la Constitución ha hecho de ésta uno de los más recurrentes *leit-motifs* de su articulado. Ante todo, la proclama como principio general en dos preceptos dotados de la rigidez reforzada derivada de su artículo 168.1: el artículo 9.2, en el que se afirma que “*corresponde a los poderes públicos (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*” (la omisión de toda referencia a la participación en la esfera administrativa carece, evidentemente, de significación, pues es simple consecuencia de la perspectiva adoptada en la redacción del precepto, y aquélla ha de entenderse comprendida dentro de la genérica alusión a la “*vida política*”); y el artículo 23.1, conforme al cual “*los ciudadanos tienen el derecho a participar de*

los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Y por otra parte, la Constitución menciona expresamente varias manifestaciones específicas de la participación, acreedoras a una especial tutela en la voluntad del legislador constituyente, y definidas por referencia a diversos elementos: jurídico-formales [procedimientos reglamentario y planificador: artículos 105.a) y 131.2], subjetivos (juventud y consumidores y usuarios: artículos 48 y 51.2) y materiales (programación general de la enseñanza, gestión de centros docentes sostenidos por la Administración con fondos públicos, Seguridad Social y actuación pública que afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general: artículos 27.5, 27.7 y 129.1)

El Derecho público andaluz, por su parte, hace suyo el principio de participación y lo configura como uno de sus ejes esenciales, hasta el punto de que, con justicia, ha podido afirmar el Preámbulo de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía (“LPCA”), que la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (esto es, el Estatuto de Autonomía para Andalucía) “*está literalmente atravesada por la idea de la participación, lo que muestra de forma fehaciente una especial preocupación institucional del estatuyente andaluz por fortalecer la calidad institucional y dotar de instrumentos complementarios a la democracia representativa*”.

Y, efectivamente, son numerosísimas las referencias que el Estatuto contiene al principio participativo. Puede mencionarse, en primer lugar, la inclusión, entre los “objetivos básicos” a cuya satisfacción ha de dirigirse el ejercicio de los poderes autonómicos, del consistente en “*la participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa*” (artículo 10.3.19<sup>a</sup>). Destaca igualmente el artículo 30, rubricado “*Participación política*”, que reconoce a los andaluces y a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, comprendido el derecho “*a participar activamente en la vida pública andaluza para lo cual se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas*” [apartado 1.e)]. El artículo 31 del Estatuto, por su parte, incluye dentro del derecho a una buena administración “*el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten*”. Es igualmente relevante el artículo 78, concerniente a las consultas populares, noción en la que se incluyen “*encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum*”. En fin, puede destacarse también, por su relevancia

a los concretos efectos de este trabajo, el artículo 84, que, en relación con todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales (a los que se califica en la rúbrica como “*servicios básicos*”), dispone en su apartado 2 que “*la Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en las materias expresadas en el apartado anterior a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca*”.

Pues bien, en este marco constitucional y estatutario (al que podría añadirse la referencia, contenida en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al “*principio de apertura*” que han de respetar las instituciones, órganos y organismos de la Unión, con el fin de “*fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil*”), la LPCA “*concreta y materializa el derecho a la participación ciudadana*”, según señala su Preámbulo, desarrollando las previsiones estatutarias de las que queda hecho breve mérito en el párrafo precedente.

La LPCA proclama sus objetivos en términos enormemente ambiciosos. Partiendo de la supuesta crisis de la democracia representativa, que tantos pregonan y muchos celebran, su Preámbulo manifiesta que se pretende “*convertir verdaderamente la participación de la ciudadanía en un presupuesto básico de cualquier iniciativa pública en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y sus entidades locales*”. Se trata así de coadyuvar al desarrollo de nada menos que “*una nueva forma de vertebración social*”, que, “*sin menoscabo alguno de las instituciones de participación existentes en el ordenamiento autonómico*”, complemente y perfeccione los derechos y las técnicas de la democracia representativa.

Tales enfáticas y sugerentes declaraciones no parecen corresponderse, sin embargo, ni con el contenido de la norma aprobada (en particular, por razón de lo prevenido por sus artículos 14 a 16, a los que se aludirá después), ni, desde la perspectiva temporal, con la extensión de la *vacatio legis* prevista por su Disposición final tercera, que fue de nada menos que doce meses (de forma que la LPCA entró en vigor solo el 5 de enero de 2019), a lo que debe añadirse un plazo adicional de doce meses para que los municipios andaluces aprobaran o, en su caso, adaptaran los reglamentos de participación a lo dispuesto en la misma (Disposición final segunda). Como se ha afirmado expresivamente, “[d]e estos datos, no parece deducirse que el legislador autonómico tenga mucho interés en que la Ley despliegue efectos inmediatamente, lo que no deja de resultar curioso si se tiene en cuenta que la norma dice tener por objeto regular el derecho de participación de una manera «real y efectiva» así como el fomento de su ejercicio (art. 1.1)” (Ruiz, 2020: 62).

Y ello sin tener en cuenta que, de hecho, la efectividad de gran parte de las previsiones sustantivas de la LPCA está sujeta a su desarrollo reglamentario, para

el que la LPCA previó, en su Disposición final primera, un plazo de un año (esto es, hasta el 5 de enero de 2020), el cual, sin embargo, ha transcurrido holgadamente sin que tal desarrollo haya tenido lugar. Circula, ciertamente, un “Borrador de Decreto xxxxxx por el que se regulan los procesos de participación ciudadana en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía”, fechado el día 13 de junio de 2019, pero el mismo, que cuenta ya con más de dos años de vida, no ha pasado de ser un mero borrador. En suma, en el ámbito autonómico, gran parte de la LPCA no ha tenido por el momento virtualidad práctica ninguna. Ello sin perjuicio de que sí ha tenido lugar la adaptación de los reglamentos de participación de numerosos municipios a lo dispuesto por la LPCA.

En el marco general de las consideraciones precedentes, se procede a continuación al análisis de las previsiones que la LPCA dedica a la participación ciudadana en relación con las políticas públicas, las normas y los servicios públicos, contenidas fundamentalmente en los Capítulos V y VI de su Título III, comprensivos, respectivamente, de los artículos 27 a 30 y 31 a 32. Tal análisis irá en todo caso precedido de la exposición de las previsiones comunes a los diversos procesos de participación y, por ende, aplicables a las concretas modalidades reguladas por dichos Capítulos V y VI.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL APLICABLE A LOS DIVERSOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, LAS NORMAS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El Capítulo I del Título III de la LPCA contiene las “disposiciones comunes” (tal es su rúbrica) a los diversos procesos de participación ciudadana regulados por los restantes Capítulos de dicho Título, comprendidos los Capítulos V y VI, que constituyen el objeto específico del presente trabajo.

Pues bien, según se acredita a continuación, tales disposiciones generales privan en gran medida de eficacia, desde la perspectiva estrictamente jurídica, a los procesos regulados por la LPCA, cuyos efectos podrían recordar a la postre, con relevantes matices, a los del ejercicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución y regulado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre.

Ante todo, y tal es el fundamento último de la limitada eficacia a la que se acaba de aludir, la LPCA establece que los procesos de participación ciudadana por ella disciplinados no alteran ni menoscaban las competencias que a las Administraciones autonómica y locales confiere el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 11.2 dispone que aquellos procesos “respetarán las competencias atribuidas a las diferentes Administraciones Públicas por dicho ordenamiento”. Y, en términos

similares, el artículo 16.1 preceptúa que los aludidos procesos de participación ciudadana “no alterarán ni supondrán menoscabo de las potestades y competencias del correspondiente ámbito de gobierno, autonómico o local, en la adopción de las decisiones que les corresponden”.

Por lo que atañe, en segundo lugar, a la iniciación de los procesos de participación ciudadana, se plantea la cuestión de si las personas físicas y las entidades de participación ciudadana a las que se refiere el artículo 6 son o no titulares del derecho al inicio del proceso, esto es, la de si, una vez ejercitada la iniciativa, la Administración está o no obligada, supuesto que concurren en aquélla los requisitos formales para su admisión, a incoar e instruir el correspondiente procedimiento. El párrafo primero del artículo 14 de la LPCA dispone que las Administraciones “podrán iniciar los procesos de participación ciudadana, bien de oficio, bien a instancia” de las referidas personas o entidades, lo que, parece sugerir, por su analogía con el artículo 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que aquellos sujetos tienen derecho, condicionado solo al cumplimiento de las exigencias formales de admisibilidad, a la iniciación y subsiguiente tramitación de los procesos de participación pretendidos. Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo 14 de la LPCA dispone que, “[t]ranscurridos tres meses desde la presentación de la iniciativa ciudadana a que se refiere el párrafo anterior sin acordarse el inicio, podrá entenderse rechazada la petición”, a lo que la segunda frase del artículo 16.1 añade que, “[e]n caso de no iniciarse (...) el proceso participativo, la Administración competente deberá justificar o motivar las causas”. La cuestión se reconduce, pues, a la determinación de si esas razones de la no iniciación del proceso solo pueden ser de índole formal o, por el contrario, también podrían ser de carácter sustantivo, ligadas a la inconveniencia de la iniciativa desde la perspectiva del interés público. El Borrador de Decreto antes mencionado parece inclinarse por el primer término de la alternativa hermenéutica expuesta, lo que parece congruente con el propósito básico de la LPCA de fomentar el ejercicio del derecho a la participación [arts. 1.1 y 2.a)]. En consecuencia, en caso de inadmisión de una iniciativa que reúna los requisitos formales normativamente establecidos al efecto, cabría obtener en vía judicial la condena a la Administración a iniciar el proceso de participación ciudadana indebidamente inadmitido.

Una vez iniciado el proceso, de oficio o a instancia de los sujetos legitimados antes mencionados, se suscita la cuestión de si la Administración está o no obligada a sustanciarlo hasta su conclusión. El artículo 16.1 de la LPCA dispone que “[e]n caso de (...) no concluirse el proceso participativo, la Administración competente deberá justificar o motivar las causas”, lo que suscita una vez más la cuestión de si tales causas solo pueden ser de índole formal o procedimental, o se extienden

igualmente a las de naturaleza sustantiva. Parece razonable, también en este caso, inclinarse por la primera de tales opciones, pues lo contrario significaría que la Administración podría en cualquier momento poner fin al proceso de participación por razones de fondo, ligadas a criterios políticos o de oportunidad, lo que pugna con la finalidad de la LPCA.

En todo caso, los resultados que se deriven del proceso de participación no vinculan a la Administración, que conserva incólume su libertad de decisión, si bien debe motivar las razones (en este caso, formales o de fondo) por las que no asume tales resultados. Así resulta del artículo 16.2 de la LPCA: “[e]n caso de que los resultados derivados de los procesos participativos que se pongan en marcha al amparo de esta Ley no sean asumidos total o parcialmente, el órgano competente para adoptar la decisión estará obligado a motivarla”. El Borrador de Decreto señala al respecto, en relación con las propuestas de iniciativas reglamentarias, que el órgano al que competan las funciones sobre la materia objeto de la iniciativa emitirá un informe sobre la mismas, “previa valoración y ponderación de los intereses afectados y de la oportunidad que para el interés público supone la regulación presentada” (artículo 42.2). Lógicamente, el alcance del control judicial sobre tal motivación habrá de ser necesariamente limitado, constreñido a verificar la existencia de la misma y de la efectiva valoración de la propuesta, pero sin entrar en el contenido de la motivación, pues, de lo contrario, se menoscabarían las potestades y competencias de la Administración correspondiente, con vulneración de los artículos 11.2 y 16.1 de la LPCA.

Finalmente, el artículo 16.4 de la LPCA establece que “*el cumplimiento de esta Ley será directamente exigible para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, aunque su omisión o infracción no afectará, en ningún caso, a la validez y eficacia del acto o decisión en cuyo procedimiento se prevea*”. La referencia a la exigibilidad directa se dirige a excluir que la LPCA contenga solo principios programáticos, subrayando la naturaleza de normas jurídicas de sus previsiones, por más que no pueda dejar de ponerse de relieve que la efectividad de las mismas requerirá en muchos casos su desarrollo reglamentario, inexistente por el momento. En cuanto a la segunda frase del transcrito artículo 16.4, su incorporación al articulado de la LPCA desustancia en medida significativa, desde la perspectiva jurídica, el contenido de ésta, pues equivale a configurar el incumplimiento de la misma como simple irregularidad no invalidante. Así, a título de ejemplo, la omisión del trámite previsto por el artículo 28.2 de la LPCA en el procedimiento de elaboración de un reglamento no obstará a la validez de éste. Es ésta una manifestación, ciertamente no menor, de la notable distancia existente entre los ambiciosos objetivos pretendidos y los resultados finalmente obtenidos.

### III. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

#### III.1. Iniciativa ciudadana para la proposición de políticas públicas

El artículo 27 de la LPCA, rubricado “*Iniciativa ciudadana para proponer políticas públicas*”, dispone en su apartado 1 que “[l]as personas o entidades de participación ciudadana previstas en el artículo 6 podrán proponer políticas públicas en el ámbito de competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma y a las entidades locales andaluzas”. Se trata así de dar cumplimiento a las finalidades de la propia LPCA explicitadas en las letras b) y d) de su artículo 2, consistentes, respectivamente, en “[f]avorecer la mayor eficacia de la acción política y administrativa a través de la construcción colectiva, de forma que la elaboración de las políticas públicas y la valoración de los resultados alcanzados se beneficien de la riqueza que representan los conocimientos y experiencias de la ciudadanía” y en “[f]acilitar a las personas y a las entidades de participación ciudadana el ejercicio de la iniciativa para la propuesta de políticas públicas o de procesos de deliberación participativa”.

Respecto de los sujetos legitimados para la proposición de políticas públicas, el artículo 27.1 alude, como se ha indicado, a las personas físicas y a las entidades de participación ciudadana a las que se refiere el artículo 6 de la propia LPCA. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dichas entidades de participación ciudadana no están legitimadas por sí solas para la formulación de la propuesta, ya que el apartado 2 del mismo artículo 27 exige en todo caso la concurrencia de un número mínimo de personas físicas con derecho a participación ciudadana conforme a dicho artículo 6 (esto es, “*los ciudadanos y ciudadanas, con capacidad de obrar de acuerdo con la normativa básica de procedimiento administrativo común, que tengan la condición política de andaluces o andaluzas y las personas extranjeras residentes en Andalucía*”). En concreto, cuando la propuesta se refiere al ámbito autonómico, se requiere el apoyo de un mínimo de 20.000 firmas entre dichas personas físicas, mientras que, en el ámbito local, “*el ejercicio de la iniciativa ciudadana requerirá el número de firmas válidas que se establezca en los respectivos reglamentos de participación ciudadana, que podrán tener como referencia lo establecido en el artículo 48.3, no pudiendo exceder en ningún caso el mínimo establecido para el ámbito autonómico*”. El citado artículo 48.3, que en materia de proposición de políticas públicas no tiene carácter vinculante, sino solo orientativo, establece el número mínimo de firmas que han de tener las iniciativas ciudadanas para solicitar la convocatoria de una consulta popular local, el cual varía en función del número de habitantes empadronados en el municipio de que se trate.

Por lo que atañe, por otra parte, al objeto de la proposición, aunque el artículo 27 no contiene restricción ninguna, es aplicable lo prevenido por el artículo

13 de la propia LPCA, que, al precisar el “*Objeto de los procesos de participación ciudadana*” (tal es su rúbrica), se refiere en su letra a) a la “[p]roposición, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas con singular impacto o relevancia”. Por consiguiente, solo las políticas públicas dotadas de tal singular impacto o relevancia podrán ser objeto de la proposición. En la práctica, no obstante, parece razonable entender que, en principio, si la iniciativa cuenta con el número mínimo de firmas normativamente exigido, debe presumirse la concurrencia de tal requisito objetivo, de forma que solo cabrá la inadmisión de la proposición por ausencia del mismo en el caso de que la política pública propuesta verse sobre una cuestión absolutamente nimia o intrascendente.

Por lo demás, la propia expresión “*políticas públicas*”, que caracteriza el objeto de las propuestas reguladas por el artículo 27 de la LPCA, debe entenderse en términos amplísimos, comprensivos de cualquier medida de cualquier índole, salvo las de naturaleza normativa, que son objeto de disciplina separada en los artículos 28 a 30.

El apartado 3 del artículo 27 se remite al desarrollo reglamentario de la LPCA para la determinación de los requisitos y el procedimiento del proceso de participación ciudadana en la proposición de políticas públicas. No habiendo tenido lugar tal desarrollo, se alude a continuación a los extremos más relevantes de la normación propuesta al respecto en el citado Borrador de Decreto de 2019 (artículo 39).

En cuanto a la acreditación de la efectiva concurrencia del número mínimo de firmas antes mencionado, se requiere la aportación de un pliego de firmas, en el que, junto a cada una de ellas, se indicará nombre y apellidos de la persona firmante, número del documento nacional de identidad o número de identidad de extranjero, así como el municipio en cuyas listas electorales se halle inscrita la persona firmante en caso de tener reconocido el derecho de sufragio activo. Por otra parte, la Administración de la Junta de Andalucía podrá instar a que se proceda a la autenticación de las firmas en los términos establecidos en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 3/ 1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular. Asimismo, se prevé que, en caso de que el número de firmas no alcance el mínimo exigido, se abra un plazo de diez días para que la iniciativa reciba nuevas adhesiones.

El Borrador regula con detalle los aspectos formales de la iniciativa, que deberá presentarse preferentemente, aunque no exclusivamente, por vía telemática, requiriendo también que la misma se acompañe de una Memoria explicativa sobre el asunto objeto de la proposición y las razones que hacen conveniente la política pública propuesta.

Presentada la proposición, el Borrador prevé que la Consejería competente por razón de la materia pueda convocar a representantes de las personas promotoras, con la finalidad de conocer y profundizar en los detalles y planteamientos que se formulan, estableciéndose que, en todo caso, el contenido de los asuntos tratados deberá quedar recogido en un acta, de la que se dará traslado al órgano competente por razón de la materia en un plazo no superior a 10 días. Así pues, la propia tramitación de la proposición de política pública se ajustará a criterios participativos, lo que ciertamente parece acreedor a una valoración favorable, por más que, como es notorio, la celebración de reuniones hubiera sido en todo caso posible aun en defecto de expresa previsión normativa.

En fin, por lo que atañe a la resolución sobre la proposición, el Borrador de Decreto establece que la Consejería receptora de la misma “*informará la solicitud y emitirá resolución motivada, mediante orden de la persona titular de la consejería en la que se pronuncie sobre la admisión o no de la proposición de políticas públicas*”, añadiendo que, cuando dicha Consejería “*aceptara la propuesta de política pública, aprobará las medidas a proponer en respuesta a la iniciativa ciudadana*”. Con independencia de que la transcrita referencia a la decisión sobre la “*admisión o no*” de la proposición parece errónea, puesto que, una vez tramitada, la decisión se referirá en principio a la estimación o no de la proposición, debe en todo caso destacarse que, como se señaló anteriormente, la Administración es libre para aceptar o no aquella, bastando con que motive las razones de su eventual rechazo.

### III.2. Participación ciudadana en la evaluación y seguimiento de las políticas públicas

La participación mencionada en el epígrafe, en la medida en que se refiere a las políticas públicas de la Junta de Andalucía, es disciplinada por el artículo 31 de la LPCA, que se dirige al cumplimiento de las finalidades de dicho cuerpo normativo mencionadas por las letras b) y e) de su artículo 2. La primera fue transcrita en el apartado precedente y, como se recordará, alude, además de a la elaboración de las políticas públicas, a “*la valoración de los resultados alcanzados*”. Y, en cuanto a la letra e), proclama como finalidad de la LPCA “[e]stablecer mecanismos de participación ciudadana en la rendición de cuentas a través de la evaluación de las políticas públicas, en la prestación de los servicios públicos, así como en el conocimiento de la opinión de la ciudadanía sobre determinados asuntos públicos”.

Ante todo, debe ponerse de relieve que la LPCA parece distinguir entre la participación en el seguimiento de las políticas públicas, regulada por el apartado 1 del artículo 31, y la participación en la evaluación de aquéllas, a la que se refiere el apartado 2 de aquél. Y, en rigor, regula solo la participación en el seguimiento,

ya que, por lo que atañe a la participación en la evaluación, el citado apartado 2 se limita a disponer que “[l]a evaluación de las políticas públicas de la Administración de la Junta de Andalucía se realizará en el marco de la ley que regule la organización y funcionamiento del sistema de evaluación de las políticas públicas, conforme a lo previsto en el artículo 138 del Estatuto de Autonomía para Andalucía”. No puede dejar de ponerse de relieve, no obstante, la dificultad de distinguir entre seguimiento y evaluación, pues, aunque aquél parece referirse a la obtención de información sobre la ejecución de la política pública de que se trate y ésta a su valoración, en la práctica los confines entre una y otra actividad son muy difusos. Tal dificultad se confirma si se considera el tenor del artículo 12.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, en cuya virtud “se considera evaluación de políticas públicas el proceso sistemático de generación de conocimiento encaminado a la comprensión integral de una intervención pública para alcanzar un juicio valorativo basado en evidencias respecto de su diseño, puesta en práctica, resultados e impactos. Su finalidad es contribuir a la mejora de las intervenciones públicas e impulsar la transparencia y la rendición de cuentas”. Así pues, tal definición normativa de la evaluación incluye la generación de conocimiento, que será más bien el objeto propio de la actividad de seguimiento. Por lo demás, el Borrador de Decreto, en los términos que se precisarán, confirma la relativa confusión realmente existente entre los ámbitos propios de las nociones de seguimiento y evaluación y la dificultad de deslindarlos nítidamente.

Los sujetos legitimados para participar en el seguimiento de las políticas públicas de la Junta de Andalucía son, conforme a la primera frase del artículo 31.1, las personas y entidades de participación ciudadana previstas en el artículo 6.

Respecto de las formas de tal participación, el mismo artículo 31.1 de la LPCA distingue la que tiene lugar “a través de los correspondientes órganos colegiados sectoriales de participación ciudadana” y la que se articula a través de “mecanismos de participación directa”.

En cuanto a la primera, serán de aplicación las diferentes normas sectoriales en las que se crean y regulan dichos órganos colegiados de participación ciudadana. El artículo 31.1, no obstante, añade que “las personas titulares de los órganos directivos competentes para la ejecución de las políticas públicas presentarán un informe explicativo del estado de las mismas, con el contenido y la periodicidad que se determinen reglamentariamente o, en su defecto, que se determinen por los citados órganos”. El Borrador de Decreto de 2019, por su parte, que dedica a esta materia su artículo 43, dispone que el mencionado informe explicativo tendrá carácter anual y precisa el contenido que ha de tener, el cual comprende (i) la relación de la normativa emitida en ese periodo en el contexto de su ámbito competencial, (ii) los sectores a los que afecta, (iii) los estudios y/o informes de evaluación sobre las mismas

y (iv) la relación de nuevas propuestas normativas y disposiciones en estado de tramitación. Con independencia de que no deja de sorprender que se aluda solo a las normas dictadas y proyectadas, puesto que la ejecución de las políticas públicas muchas veces de traducirá en medidas no normativas, la referencia a los estudios y/o informes de evaluación confirma la dificultad antes expuesta de distinguir el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas.

Respecto de la participación ciudadana directa en el seguimiento de las políticas públicas de la Junta de Andalucía, el propio artículo 31.1 de la LPCA se limita a disponer que los correspondientes mecanismos se establecerán reglamentariamente. Pues bien, el tantas veces citado Borrador de Decreto establece que dicha participación directa se realizará de conformidad con el procedimiento establecido en el Capítulo II del propio Borrador, relativo a los procesos de deliberación participativa. Serán, pues de aplicación, amén del citado Capítulo II, los artículos 18 a 22 de la LPCA, que, entre otras exigencias, imponen un número mínimo de 20.000 firmas de las personas físicas con derecho a participación ciudadana a las que se refiere el artículo 6.

En relación con ello, debe en todo caso ponerse de relieve que algunas de las modalidades de las consultas populares previstas por el artículo 26 de la LPCA son también mecanismos idóneos para encauzar la participación ciudadana directa en el seguimiento (y, en su caso, evaluación) de las políticas públicas. Así ocurre con los Foros de participación, caracterizados por la letra c) de dicho artículo 26 como “espacios de debate, creados por iniciativa de la Administración pública, que tienen por objeto debatir y reflexionar sobre los efectos de una política pública, así como elaborar análisis valorativos de los efectos reales de dichas políticas en la ciudadanía”, y con los Jurados ciudadanos, definidos por la letra e) como “grupos creados por la Administración pública que tienen como finalidad analizar los efectos de una determinada acción, proyecto o programa llevado a cabo por la misma”.

Por último, el artículo 31.1 de la LPCA se cuida de señalar que las previsiones en él contenidas en materia de participación en el seguimiento de las políticas públicas deben entenderse sin perjuicio de las obligaciones de difusión y publicidad previstas en la citada Ley 1/2014, cuyo Título II, en efecto, impone amplísimas obligaciones de publicidad activa, incluyendo la contenida en su artículo 12.1, en cuya virtud “[l]as administraciones públicas, las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas andaluzas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración”.

#### IV. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LAS NORMAS

##### IV.1. Formulación de sugerencias

La participación ciudadana en los procesos de elaboración de leyes y reglamentos en la Administración de la Junta de Andalucía a través de sugerencias se regula en el artículo 28 de la LPCA, el cual se remite en su primer apartado a la legislación estatal básica y prevé en su apartado segundo un trámite previo al inicio del procedimiento de elaboración de una ley o reglamento. A continuación, se alude separadamente a ambas cuestiones.

El artículo 28.1 dispone que “[l]a participación ciudadana en los procesos de elaboración de leyes y reglamentos en la Administración de la Junta se realizará en los supuestos, en los términos y con las excepciones previstas en la legislación básica estatal”, añadiendo que “[e]l derecho de participación podrá ser ejercido por las personas y entidades de participación ciudadana a que se refiere el artículo 6”.

Cuando se dictó la LPCA, la remisión a la legislación básica estatal realizada por el transcrito artículo 28.1 debía entenderse hecha al artículo 133 de la Ley 39/2015, rubricado “Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos” y que, según su Disposición final primera, era aplicable al procedimiento de elaboración de leyes y reglamentos de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, ha declarado que el citado artículo 133 de la Ley 39/2015 no es de aplicación al procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley autonómica, por carecer el Estado de competencia para su regulación. En consecuencia, por lo que atañe al procedimiento de elaboración de leyes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la remisión a la legislación estatal básica realizada por el artículo 28.1 de la LPCA carece hoy de contenido, por inexistencia de la norma remitida. Por consiguiente, la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley autonómica se rige por lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Debe en todo caso señalarse que, puesto que la Constitución no impone en absoluto la participación ciudadana en la redacción de los anteproyectos de ley (probablemente por entender que la misma es innecesaria, supuesto que la aprobación final corresponderá a las Cortes Generales o a las Asambleas legislativas autonómicas, órganos en los que se residencia la representación del pueblo español y de las poblaciones autonómicas, respectivamente), el incumplimiento del citado artículo 43 en el procedimiento de elaboración de la iniciativa legislativa no viciará de invalidez la ley finalmente aprobada (cuyo rango es el mismo que el de aquél).

Por otra parte, la misma Sentencia constitucional 55/2018 ha declarado también que el artículo 133 de la Ley 39/2015, con las excepciones que seguidamente se indican, no tiene el carácter de base del régimen jurídico de las Administraciones Públicas a efectos del art. 149.1.18 de la Constitución, por descender a cuestiones procedimentales de detalle que desbordan el ámbito de lo básico. Las únicas salvedades son el primer inciso de su apartado 1 (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto (...) de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) y el primer párrafo de su apartado cuarto (en el que se enumeran los supuestos en los que puede prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas), los cuales sí tienen carácter básico y, por consiguiente, se aplican a todas las Administraciones Públicas como norma de primer grado. En consecuencia, en lo que atañe al procedimiento de elaboración de reglamentos, la remisión del artículo 28.1 de la LPCA a la legislación estatal básica debe entenderse hecha en la actualidad solo al primer inciso del apartado 1 y al primer párrafo del apartado 4 del artículo 133 de la Ley 39/2015, siendo aplicable en lo demás el artículo 45 de la citada Ley 6/2006.

Por otra parte, el apartado 2 del mismo artículo 28 de la LPCA dispone que, “con carácter previo al inicio del procedimiento de elaboración de una ley o reglamento, se hará pública la iniciativa, al menos, en la sección del portal de la Junta de Andalucía donde se encuentre disponible la información objeto de publicidad activa”, caso en el que la participación se desarrollará por medio de la sede electrónica, portal o página web de la consejería correspondiente, añadiéndose que, en todo caso, “deberán articularse los procesos de comunicación dirigidos de forma expresa a las organizaciones o entidades representativas de intereses colectivos afectados por la normativa”.

La verdad es que no es fácil discernir la relación de tal trámite con el de consulta pública prevista por el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con el que parece confundirse. Parece en todo caso razonable entender que, puesto que todavía no se ha iniciado el procedimiento de elaboración de la norma, lo que ha de ser objeto de publicidad no es el texto articulado de la misma, sino simplemente la voluntad (o posibilidad) de regular una determinada cuestión. Por otra parte, el artículo 28.2 de la LPCA no contempla excepción ninguna a la exigibilidad de tal trámite, por oposición a las excepciones previstas por el primer párrafo del artículo 133.4 de la Ley 39/2015 (“normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen”), por más que la relevancia práctica del carácter absoluto de la exigencia del trámite es muy limitada, supuesta la calificación de su infracción como mera irregularidad no invalidante en virtud del artículo 16.4

de la LPCA. En fin, el artículo 40.4 del Borrador de Decreto dispone que “[l]as sugerencias o recomendaciones recibidas serán valoradas por el órgano encargado de la redacción del texto normativo sobre el que verse el anuncio, que podrá asumirlas o rechazarlas, constando su actuación en un informe final que se publicará en la sede electrónica, portal o página web de la consejería competente por razón de la materia, así como en el portal de la Junta de Andalucía. En el caso de desestimación, el informe final deberá contener la motivación expresa sobre la misma”. Y es que la necesidad de valoración de las sugerencias recibidas resulta derechamente de la finalidad del trámite. Como señala el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 290/2020, de 28 de mayo, en relación con las observaciones y sugerencias formuladas a lo largo de la tramitación del procedimiento reglamentario, “debería realizarse una valoración suficientemente detallada sobre el juicio que merecen todas las que han sido remitidas al Centro Directivo encargado de la tramitación. De este modo, como viene indicando este Consejo Consultivo, no sólo se cumple lo formalmente dispuesto en el artículo 45.1.f) de la Ley 6/2006, sino que se da verdadero sentido a los distintos trámites desarrollados que, en caso contrario, no habrían pasado de ser meros formalismos”.

#### IV.2. Propuestas de iniciativas reglamentarias

El artículo 29 de la LPCA, rubricado “Propuestas de iniciativas reglamentarias”, reconoce en su apartado 1 a las personas y entidades de participación ciudadana previstas en el artículo 6 el “derecho a presentar a la Administración de la Junta de Andalucía, en las materias de su competencia, propuestas de tramitación de iniciativas de carácter reglamentario, a excepción de las disposiciones de carácter organizativo del Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía”, añadiendo en su apartado 2 que los requisitos y el procedimiento de las propuestas se determinarán reglamentariamente (desarrollo que, por el momento, se reitera, no ha tenido lugar).

Clásicamente, y sin perjuicio de relevantes excepciones (por ejemplo, determinados instrumentos de planeamiento urbanístico), se entendía que el procedimiento reglamentario únicamente podía iniciarse de oficio, y no a solicitud de persona interesada. Los interesados en la adopción de una norma reglamentaria podían, obviamente, solicitar su aprobación, pero tal solicitud no tenía otra calificación, ni otros efectos jurídicos, que los correspondientes al ejercicio del derecho de petición conforme al ya citado artículo 29 de la Constitución.

Tal planteamiento únicamente se modulaba en los supuestos en los que entrara en juego la figura de la ilegalidad por omisión, en los que sí era (y es) posible obtener la condena judicial a la Administración a dictar una norma reglamentaria,

con el límite en todo caso de que la sentencia condenatoria en ningún caso podrá determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de aquélla (artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). La jurisprudencia se ha mostrado en todo caso muy restrictiva en la apreciación de la ilegalidad por omisión, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2015 (Roj: STS 142/2015), “el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias que viene ejerciendo esta Sala es de carácter restrictivo, pues, con carácter general, venimos declarando que la estrecha vinculación de la potestad reglamentaria con la función constitucional de dirección política del Gobierno, reconocida en el artículo 97 de la CE, dificulta que el autor del reglamento pueda ser forzado por los Tribunales a ejercer la potestad reglamentaria en un sentido predeterminado”. Pero, dicho eso, y en las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 (Roj: STS 1519/2018), “la caracterización de la potestad reglamentaria como una potestad discrecional no impide el control judicial de las omisiones o inactividades reglamentarias cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley”, razón por la que “puede resultar viable una pretensión de condena a la Administración a que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido”. Como se ha puesto de relieve comentando esta última Sentencia, “[u]na cosa es admitir que, en estos casos, el control judicial haya de ser prudente y ponderado en función de las concretas circunstancias del supuesto enjuiciado, y otra muy distinta sostener que el Gobierno es incoercible en el ejercicio de la potestad reglamentaria y que, dada la naturaleza de la misma, en ningún caso pueda exigirse su ejercicio” (Marina, 2019: 263).

Pues bien, tal planteamiento tradicional, que no opera respecto de las normas con rango de ley (supuesto el reconocimiento de la iniciativa legislativa popular por el artículo 87.3 de la Constitución), quebró en el ámbito local con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que introdujo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, un nuevo artículo 70 bis, cuyo apartado 2 reconoce a los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales el derecho a ejercer la iniciativa popular, presentando, con sujeción a diversos requisitos, “proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal”. Y, aunque la Ley 39/2015 no ha previsto tal iniciativa ciudadana ni con carácter general ni en relación con los reglamentos estatales, la “anomalía” constituida por su omisión (Araguàs, 2016:

98) se ha ido superando progresivamente en el ámbito autonómico, siendo el artículo 29 de la LPCA un exponente más de tal superación (por más que, también en este caso, la efectividad de la previsión legal está condicionada a la aprobación de su desarrollo reglamentario).

El Borrador de Decreto de 2019 dedica a esta materia sus artículos 41 y 42, que, con carácter general, se remiten a lo previsto para las proposiciones de políticas públicas, lo que supondrá la necesidad de que la iniciativa reglamentaria cuente, como condición para su admisión, con el apoyo de un mínimo de 20.000 firmas de las personas físicas con derecho a participación ciudadana conforme al artículo 6 de la LPCA. Se exige igualmente que la propuesta contenga, para su valoración y análisis, el texto propuesto, acompañado de una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejen la tramitación y aprobación de la iniciativa. Una vez admitida a trámite la propuesta, el órgano directivo que tenga atribuidas las funciones sobre la materia objeto de la iniciativa emitirá un informe, previa valoración y ponderación de los intereses afectados y de la oportunidad que para el interés público supone la regulación presentada. Si, de resultados de tal informe, se produce la aceptación de la iniciativa, que será acordada por la persona titular de la consejería competente por razón de la materia, la misma será tramitada como proyecto de disposición reglamentaria, tramitación que se ajustará a lo previsto en la normativa vigente. En todo caso, la Administración es libre de aceptar o no la iniciativa, debiendo motivar las razones de su eventual rechazo.

#### IV.3. Participación en los procesos de elaboración de ordenanzas locales

El título de este epígrafe es la rúbrica del artículo 30 de la LPCA, cuyo apartado 1 establece que “[e]l órgano competente de la Administración local podrá acordar la realización de procesos de participación ciudadana para la elaboración de los anteproyectos de ordenanzas y reglamentos locales”. La decisión sobre la realización de tales procesos corresponde en este caso, pues, al órgano local competente, sin que exista derecho de los interesados a aquella. Ello al margen de que los interesados pueden proponer directamente proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal, en los términos previstos por el mencionado artículo 70 bis de la Ley 7/1985.

El artículo 30 de la LPCA precisa, en su apartado 2, los sujetos con derecho a participar en los procesos de participación que en su caso tengan lugar, que serán las personas a las que se refiere el artículo 6, sin que en este supuesto puedan hacerlo, por razones de difícil discernimiento, las entidades de participación social a las que se refiere el mismo artículo 6. En todo caso, el artículo 30.3 dispone que las entidades locales fomentarán la participación, en dichos procesos de elaboración

de ordenanzas y reglamentos, de “*aquellos colectivos más directamente afectados por el contenido de las mismas*”.

La LPCA no concreta qué procesos de participación ciudadana son susceptibles de ser realizados para la elaboración de los anteproyectos de ordenanzas y reglamentos locales, por más que, en principio, la deliberación participativa, regulada por el Capítulo II de su Título III, podría ser particularmente idónea a tal fin.

En todo caso, el apartado 4 del artículo 30 precisa que, finalizado el proceso de participación ciudadana, la aprobación de la correspondiente ordenanza o reglamento se hará según el procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, que comienza con la aprobación inicial por el Pleno, órgano que no está vinculado por el resultado del proceso participativo previo.

#### V. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las previsiones que dedica la LPCA a la participación ciudadana en relación con los servicios públicos son realmente escasas. De una parte, su artículo 2.e) incluye entre las finalidades de la Ley la de “[e]stablecer mecanismos de participación ciudadana en la rendición de cuentas a través de la evaluación de las políticas públicas, en la prestación de los servicios públicos, así como en el conocimiento de la opinión de la ciudadanía sobre determinados asuntos públicos”. De otra, su artículo 13.e) menciona, entre los asuntos o materias que pueden constituir el objeto de los procesos de participación ciudadana, “[l]a prestación, seguimiento y evaluación de los servicios públicos”. En fin, su artículo 32 se limita a disponer que “*las personas y entidades de participación ciudadana podrán participar en la prestación de los servicios públicos de la Administración de la Junta de Andalucía de acuerdo con lo establecido en esta Ley y con la normativa sectorial que le sea de aplicación*”.

Así pues, en cuanto al objeto de la participación, el artículo 13.e) menciona, además de la prestación de los servicios públicos, su seguimiento y su evaluación, pero lo cierto es que no se contiene en la LPCA ninguna referencia adicional a estas dos últimas actividades. Y, por lo que atañe a la prestación de los servicios públicos, el artículo 32 carece de contenido real, ya que dispone que la participación en la prestación tendrá lugar, de una parte, de acuerdo con lo establecido en la propia LPCA, que nada dispone al respecto, y, de otra, de acuerdo con la normativa sectorial que le sea de aplicación, normativa esta última que sería aplicable aun en defecto del citado artículo 32. En este extremo, pues, es perceptible también una gran distancia entre lo pretendido y lo conseguido.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGUÀS GALCERÀ, I. (2016): “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, págs. 85-126. Fecha de consulta: 3-10-2021.

URL: <https://ws168.juntadeandalucia.es/revistaselectronicas/raap/article/view/122>

DOI: <https://doi.org/10.46735/raap.n96.122>

LAVILLA RUBIRA, J.J. (1995): “Participación (Derecho Administrativo)”, en MONTOYA MELGAR, A., (director): *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen III, págs. 4773-4777, Madrid: Editorial Civitas.

MARINA JALVO, B., (2019): “Algunas precisiones sobre los presupuestos y el alcance del control judicial de la inactividad reglamentaria al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, págs. 239-263. Fecha de consulta: 3-10-2021.

URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1410&IDA=38619>

DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.07>

RUIZ MAGAÑA, I. (2020): “Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía”, en *Revista*

de *Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 13, págs. 47-74. Fecha de consulta: 3-10-2021.

URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10741>

DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i13.10741>

## LAS CONSULTAS POPULARES MEDIANTE VOTACIÓN EN ANDALUCÍA

Severiano Fernández Ramos<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Andalucía es una de las cuatro Comunidades Autónomas (junto con Cataluña, Navarra e Islas Baleares) que ha regulado las consultas populares y, además, como estas Comunidades, ha ordenado tanto las consultas populares de carácter referendario, eso sí de ámbito local, como otras consultas populares mediante votación pero de naturaleza no referendaria, y de ámbito tanto local como autonómico, consultas éstas que reciben denominaciones diversas (llamadas consultas populares no referendarias sin más en Cataluña y consultas ciudadanas en Islas Baleares y Navarra), y que en Andalucía se denominan consultas participativas.

El fundamento directo de esta distinción entre consultas populares referendarias y no referendarias se encuentra en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 –art. 78–, el cual declara que corresponde a la Junta de Andalucía «la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Cádiz. Cuatro sexenios de investigación y uno de transferencia reconocidos por la CNEAI. Profesor Tutor de Derecho Administrativo en la UNED. Entre las líneas de investigación destacan las relacionadas con el estudio de la Transparencia Pública y el Buen Gobierno como antítesis a la corrupción.

ORCID 0000-0002-9784-4503  
severiano.fernandez@uca.es

*excepción del referéndum*»<sup>2</sup>. No obstante, el Estatuto andaluz siguió de cerca en este punto, como en tantos otros, al Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), el cual dispuso –art. 122–: «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 CE».

Dejando de lado el matiz final que diferencia ambos preceptos estatutarios<sup>3</sup>, esta distinción estatutaria tendría, a su vez, cierto fundamento en el tenor literal del art. 149.1.32 CE, el cual reserva al Estado la competencia exclusiva relativa a la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», de donde podría inferirse que la Constitución admite la existencia de consultas populares por vía de referéndum y de consultas populares que no se efectúan mediante referéndum.

Y, en todo caso, esta noción amplísima de consultas populares ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional. Así, al enjuiciar el citado art. 122 del Estatuto de Cataluña, la STC 31/2010, de 28 de junio, señaló lo siguiente (FJ 69): «Los recurrentes parten de la idea de que no es posible distinguir, como hace el precepto impugnado, entre «consultas populares» y «referéndum», y sobre esa base defienden que la autorización estatal prevista en el art. 149.1.32 CE es necesaria en todo caso. Sin embargo, hemos dicho en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, (FJ 2) que «el referéndum es... una especie del género “consulta popular”, con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral». Por tanto, para el Tribunal Constitucional, las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 Estatuto de Autonomía de Cataluña (como el art. 78 del Estatuto andaluz), tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum.

En este sentido, la STC 31/2015, de 25 de febrero (FJ 5) declaró: «Por tanto, bajo aquella denominación genérica (de consultas populares) debe comprenderse la existencia de dos instituciones de raíz diferente: el referéndum y las consultas no

<sup>2</sup> La redacción del artículo 78 del Estatuto andaluz de 2007 ya proviene de la Proposición de reforma registrada en el Parlamento andaluz el 3-2-2006.

<sup>3</sup> Nótese que el precepto del Estatuto andaluz excepciona expresamente al “referéndum”, mientras que el precepto del Estatuto catalán se remite al precepto constitucional, por lo que podría entenderse que no descarta la competencia autonómica sobre el referéndum, hecha la salvedad de la autorización estatal. Con todo, como se verá, esta interpretación fue descartada por la STC 31/2010.

referendarias». La primera es manifestación del derecho de participación política directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), mientras que las segundas, en cambio, lo son del mandato dirigido a los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE y concordantes). De este modo, todo referéndum es una consulta popular, pero no toda consulta constituye técnicamente un referéndum, pues la noción de consulta popular es muy amplia.

No obstante, debe observarse que esta diferenciación, ahora clara, no estaba presente en la legislación de los años 80, 90 y primeros años de la década inicial del siglo XXI, la cual hablaba –como se verá en el apartado siguiente– de consultas populares locales sin más distinción.

## II. LAS CONSULTAS POPULARES LOCALES REFERENDARIAS

### II.1 Aproximación a la Ley de Consultas Populares Locales en Andalucía

La Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía, se aprobó en ejercicio de la competencia que el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 (art. 15.2) atribuyó a la Comunidad Autónoma para el desarrollo legislativo del sistema regulador de las consultas populares locales en el ámbito de Andalucía, de conformidad con lo que dispongan las leyes a que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y los números 1 y 32 del artículo 149.1 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria.

Debe recordarse que ya antes de la aprobación del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, había declarado que sus disposiciones «no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización» (disposición adicional). Asimismo, en claro desarrollo de esta previsión de la Ley Orgánica 2/1980, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) contempló en su artículo 71 una regulación, ciertamente también escueta, que se inicia con la admisión expresa de la competencia de las Comunidades Autónomas: «De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello». Por tanto, la Ley 2/2001 se aprobó en ejercicio de un título competencial expreso y de conformidad con el ordenamiento estatal. De hecho, la aprobación

de esta Ley fue pacífica, sin que fuera objeto de impugnación alguna por parte del Gobierno de la Nación<sup>4</sup>.

En cuanto a su posición en el panorama autonómico, la Ley andaluza 2/2001 se inspiró claramente en el Decreto 294/1996, de 23 de julio, por el que se aprobó un completo Reglamento de consultas populares municipales, norma precursora en esta materia<sup>5</sup>, y, a su vez, la Ley 2/2001 inspiró en gran medida la inmediatamente posterior Ley Foral 27/2002, de 28 de octubre, reguladora de Consultas Populares de ámbito local<sup>6</sup>.

Finalmente, la Ley de Andalucía 2/2001 (disposición adicional primera) creó un Registro de consultas populares por vía de referéndum, en el que se debían inscribir las solicitudes de consultas populares locales, las que hayan sido autorizadas, así como los resultados de aquellas que se hayan celebrado<sup>7</sup>.

## II.2 La ordenación de las consultas populares en la Ley 2/2001

### II.2.1. Aspectos sustantivos de la consulta

Omitiendo el tratamiento de las cuestiones ya predeterminadas por la LRBRL (art. 71), las principales reglas introducidas por la Ley 2/2001 son las siguientes:

*Efectos de la consulta.* La Ley configura la consulta popular local como «el instrumento de conocimiento de la opinión de los vecinos sobre asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia

<sup>4</sup> Más aún, en el contemporáneo proyecto de Real Decreto regulador del procedimiento de autorización por el Gobierno de la Nación de las consultas populares municipales, finalmente no aprobado pero que fue sometido a dictamen del Consejo de Estado (dictamen 1070/2001, de 21 de junio), se decía en la exposición de motivos: «De hecho son, pues, las Comunidades Autónomas las que tienen atribuida la competencia para regular el régimen de las consultas populares, reservándose al Estado la autorización de las mismas y siendo la regulación del procedimiento para otorgarla el objeto del Real Decreto en proyecto». Y de aquí que se añadía que «El máximo respeto a la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas -que han informado el texto- y a los principios que rigen las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas del Estado ha guiado la redacción de la norma reglamentaria».

<sup>5</sup> La inspiración en el Decreto 294/1996 llegó al extremo de copiar en algún caso la expresión «Gobierno del Estado» en lugar de «Gobierno de la Nación», tal como destacó el Consejo Consultivo Andaluz (dictamen 56/1999).

<sup>6</sup> En cambio, más alejada en sus planteamientos son la Ley 4/2010, del 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Catalunya (que deroga el Decreto 294/1996), y la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de Islas Baleares.

<sup>7</sup> Por Decreto 298/2002, de 10 diciembre, se regula la organización y funcionamiento del Registro de Consultas Populares Locales de Andalucía. El Decreto (art. 5) declaró que el Registro tiene carácter público, «siendo los datos registrales de libre acceso para su consulta por terceros en los términos establecidos en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Sin embargo, no consta que tal registro sea realmente «público», más allá de la posibilidad (siempre existente para toda información pública) de solicitar sus datos.

para sus intereses, sin que su resultado vincule a la Entidad Local convocante» (art. 2.1), añadiéndose que la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio», en un precepto claramente inspirado en la citada regla del art. 69.2 LRBRL (art. 2.2)<sup>8</sup>. Con todo, la ausencia de eficacia jurídica vinculante no significa, en modo alguno, ausencia de efectos. Sin embargo, se echa en falta un precepto en la línea de la Ley Foral 27/2002 –art. 26.4-, la cual establece que en el mes siguiente a la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma del resultado de la consulta popular el Pleno del Ayuntamiento debatirá sobre el mismo y adoptará los acuerdos que sean procedentes<sup>9</sup>.

*Derecho de sufragio.* La Ley 2/2001 establece que la consulta popular local se decidirá por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, a ejercer por los electores que componen el cuerpo electoral, y reserva la participación en la consulta a los vecinos del municipio que, al tiempo de la convocatoria de la consulta, gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales (arts. 3 y 15)<sup>10</sup>.

*Circunscripción de la consulta.* La Ley Andalucía 2/2001 –art. 5- especifica que la circunscripción electoral, a los efectos de estas consultas, es el término municipal<sup>11</sup>. Esta determinación legal parece excluir la posibilidad de consultas circunscritas a una parte concreta del municipio.

*Periodos excluidos de la consulta.* Siguiendo parcialmente el criterio de la Ley Orgánica 2/1980, de regulación de las distintas modalidades de referéndum –art. 4.2-<sup>12</sup>, la Ley Andalucía 2/2001 –art. 4.1- dispone que la consulta no podrá ser convocada ni tener lugar en el periodo que media entre la convocatoria y la celebración de elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales, al Parlamento autonómico, de los

<sup>8</sup> Así, Ley Foral 27/2002 –art. 2.2-. Por su parte, la Ley 4/2010 Catalunya –art. 34.2-, de modo menos explícito, declara que las consultas populares por vía de referéndum de ámbito municipal son «consultivas». En cambio, la Ley 12/2019 Islas Baleares se separa de este criterio, al establecer de modo abierto que «El resultado de este tipo de consulta, siempre y en todo caso, será vinculante para la autoridad convocante» –art. 10.3-.

<sup>9</sup> Además, se añade que el representante de los promotores de la consulta tendrá derecho a intervenir ante el Pleno, una vez suspendida la sesión, para valorar los resultados.

<sup>10</sup> Así, Ley 4/2010 Catalunya –art. 4-; Ley 12/2019 Islas Baleares –art. 11.2-. Más confusa es la Ley Foral 27/2002, pues si de un lado, establece que son titulares del derecho a expresar su opinión en la consulta mediante su voto los vecinos y vecinas del municipio que, al tiempo de la convocatoria de la misma, sean mayores de edad y estén registrados en el Padrón municipal –art. 14.1-, de otro lado, añade que las listas electorales serán facilitadas por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral –art. 14.2-

<sup>11</sup> Así, Ley Foral 27/2002 –art. 5-. En cambio, la Ley 12/2019 Islas Baleares –art. 12- dispone que el referéndum se puede circunscribir a todo (¿?) el término municipal o a una parte concreta del mismo, que deberá constar delimitada en el acuerdo de convocatoria.

<sup>12</sup> «Tampoco podrá celebrarse ninguna modalidad de referéndum, salvo los previstos en los artículos ciento sesenta y siete y ciento sesenta y ocho de la Constitución, en el periodo comprendido entre los noventa días anteriores y los noventa posteriores a la fecha de celebración en el territorio a que afecte, de elecciones parlamentarias o locales generales o de otro referéndum».

miembros de las Entidades Locales o de los Diputados del Parlamento Europeo o de un referéndum<sup>13</sup>. Y, en coherencia con la regla anterior, se añade que cuando las elecciones o referéndums antes mencionados se convocaren con posterioridad a la convocatoria de una consulta popular local, se establece que la convocatoria quedará automáticamente sin efecto, debiendo realizarse una nueva convocatoria tras la celebración de aquéllos –art. 4.2-<sup>14</sup>. Se suele entender que esta regla de los periodos de exclusión tiene por objeto evitar que la coincidencia en el tiempo y lugar con los procesos electorales atribuya a la consulta un significado político que le es extraño. No obstante, no puede dejar de observarse que un elemental criterio de economía de medios y de fomento de la participación bien podría postular un criterio opuesto de unificación de procesos electorales y, de hecho, en otros países los referenda se celebran al mismo tiempo que las convocatorias electorales (p. ej., en Alemania).

*Límites a la repetición de consultas e iniciativas.* La Ley Andalucía 2/2001 –art. 4.3- dispone que el asunto que da origen a la celebración de la consulta, independientemente del resultado de la misma, no puede ser sometido a una nueva consulta durante el periodo de tiempo que reste a la Corporación Municipal<sup>15</sup>. En nuestra opinión, se trata de un criterio razonable, tanto por respeto al cuerpo electoral que ya se ha pronunciado, como por una elemental racionalidad económica.

## II.2.2. La iniciativa para impulsar la consulta

*Iniciación de oficio.* Anticipándose a la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 57/2003, la Ley 2/2001 dispone que la iniciación del procedimiento puede efectuarse por la propia Corporación municipal o mediante iniciativa popular. En el primer caso, la Ley Andalucía 2/2001 –art. 6.1- precisa que la iniciación requiere el acuerdo del Pleno adoptado por mayoría simple y a propuesta de un grupo municipal<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Igual, la Ley Foral 27/2002 –art. 4.1-. Además, siguiendo el criterio de la Ley Orgánica 2/1980, de regulación de las distintas modalidades de referéndum –art. 4.1-, la Ley Foral 27/2002 –art. 4.1- añade que tampoco podrá ser convocada ni tener lugar la consulta durante la vigencia de los estados de excepción y sitio.

<sup>14</sup> Este era también el criterio del derogado Decreto de la Generalitat de Cataluña 294/1996 –art. 8.2-. Se sigue de nuevo el criterio de la Ley Orgánica 2/1980, de regulación de las distintas modalidades de referéndum –art. 4.2-.

<sup>15</sup> Así, la Ley Foral 27/2002 –art. 4.3-. Por su parte, la Ley 4/2010 Cataluña –art. 9- impone esta limitación exclusivamente a las consultas a iniciativa ciudadana, pero ampliando la limitación más allá de la repetición de consultas, también a la repetición de la iniciativa misma.

<sup>16</sup> Precepto redactado conforme a la Enmienda núm. 20, Grupo Parlamentario Partido Popular, BOPA núm. 403, 14-1-2000. Ciertamente, puede convenirse que el Pleno es el órgano más idóneo para valorar la relevancia de un asunto para los intereses municipales, pero no se entiende bien por qué el Alcalde no puede formular la propuesta al Pleno. En mi opinión, el legislador autonómico incurre en un exceso de intervencionismo al regular los órganos internos del Ayuntamiento facultados para promover la iniciativa.

*Iniciación a iniciativa popular.* La Ley Andalucía 2/2001 –art. 6.3- dispone que sólo pueden suscribir la solicitud los vecinos del municipio que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales<sup>17</sup>. En mi opinión, el derecho a apoyar una petición de consulta y el derecho a votar en la consulta misma son perfectamente dissociables<sup>18</sup>. En cuanto al número de firmas que debe suscribir la iniciativa, como mínimo, la Ley –art. 6.1- establece una tabla en función del número de habitantes (lo cual es incongruente con limitar el derecho al sufragio al cuerpo electoral):

- a) En municipios de hasta 5.000 habitantes, el diez por ciento de los mismos.
- b) En los municipios de 5.001 a 50.000 habitantes, 500 más el siete por ciento de los habitantes que excedan de 5.000.
- c) En los municipios de 50.001 a 100.000 habitantes, 3.650 más el cinco por ciento de los habitantes que excedan de 50.000.
- d) En los municipios de más de 100.000 habitantes, 6.150 más el tres por ciento de los habitantes que excedan de 100.000.

En relación con el proceso de recogida de firmas, la solicitud de consulta se formula ya con las firmas suscritas, de modo que corresponde al Alcalde la adopción de las medidas procedentes en orden a la comprobación de los requisitos de la iniciativa, cuya certificación corresponderá al Secretario de la Corporación. Asimismo, corresponde al Alcalde el «sometimiento al Pleno» de la iniciativa en el plazo de treinta días hábiles, a partir de la recepción en el registro del Ayuntamiento de la solicitud –art. 7.1-<sup>19</sup>. Si bien debe observarse que se trata de una «aceptación previa», que aún no supone la aprobación de la consulta, pues la iniciativa se debe someter a un trámite ulterior –arts. 8 y 9 ley-, por lo cual debe entenderse que esta aprobación previa se efectúa mediante mayoría simple<sup>20</sup>. Más garantista parece, en cambio, el procedimiento ordenado en el resto de las leyes (Navarra, Cataluña e Islas Baleares), en el sentido de que el proceso de recogida de las firmas se efectúa una vez admitida a trámite la solicitud de iniciativa, y es supervisado por la autoridad municipal.

<sup>17</sup> Así, Ley 12/2019 Islas Baleares –art. 13.3-.

<sup>18</sup> Así, la Ley Foral 27/2002 –art. 6.2- declara que pueden suscribir la solicitud los vecinos y vecinas del municipio que siendo mayores de edad estén registrados en el Padrón municipal. Y, de modo similar, aunque no exacto, la Ley 4/2010 Cataluña –art. 5.1- admite que están legitimadas para firmar una consulta popular por vía de referéndum las personas mayores de dieciocho años que residiesen legalmente en España, y que estén empadronadas en el municipio donde se propone la consulta.

<sup>19</sup> No está muy claro qué quiere decir la Ley con «sometimiento al Pleno», ro parece que debe entenderse que en ese plazo el Pleno debe pronunciarse, de modo que no basta que esté convocado. Lo que parece también evidente que la Ley no impone la notificación de la resolución del pleno en dicho plazo.

<sup>20</sup> Tampoco está claro el objeto de valoración de esta «aceptación previa», esto es, si se limita a comprobar los requisitos formales de las firmas o si puede valorar los aspectos de fondo (como legalidad de la propuesta, competencia de la corporación o periodos excluidos).

### II.2.3. Aprobación, autorización y organización de la consulta

La Ley de Andalucía 2/2001 presenta la particularidad de someter la iniciativa de consulta, tanto institucional como ciudadana, a un período de información pública<sup>21</sup>. En cambio, el resto de las leyes obvian un tal trámite de información pública. En mi opinión, no se comprende la necesidad de introducir un trámite de información pública en el caso de que la iniciativa proceda de los propios vecinos, pues en tal caso ya la propia iniciativa se ha formulado mediante un cauce de participación ciudadana muy superior a una simple información pública, como es la iniciativa popular. Distinta podría ser la valoración del trámite en el caso de que la iniciativa proceda de la propia Corporación, pues ello permitiría conocer el grado de interés de la ciudadanía<sup>22</sup>.

Respecto al acto de aprobación de la consulta, la Ley 2/2001 Andalucía –art. 9.1– se limita a declarar que corresponde al Pleno del Ayuntamiento ponderar las alegaciones presentadas tanto en el trámite de información como por la Administración autonómica y, si procede, acordar por mayoría absoluta (tal como exige el art. 71 LRBRL). En cambio, y a diferencia de la Ley Foral 27/2002 –art. 7.6–, la Ley andaluza no define cuál es el margen del Ayuntamiento para aprobar o denegar la consulta en caso de iniciativa ciudadana, ni fija plazo alguno para adoptar el acuerdo<sup>23</sup>. Lo que sí establece la Ley 2/2001 –art. 9.2–, inspirada en la Ley Orgánica 2/1980 –art. 3–, es que el acuerdo ha de contener los términos exactos de la consulta, que ha de consistir en una o varias preguntas, redactadas de forma inequívoca, a fin de que el cuerpo electoral se pueda pronunciar en sentido afirmativo o negativo<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Así, la Ley –art. 8– establece que en los cinco días siguientes a la aceptación, en su caso, por el Pleno de la de la solicitud de consulta popular, o adoptado el acuerdo de iniciación por la propia Corporación, la iniciativa se ha de someter a un trámite de a información pública, por un período no inferior a veinte días hábiles, para que cualquier persona física o jurídica pueda efectuar las alegaciones que considere procedentes, y simultáneamente se ha de comunicar a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en la provincia que corresponda, para que, en el plazo de quince días hábiles, también pueda formular alegaciones. Este era también el criterio del derogado Decreto de la Generalitat de Cataluña 294/1996 –arts. 4 y 5–, abandonado por la Ley 4/2010 Cataluña.

<sup>22</sup> No obstante, lo cierto es que, debido al escaso uso por los ciudadanos de los trámites de información pública, no son los instrumentos más indicados para sondear la opinión pública local. También crítico con este trámite, Salazar Benítez (2007: 434).

<sup>23</sup> Con buen criterio, la Ley Foral 27/2002 –art. 7.6– precisa que el Pleno del Ayuntamiento podrá denegar la convocatoria de la consulta popular «únicamente» en los siguientes casos: a) Cuando el asunto objeto de la iniciativa esté excluido de la consulta popular o no corresponda a la competencia municipal. b) Cuando no se acompañe el número de firmas exigido. c) Cuando se haya solicitado en un período excluido de consulta. d) Cuando la propuesta incurra en infracción del ordenamiento jurídico. Además, la Ley Foral 27/2002 –art. 7.4– precisa que, una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos legales, el Alcalde someterá al Pleno la iniciativa en el plazo de treinta días a partir de la recepción en el registro del Ayuntamiento de la solicitud.

<sup>24</sup> Así, Ley Foral 27/2002 –art. 8–; Ley 12/2019 Islas Baleares –arts. 15.2 y 19.1–, la cual añade «y que no predetermine el sentido de la respuesta».

En cuanto a la preceptiva autorización por parte del Gobierno de la Nación, la Ley 2/2001 –art. 10.2– ordena un trámite de intermediación entre el Ayuntamiento y el Gobierno central<sup>25</sup>. Y esta intermediación de la Administración autonómica obliga a prever que, una vez adoptado por el Gobierno de la Nación el acuerdo de autorización para la celebración de la consulta popular local, la Administración autonómica dé traslado del mismo al municipio<sup>26</sup>. Lo cierto es que no se alcanza a ver la utilidad del trámite, menos aún ahora que las Administraciones públicas están obligadas a relacionarse por medios electrónicos. Tal vez por ello, en algunas Comunidades Autónomas (Andalucía y Cataluña) se aprovecha esta intermediación a cargo de la Administración autonómica para adjuntar un informe sobre la «conveniencia» de celebrar la consulta, de acuerdo con el interés de la Comunidad Autónoma.

Por lo demás, dado que la competencia para convocar la consulta es atribuida directamente por la LRBRL al Alcalde, la Ley 2/2001 –art. 11.2– ordena una doble publicación: en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» entre los treinta y cuarenta días anteriores a la fecha indicada para la votación; y en los cinco días naturales siguientes a dicha publicación se insertará íntegramente en el «Boletín Oficial de la Provincia» a que el municipio pertenezca. A nuestro modo de ver, dado el carácter electrónico de los diarios oficiales bastaría la publicación en el primero.

Finalmente, en cuanto a la organización de la consulta, baste señalar que la Ley 2/2001 atribuye la competencia de la gestión de la consulta a la Administración Electoral (arts. 12 y ss.)<sup>27</sup>. Asimismo, no se prevé un sistema de votación electrónica<sup>28</sup>.

### II.3 La naturaleza de las consultas populares de la Ley 2/2001 de Andalucía

Al igual que el artículo 71 de la LRBRL que desarrolla, la Ley 2/2001 de Andalucía (como también las demás normas autonómicas de su época) hablan de consultas populares locales sin más especificación. Ello es así, pues la distinción entre

<sup>25</sup> La solicitud será tramitada a través de la Presidencia de la Junta de Andalucía que la remitirá junto con el informe correspondiente, en un plazo no superior a veinte días hábiles desde la recepción del acuerdo a que se refiere el apartado anterior, al Gobierno de la Nación para su autorización. De modo similar, Ley Foral 27/2002 –art. 9.2–; Ley 4/2010 Cataluña –art. 35–.

<sup>26</sup> Ley 2/2001 Andalucía –art. 10.4–, que prevé su remisión al ayuntamiento en los dos días hábiles siguientes a la recepción del acuerdo; Ley Foral 27/2002 –art. 9.3–, que fija un plazo de reenvío de cinco días. En cambio, la Ley 4/2010 Cataluña no prevé este trámite.

<sup>27</sup> Así, Ley Foral 27/2002 –art. 11–; Ley 12/2019 Islas Baleares –art. 23–.

<sup>28</sup> Sí lo prevé la Ley 4/2010 Cataluña –art. 56.1–, en cuyo caso se precisa que el canal electrónico de votación debe tener siempre un carácter facultativo (por lo que no se impone a los electores) y excluyente, de modo que cualquier ciudadano o ciudadana pueda escoger entre votar con una papeleta o hacerlo electrónicamente.

consultas populares referendarias y no referendarias surge a partir del Estatuto catalán de 2006 y es ratificada por la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada por la STC 103/2008. No obstante, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional no cabe duda alguna, a pesar de algunas sentencias de ciertos Tribunales Superiores de Justicia<sup>29</sup>, que las consultas populares reguladas en la Ley 2/2001 de Andalucía son consultas referendarias:

Primero, porque de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, una consulta adquiere la naturaleza de referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos (al cuerpo electoral) para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión expresada mediante votación<sup>30</sup>. Y la Ley 2/2001 (art. 3) establece –como se ha señalado antes– que la consulta popular local se decidirá por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, a ejercer por los electores que componen el cuerpo electoral<sup>31</sup>.

Segundo, la exigencia de autorización del Gobierno para consultas populares a la que –como se ha indicado– se someten expresamente estas consultas de la Ley 2/2001 (art. 10), sólo tiene fundamento constitucional cuando se trata de una consulta popular «por vía de referéndum», por lo que extender esta autorización a consultas no referendarias constituiría una clara extralimitación de la competencia estatal, invadiendo tanto la competencia autonómica en materia de ordenación de consultas no referendarias en su territorio, como la propia autonomía local, a la cual es inherente la posibilidad de ordenar y ejecutar ese conjunto amplísimo y extraordinariamente diverso de consultas populares no referendarias.

Tercero, aun cuando no sea determinante, si es relevante el hecho de que la Ley 2/2001 atribuye la competencia de la gestión de la consulta a la Administración Electoral. Así, de acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC 31/2015, FJ 5), un segundo elemento ínsito en el concepto de referéndum, estriba en que la opinión

<sup>29</sup> P. ej., cuando se afirma que «en el ámbito del régimen local no se da la figura del referéndum ni la consulta referendaria, sino esa modalidad de participación ciudadana (no política), en los asuntos de la vida local que regula la Ley de Bases de Régimen Local en el capítulo dedicado a la información y participación ciudadana modificado por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, y en el que se integran armónicamente tanto los artículos 69 y 70 Bis que esgrime la Administración demandada en estos autos, como el artículo 71». STSJ País Vasco de 25-4-2016, Recurso contencioso-administrativo 330/2015. Afirmación reiterada en la STSJ País Vasco de 24-1-2017, Recurso contencioso-administrativo 273/2016.

<sup>30</sup> Para la STC 31/2015, FJ 5) el primer y más relevante rasgo definidor del referéndum está referido a la identidad del sujeto consultado, en el sentido de que a través del referéndum se produce un llamamiento del poder público a la ciudadanía para ejercer el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos reconocido en el art. 23.1 CE. El destinatario de la consulta es el conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial o, lo que es lo mismo, el cuerpo electoral. Ha quedado identificado de esta suerte el cuerpo electoral con el sujeto que expresa la voluntad del pueblo (SSTC 12/2008, FJ 10; y 31/2010, FJ 69).

<sup>31</sup> De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la Ley 12/2019 Islas Baleares –art. 10.1– lleva esta exigencia a la misma definición de referéndum municipal como consulta «a través de un proceso que goce de las garantías del proceso electoral».

del cuerpo electoral se expresa por medio del sufragio emitido en el curso de un *proceso electoral*, a fin de que el resultado de la consulta pueda jurídicamente imputarse a la voluntad general de la correspondiente comunidad política y, de este modo, considerarse una genuina manifestación del derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23.1 CE<sup>32</sup>.

Cuarto, la regla contenida en la Ley 2/2001 según la cual el resultado no vincula jurídicamente a la Entidad Local convocante, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es irrelevante para su calificación como referendaria<sup>33</sup>.

Quinto, estas consultas municipales se califican abiertamente de referendarias tanto por la Ley 4/2010 Cataluña como la Ley 12/2019 Islas Baleares<sup>34</sup>.

Y, en todo caso, ha sido admitido expresamente por el Tribunal Constitucional<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Ahora bien, el Tribunal Constitucional no considera determinante para la calificación de una consulta o procedimiento participativo como referéndum el que dicho procedimiento y garantías coincidan o no con las establecidas por la legislación electoral general (Administración Electoral) o la reguladora de esta última institución, siendo lo relevante que tales trámites, procedimientos, organización etc. «comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral», esto es, basado en el censo y asegurado con «garantías jurisdiccionales específicas». Así, en el asunto relativo a la citada Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, el Tribunal Constitucional (STC 31/2015, FJ 8), declaró: «Toda esta regulación pormenorizada (convocatoria, sistema de garantías, mesas de consultas, campaña, normas de voto...) viene a configurar así un *procedimiento que tiene la naturaleza de electoral* en la medida en que a través del mismo se canaliza el ejercicio del derecho al sufragio activo de las personas convocadas, mediante la emisión del voto. Lo relevante, pues, no es que el procedimiento y las garantías no sean idénticos a los previstos en la legislación electoral estatal, sino que comporten un *grado de formalización* de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral. De lo contrario, sería posible eludir la competencia estatal en materia de referéndum con la sola introducción de variantes en alguno de los elementos del procedimiento electoral».

<sup>33</sup> Igualmente «[l]a circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado» (STC 103/2008, FJ 3).

<sup>34</sup> Así, en la exposición de motivos de la Ley 4/2010 Cataluña se dice: «En lo que concierne al ámbito municipal, las consultas populares *por vía de referéndum* ya estaban reguladas por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña, y por el Decreto 294/1996, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de consultas populares municipales». Y la exposición de motivos de la Ley 12/2019 Islas Baleares, que cita a la propia ley andaluza declara: «El título segundo lleva a cabo el detalle normativo de los referéndums municipales, *como también lo hacen la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía –que no fue impugnada ante el Tribunal Constitucional–*, y la Ley del Parlamento de Catalunya 4/2010, del 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, la cual, si bien fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, después de la Sentencia de 10 de mayo de 2017, los preceptos que regulan los referéndums municipales siguen en vigor y plena vigencia; comunidades autónomas que tenían un título competencial igual al que encontramos en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears en el artículo 31 cuando determina que: «(...) corresponden a la comunidad autónoma de las Illes Balears el desarrollo legislativo y la ejecución de las materias siguientes: 10. Sistemas de consultas populares en el ámbito de las Illes Balears, (...)».

<sup>35</sup> Que el artículo 71 de la LRBRL alude a las consultas populares de carácter referendario y no a las que no revistan tal carácter, se deduce igualmente del siguiente razonamiento de la STC 137/2015, de 11 de junio, en relación con la disciplina de la institución del referéndum: «Pero la posibilidad de una expresa atribución estatutaria en este ámbito a las Comunidades Autónomas está latente, en cierto modo, como tal eventualidad, en el propio artículo 149.1.32 CE y *aparece ya prevista de modo expreso, para determinado ámbito territorial, sobre la base de lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980, en el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local*». Es decir, el alto tribunal admite que el artículo 71 LRBRL regula la institución del referéndum.

Por tanto, es indudable que las consultas populares locales ajustadas al régimen de la Ley 2/2001 de Andalucía son de naturaleza inequívocamente referendaria. Y así lo viene a reconocer el propio legislador andaluz, de modo implícito, cuando la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, declara excluidas de la misma las consultas reguladas por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía (art. 33)<sup>36</sup>.

#### II.4 La aplicación efectiva de la Ley 2/2001

Entre 1985 y 2017 los municipios andaluces solicitaron al Gobierno central la autorización de 17 consultas: 10 entre 1986 y 2000, y 7 desde la aprobación de la Ley 2/2001 hasta 2017, por lo que es evidente que esta Ley no supuso un impulso de esta institución participativa. De hecho, la circunstancia de contar con una Ley específica sobre consultas populares locales no parece que haya supuesto un mayor uso de esta institución participativa respecto a las Comunidades carentes de una ley propia. A su vez, de las 17 solicitudes de consulta, el Gobierno únicamente autorizó 5, denegó 9, y las tres solicitudes restantes fueron archivadas. Un muy pobre resultado para una Ley<sup>37</sup>.

Año	Municipio	Autorización Gobierno
1987	Marbella (Málaga)	No autorizada
1991	Marbella (Málaga)	No autorizada
1992	Ronda (Málaga)	No autorizada
1993	Maracena (Granada)	Autorizada
1995	Alcaracejos (Córdoba)	Archivada
1996	Tarifa (Cádiz)	No autorizada
1996	Torredonjimeno (Jaen)	Autorizada
1998	Algeciras (Cádiz)	No autorizada (resolución confirmada TS)
1998	El Cuervo (Sevilla)	Archivada

<sup>36</sup> Sin embargo, debe observarse que el Estatuto de Autonomía para Andalucía parece omitir la competencia de la Comunidad Autónoma sobre todo tipo de consultas referendarias, incluidas las locales, pues el artículo 78 se refiere a la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, *con la excepción del referéndum*. Como no parece lógico entender que se ha producido un retroceso en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, el cual afectaría a la vigencia de la Ley 2/2001, debe entenderse que la Ley está cubierta por el título competencial sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas de la Comunidad, eso sí, en desarrollo de las normas básicas estatales.

<sup>37</sup> Las cifras globales en todo el territorio de España son elocuentes: desde 1985 hasta mayo de 2017, los municipios españoles solicitaron 124 consultas, de las cuales se autorizaron 47 (es decir, un 38%), 75 solicitudes fueron denegadas, y otras 29 se quedaron atascadas en el camino burocrático de su tramitación. Pero, además, de las 47 consultas autorizadas no se celebraron todas, porque en 8 ocasiones el Ayuntamiento desistió pese a obtener la autorización.

Año	Municipio	Autorización Gobierno
2000	Oria (Almería)	No autorizada
2001	Montellano (Sevilla)	Autorizada
2001	Morón de la Frontera (Sevilla)	No autorizada
2006	Almuñécar (Granada)	No autorizada (resolución anulada TS)
2012	Cantoria (Almería)	Archivada
2013	Galaroza (Huelva)	Autorizada
2014	Los Barrios (Cádiz)	Autorizada
2014	Cogollos Vega (Granada)	No autorizada

Ahora bien, sería un error imputar el escaso uso de esta figura a la Ley 2/2001 de Andalucía, pues, en realidad, es achacable a la propia LRRL de la que trae causa: en concreto, a la doble exigencia de aprobación por mayoría absoluta en el Pleno y, sobre todo, a la exigencia de autorización de cada consulta por parte del Gobierno de la Nación. Y a ello hay que añadir la interpretación estricta que tanto el Gobierno como, en su caso, el Tribunal Supremo, han dado a la exigencia legal de que la consulta verse sobre materias de competencia propia municipal<sup>38</sup>. Es cierto que no faltan los casos de peticiones de autorización de consultas que, a todas luces, exceden del ámbito competencial local: como sucedió en su día con la pretensión del Ayuntamiento de Algeciras de autorización de una consulta para convertir la comarca del campo de Gibraltar en la llamada novena provincia de Andalucía<sup>39</sup>; o la más reciente pretensión del Ayuntamiento de La Línea (Cádiz) de autorización de consulta para transformar el municipio en ciudad autónoma.

No obstante, no puede dejar de señalarse el rigor con el cual el Gobierno, en ocasiones secundado por el Tribunal Supremo, interpreta la indicada exigencia legal. No se trata, vaya por delante, de defender la desvinculación de las consultas populares de la competencia de la entidad convocante, en el sentido defendido por algunos autores de admitir la consulta sobre cualquier asunto de interés de la

<sup>38</sup> P. ej., la STS 29-11-2016 (Recurso contencioso 603/2015), en la que se denegó una consulta popular que trataba sobre si se debía mantener la concesión otorgada a una entidad para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua en el municipio. Para ilustrar esta tendencia son muy significativas dos sentencias dictadas en 2019 (STS 21 de febrero de 2019, recurso 390/2017; y STS 29/2019, de marzo, recurso 410/2017), por la que se ratifican sendos acuerdos del Gobierno denegación de las consultas relativas a la organización de festejos taurinos. En concreto, el Ayuntamiento de San Sebastián solicitó la autorización de una consulta popular en la que se planteaba la pregunta siguiente: “¿Quiere usted que el Ayuntamiento destine recursos municipales o instalaciones propias para la realización de corridas de toros?”. Por su parte, el Ayuntamiento de Ciempozuelos propuso la pregunta siguiente: «¿Está de acuerdo en que el Ayuntamiento organice los festejos taurinos?». En los dos casos la respuesta del Gobierno fue negativa, alegando que los asuntos sometidos a consulta no eran de competencia municipal. Por su parte, el Tribunal Supremo ratificó ambas resoluciones por considerar que la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural, no da libertad a las Administraciones Públicas para promover o no la conservación de la tauromaquia, sino que impone una obligación positiva en tal sentido.

<sup>39</sup> STS 17-02-2000 (RJ 2000, 77).

comunidad local, pues el Tribunal Constitucional (STC 1/2017, FJ 4) ha dejado claro que es nota común al régimen jurídico-constitucional de las modalidades de referéndum de ámbito infraestatal que se reconocen en los ordenamientos de nuestro entorno la de que deben tener siempre como objeto, incluso aunque revistan naturaleza consultiva, materias o asuntos de la competencia de la entidad infraestatal de que se trate.

Lo que sí se defiende es que la exigencia de que el asunto deba ser de competencia propia local no significa necesariamente que haya de tratarse de competencia “exclusiva” municipal, tal como resolvió magistralmente el propio Tribunal Supremo en una sentencia sobre el municipio granadino de Almuñécar, en la que admitió una consulta relativa a la aprobación del PGOU, aun cuando reconoció que es un asunto de competencia *concurrente* con las competencias de planificación atribuidas a autoridades autonómicas, y ello porque, de acuerdo con el Supremo, las competencias locales «no necesariamente deben ser plenas o completas»<sup>40</sup>.

Además de estas restricciones legales, no debe perderse de vista que la organización de una consulta popular local conforme a la Ley 2/2001 supone tramitar un procedimiento largo y complejo, y la organización de la consulta comporta un coste no despreciable (sobre todo, al no preverse la votación electrónica).

Sin embargo, mientras tanto, los gobiernos locales no renuncian a consultar a sus vecinos los asuntos locales que estiman conveniente, mediante consultas inequívocamente referendarias efectuadas al margen de la Ley<sup>41</sup>.

### III. LAS CONSULTAS POPULARES PARTICIPATIVAS

#### III.1 Régimen general de las consultas participativas autonómicas y locales

##### III.1.1 Las consultas participativas como modalidad de consulta popular

De acuerdo con la concepción amplia de la noción de consultas populares del artículo 78 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (tratada en más arriba) la Ley 7/2017, de 27 diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre 2008 (rec. número 2/474/2006). En la misma línea se sitúa la STS 15-11-2012, RJ2013\259, sobre la construcción del puerto deportivo promovido por la Comunidad Autónoma.

<sup>41</sup> A título de ejemplo, y sin ir más lejos, el Ayuntamiento de Sevilla realizó en septiembre de 2016 una consulta popular sobre si se ampliaba un día la Feria de Abril, consulta que se efectuó durante cinco días por vía telemática (no parece necesario reseñar el resultado). *El País*, 24/9/2016. O el Ayuntamiento Rincón de la Victoria (Málaga) organizó en mayo de 2018 una consulta sobre el diseño de un Paseo Marítimo: sólo podían votar las personas empadronadas mayores de 18 años; la votación fue exclusivamente on-line, y el resultado se anunció como vinculante. *Diario Sur*, 8/5/2018.

(en adelante, LPCA) –art. 25- declara que las Administraciones públicas andaluzas podrán recabar la opinión de la ciudadanía sobre determinados asuntos o políticas públicas de su competencia mediante los *instrumentos de consultas populares* a los que se refiere el artículo 78 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de conformidad con lo establecido en esta ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, con la finalidad de valorar los efectos reales de sus actuaciones públicas u orientar decisiones sobre las mismas.

Y para ello la LPCA –art. 26– dispone que las consultas populares podrán adoptar las siguientes modalidades: encuestas, audiencias públicas, foros de participación, paneles ciudadanos, jurados ciudadanos y consultas participativas. De estas seis modalidades de consultas, las tres primeras se encuentran expresamente mencionadas el artículo 78 del Estatuto de Autonomía, mientras que las tres restantes modalidades (incluidas las consultas participativas) no se explicitan en el Estatuto. Sin embargo, esto no supone problema alguno, pues el Estatuto admite también «*cualquier otro instrumento de consulta popular* (con la excepción del referéndum).

Pero, asimismo, la LPCA –art. 33.2– declara excluidas de la misma las consultas reguladas por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía, que -tal como se ha defendido- tienen naturaleza referendaria, por constituir desarrollo directo del art. 71 LRBRL, así como por su carácter general y empleo del sistema electoral. Ahora bien, si esto es así, no se entiende bien el precepto de la LPCA –art. 34.3–, según el cual «Cuando la consulta popular local *fuera de carácter general*, el municipio solicitará la preceptiva autorización al Gobierno de la nación, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa básica reguladora de las bases del régimen local». Lo cierto es que si la consulta popular local fuera de carácter general, primero, no se trataría ya de una consulta participativa, pues no respondería a la noción de consulta participativa que ofrece la propia LPCA –art. 34.1-; y, segundo, en tal caso sería de aplicación la Ley 2/2001, de 3 de mayo, tal como establece el mencionado artículo 33.2. En definitiva, se trata de un precepto superfluo.

Por lo demás, la LPCA –art. 42.1– establece que la Administración de la Junta de Andalucía establecerá un registro de consultas participativas, adscrito al centro directivo competente en materia de participación ciudadana, que tendrá por objeto la inscripción de las consultas realizadas o promovidas al amparo de esta ley. Reglamentariamente se establecerá el funcionamiento del Registro de consultas participativas de Andalucía (aún por desarrollar). Este registro será el paralelo al previsto en la Ley 2/2001, de 3 de mayo, para las consultas populares locales (disposición adicional 1ª).

### III.1.2. Definición y naturaleza

En coherencia con la exclusión antes indicada de las consultas referendarias, la LPCA –art. 34.1-, entiende por consulta participativa, autonómica o local, el instrumento de participación ciudadana que tiene por objeto el conocimiento de la opinión *de un determinado sector o colectivo de la población*, mediante un *sistema de votación de contenido no referendario*, sobre asuntos de interés público que le afecten<sup>42</sup>. De este modo, el legislador andaluz ha seguido muy de cerca los criterios asentados por la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>43</sup>.

De otro lado, la LPCA –art. 39.1- explica que las consultas participativas reguladas en la misma «son de naturaleza consultiva y no vinculante». En relación con las consultas participativas locales, es claro que una norma que dispusiera lo contrario sería frontalmente opuesta a lo dispuesto en el artículo 69 LRBRL. Ahora bien, la ausencia de vinculación jurídica no significa que las consultas carezcan de efectos jurídicos. Así, la LPCA –art. 39.2- declara que, en todas las consultas participativas, cuando el órgano competente del gobierno autonómico o local se apartara o asumiera el resultado de un proceso de consulta, deberá motivar expresamente cuáles son las razones o intereses públicos que le conducen a seguir o no los resultados del citado proceso en el plazo máximo de 30 días, contados desde la finalización del proceso de consulta. La motivación deberá publicarse, al menos, en la sede electrónica, portal o página web del órgano que ostenta la iniciativa para la convocatoria de la consulta y en los boletines oficiales si se considera oportuno. La exigencia de motivación tiene su fundamento último en la conocida regla procedimental según la cual debe ser objeto de motivación los actos que se separen del criterio de órganos consultivos –en la actualidad, art. 35.1.c) LPAC-.

<sup>42</sup> El Anteproyecto decía «para la vida ordinaria *del conjunto de la población* o de un determinado sector o colectivo de la población», pero ya el Proyecto de Ley que se presentó al Parlamento suprimió la referencia «del conjunto de la población», lo que habría supuesto convertir la consulta en referendaria.

<sup>43</sup> Para el Tribunal Constitucional no merecen la calificación de referéndum aquellas consultas que suponen la llamada a un *determinado sector o colectivo de la población* de un determinado territorio (STC 31/2015, FJ 3). En contraposición al referéndum, las consultas no referendarias recaban la opinión de *cualquier colectivo* (STC 31/2010, FJ. 69), por lo que articulan “voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es no imputables al cuerpo electoral” (STC 103/2008, FJ 2). De este modo, frente a las formas de participación políticas, en las que se interviene en cuanto ciudadano (*uti cives*), «en las consultas populares no referendarias se participa a título individual (*uti singuli*) o como miembro de un colectivo, sea social, económico, cultural o de otra índole (*uti socius*)» (STC 31/2015, FJ 5). En tal sentido, el Tribunal Constitucional (STC 31/2015, FJ 9) admitió la constitucionalidad de las consultas *sectoriales* reguladas en el Título II de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014. «Bien entendido, pues, que el colectivo destinatario de la consulta sectorial en ningún caso puede coincidir con el conjunto de personas a quienes se refiere el art. 5.1 de la Ley impugnada (sino a sectores de ese conjunto conformados en torno a intereses afectados directamente por el objeto de la pregunta) ni, en definitiva, configurarse de un modo tal que el resultado de la consulta pueda imputarse al conjunto de la ciudadanía o cuerpo electoral».

### III.1.3. Asuntos susceptibles de la consulta participativa y asuntos excluidos

Según la LPCA –art. 37-, las consultas participativas podrán plantearse exclusivamente sobre aquellos asuntos de interés público de la respectiva competencia de la Administración pública convocante, sobre cuestiones que estén motivadas por el ejercicio de dicha competencia y que tengan relevancia para la vida ordinaria de un determinado sector o colectivo de la población. Pues bien, que haya de tratarse de *asuntos de interés público* en el ámbito de las competencias de cada Administración, es una característica general de todos los procesos de participación ciudadana –art. 10-. La nota distintiva se encuentra en la referencia a que se trate de cuestiones «*que tengan relevancia para la vida ordinaria de un determinado sector o colectivo de la población*». Esta exigencia adicional tiene cierto sentido, pues las consultas participativas suponen la modalidad más intensa de proceso de participación ciudadana, la más próxima a una consulta referendaria, además de un coste económico no desdeñable. De aquí que sea coherente reservar esta modalidad para aquellos asuntos que tengan una cierta relevancia para los ciudadanos.

### III.1.4. Derecho a participar en las consultas participativas

De acuerdo con la LPCA –art. 35-, con carácter general, tendrán derecho a participar en las consultas participativas autonómicas o locales todas las personas mayores de 16 años «pertenecientes al sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta», «y que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1». A este respecto, el art. 6.1 de la Ley dispone lo siguiente: «Todos los ciudadanos y ciudadanas, con capacidad de obrar de acuerdo con la normativa básica de procedimiento administrativo común, que tengan la condición política de andaluces o andaluzas y las personas extranjeras residentes en Andalucía tienen derecho a participar en el proceso de dirección de los asuntos públicos que sean competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y de las entidades locales andaluzas, en los términos recogidos en esta ley». De este modo, el derecho a la participación en las consultas participativas se extiende a las personas extranjeras residentes en Andalucía. Ciertamente, el Estatuto de Autonomía, cuando reconoce en su artículo 30.1.c) el derecho a promover la convocatoria de consultas populares, refiere el derecho a los andaluces y andaluzas, pues este derecho, es considerado como «Participación política». Sin embargo, como nos consta, las consultas participativas de la LPCA no constituyen un supuesto de participación “política”, tutelado por el artículo 23.1 CE, sino de participación administrativa.

Ahora bien, la LPCA se refiere a los extranjeros «residentes» en la Comunidad, y aquí el término residente parece emplearse en el sentido propio de la legislación de extranjería, esto es, en el sentido de que son residentes los extranjeros que se

encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir (art. 30 bis Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería). Sin embargo, el artículo 12 del propio Estatuto de Autonomía extiende la titularidad de los derechos a todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía. De otro lado, la Ley –art. 35- añade que el límite de edad (personas mayores de 16 años) podrá ser obviado en asuntos que afecten directamente a la infancia y los derechos que ostentan.

Con todo, la principal cuestión que se plantea es la delimitación de sector o colectivo de la población que podrá participar en la consulta. Según la LPCA –art. 36-, en las consultas participativas la participación se articulará mediante un sistema de votación, que tendrá la condición de *universal para el sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta* y en el que el voto será igual, libre, directo y secreto, en la forma que se determine reglamentariamente. Como nos consta, el límite infranqueable es que el sistema de votación no puede ser de contenido no referendario –art. 34.1-.

Dejando de lado que no deja de constituir un oxímoron hablar de votación «universal para el sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta», el problema estriba en cómo delimitar un sector o colectivo de la población con interés «directo» en el asunto, sin incurrir en conculcación del principio de igualdad. Salvo supuestos referidos por franjas de edad (p. ej., los menores de 18 años, o los menores de 30 años, o los mayores de 60 años), es realmente difícil no incurrir en una flagrante discriminación, lo cual supone una gruesa dificultad para la operatividad de este instrumento participativo. Dicho de otro modo, es necesario delimitar el sector o colectivo mediante algún tipo de circunstancia «personal», y ello es difícil sin incurrir en una grosera discriminación. Y téngase en cuenta que no sería posible acudir a circunstancias laborales o profesionales (p. ej., a los comerciantes de la localidad), pues el asunto –como se ha señalado– ha de ser de interés público y de relevancia para la *vida ordinaria* –art. 37 Ley-, lo cual no parece compaginarse con cuestiones de carácter profesional.

### III.1.5. Asuntos excluidos

La LPCA –art. 38- establece que las consultas participativas «no podrán plantear asuntos que sean contrarios al ordenamiento jurídico, que no sean competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía o de las entidades locales andaluzas, cuestionen la dignidad de la persona y los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente, se refieran a la organización institucional de la Comunidad Autónoma de Andalucía o de las entidades locales andaluzas, o a los recursos de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía o de las Haciendas locales, y en general a los

asuntos públicos, cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de la ciudadanía constituye el ejercicio del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23».

La exclusión de asuntos que no sean de competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía o de las entidades locales andaluzas, es redundante con la exigencia antes indicada. Por su parte, la exclusión de asuntos contrarios al ordenamiento jurídico, ya pudimos ver que con ocasión de las consultas populares locales referendarias que se trata de una exigencia inherente al orden constitucional, como también lo es la relativa al cuestionamiento de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por el ordenamiento jurídico. De otro lado, la exclusión referida a los recursos de la Hacienda Pública, coincide con la exclusión en las consultas populares locales referendarias –art. 71 LRBRL-. Con todo, habrá que entender, para no vaciar de contenido este instrumento participativo, que la exclusión se limita exclusivamente a los ingresos de la Hacienda Pública, pero no alcanza a la disposición de tales recursos, es decir, a los gastos públicos. Por su parte, la exclusión de los asuntos relativos a la organización institucional de la Comunidad Autónoma de Andalucía o de las entidades locales andaluzas, no presenta equivalente en el régimen de consultas populares locales, sino que parece proceder de la normativa de iniciativa legislativa popular<sup>44</sup>.

Ahora bien, el inciso final del precepto relativo a la exclusión de los “asuntos públicos, cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de la ciudadanía constituye el ejercicio del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23”, y es de muy dudosa interpretación. Dejando de lado el ejercicio del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 23 a través de los mecanismos de la democracia representativa, parecería que el precepto se refiere a los supuestos en los que procede la consulta referendaria. En el caso de las entidades locales, como nos consta, la única previsión es la del artículo 71 LRBRL. En este caso, la diferencia es más bien abstracta: si se trata de asuntos de especial relevancia para los intereses de los vecinos, en su conjunto, deberá acudirse a la consulta popular referendaria, mientras que, si se trata de asuntos de interés público que tengan relevancia para la vida ordinaria de un determinado sector o colectivo de la población, podrá acudirse a la consulta participativa local.

<sup>44</sup> Así, la Ley 5/1988, de 17 octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, excluye de la iniciativa legislativa a la materia relativa a la organización de las instituciones de autogobierno (art. 3).

### III.1.6. Períodos inhábiles para la convocatoria y celebración de la consulta participativa

De acuerdo con la LPCA –art. 41–, las consultas participativas no podrán ser convocadas ni desarrollarse durante el período que media:

- a) Entre la convocatoria de elecciones a las Cortes Generales y la constitución de las nuevas Cámaras.
- b) Entre la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo presidente o presidenta de la Junta de Andalucía.
- c) Entre la convocatoria y la celebración de un referéndum de los previstos en la normativa vigente cuando este afecte al ámbito territorial de la consulta participativa.
- d) Además, las consultas participativas locales no podrán ser convocadas ni tener lugar durante el período que media entre la convocatoria de las elecciones municipales y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo gobierno municipal.

De entrada, sorprende que este precepto no es más que una reiteración al pie de la letra del artículo 15 de la Ley, referido a todos los procesos de participación ciudadana. Pero, sobre todo, llama la atención que la LPCA amplía sustancialmente los períodos inhábiles en relación con la Ley 2/2001 para las consultas populares municipales referendarias (art. 4), añadiendo 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo gobierno, plazo que no se ordena a las elecciones a las Cortes Generales. Lo cierto es que este plazo adicional de 90 días parece únicamente tener razón de ser en el caso de que la consulta coincida con el nivel de gobierno, pues corresponderá al nuevo gobierno organizar la consulta, pero carece de sentido en el resto de los casos. Es decir, no se alcanza a comprender por qué para una consulta participativa municipal deba esperarse a 90 días después de la toma de posesión del nuevo presidente o presidenta de la Junta de Andalucía.

### III.1.7. Límites a la repetición de consultas y número máximo de consultas

Atendiendo a la complejidad que conlleva la realización de consultas participativas, tanto autonómicas como locales, la LPCA –arts. 47.1 y 50.1– establece que reglamentariamente se determinará el número de las que puedan realizarse cada año en función del asunto y colectivo al que vaya dirigida la consulta. Y, específicamente, para las consultas autonómicas se fija un límite máximo de tres consultas anuales. En lo que se refiere a las consultas locales, no es claro si la remisión reglamentaria es al Gobierno autonómico o a los gobiernos locales, si bien parece desprenderse que es al primero. De otro lado, la Ley –arts. 47.2 y 50.2–

declara que una vez publicado el decreto de convocatoria, no se podrán promover otras consultas sobre el mismo objeto hasta transcurridos dos años a contar desde la celebración de la consulta o desde la inadmisión de la iniciativa.

### III.1.8. Organización de la consulta

La Ley 7/2017 nada dispone sobre la organización de la consulta. En todo caso, parece lógico que la Administración Pública convocante será la responsable del desarrollo de la consulta, debiendo velar por la objetividad y transparencia de la misma, por el principio de igualdad, por el carácter secreto del voto y por la pureza e imparcialidad de los sistemas de votación adoptados. Presumiblemente se trata de un aspecto necesitado de desarrollo reglamentario<sup>45</sup>. Así, cuando la Ley –art. 36– se refiere al sistema de votación, contiene una expresa remisión reglamentaria.

Entre otros aspectos, la norma deberá regular la campaña informativa<sup>46</sup>. Asimismo, debe tenerse presente que, puesto que estas consultas no son universales, se hace obligado generar un listado *ad hoc* para cada consulta de personas que tengan el derecho a participar en la consulta participativa. En principio, debe entenderse que la lista de las personas con derecho a participar deberá ser elaborada por la Administración Pública convocante, a partir de los datos que obren en su poder, o que hayan sido solicitados a la Administración o entidad competente o, en su caso, que hayan sido acreditados por la persona que pretenda participar en la consulta<sup>47</sup>. En cuanto a la votación en sí misma, cabe pensar que podrá ser presencial, por correo o mediante voto electrónico, y sin que tenga que limitarse a un único día.

<sup>45</sup> El Grupo parlamentario Izquierda Unida– Los Verdes–Convocatoria por Andalucía formuló una enmienda (nº 96), según la cual el «régimen de organización y funcionamiento de las consultas participativas será objeto de desarrollo reglamentario, que contemplará al menos: a) Los criterios para la formación de las mesas de votación y para la distribución entre ellas de las personas con derecho a participar en la consulta. b) El voto electrónico y por correo, su emisión y recuento. c) El desarrollo de la jornada o jornadas de la consulta: composición y constitución de las mesas de votación, custodia de los votos y desarrollo de las votaciones y recuento». BOPA núm. 476, de 2 de junio de 2017.

<sup>46</sup> El Grupo parlamentario Izquierda Unida– Los Verdes–Convocatoria por Andalucía formuló una enmienda (nº 99), según la cual la campaña informativa tiene por finalidad que las personas promotoras de la consulta, las entidades de participación ciudadana reconocidas en el artículo 5.2 de la presente ley, y los partidos políticos expliquen su posición con relación a la misma. La duración de la campaña de información será la que se determine en el decreto de la convocatoria, no pudiendo ser inferior a diez días. Todos los actos convocados durante la campaña tendrán puntual reflejo en la sede electrónica, portal o página web de la entidad.

<sup>47</sup> Asimismo, habrá que entender que tales listados serán públicos con cierta antelación a la celebración de la consulta, al objeto de que se puedan formular reclamaciones y ser resueltas con carácter previo a la votación. Así, la enmienda nº 99 Grupo parlamentario Izquierda Unida– Los Verdes–Convocatoria por Andalucía. BOPA núm. 476, de 2 de junio de 2017.

## III.2 Especial referencia las consultas participativas locales

### III.2.1. Régimen jurídico de las consultas participativas locales

La Ley 7/2017 –art. 34.2- declara, de un modo críptico, que en las consultas participativas locales «se atenderá a lo establecido en el capítulo IV, título V, relativo a «Información y participación ciudadanas», contenido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local»<sup>48</sup>. Lo cierto que es una remisión de difícil comprensión, pues –como ya se ha señalado- la Ley 7/2017 –art. 33.2- excluye expresamente a las consultas reguladas por la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía, por lo que igualmente debe entenderse que no es aplicable el artículo 71 LRBRL<sup>49</sup>. Ahora bien, una vez excluido el artículo 71, lo que queda de la LRBRL es poco más que una remisión a la potestad organizativa de las entidades locales, salvo la norma –art. 69.2 LRBRL- según la cual las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley, y que ya la Ley 7/2017 –art. 39.1- respeta de modo expresamente, al declarar que las consultas participativas reguladas en esta ley son de naturaleza consultiva y no vinculante.

Lo que sí es de interés destacar que, en la ordenación de las consultas participativas locales, el legislador autonómico debe actuar con una cierta contención, para no invadir los espacios propios de la autonomía local. Y esta idea presenta diversas manifestaciones en la Ley 7/2017, destacando el mandato según el cual cada entidad local determinará, por medio de reglamento u ordenanza, los requisitos y el procedimiento que regule los procesos de participación ciudadana en el ámbito local –art. 17-, norma local a la que –como se verá- la Ley 7/2017 se remite de forma reiterada para determinar aspectos relevantes del régimen de las consultas participativas (art. 48.5 y 6)<sup>50</sup>.

### III.2.2. Administraciones y ámbito territorial

La LPCA –art. 34.2- declara que la consulta participativa local tiene por objeto cuestiones relativas a materias de la competencia de las «entidades locales andaluzas».

<sup>48</sup> Este precepto no estaba en el Proyecto de Ley.

<sup>49</sup> Y de aquí lo absurdo del apartado 3 del artículo 34: «Cuando la consulta popular local fuera de carácter general, el municipio solicitará la preceptiva autorización al Gobierno de la nación, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa básica reguladora de las bases del régimen local».

<sup>50</sup> Lo cierto es que el Borrador de Decreto de 13 de junio de 2019 por el que se regulan los procesos de participación ciudadana, se limita a ordenar los procesos y consultas de la Administración de la Junta de Andalucía.

Asimismo, la LPCA –art. 40.2- dispone que en las consultas participativas locales convocadas por diputaciones provinciales, el ámbito territorial será la provincia o ámbito territorial superior al municipal e inferior al provincial al que se pueda referir, en su caso, la consulta. En las consultas participativas locales convocadas por los ayuntamientos, el ámbito territorial será el término municipal o ámbito territorial inferior. De este modo, aun cuando la Ley habla de modo genérico de consultas «locales» y refiere las mismas a materias de la competencia de las «entidades locales andaluzas», en realidad, únicamente las *diputaciones provinciales* y los *ayuntamientos* son competentes para convocar consultas participativas. En todo caso, se trata de una diferencia neta con las consultas populares locales del artículo 71 LRBRL, las cuales sólo pueden ser convocadas –como nos consta- por los municipios.

De otro lado, en el caso de las consultas ciudadanas convocadas por los ayuntamientos, la LPCA –art. 40.3- dispone, como se ha indicado, que el ámbito territorial «será el término municipal o *ámbito territorial inferior*». Se trata, pues, de otra diferencia con las consultas populares locales, respecto a las cuales la Ley 2001/2 –art. -5 ordena una circunscripción electoral única que comprende el término municipal. Asimismo, la LPCA –art. 40.3- precisa que podrán convocarse consultas *de ámbito inferior al municipio*, bien de distrito, cuando se trate de municipios de gran población, bien en el ámbito de una entidad de gestión descentralizada o de un ente desconcentrado, conforme a lo que se establece en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>51</sup>.

### III.2.3. Objeto de las consultas participativas locales

La LPCA –art. 34.2- declara que la consulta participativa local tiene por objeto cuestiones relativas a materias de la «competencia de las entidades locales andaluzas». De entrada, y a diferencia de las consultas populares del artículo 71 LRBRL, las cuales únicamente pueden referirse a competencia municipales, en el caso de las consultas participativas la competencia habrá de referirse al tipo de entidad local convocante, puesto que puede tratarse –como nos consta-, tanto de un ayuntamiento como de una diputación provincial.

<sup>51</sup> De esta remisión a la LRBRL se desprende que habrá que estar a la noción de municipios de gran población contenida en esta ley –art. 121-. Asimismo, mientras con la referencia a «entidad de gestión descentralizada» se utiliza la terminología de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, en cambio, con la referencia a «ente desconcentrado» (expresión que en el fondo encierra un oxímoron) el legislador parece recoger la reforma de los entes locales menores, operada por la Ley 27/2013, según la cual las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local regularán los «entes de ámbito territorial inferior al Municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de organización desconcentrada del mismo» -art. 24 bis LRBRL-.

Pero, sobre todo, como es conocido, existen diversos tipos de competencia local, sin que la LPCA precise que hayan de tratarse de competencias locales «propias», tal como sí establece el artículo 71 LRBRL para las consultas populares referendarias. Por tanto, surge la cuestión de si pueden utilizarse las consultas participativas en el ejercicio de cualquier tipo de competencia local. Siendo evidente la idoneidad de las competencias propias por ley, la cuestión se centra en las competencias delegadas y en las llamadas «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» del artículo 7.4 LRBRL. Pues bien, en nuestra opinión, dado que las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación (el cual debe determinar el alcance, contenido, condiciones de ésta) y caben técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia (arts. 7.3 y 27.1 LRBRL), es difícil imaginar espacios de decisión lo suficientemente amplios para dar cabida a las consultas participativas.

En cambio, las llamadas «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» del artículo 7.4 LRBRL, son ejercidas por los Municipios «en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad –art. 7.2-, esto es como las competencias propias (de que aquí que la doctrina las haya denominado, en positivo, competencias «propias generales»). Es decir, estas competencias se distinguen de las competencias propias del art. 25 LRBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas (SSTC 41/2016 y 54/2017). Por tanto, en el ejercicio de esta autonomía de gobierno, los ayuntamientos y diputaciones deben poder utilizar en estas actividades, asumidas en virtud de estas competencias, el instrumento de la consulta participativa.

### III.2.4. Iniciativa para las consultas participativas locales

De modo similar a las consultas de la Ley 2/2001, la LPCA –art. 43.1- prevé que las consultas participativas podrán ser de iniciativa institucional o de iniciativa ciudadana, del sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta. De acuerdo con la LPCA –art. 48.1-, la *iniciativa institucional* para las consultas participativas locales corresponde a la corporación local mediante acuerdo adoptado por mayoría simple, a propuesta del presidente o la presidenta de la entidad local, de al menos dos grupos políticos con representación en los plenos municipales o provinciales, según el caso, o de al menos un tercio de los miembros de la respectiva corporación. Debemos recordar que la Ley 2/2001 relativa a las consultas populares locales dispone que la iniciación del procedimiento puede efectuarse por la propia Corporación municipal, mediante acuerdo adoptado por mayoría simple a propuesta de un grupo municipal –art. 6.1-. Extraña, por ello, que la Ley imponga mayor exigencia para una consulta participativa (dos grupos políticos), que para una consulta referendaria (un grupo político).

En el caso de *iniciativa ciudadana*, la LPCA –art. 48.2- dispone que la convocatoria de una consulta participativa local deberá ser promovida por personas físicas o jurídicas con interés, individual o colectivo, en la materia que motive la consulta, que incida en la vida ordinaria del colectivo con derecho a participar, mediante el número mínimo de firmas a que se refiere el propio artículo. En concreto, la iniciativa ciudadana para solicitar la convocatoria de una consulta popular local requerirá de, al menos, el apoyo de un número de firmas válidas entre aquellos que tuvieran derecho a participar según el tipo de consulta conforme al artículo 35, de acuerdo con los siguientes tramos de población –art. 48.3-:

- a) En municipios de hasta 5.000 habitantes empadronados, el 10 por ciento de los mismos (máximo 500 firmas).
- b) En los municipios de 5.001 a 50.000 habitantes empadronados, 500 más el 7 por ciento de los habitantes que excedan de 5.000 (máximo 3650 firmas).
- c) En los municipios de 50.001 a 100.000 habitantes empadronados, 3.650 más el 5 por ciento de los que excedan de 50.000 (máximo 6150 firmas).
- d) En los municipios de más de 100.000 habitantes empadronados, 6.150 más el 3 por ciento de los que excedan de 100.000, con el límite máximo de 30.000 firmas.

De entrada, debe observarse que esta escala de firmas mínimas coincide con la establecida en la Ley 2/2001 relativa a las consultas populares locales –art. 6.1-, salvo el límite máximo de 30.000 firmas, el cual no está previsto en la Ley 2/2001, pero que en la LPCA tiene pleno sentido si se repara que el número de firmas exigido para las consultas participativas autonómicas es de 30.000 –art. 45-, puesto que carecería por completo de sentido exigir un número superior para las consultas participativas locales. Pues bien, es evidente que habría sido también un sinsentido exigir unos porcentajes superiores para las consultas participativas locales, a los ya fijados por la Ley 2/2001 para las consultas populares locales referendarias. Ahora bien, en realidad, la LPCA es mucho más rigurosa que la Ley 2/2001, pues no debe perderse de vista que la consulta participativa un determinado sector o colectivo de población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta –arts. 34.1 y 35-, por lo que será mucho más difícil alcanzar los porcentajes globales que impone la Ley. Más aún, en algunos casos será sencillamente imposible.

De otro lado, cabe recordar que, en el caso de consultas ciudadanas convocadas por los ayuntamientos, el ámbito territorial puede ser inferior al municipio –art. 40.3-. En estos casos, que no tienen equivalente en la Ley 2/2001, la LPCA –art. 48.5- dispone que, si la consulta de la entidad local se realizara en un ámbito territorial acotado, el número de firmas se determinará por medio del Reglamento u Ordenanza de Participación Ciudadana que apruebe cada entidad local, no

pudiéndose establecer mínimos para el ejercicio de esta iniciativa que sean superiores al 10 por ciento de los vecinos a consultar<sup>52</sup>.

Finalmente, la LPCA –art. 48.6- dispone que cada entidad local determinará, por medio de Reglamento u Ordenanza de Participación Ciudadana o, en su defecto, por Acuerdo del órgano plenario correspondiente, el procedimiento para recogida de firmas, plazos, presentación, identificación, recuento, validación y demás aspectos relativos a esta materia, de acuerdo con la presente ley y sin perjuicio de lo previsto en normativa básica de régimen local. De este modo, la Ley renuncia a establecer unas garantías mínimas, lo cual estimo que arroja serias dudas sobre la homogeneidad de la institución.

### III.2.5. Tramitación y convocatoria de la convocatoria de las consultas participativas locales

La LPCA –art. 43.1- dispone que la iniciativa «será objeto de informe por los órganos competentes por razón de la materia». Al referirse a la iniciativa sin más precisión, parece que debe entenderse que se trata de una exigencia común, con independencia de que se trate de una iniciativa institucional o de una iniciativa ciudadana. La cuestión es que ¿a qué órganos se refiere la Ley cuando habla de “los órganos competentes por razón de la materia”? Por nuestra parte, entendemos que se trata de los órganos competentes para aprobar, en su caso, el asunto.

Asimismo, la Ley –art. 43.1- añade que el Consejo Consultivo de Andalucía dictaminará, una vez promovida la iniciativa, la adecuación al ordenamiento jurídico de la propuesta que constituya el objeto de la iniciativa, así como sobre el cumplimiento de las exigencias contenidas en la ley. De nuevo, parece desprenderse que el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía es preceptivo tanto para las consultas participativas autonómicas como locales, y con independencia de que se trate de una iniciativa institucional o de una iniciativa ciudadana<sup>53</sup>.

De acuerdo con la LPCA –art. 49.1-, la competencia para convocar consultas participativas locales es de la alcaldía del municipio o, en su caso, del presidente o presidenta de la diputación provincial correspondiente previo acuerdo motivado adoptado por mayoría absoluta del pleno de la entidad local. Como nos consta, la

<sup>52</sup> En el caso de consultas ciudadanas convocadas por las diputaciones provinciales, la LPCA –art. 48.4- establece que las consultas participativas que se pretendan celebrar en el territorio provincial o en un ámbito acotado de su territorio, se deberá acreditar al menos un número de firmas que alcance los porcentajes y cifras anteriores, teniendo como base la población de las personas empadronadas en los municipios correspondientes.

<sup>53</sup> No precisa, sin embargo, la Ley el momento en qué deberá instarse el dictamen del órgano consultivo («una vez promovida la iniciativa»), si bien entendemos que deberá ser inmediatamente antes de la resolución del órgano competente por la que se aprueba o, en su caso, se deniega la convocatoria de la consulta participativa.

exigencia de mayoría absoluta del Pleno se impone las consultas populares locales del art. 71 –y, desde luego, por el art. 9.1 de la Ley 2/2001-, como es también exigida para la iniciativa legislativa de los ayuntamientos por la Ley 5/1988, de 17 octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos –art. 2.b)-. El problema es que el Tribunal Constitucional (STC 331/1993) ha anulado disposiciones autonómicas que exigían mayoría reforzada, por entender que tales supuestos constituyen en la LRBRL un listado cerrado y exhaustivo y que tienen carácter rigurosamente excepcional, al alterar el modelo de democracia local diseñado por el legislador básico basado en la mayoría simple –art. 47.1-.

En cuanto a la forma y plazo, la LPCA –art. 49.2- dispone que la convocatoria de la consulta participativa se efectuará por medio de decreto de la alcaldía del municipio o, en su caso, de la persona titular de la presidencia de la diputación provincial, y deberá realizarse en el plazo de 45 días desde que haya sido acordada por el pleno de la entidad local. En lo referente a la convocatoria de la consulta, coincide con la Ley 2/2001 en atribuir este acto al presidente de la entidad local. Asimismo, el plazo de 45 días desde la aprobación de la consulta por el pleno de la entidad local, coincide también con el fijado por la propia LPCA para las consultas participativas autonómicas –art. 46.2-.

Por lo demás, la LPCA –art. 49.3- dispone que el decreto de convocatoria se publicará en el boletín oficial de la provincia correspondiente, con al menos treinta días de antelación a la fecha prevista para el inicio de la votación, así como íntegramente en el tablón de anuncios de la corporación local convocante y, en su caso, en su sede electrónica, portal o página web, en el plazo de cinco días, contados a partir de la publicación en el boletín correspondiente. Simplemente observar que en este caso la Ley reduce el plazo mínimo de antelación de 45 previsto para las consultas participativas autonómicas –art. 46.3- a 30 días. Asimismo, respecto a la publicación complementaria de la consulta, no se entiende que no se imponga (“en su caso”) la publicación en la sede electrónica, portal o página web de la entidad local, cuando disponer de estos medios es hoy una obligación general.

### III.3 Observaciones finales

Como se señaló antes, el régimen de consultas populares referendarias de la Ley 2/2001 ha tenido una efectividad casi nula, pudiéndose afirmar que no ha permitido a los Ayuntamientos y a sus vecinos vehicular las consultas de interés de las comunidades locales. A esta finalidad debía responder el régimen de consultas participativas de la Ley 7/2017. Sin embargo, el marco legal diseñado por esta ley suscita serias dudas de que sí permita la efectividad de las consultas participativas. Y ello por dos razones.

De un lado, la principal dificultad estriba en cómo delimitar de modo claro y objetivo el colectivo o sector de población legitimado a participar en cada caso, sin conculcar las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Es decir, ¿cómo cualificar un colectivo específico como especialmente afectado por un asunto de interés público sin preterir al resto de los ciudadanos, salvo en caso de admitir una delimitación exclusivamente por razón del territorio (tal como apunta el Reglamento tipo de la FEMP de 2018)?

De otro lado, la Ley 7/2017 impone un conjunto de límites (p. ej., no coincidencia con procesos electorales) y requisitos a la iniciativa ciudadana (p. ej., número de firmas de apoyo de la solicitud, que en la Ley 7/2017 hace prácticamente inviable la consulta a iniciativa ciudadana) o de aprobación (encomendada a los máximos órganos de Gobierno) más propios de las consultas referendarias que de esta otra modalidad participativa, y que a la postre conducen a un procedimiento tan largo y complejo como el de una consulta referendaria, lo cual imprime a las consultas populares participativas de un marcado carácter extraordinario, que si bien es propio de los mecanismos de democracia directa (como son los referenda), no hay razón, en cambio, para extender a los instrumentos de democracia participativa.

Cuadro resumen de diferencias entre consultas populares y participativas

	Ley 7/2017	Ley 2/2001
<b>Entidades Locales</b>	Ayuntamientos Diputaciones	Ayuntamientos
<b>Ámbito territorial</b>	Diputaciones: provincia o ámbito territorial superior al municipal e inferior al provincial Ayuntamientos: término municipal o ámbito territorial inferior	Término municipal: única circunscripción No supramunicipal
<b>Limitaciones consultas</b>	No se podrán promover otras consultas sobre el mismo objeto hasta transcurridos dos años desde la celebración de la consulta o su inadmisión	El asunto no puede ser sometido a una nueva consulta durante el periodo de tiempo que reste a la Corporación Municipal.
<b>Objeto</b>	Asuntos de competencia local, que tengan relevancia para la vida ordinaria de un determinado sector o colectivo de la población	Asuntos de competencia propia municipal, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos
<b>Asuntos excluidos</b>	Asuntos que sean contrarios al ordenamiento jurídico Se refieran a la organización institucional de las EE LL Haciendas locales	Alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico Materias propias de la Hacienda Local

<b>Períodos inhábiles</b>	a) Entre la convocatoria de elecciones a las Cortes Generales y la constitución de las nuevas Cámaras. b) Entre la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo presidente JA. c) Entre la convocatoria y la celebración de un referéndum cuando este afecte al ámbito territorial de la consulta participativa. d) Durante el periodo que media entre la convocatoria de las elecciones municipales y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo gobierno municipal.	Periodo que media entre la convocatoria y la celebración de elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales, al Parlamento de Andalucía, de los miembros de las Entidades Locales o de los Diputados del Parlamento Europeo o de un referéndum, cuando éstos se efectúen en el ámbito territorial afectado por la consulta popular local.
<b>iniciativa institucional</b>	Pleno acuerdo adoptado por mayoría simple, a propuesta del presidente EL, de al menos dos grupos políticos con representación en pleno, o de al menos un tercio de los miembros de la respectiva corporación.	Pleno, acuerdo adoptado por mayoría simple a propuesta de un grupo municipal
<b>iniciativa ciudadana</b>	a) Municipios hasta 5.000 hab.: 10%. b) Municipios de 5.001 a 50.000 hab.: 500 más el 7 % que excedan de 5.000. c) Municipios de 50.001 a 100.000 hab. 3.650 más el 5 % de los que excedan de 50.000. d) En los municipios de más de 100.000 hab., 6.150 más el 3 % de los que excedan de 100.000, con el límite máximo de 30.000 firmas.	Igual, salvo el límite máximo del apartado c)
<b>Procedimiento para recogida de firmas</b>	Remisión al Reglamento Participación Ciudadana, en su defecto, por Acuerdo del Pleno	Supervisado por el Alcalde
<b>Tramitación iniciativa</b>	Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía	Trámite información pública 20 días Comunicar a la Delegación del Gobierno JA para alegaciones
<b>Competencia para aprobar la consulta</b>	Pleno Entidad Local mediante acuerdo motivado adoptado por mayoría absoluta	Pleno del Ayuntamiento (valora alegaciones) por mayoría absoluta

<b>Exigencia ulterior</b>	-	Solicitar la preceptiva autorización al Gobierno de la Nación
<b>Competencia para convocar la consulta</b>	Presidente EL, mediante Decreto, en el plazo de 45 días desde que haya sido acordada por el pleno	Alcalde, mediante Decreto, en el plazo de 3 días desde recepción de la autorización del Gobierno
<b>Publicidad convocatoria</b>	BOP, con al menos 30 días de antelación a la fecha prevista para el inicio de la votación y web Entidad Local	BOJA entre los 30 y 40 días anteriores a la fecha indicada para la votación, BOP y medios de comunicación de mayor difusión en el ámbito local
<b>Derecho a participar</b>	Todas las personas mayores de 16 años pertenecientes al sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta	Los vecinos del municipio que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales
<b>Sistema de votación</b>	Universal para el sector o colectivo de la población que tenga interés directo en el tema objeto de consulta y en el que el voto será igual, libre, directo y secreto	Sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, a ejercer por los electores que componen el cuerpo electoral
<b>Gestión de la consulta</b>	Entidad Local	Administración Electoral (Junta Electoral de Andalucía y la de Zona)
<b>Vinculación del resultado</b>	Naturaleza consultiva y no vinculante, pero la entidad local debe pronunciarse de forma motivada en plazo de 30 días y publicarse	No vinculantes
<b>Registro de consultas</b>	Registro de consultas participativas	Registro de consultas populares locales

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUGUÉ, Q. - CASADEMONT, X. - GIFREU, J. - PRIETO-FLORES, O. (2018): «Democràcia directa local: consideracions sobre les consultes municipals», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, pp. 1-16.

BUENO ARMIJO, A. (2008): «Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 177.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. – PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2019): *Vox populi. Consultas populares y participativos*, Thomson Aranzadi.

GARCÍA GARCÍA, M. J. (2009): «La celebración de consultas populares locales a petición de los vecinos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, pp. 45-90.

IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2005): *El referéndum local*, Universidad de Cádiz.

MARTÍN NUÑEZ, E. (2012): «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, pp. 95-131.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2010): «Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, pp. 447-486.

MONTIEL MÁRQUEZ, A. (2006): «La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, pp. 115-150.

RUIZ MAGAÑA, I. (2020): «Consultas populares y entidades locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía», *REALA*, número 13, pp. 47-74

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2007): *El sistema de gobierno municipal*, CEC, Madrid.

TUR AUSINA, R. – SANJUÁN ADNRÉS, FJ. (2018): «Las consultas populares municipales. Instrumentos de la autonomía local para la mejora de la calidad democrática», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 15, pp. 169-187.

**PARTE TERCERA:  
ALTOS CARGOS E INTEGRIDAD**

## DEDICACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS EN ANDALUCÍA

José María Pérez Monguió<sup>1</sup>

### I. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LOS ALTOS CARGOS EN ANDALUCÍA

El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 disponía que «el régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros serán regulados por la Ley del Parlamento Andaluz, que determinará las causas de incompatibilidad de aquéllos. El Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna». En cumplimiento de este mandato estatutario se aprobó Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuyo articulado se regulaban las incompatibilidades del Presidente –art. 8– y de los Consejeros de la Junta de Andalucía, reproduciéndose literalmente el contenido del artículo 36 del Estatuto de Autonomía.

Sin embargo, como se aprecia, quedó fuera de la norma el régimen de las incompatibilidades de los restantes altos cargos de la Administración andaluza; situación que dejaba un vacío significativo que necesitaba ser cubierto, y para ello se aprueba la Ley 5/1984, de 23 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de Andalucía<sup>2</sup>, norma que sufriría dos modificaciones

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho administrativo. Universidad de Cádiz.

ORCID: 0000-0003-4102-3391

josemaria.monguió@uca.es

<sup>2</sup> Se optó por regular la materia a través de una Ley pero debemos recordar que el Estatuto de Autonomía exclusivamente contenía una previsión de reserva de Ley para la regulación del régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y el estatuto de sus miembros, pero nada se establecía para el resto de altos cargos. La opción de regular por ley la materia resulta absolutamente plausible por las implicaciones que giran en torno a la misma pero resulta complejo de entender que la citada Ley careciera de régimen sancionador, circunstancia que hubiera podido explicar el porqué de la regulación al más alto nivel. Sin embargo esta misma fue la opción que siguió el legislador estatal en Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos.

significativas. La primera se produjo a través de la Ley 4/1990, de 23 de abril, por la que se modifican determinados artículos de la Ley 5/1984 y que tenía tres finalidades principales: *a)* concretar las incompatibilidades del Presidente de la Junta de Andalucía y de los miembros del Consejo de Gobierno, incluyéndolos en su ámbito de aplicación de la Ley, *b)* precisar los cargos para cuyo desempeño debe continuar la incompatibilidad una vez cese el ejercicio de la actividad que la motivó y *c)* incorporar un cuadro de infracciones (art. 11).

La segunda fue cuatro años más tarde mediante la Ley 3/1994, de 5 de abril, por la que se determina la incorporación de las Declaraciones Tributarias al Registro de Intereses y Bienes de Altos Cargos de la Junta de Andalucía en la que se modificaba el artículo 10 de la Ley 4/1984, precepto que precisamente había sido modificado por la Ley 4/1990, para incorporar las declaraciones del Impuesto de la Renta de la personas físicas y el impuesto sobre patrimonio al mismo y, todo ello, en virtud de una Resolución del Pleno del Parlamento de Andalucía relativa al estado de la Comunidad Autónoma de 1993.

Después de estas dos modificaciones habría que esperar hasta once años para que se publicara en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* una Ley fruto de un planteamiento global del estado de la cuestión. Y de esta manera aparece 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 e Intereses de altos Cargos y otros Cargos Públicos y poco después se publicaría la Ley estatal 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

La Ley Andalucía 3/2005 supuso ya una mejora significativa, un avance notable con respecto a la Ley 5/1984, que se observa desde el número de preceptos que pasa de diez a veintiocho. Los argumentos que justificaron el nuevo texto fueron, según la exposición de motivos, en primer lugar, la demanda de la sociedad, en términos generales, de «una mayor transparencia en la actividad pública y, por tanto, es preciso que se regulen medidas encaminadas a ese objetivo que afectos a los altos cargos de la Administración andaluza. Y en segundo lugar, porque resulta conveniente regular de modo estricto el régimen de incompatibilidades de los citados cargos a fin de reforzar su independencia, imparcialidad y dedicación exclusiva a los asuntos públicos, evitando cualquier interferencia en los intereses públicos de otros intereses», fruto de lo cual se articuló la transparencia de los registros de actividades, bienes e intereses. Sin embargo, el punto más sobresaliente en relación a la normativa anterior fue el diseño de un sistema sancionador.

La Ley Andalucía 3/2005, igual que su antecesora y al igual que la mayoría de las disposiciones autonómicas e incluso la estatal, opta por regular conjuntamente el

régimen e incompatibilidad de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración en un ejercicio de economía normativa cuando realmente son materias distintas que se sustentan en títulos competenciales diversos, por muchos puntos en común que existan<sup>3</sup> y de hecho el Estatuto de Autonomía del 2007, en su artículo 121, solo se refiere al régimen jurídico y administrativo del Consejo de Gobierno y al «estatuto de sus miembros que será regulado por ley del Parlamento de Andalucía, que determinará las causas de incompatibilidad de aquéllos, disponiendo que el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna».

Poco después de la publicación de la Ley se aprobaría su reglamento –Decreto 176/2005, de 26 de julio<sup>4</sup>– que desarrollaría, entre otros, aspectos las actividades incompatibles y exceptuadas, la declaración de posibles causas de incompatibilidad, las actividades, bienes e intereses, el contenido de la declaración, el plazo de presentación de las respectivas declaraciones, la dependencia y publicidad del Registro, la información y obligación de declarar, el examen, subsanación e inscripción de las declaraciones, la potestad sancionadora, las actuaciones previas, el procedimiento sancionador y los órganos competentes, la prescripción de infracciones y sanciones y la obligatoriedad de comunicación de los nombramientos, todo ello, según el preámbulo «con objeto de asegurar la dedicación y la eficacia, la moralización de la vida pública y la ejemplaridad y transparencia que el ejercicio de estas altas funciones conlleva».

Desde ese momento, tres leyes han procedido a efectuar modificaciones puntuales de la Ley Andalucía 3/2005, la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 159/1991, de 18 de julio, manifiesta que el régimen de incompatibilidad de los miembros del Gobierno es una manifestación de las competencias exclusivas autonómicas de autogobierno pero en el caso de los restantes altos cargos, donde el Estado podría llegar a dictar una ley básica en la materia.

<sup>4</sup> Este Decreto fue modificado por el Decreto 231/2005, de 25 octubre con objeto de añadir un segundo párrafo al artículo 5 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, por el que se desarrolla 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, dando lugar a la redacción siguiente: «Respecto a lo previsto en el artículo 8.5 de la Ley 3/2005, deberán ingresarse en la Tesorería de la Comunidad Autónoma las cantidades que se perciban correspondientes a las pensiones causadas por los Altos Cargos incluidos en el artículo 2.1 de dicha Ley».

y otros Cargos Públicos y, recientemente y, por último, la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Modificaciones que han introducido mejoras significativas, aunque en gran parte han sido puntuales, y que no han sido capaces, a mi juicio, de incorporar todos los avances que se han producido en la materia en los dieciséis años desde la aprobación de la Ley. Un contexto, el actual, muy diferente al de los años 2000, con cambios importantísimos en la concepción de la Administración Pública en un marco de nueva gobernanza bajo los principios de la buena administración y el buen gobierno. Un contexto y unos avances que se han visto reflejados entre otras muchas normas en leyes como la 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, normas que han propiciado, incluso en algunos casos antes de la aprobación de las mismas, cambios sustanciales en materia de altos cargos en la normativa autonómica con nuevas leyes específicas de tercera o cuarta generación, con cuestiones de gran calado, como son la prevención y alerta temprana del conflicto de interés, la depuración del régimen sancionador, la perfección del régimen tras el cese y la cuestión de la puertas giratorias, entre otras muchas. Así, lo más adecuado sería una nueva ley de altos cargos para Andalucía pues, a mi juicio, la Ley Andalucía 5/2003, ya ha cumplido en gran medida su papel.

## II. CONCEPTO DE ALTO CARGO EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA

La Ley Andalucía 5/1984, en su redacción originaria, consideraba altos cargos a todos aquellos empleos de libre designación por el Consejo de Gobierno que implican especial confianza o responsabilidad, y particularmente, los siguientes:

- Los Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales de las Consejerías y asimilados.
- Los miembros del Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
- Los Presidentes, Directores y asimilados de empresas públicas y sociedades con participación de la Junta de Andalucía superior al 50 %.
- Los Delegados del Consejo de Gobierno en las empresas aludidas en el párrafo anterior.
- Los Presidentes Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.

La redacción del artículo 2 dejaba abierta la posibilidad de existencia de otros altos cargos distintos a los contemplados en el precepto, al emplear el término especialmente. Sin embargo, eran numerosas las dudas que surgían en torno a

cómo debía producirse ese nombramiento y a través de que disposición debería hacerse.

Por este motivo la Ley Andalucía 4/1990 incluyó, junto con la incorporación al listado de los Delegados provinciales de las Consejerías, Directores provinciales de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía, o asimilados, una cláusula de cierre que incluía a «los demás altos cargos de libre designación que reglamentariamente sean calificados como tales».

La Ley Andalucía 3/2005, sigue en gran medida la estela del artículo 2 de la Ley del 84, incorporando a los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía, al Presidente, a los Consejeros electivos que desempeñen sus funciones con carácter exclusivo y a tiempo completo y al Secretario General del Consejo Consultivo de Andalucía<sup>5</sup>, igualmente se incluyen los Presidentes, Directores y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.

Por tanto, a la luz del artículo 2 de la Ley Andalucía 3/2005 son altos cargos<sup>6</sup>:

- El Presidente de la Junta de Andalucía, el Vicepresidente o Vicepresidentes, los Consejeros y todos aquellos empleos de libre designación por el Consejo de Gobierno que implican especial confianza o responsabilidad y, particularmente, los siguientes:
- Los Viceconsejeros, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías y asimilados.
- Los miembros del Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
- Los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía.
- El Presidente, los Consejeros electivos que desempeñen sus funciones con carácter exclusivo y a tiempo completo y el Secretario General del Consejo Consultivo de Andalucía.
- Los Presidentes, Consejeros Delegados y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes

<sup>5</sup> El artículo 14 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía dispone que «El Presidente del Consejo Consultivo, los Consejeros electivos a tiempo completo y el Secretario General estarán sometidos al régimen propio de las incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía».

<sup>6</sup> El artículo 17.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía dispone que «Las personas titulares de los órganos superiores y directivos tendrán la consideración de altos cargos».

de la Administración de la Junta de Andalucía, o de las sociedades mercantiles con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus Organismos Autónomos, superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de dichas entidades y sociedades.

- Los Delegados del Consejo de Gobierno en las entidades y sociedades aludidas en el párrafo anterior.
- Los Presidentes, Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.
- Los Presidentes, Directores y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.
- Los Delegados Provinciales de las Consejerías, Directores Provinciales de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía o asimilados.
- La persona titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción<sup>7</sup>.

La Ley Andalucía 3/2005 emplea dos fórmulas de cierre: *a)* cualquier cargo nombrado por Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno con rango igual o superior a Director General y *b)* los demás altos cargos de libre designación que sean calificados como tales en normas con rango de ley o reglamento<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Esta referencia fue incluida por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

<sup>8</sup> Recordemos que la Ley del 84 sólo se refería a los cargos de libre designación que reglamentariamente fuesen calificados como tales, sin hacer referencia alguna a la Ley pero esta referencia no es necesaria pues, como no cabe duda, una Ley puede atribuir la condición de alto cargo sin que exista problema y con independencia de que así lo prevea la Ley 3/2005.

*Altos cargos establecidos por ley o reglamento en Andalucía  
(listado no exhaustivo)<sup>9</sup>*

Presidente del Consejo Audiovisual de Andalucía	1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía
Persona titular de la Agencia pública empresarial de Radio y Televisión de Andalucía	Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la radio y televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA):
Persona titular de la Dirección de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo	Ley 2/2006, de 16 de mayo, de creación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (art. 10.3.)
Persona que desempeñe la Presidencia del Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento.	Ley 8/2005, de 9 de mayo, del Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento (art. 6)
Persona titular de la Dirección del Instituto	Decreto 277/2009, de 16 de junio de 2009, por el que se aprueban los estatutos del Instituto Andaluz de Administración Pública (art. 11.2)
Persona titular de la Dirección de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía	Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (art. 11)
Persona al frente del Comisionado del Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y de Relaciones Laborales de Andalucía	Decreto 59/2020, de 29 de abril, por el que se crea y regula el comisionado del Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales de Andalucía (art. 3.1)
Persona titular de la Dirección del Consejo de Transparencia y Protección de Datos.	Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (art. 9).

<sup>9</sup> Véase <https://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/rdac-pt/publico/buscarAltos-CargosActivos.html?method=search&orden=null&columna=null>

Por último, la Ley, a los efectos exclusivamente de la aplicación del régimen de declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones, previstos en esta Ley, se consideran otros cargos públicos:

- a) Los Consejeros electivos del Consejo Consultivo de Andalucía que desempeñen sus funciones sin exclusividad.
- b) El Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía.
- c) Los representantes de la Junta de Andalucía en las Cajas de Ahorro y demás entidades de carácter financiero, siempre que desempeñen funciones ejecutivas.

### III. RÉGIMEN DE DEDICACIÓN DE LOS ALTOS CARGOS

#### III.1. Dedicación exclusiva

Los altos cargos, en virtud de la especial actividad que desarrollan, están sujetos a un régimen de dedicación exclusiva<sup>10</sup>. Una exigencia que tiene un contenido muy preciso para evitar cualquier posible fuga o resquicio que permitiese burlar la previsión<sup>11</sup>. Así en primer lugar se establece en positivo la obligación del ejercicio por parte de los altos cargos en régimen de dedicación exclusiva –art. 3.1 Ley 3/2005– que en sí mismo sería suficientemente claro, pero seguidamente se dispone esta vez en negativo, la prohibición que tienen a aquellos de compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, ya sea de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena<sup>12</sup>. De esta manera, el objetivo del Legislador ha sido, como ya manifestó Meseger Yebra (2007: 112) en relación a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los

<sup>10</sup> Para realizar el sentido de la dedicación exclusiva, siguiendo el ejemplo de la Ley estatal Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (art. 13), la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, modificó, al margen de otras cuestiones del artículo 3 de la Ley 3/2005, su rúbrica que pasaba de *Régimen de dedicación a Dedicación exclusiva*.

<sup>11</sup> Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge, entre los principios de actuación para los altos cargos, que: «Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses» –art. 26.2.b).2º–. Véase Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2014: 326-336.

<sup>12</sup> Esta redacción es fruto de la modificación operada en la disp. final segunda de la Ley 3/2005 por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Inicialmente el artículo 3.1 tenía la siguiente redacción: «El ejercicio de un alto cargo deberá desarrollarse en régimen de dedicación absoluta y exclusiva, siendo incompatible con el desarrollo por sí o mediante sustitución de cualquier otro cargo, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos mediante sueldo, arancel, participación o cualquier otra forma especial, incluida la docencia y los cargos electivos de representación popular en colegios, cámaras o entidades que tengan atribuidas funciones públicas.»

conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, «agotar todas las posibilidades imaginables de segundas actividades al margen del cargo público, por razón de la modalidad (puesto, cargo, representación, profesión o actividad), naturaleza (pública o privada) y autonomía (por cuenta propia o ajena)». Este mismo autor continúa manifestando que «es obvio que si alguna hipótesis se le escapa al dictado legal no ha sido esa la intención del legislador, y por ello cualquier interpretación debe ser restrictiva, como resulta también la norma general en la labor de hermenéutica del régimen de incompatibilidades». Sin embargo, entendemos que con la redacción actual no hay posibilidad de que exista o se produzca vacío alguno en la medida que el artículo 3.1 comienza manifestando que «las personas que ocupan puestos de alto cargo (...) ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva...», si a ello unimos que existe un listado de actividades privadas y públicas compatibles, *in sensu contrario* todas aquellas no incluidas y que afecten al régimen de dedicación exclusiva no estarían permitidas por la Ley.

La exigencia de dedicación exclusiva por parte de los altos cargos no tiene una única causa o motivación. Es cierto, como mantienen algunos autores, que uno de los fundamentos es el de la eficacia del alto cargo en el ejercicio de sus funciones. Fundamento con el que podemos estar conformes. Sin embargo, la eficacia no necesariamente está vinculada a la dedicación exclusiva<sup>13</sup>. Un alto cargo puede ser muy eficaz en el ejercicio de todos sus cometidos públicos y desempeñar otras actividades sin que interfieran en ese elemento<sup>14</sup>. Tampoco puede entenderse que el fundamento se encuentra en la prevención de futuros conflictos de intereses, pues para evitarlos ya existen otros instrumentos en la Ley.

Por tanto, es necesaria la búsqueda de otro elemento que permita fijar los pilares de la dedicación exclusiva. Unos pilares que podemos extraer de la normativa estatal de altos cargos. Así el artículo 3, *Ejercicio del alto cargo*, de la Ley 3/2015, en el cual se recogen una serie de principios que los altos cargos deberán observar como son el interés general, la integridad, la objetividad, la transparencia, la responsabilidad y la austeridad, tampoco permiten hallar un punto de anclaje. Sin embargo, el propio artículo 3, establece que el ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia de las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013.

<sup>13</sup> Como manifiesta Cerrillo Martínez: «Como ha destacado tradicionalmente la doctrina, la incompatibilidad persigue la defensa del interés público, la dedicación al cargo y sus exigencias, así como los principios de objetividad, neutralidad, eficacia y economía». Sin embargo, como el mismo autor apunta citando a Jiménez Asensio «la pretensión de estos sistemas de incompatibilidades no es otra que garantizar la imparcialidad, la independencia, la transparencia y la eficacia en el ejercicio de sus funciones por los altos cargos», aunque acto seguido recuerda que «estos objetivos son de imposible cumplimiento si no se complementa esta medida con otros elementos», (Cerrillo I Martínez, 2014:45).

<sup>14</sup> De hecho, por ejemplo, el propio artículo 3.3 Ley 3/2005 permite la compatibilidad con la actividad docente universitaria siempre que no «suponga detrimento de su dedicación».

En este sentido, el artículo 26 de esta última norma, dedicado a los principios de buen gobierno, podemos extraer un principio general que exige que los altos cargos ejerzan «sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios» –art. 26.2.a).2.º– y un principio de actuación que le impone el desempeño de su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses» –art. 26.2.b).1.º–. De estos principios podemos extraer la clave de la dedicación exclusiva, que se hallaría o residiría en exigir el desempeño de su actividad con «plena dedicación». El propósito o fin último sería crear un ambiente en el que el alto cargo pueda desarrollar sus funciones, sin distracciones, con una plena concentración en la actividad que desarrolla<sup>15</sup>, sin perjuicio, de que puede evitar en algunos casos situaciones de conflicto de interés, aunque no sea su fin principal pues para esto último se encuentra el régimen previsto en el artículo 11 de la Ley 3/2015.

Sin embargo, pese a la importancia y necesidad de la exigencia de la dedicación exclusiva, la legislación sobre el régimen de los altos cargos, desde sus comienzos fue consciente de que no podía tener un carácter absoluto o rígido –aunque el artículo 3 de la Ley Andalucía 3/2005 en su redacción originaria exigía dedicación absoluta y exclusiva–. Por ello, junto con la consagración del citado principio se contempló y se contemplan, como tendremos ocasión de analizar en los próximos epígrafes, una serie de excepciones que permiten compatibilizar la actividad del alto cargo tanto con actividades públicas, que logran hacer más versátil al mismo, como privadas, evitando lo que se ha denominado la «muerte civil» del alto cargo. Todo ello, sin perjuicio de que la regla general, como hemos visto, sea la incompatibilidad de toda actividad pública o privada ajena al cargo, pese a la existencia de excepciones<sup>16</sup>.

### III.2. Principio de retribución única

Junto con el régimen de dedicación exclusiva se establece el principio de incompatibilidad económica o de retribución única que les impide percibir más de una remuneración<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Como manifiesta Fernández Valmayor «El sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas constituye también, como se comprende, una parte importante de la garantía de una actuación administrativa basada en los principios de ética pública», (Carro Fernández-Valmayor, 2010: 23).

<sup>16</sup> Véanse los artículos 4, 5 y 6.d) y f) de la Ley Andalucía 3/2005 y 4 del Decreto Andalucía 176/2005.

<sup>17</sup> En este sentido es interesante observar que la Ley Andalucía 3/2005 inicialmente en su objeto –art. 1– regulaba el régimen de incompatibilidades, así como la declaración de actividades, bienes e intereses y fue la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de

Esta regla tiene sus excepciones en las actividades privadas compatibles, pero en el caso de actividades públicas compatibles, la cuestión es diversa. Así, se prevén tres supuestos:

- a) Los altos cargos ostenten la condición de parlamentario en el Parlamento de Andalucía –expresamente previsto en el art. 3.2 Ley Andalucía 3/2005– en ningún caso podrán percibir ni retribución ni percepción alguna por cualquier concepto que pudiera corresponderles por su condición de diputados.
- b) Los altos cargos que ocupen, con la autorización del Gobierno, un segundo cargo en el sector público, por razones de especial interés público<sup>18</sup> –art. 3.4 Ley Andalucía 3/2005– en cuyo caso les estará prohibido recibir más de una retribución.
- c) Los altos cargos que formen parte en órganos colegiados o de otra naturaleza de la Administraciones Públicas cuando les correspondan con carácter institucional o para los que fuesen designados en función del cargo, así como en los supuestos que pudieran representar a la Administración de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público. En estos supuestos, la Ley 3/2005 –art. 4– prevé que las cantidades que se devenguen por cualquier concepto, incluidas la indemnizaciones por asistencia, serán ingresadas directamente por el organismo o empresa en la Tesorería de la Comunidad Autónoma (art. 5 Decreto Andalucía 176/2005).

Como puede apreciarse, en los supuestos de que compatibilicen el cargo con la condición de diputado existe una prohibición absoluta de percibir cualquier concepto –ni retribución ni percepción alguna– al igual que sucede con aquellos altos cargos que formen parte en órganos colegiados o de otra naturaleza de la Administraciones Públicas cuando les correspondan con carácter institucional ..., en los que el resultado es el mismo que el anterior pero con la diferencia de que todas las cantidades que se devenguen deberán ser ingresadas directamente por el organismo o empresa en la Tesorería de la Comunidad Autónoma (arts. 4.3 Ley Andalucía 3/2005 y 5 Decreto Andalucía 176/2005).

Andalucía, y 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, la que incluyó también el concepto retribuciones.

<sup>18</sup> La redacción de la Ley hasta la modificación efectuada por la Ley Andalucía 2/2001, prohibía recibir «más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas, ni de los organismos, entidades y empresas de ellos dependientes o con cargo a los órganos constitucionales» –art. 3.3–.

Distinto es el supuesto de que ocupen un segundo cargo con los requisitos exigidos, al menos eso parece, cuando prohíbe la percepción de una segunda retribución pero quizá en ese concepto no entren las indemnizaciones por asistencia u otros conceptos que en los casos anteriores parecen absolutamente prohibidos.

En la teoría resulta lógico y plausible que a un alto cargo, en el desarrollo de las actividades públicas compatibles, le sean reembolsados los gastos que le origine el desempeño de sus funciones. El problema, como han puesto de manifiesto Mir y Cruz<sup>19</sup>, es que aunque el dirigente desempeñe dos labores y que esté prohibido que perciba dos salarios, no sucede lo mismo con las dietas por transporte, manutención, etc., que adquieren por ambas tareas<sup>20</sup>.

### III.3.3. Incompatibilidades de los altos cargos

La Ley obliga a los altos cargos de declarar sobre las casusas de posible incompatibilidad en el plazo que se establezca reglamentariamente –art. 10–, es decir, en el plazo de dos meses desde la fecha del nombramiento (art. 7.2 Decreto Andalucía 176/2005). En este sentido, la regulación resulta enormemente pobre y carece de la agilidad necesaria para detectar las posibles incompatibilidades pues, como mínimo, el alto cargo estará dos meses en esta situación de incompatibilidad sin que fuese detectado por la Administración. Por este motivo, entendemos que la fórmula empleada por la normativa andaluza no es operativa. Para intentar solventar esta situación proponemos de *lege ferenda* que fuese obligatorio, por parte de los altos cargos, presentar una comunicación, previa al nombramiento, de las posibles causas de incompatibilidad pues, a diferencia de las declaraciones de actividades, bienes e intereses que responden a un principio de transparencia y de publicidad sin que afecten a la eficacia o imparcialidad, las declaraciones de incompatibilidad pueden tener efectos sobre el propio nombramiento como veremos más adelante y, por ello, no resulta razonable se establezca el mismo plazo

<sup>19</sup> S. Mir y G. Cruz, *Mamá, quiero ser político*, La Esfera de los libros, 2013. Véase la reseña del mismo en el artículo ¿Cuántos sueldos puede cobrar un político?, en ABC, de 9 de diciembre de 2013, <http://www.abc.es/espana/20131209/abci-cuanto-cobran-sueldo-cargos-201312041749.html> (consultado el 22 de marzo de 2021).

<sup>20</sup> Así, en el diario *El Mundo*, del 9 de marzo de 2013, bajo el titular «La presidenta de Navarra pide perdón por el cobro de dietas de hasta 5.000 euros», se manifestaba que «En una carta publicada por el 'Diario de Navarra' y titulada "No puedo cambiar el pasado, pero sí el futuro", la presidenta señala que el cobro de dietas, que podían superar en una jornada más de 5.000 euros, fue una práctica habitual durante décadas en la Comunidad Foral», <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/09/espana/1362825837.html> (consultado el 24 de julio de 2021). Como ejemplo, también puede verse la noticia publicada en el *Diario Expansión*, el 3 de junio de 2021, «Los altos cargos de la Generalitat podrán seguir cobrando dietas», en la que se señalaba que «Según Rodríguez, la vicepresidenta del Govern, Joana Ortega, ha cobrado 6.000 euros en dietas por asistir a 11 reuniones de un órgano del que participa por su cargo en el Govern; el conseller de Empresa Felip Puig, y el de Territori, Santi Vila, han cobrado 11.000 euros por acudir a 26 reuniones y el secretario del Govern, Jordi Baiget, percibió 24.000 por reunirse en 46 ocasiones», <http://www.expansion.com/catalunya/2015/06/03/556f4bb6e2704e7c538b4595.html> (consultado el 24 de julio de 2021).

para la presentación de una y otra. Sólo de esta manera, el futuro alto cargo podría adecuar su situación al régimen de incompatibilidades, sin incurrir en ninguna infracción de las contempladas en la Ley, en la medida que aún no habría sido designado.

### III.3.2 Causas de incompatibilidad y sus consecuencias

Los altos cargos son incompatibles, como dispone el artículo 6 de la Ley Andalucía 3/2005, como una consecuencia necesaria de la dedicación exclusiva prevista en el artículo 3 del mismo texto legal, entre sí y en particular, con una serie de previsiones que se ha visto ampliada notablemente por la modificación operada por la disp., final 2.4 de la Ley Andalucía 2/2021. Una modificación que ha incluido a los nueve supuestos recogidos originariamente otros siete (de la letra j a la letra o). Unas causas de incompatibilidad que, al margen de las posibles consecuencias sancionadoras, se derivan unas consecuencias directas previstas en el artículo 8 de la Ley Andalucía 5/2005.

Las causas de incompatibilidad y sus consecuencias se pueden observar en el siguiente cuadro:

### Consecuencias de la falta de compatibilidad

Incompatibilidad	Consecuencias
Con todo otro cargo que figure al servicio o en los presupuestos de las administraciones, organismos o empresas públicas, o con cualquier actividad por cuenta directa o indirecta de las mismas, así como las funciones públicas retribuidas mediante arancel, participación o cualquier otra forma especial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.3. [art. 6.a)]	Pase a la situación administrativa que en cada caso proceda (art. 8.1)
Con el desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden, funciones de dirección o de representación, así como de asesoramiento y mediación de empresas o sociedades concesionarias, empresas inmobiliarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o con participación o ayudas del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas, con la excepción prevista en el artículo 5.1. [art. 6.b)]	(Art. 8.2)  Suspensión en el ejercicio de los cargos.  +  Prohibición de obtenerlos mientras ejerzan los que son causa de incompatibilidad y durante dos años después de su cese siempre que los asuntos y las entidades guarden relación directa con las funciones que ejercía.  <i>Excepciones:</i>  Cuando fueren designados para los mismos en representación de las Administraciones Públicas.  Cuando los estuvieren ejerciendo y hubieren cesado por razón de su nombramiento.

Con el ejercicio de cargos, por sí o por persona interpuesta, que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de compañías, sociedades mercantiles y civiles, y consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas [art. 6.c)]	Suspenderán también toda actuación o actividad propia de los cargos comprendidos en el mismo, por todo el tiempo que sirvan los que dan causa a la incompatibilidad, durante cuyo término de servicio tampoco podrán obtener nuevos cargos; si bien al cesar en aquéllos podrán reintegrarse al ejercicio de éstos, sin restricción alguna de plazo. (art. 8.3)
Con el ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades científicas no retribuidas y sin dedicación horaria obligatoria, y siempre que no suponga detrimento de su dedicación [art. 6.d)] <sup>21</sup>	Cese en el ejercicio profesional activo mediante sustitución, mientras sirvan el cargo (art. 8.4)
Con la percepción de pensiones de derechos pasivos o de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio [art. 6.e)]	Las pensiones que se perciban, se ingresarán en la Tesorería de la Comunidad Autónoma (art. 8.5)
Con la gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos, cuando por la índole de las operaciones de los asuntos competa a las administraciones públicas resolverlos o quede implicado en ellos la realización de algún fin o servicio público [art. 6.g)].	Prohibición de las actividades referidas durante el ejercicio del cargo y, con el alcance y en términos previstos en el art. 7.2 –igualmente se abstendrán de desarrollar actividades privadas directamente relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese en el desempeño de dicho alto cargo– hasta dos años después de su cese (art. 8.6)

<sup>21</sup> En la redacción vigente hasta la aprobación de la Ley Andalucía 2/2021 la redacción de esta causa de incompatibilidad era: «Con el ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades culturales o científicas efectuadas de forma no continuada.».

<p>Con ser encausados judicialmente por delitos de falsedades, contra la libertad, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, contra la Constitución, contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Comunidad Internacional, de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, contra el orden público, de financiación ilegal de los partidos políticos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o por cualesquiera otros delitos dolosos castigados con penas graves o que conlleven inhabilitación especial para empleo o cargo público o suspensión de empleo o cargo público, desde que sea firme la resolución que acuerde la apertura del juicio oral o el procesamiento y hasta que finalice la causa por todos sus trámites, incidentes y recursos, o bien hasta que se acuerde el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa [art. 6.j)].</p>	<p>Cese en el nombramiento de alto cargo (art. 8.7)</p>
<p>Con ser condenados por sentencia firme por la comisión de delitos de falsedades, contra la libertad, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, contra la Constitución, contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Comunidad Internacional; de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; contra el orden público, de financiación ilegal de los partidos políticos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o por cualesquiera otros delitos dolosos castigados con penas graves o que conlleven inhabilitación especial para empleo o cargo público o suspensión de empleo o cargo público, hasta que los antecedentes penales hayan sido cancelados [art. 6.k)].</p>	
<p>Con ser condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, por delitos distintos a los indicados en el párrafo k), hasta que se haya cumplido la condena [art. 6.l)].</p>	
<p>Con ser inhabilitados para empleo o cargo público o suspendidos de empleo o cargo público, por sentencia o resolución administrativa firme, por el tiempo que dure la condena o sanción, en los términos previstos en la legislación penal o administrativa [art. 6.m)].</p>	
<p>Con ser inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia firme de calificación del concurso [art. 6.n)].</p>	
<p>Con ser titulares o autorizados de cuentas bancarias o de otros activos financieros en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, en los términos previstos en el artículo 5.2, hasta que se demuestre de modo fehaciente la cancelación de la cuenta o del correspondiente activo financiero, o bien dejen de ser titulares o autorizados de esas cuentas bancarias u otros activos financieros [art. 6.ñ)].</p>	
<p>Con ser sancionados mediante resolución administrativa firme, por la comisión de infracciones administrativas tipificadas en la Ley de lucha contra el fraude y la corrupción y protección de la persona denunciante, hasta la finalización del plazo de prescripción de la sanción y con independencia de que la misma haya sido ejecutada y cumplida [art. 6.n)].</p>	

### III.3.3. Actividades compatibles

#### III.3.3.1. Actividades privadas compatibles

La Ley Andalucía 3/2005 no contiene ningún precepto específico dedicado a la compatibilidad del cargo público con las actividades privadas, como el caso de numerosas Comunidades Autónomas como es el caso de Cantabria, Cataluña, La Rioja o Galicia, entre otras, o de la anterior ley estatal de altos cargos<sup>22</sup>. Así, la Ley andaluza únicamente contempla un precepto –art. 5– que recoge el régimen de la compatibilidad con la administración del patrimonio personal o familiar y el resto de la actividades privadas compatibles se encuentran en el artículo dedicado al régimen general de incompatibilidades –prohibiendo la compatibilidad y después estableciendo una excepción– y también, tras la reforma efectuada por la Ley Andalucía 2/2021 –disp. final 2.2– en el artículo 3, bajo la rúbrica *dedicación exclusiva*.

Por su parte el Decreto Andalucía 176/2005, en el artículo 4, bajo la rúbrica *Actividades exceptuadas*, recoge las actividades exceptuadas del régimen de dedicación absoluta y exclusiva, entre las que se encuentran las públicas, en el apartado primero, y las privadas en el segundo.

La falta de sistemática es significativa ya que produce una ausencia de armonía en el texto de la Ley que no ha sido subsanado en las distintas reformas efectuadas pero aún más importante era el hecho de que se permitía la compatibilidad sin limitación alguna en los supuestos permitidos. Es decir no quedaba condicionada a que no comprometiese la imparcialidad o independencia o a que supusiese un menoscabo al ejercicio del cargo pese a que pudiera, de alguna manera y haciéndose una interpretación finalista, entenderse que va implícito. Esta cuestión si ha sido subsanada y ahora para el desarrollo distintas actividades, con la salvedad de la administración del patrimonio personal y familiar, se requiere que no supongan un detrimento en el ejercicio de su dedicación<sup>23</sup>.

#### III.3.3.1.1. Administración del patrimonio personal o familiar

Resulta razonable, como ha puesto de manifiesto Sarmiento Méndez, que la persona que accede a la condición de alto cargo pueda continuar con la administración de su patrimonio pues no sería lógico que se le impidiese la supervisión de sus

<sup>22</sup> Art. 10 Ley 5/2006. La vigente Ley estatal –Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado– elimina la sistemática de la Ley 5/2006 y establece las compatibilidades a lo largo del articulado pero, sin embargo, dedica un artículo a las limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese –art. 15–.

<sup>23</sup> Véanse los artículos 3.3; 6.d) y f) Ley Andalucía 3/2005.

intereses económicos (Sarmiento Méndez, 1996:345)<sup>24</sup>. De este modo, la Ley Andalucía 5/1984 ya disponía, en su artículo 4, que las actividades derivadas de *la mera administración el patrimonio personal o familiar* no están sujetas al régimen de incompatibilidad. Esta redacción original del artículo 5 de la Ley Andaluza 3/2005. Una redacción que no resulta muy afortunada, aunque sea la misma que se recoge en la legislación estatal y la mayoría de las disposiciones autonómicas, pues, como bien ha puesto de manifiesto (Meseguer Yedra 2007: 193), el término «mera» debe entenderse como una restricción del alcance de lo que es, en efecto, una pura excepción que es calificada por Sánchez Blanco como una expresión poco afortunada (Jiménez Blanco, 1996: 226)<sup>25</sup>.

La Ley Andalucía 3/2005 en su redacción original recogía una excepción al régimen de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar, en los supuestos de «participación superior al diez por ciento entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro, hijos menores y personas titulares en sociedades que tengan conciertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local». Una previsión similar ya se encontraba en la Ley del 84, sin embargo la redacción mejoraba notablemente la anterior en la medida que la primera no contemplaba a las parejas de hecho y personas tuteladas y sólo se producía la incompatibilidad en los supuestos en que la participación fuera superior al diez por ciento en las sociedades que tuviesen conciertos de obras, servicios o suministros, cualquiera sea su naturaleza, exclusivamente cuando aquéllos fueran con la entidad pública en la que desempeñase su cargo, mientras que con la ley versión de 2005 esta limitación fue eliminada, ampliándose a todo el sector público estatal, autonómico o local.

<sup>24</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de junio de 2014 manifiesta que «De entenderse que cualquier relación entre la función pública a la que se pretende acceder y la profesión que se ejerce, es por sí solo determinante de incompatibilidad, resultaría que sólo los ciudadanos con nulo pasado profesional, pueden acceder a un cargo público. O lo que es lo mismo: sólo pueden acceder los profesionales de la política. La interpretación de la norma ha de permitir el acceso a la vida pública a profesionales de la actividad privada porque ello redundaría en beneficio de la sociedad, que se vería privada de poder tener gestores y dirigentes altamente cualificados en su distintos campos profesionales, y además, un ente tras una interpretación tan restrictiva y constrictora, constituiría una interpretación disuasoria para aquéllos, porque en su caso acceder a la vida pública les comportaría un quebranto absoluto en su vida, de forma que al fin se traduciría en una discriminación intolerable e incompatible con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución».

<sup>25</sup> Algunos autores han criticado el empleo del verbo administrar por entender que en el orden jurídico civil se contraponen a disponer y, por tanto, se podría llegar al absurdo de que un ministro no pudiera vender un inmueble de su propiedad. Desde nuestra posición esta interpretación debe ser rechazada pues administrar, en la tercera acepción del Real Diccionario de la Lengua Española, se define como «Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes» y, por tanto, entendemos que la administración también lleva implícito la disposición de los bienes que integran el patrimonio. Véase. Meseguer Yedra, 2007: 193-194.

La Ley Andalucía 2/2021 ha llevado algunas a cabo algunas modificaciones en esta cuestión, esto es cuando se trata de la participación superior al 10% del capital de sociedades. Así siguiendo el ejemplo de la Ley estatal 3/2015, elimina toda referencia al cónyuge, pareja de hecho, hijos menores, para referirse a la participación directa o por persona interpuesta –se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo–, y extiende la prohibición para las sociedades que tuviesen conciertos, contratos pero también concesiones de cualquier naturaleza con el sector público, estatal, autonómico o local, pero también se aplica a aquellas que reciban subvenciones de cualquier administración pública<sup>26</sup>.

Un límite del 10% que no se aplica en los supuestos en los que el capital suscrito por el alto cargo sea superior a 600.000 euros y sus participaciones supongan una posición en la sociedad que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

Esta cautela se vio reforzada, en cierta medida, con la obligación que se impone, en el artículo 9 de la Ley Andalucía 3/2005 –una reproducción del artículo 8 de la Ley Andalucía 5/1984–, a las empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta

<sup>26</sup> En el informe del Consejo de Estado al proyecto de ley estatal se plantearon numerosas cuestiones relativas a esta cuestión que son extrapolables a la Ley Andaluza 3/2005 pues la redacción es idéntica. La primera cuestión que sobresale, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, es que el ámbito subjetivo del régimen de limitación patrimonial en participaciones societarias es más limitado, en tanto que la redacción proscribió la tenencia de participaciones al alto cargo «por sí o por persona interpuesta», expresión que ha sustituido a la referencia que el artículo 6.1 de la Ley 5/2006 contenía al alto cargo «por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas». Continúa el Consejo de Estado manifestando que «Se dice que parece ser más limitado porque se aprecia cierta ambigüedad en la redacción del precepto en la medida en que la referencia anterior “junto con cónyuge”, sea cual sea el régimen económico matrimonial, persona que conviva en análoga relación de afectividad, hijos dependientes y personas tuteladas se aludía a un criterio para computar el volumen de la participación mientras que la referencia a la persona interpuesta es una precisión relativa al concepto de tenencia». De esta manera, el órgano consultivo recomendaba aclarar si la expresión “persona interpuesta” debe entenderse referida al “tercero independiente” al que se refiere el artículo 14.3, o a la entidad financiera encargada de la gestión y administración de las acciones y participaciones del alto cargo prevista en el artículo 18.1 del por entonces anteproyecto. Lo cierto es que no queda especialmente clara esta cuestión, pues el artículo 14.3 cuando se refiere al tercero independiente, entiende «como tal a un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1». Por último, el Consejo de Estado instaba al Gobierno a precisar si el volumen de participación previsto en el apartado 1 del artículo 14 —esto es, el diez por ciento— debía calcularse sumando automáticamente a las participaciones propias las del cónyuge e hijos dependientes o solo cuando éstos puedan ser considerados persona interpuesta, si es que así fuera. En este sentido, la redacción del precepto parece que no ofrece duda alguna, pues se dispone que “los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones...”, y, en consecuencia estimamos que solo podrán sumarse los porcentajes cuando pueda demostrarse que aquellas tienen la condición de personas interpuestas. En este sentido, consideramos más acertada la fórmula de la Ley 5/2006, que partía de la premisa de que las participaciones del cónyuge en sentido amplio, hijos dependientes y personas tuteladas se incluían directamente en el porcentaje del alto cargo. La opción de la Ley 5/2006 tampoco era perfecta pues en ella eran excluidas todas aquellas personas interpuestas que no fueran las anteriores. Por ello, entendemos que debería haberse mantenido la formulación anterior que funcionaba como una presunción iure et de iure, e incluir la figura de la persona interpuesta, que puede incluir incluso personas jurídicas o físicas, pero en este caso tendría que demostrarse el carácter interpuesto.

de Andalucía o a través de sus entes instrumentales, de acreditar, mediante, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración persona alguna de los que tienen la condición de alto cargo con arreglo a la Ley Andalucía 3/2005. Una acreditación que en la redacción original del artículo 9, requería la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente y tras las modificación operada por la Ley Andalucía 2/2021, resulta admisible una declaración responsable por parte de la personas que presente la respectiva oferta.

La falta de la certificación o de la declaración responsable supondrá el rechazo de las proposiciones que no acompañen dicha certificación o declaración responsable, junto a los documentos requeridos en cada caso.

Por último, la disposición final 2.3 de la Ley Andalucía 2/2021 incluyó un punto segundo al artículo 5 de la Ley Andalucía 3/2005 para impedir a los altos cargos que puedan «ser titulares o autorizados de cuentas bancarias o de otros activos financieros en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, ya sea directamente o a través de sociedades en las que posean una participación superior al cinco por ciento». En estos casos, la participación podrá ser directa o indirecta, a diferencia del resto participaciones contempladas en el primer apartado del artículo citado, a través de cónyuges o parejas de hecho inscritas en el correspondiente registro, y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad y nada prevé en relación a otras personas interpuestas.

### III.3.3.1.2. Producción y creación literaria, artística, científica y técnica

Resultan compatibles, como manifiesta el artículo 4.2.a) del Decreto Andalucía 176/2005 «las actividades de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas podrán efectuarse de forma no habitual y siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios».

La creatividad es una manifestación del principio de libertad de expresión, un medio de desarrollo de la personalidad y un derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución que reconoce el derecho a la «producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Y, en consecuencia, no puede ser cercenado por ninguna norma de incompatibilidad, sin embargo, ello no es obstáculo para que se establezca la limitación o la salvedad que introduce el precepto que prohíbe las publicaciones derivadas de aquéllas de forma habitual y que sean consecuencia de una relación de empleo o de una prestación de empleo, pues, en estos supuestos, al existir una relación permanente y habitual se produciría la existencia de vínculo laboral que no sería aceptable. Por tanto, no queda limitada, como es lógico, la creación literaria, artística... que pertenecen a la esfera del individuo sino que

exclusivamente se limita la publicación de las mismas cuando derive de una relación de empleo o prestación de servicios<sup>27</sup>. El concepto publicación debe entenderse en un sentido amplio pues existen creaciones que no se publican como por ejemplo, esculturas, pinturas y, por tanto, el término debe entenderse en un sentido finalista.

### III.3.3.1.3. Colaboración y participación en congresos, seminarios, conferencias, jornadas

El artículo 4.2.b) del Decreto Andalucía 176/2005 excluye del régimen de incompatibilidades la colaboración y participación de altos cargos en congresos, seminarios, conferencias, jornadas, coloquios o cursos. Pero para que se produzca esta compatibilidad se requieren dos requisitos: a) el carácter esporádico y ocasional de la actividad y b) que no estén financiados específicamente por la Administración de la Junta de Andalucía.

Una aplicación estricta del precepto llevaría pensar que los altos cargos no podrían participar ni colaborar, en modo alguno, cuando la actividad se encuentre financiada por la Junta de Andalucía, sin embargo, esta interpretación literal debe ser abandonada o desechada pues debemos entender que el precepto se refiere exclusivamente a las actividades de esta naturaleza ajenas al cargo. No tendría sentido que un Consejero no pudiese pronunciar una conferencia en un congreso financiado por su propia Consejería cuando su intervención se deba precisamente al cargo que ocupa, lo que no podría es percibir ingreso alguno en virtud de su intervención.

La participación de los altos cargos en el resto de actividades, según algunos autores, puede resultar peligrosa en orden a preservar la imparcialidad de los mismos pues es frecuente que las retribuciones sean cuantiosas y, en numerosas ocasiones, están organizados y/o promovidos por colectivos interesados. Sin embargo, y pese a

<sup>27</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 2 de noviembre de 1989 (RTC 1989\178), analiza la posible inconstitucionalidad de la limitación –va referida a la Ley estatal de 1984 pero el contenido es el mismo que el de la Ley Andalucía 3/2005– al considerar los recurrentes que la salvedad establecida condicionaba el ejercicio de la libertad de expresión. El Alto Tribunal manifestó que «no hay tal condicionamiento, sin embargo, si se tiene en cuenta la finalidad que persigue el precepto, que es, precisamente, excluir del régimen de incompatibilidades –con todas sus consecuencias, incluidas, claro es, las de naturaleza económica– la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Que se haga la salvedad de la producción realizada como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios para nada afecta a dicha libertad, sino exclusivamente a la titularidad de la referida producción, que, por recaer en el ente público de que se trate, ningún sentido tiene que se exceptúe ese supuesto del régimen de incompatibilidades. Los demandantes reprochan también la limitación a la ocasionalidad, contenida en los apartados g) y h) del repetido precepto, que consideran que infringe, simultáneamente, los arts. 20 y 27 de la Constitución. La limitación en cuestión es, sin embargo, perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de las actividades a que se refieren los apartados g) y h) del art. 19 de la Ley impugnada podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente ente público» (F. J. undécimo).

ello, ninguna de las leyes autonómicas ha prohibido la percepción de cantidades (García Mexía, 2001:198).

En cuanto al requisito de la ocasionalidad, como ha dejado de manifiesto, Meseguer Yedra «es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de la actividad (...) podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente Organismo o Ente público» (Meseguer Yedra, 2007: 197); es decir, podría colisionar con el principio de dedicación exclusiva.

La reforma operada por la Ley Andalucía 2/2021 en la Ley Andalucía 5/2005 ha incorporado en esta materia algunas cuestiones interesantes.

Así, el artículo 3.3 de la Ley Andalucía 3/2005, permite, de manera retribuida o no y con el límite de setenta y cinco horas, que los altos cargos «puedan participar en seminarios, jornadas o conferencias organizadas por centros oficiales destinados a formación del personal de las administraciones públicas, siempre y cuando no tenga carácter permanente y participen en los mismos por razón del cargo, de su especialidad profesional o de la posición que ocupen en la organización administrativa del sector público.». En estos casos, entendemos que cuando participen por razón del cargo o en virtud de la posición que ocupan en la Administración no podrán ser retribuidos por la intervención.

Igualmente se incluye, por primera vez, la posibilidad de que los altos cargos puedan impartir docencia universitaria, retribuida o no, con el límite no superior a las setenta y cinco horas anuales o su equivalencia con el régimen de dedicación del profesorado expresado en créditos ECTS<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Alguna Comunidad Autónoma ha previsto, al margen de esta participación ocasional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, la compatibilidad con la docencia universitaria. Este es el caso, p.e., del art. 6. *Compatibilidad con actividades privadas*, de Ley Navarra 19/1996 cuando dispone que: «El ejercicio de un puesto de alto cargo será compatible con las siguientes actividades privadas, siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función: d) La docencia en centros universitarios, siempre que se realice en régimen de dedicación a tiempo parcial, con una duración determinada y que no suponga menoscabo en el ejercicio del cargo público» o el art. 7 Ley Canarias 3/1997, *Compatibilidad con la función docente*, cuando manifiesta que: «1. Los altos cargos podrán compatibilizar sus actividades propias con funciones universitarias en régimen de dedicación a tiempo parcial, previa autorización expresa del Gobierno de Canarias, en la que se fijarán los límites retributivos máximos a percibir, así como el número máximo de horas de ejercicio de la actividad compatible». La Ley Galicia 1/2016 es amplia en este sentido en cuanto que se refiere al ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado, cuando en su artículo 41, *Compatibilidad con el ejercicio de la docencia*, dispone que: «1. Se podrá compatibilizar, cumplidas las restantes exigencias de la presente ley, el ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado, siempre que no supongan menoscabo de la dedicación en el ejercicio del cargo público y se realice en régimen de dedicación a tiempo parcial. 2. El desarrollo de esta actividad no podrá suponer en ningún caso incremento alguno sobre las cantidades que por cualquier concepto corresponda percibir por el ejercicio del cargo público, con excepción de las indemnizaciones por gastos de viajes, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente en el área docente, y dándoles idéntico destino a

La Ley Andalucía 3/2005 exige que en el caso de los seminarios, congresos, jornadas...no tenga un carácter permanente mientras que en la docencia universitaria exclusivamente se requiere que no suponga un detrimento de su dedicación, hecho que permitiría que fuera compatible con un contrato de profesor asociado o la docencia en master, doctorado o grado de forma mediante alguna fórmula contractual.

#### III.3.3.1.4 Participación en actividades de instituciones culturales o benéficas

La Ley Andalucía 3/2005 incluía, en su redacción originaria, entre las incompatibilidades, «... toda clase de actividades en instituciones culturales o benéficas, salvo autorización del órgano que los nombró o que fueran anejas al cargo» –art. 6.f)–, y posteriormente el Decreto Andalucía 176/2005 le daba y le da –no se ha modificado el precepto desde su publicación– una redacción positiva a esta incompatibilidad permitiéndola cuando sean autorizadas o sean ajenas al cargo –art. 4.2.b)–.

Entrando en el contenido material del precepto, en su momento afirmábamos que del régimen vigente en el momento de la aprobación de la Ley, los altos cargos podían desempeñar toda clase de actividades en instituciones culturales o benéficas cuando fueran anejas al cargo y en los demás supuestos requerirá autorización.

Con todo, lo cierto era que la redacción de la excepción era parca por dos motivos (Perez Monguió 2011: 238-239).

a) No se precisaba a qué tipo de actividades se refería, pues parecía que no había excepción, cualquier tipo o modalidad de participación requerirá la autorización salvo que fuese ajena al cargo. En sentido, proponíamos de *lege ferenda* que se condicionase la participación a que no comprometiese la imparcialidad o la independencia del cargo.

los derechos económicos que, en su caso, pudiesen devengarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40.2.3. Para el ejercicio de las funciones docentes se requerirá la autorización expresa de la persona titular de la consejería competente en materia de función pública. 4. Los altos cargos comprendidos en el ámbito de aplicación de este capítulo podrán participar en las actividades a cargo de los centros oficiales de formación y perfeccionamiento del personal empleado público mediante la impartición de conferencias y cursos, siempre que dicha colaboración se produzca con carácter excepcional, así como en los congresos, seminarios y actividades análogas, teniendo derecho a la percepción de las indemnizaciones previstas reglamentariamente. Los centros de formación dependientes de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de los entes instrumentales del sector público autonómico comunicarán trimestralmente a las consejerías competentes en materia de presupuestos y de función pública el desglose de las cantidades satisfechas por los conceptos indicados.». En el caso de la Ley País Vasco 1/2014 se prevé, en relación a la declaración de actividades, que «la declaración relativa al ejercicio de las actividades docentes que vinieran desempeñando o que estuvieran comprometidas con anterioridad al inicio de la relación de servicio como cargo público se realizará antes de esta, quedando en suspenso la toma de posesión hasta que el Consejo de Gobierno se pronuncie sobre la compatibilidad» –art. 20.3–

b) No se concretaba qué características deben tener las instituciones culturales o benéficas, ¿pueden tener ánimo de lucro? ¿Delimitación de su ámbito territorial?...

Ante esta situación, proponíamos una modificación sustancial del precepto con objeto de dotarlo de la entidad suficiente para aclarar esos extremos y aportar seguridad jurídica y transparencia a la cuestión.

La redacción del precepto fue modificada por la disp. final 2.4 de la Ley Andalucía 2/2021, en la que se recogen parte de las observaciones realizadas en el año 2011. Así, al margen de ampliar la incompatibilidad de toda clase de actividades en entidades de cualquier tipo, excepciona la participación, siempre que sean ajenas al cargo –en ese caso no habría ningún problema al entenderse vinculadas al ejercicio del mismo– en fundaciones, asociaciones y demás entidades sin ánimo de lucro, despejando la duda si podían tener las mismas ánimo de lucro y también se solventa la incógnita del ámbito territorial pues se observa que no existe límite en ese sentido. Igualmente se requiere que no exista retribución alguna, exigiendo que sean de interés social o cultural.

La modificación del precepto elimina la obligación de autorización previa del órgano que lo nombró para participar en este tipo de actividades cuando fueran ajenas al cargo pero, sin embargo, no es la realidad pues el Decreto Andalucía 176/2005 requiere esa autorización en esos casos –art. 4.2.b–.

Por último, la modificación no ha incluido la propuesta de *lege ferenda* de que se condicionase la participación a que no comprometiese la imparcialidad o la independencia del cargo pero, sin embargo, si exige que no suponga un detrimento de su dedicación.

### III.3.3.2. Actividades públicas compatibles

En la Ley se distinguen dos ámbitos públicos de compatibilidad: uno representativo, de carácter personal y de una legitimación directa como es el de parlamentario y otro de carácter representativo, institucional y de legitimación indirecta, vinculados o no a la condición de alto cargo, que les permite formar parte de los órganos colegiados o de otra naturaleza de las Administraciones Públicas cuando les corresponda con carácter institucional o para los que fuesen designados en función del cargo y de representar a la Administración de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público –art. 3.2 y 4 Ley Andalucía 3/2005–.

### Actividades públicas compatibles

Actividad	Requisitos específicos	Requisitos comunes
Formar parte de los órganos colegiados o de otra naturaleza de las Administraciones Públicas	Exclusivamente cuando les corresponda con carácter institucional o para los que fuesen designados en función del cargo	Las cantidades que devenguen por cualquier concepto, incluidas las indemnizaciones por asistencia, serán ingresadas directamente por el organismo o empresa en la Tesorería de la Comunidad Autónoma.
Representar a la Administración de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público <sup>29</sup> .		
Parlamentarios en el Parlamento de Andalucía	En ningún caso podrán percibir retribución o percepción de cantidad alguna que por cualquier concepto pudiera corresponderles por su condición de diputados (art. 3.2 Ley Andalucía 3/2005)	

<sup>29</sup> La presencia de altos cargos en representación de la Administración General del Estado, sirva de ejemplo para evidenciar el debate existente, en los órganos colegiados, directivos o Consejos de Administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de Derecho Público ha sido cuestionada desde hace años (Carro Valmayor, 2010:30). De esta manera, Meseger Yebra 2007:178y ss) entiende que «Esa pertenencia hacía inevitable pensar que las entidades públicas empresariales en cuyo Consejo de Administración participasen altos cargos gozarían de una posición privilegiada en el sector de mercado en el que operasen, por cuanto gozarían de una posición privilegiada en el sector de mercado en el que operasen, por cuanto gozaban de una información estratégica privilegiada sobre la evolución coyuntural y futura del mercado en el que aquellas competirían con otros sujetos». Véase Sabam Godoy, 1991: 29 y ss). González Pérez (2014) considera que la presencia de altos cargos en Consejos de Administración de empresas de capital público constituye una grave corruptela administrativa y un atentado contra las reglas de la economía de mercado. Como muestra de la tensión en esta materia resulta bastante ilustrativo el debate que se produjo en el Congreso, en la VI Legislatura, entre el Diputado Hernández Moltó, del Grupo Parlamentario Socialista y el Ministro de Administraciones Públicas, Rajoy Brey. Así, el Diputado Socialista manifestaba «Fíjense ustedes si se habrán convencido de los criterios de utilidad de los cargos públicos que antes sólo podían ocupar dos Consejos de Administración de empresas públicas, que ahora ustedes pretenden elevarlo a cuatro. En cualquier caso, y al margen de esto, formulaba la pregunta también para que sirviera de recuerdo de lo que han sido sus posiciones —no sé si sirve de algo que ustedes recuerden su propia historia— en esta Cámara en la que hace tan sólo un año —no mucho más— ustedes hacían propuestas de proyectos de ley de bases de la empresa pública en las que, explícitamente, pensaban que había que llevar la prohibición a los altos cargos de la Administración pública para que no pudieran desempeñar al mismo tiempo el papel de reguladores y regulados, impidiendo su pertenencia a los Consejos de Administración de las empresas públicas. No satisfechos con esa prohibición, decían que esos consejos tenían que ser elegidos entre profesionales o expertos de reconocido prestigio técnico y, al mismo tiempo, había que reforzar los criterios de la función gestora de esos Consejos de Administración con ejecutivos que fueran conocedores reales de los asuntos de la empresa pública. No quiero recordarles su compromiso del programa electoral en el que los criterios de selección para los Consejos de Administración de las empresas públicas se basaban en primar la profesionalidad. Supongo que aquellos que, entre otros muchos, puede

#### IV. DECLARACIÓN DE ACTIVIDADES, BIENES, INTERESES Y RETRIBUCIONES

La Ley Andalucía 5/1984, en su artículo décimo, establecía la obligación de los altos cargos de formular declaración sobre las causas de incompatibilidad en la que debería constar la referencia a las actividades lucrativas profesionales, laborales, mercantiles o industriales<sup>30</sup>. Sin embargo, la Ley no exigía la declaración de los bienes patrimoniales que quedaban fuera de control y esta situación persistiría hasta la aprobación de la Ley 4/1990, de 23 de abril, por la que modifican determinados artículos de la Ley 5/1984, por la que se añade un punto tercero al artículo 10 en el que se dispone que «los Altos Cargos a que hace referencia esta Ley formularán además declaración de bienes patrimoniales». Posteriormente, este precepto sufriría una nueva modificación por la Ley 3/1994, de 5 de abril, por la que se determina la incorporación de las declaraciones tributarias al Registro de intereses y bienes de los altos cargos de la Junta de Andalucía, dando la redacción definitiva hasta la derogación de la Ley Andalucía 5/1984 por la Ley Andalucía 3/2005, manifestando que «Los titulares de cargos a que hace referencia esta Ley formularán declaración sobre las causas de posible incompatibilidad con arreglo al modelo que aprobará la Consejería de Gobernación. En dicho modelo deberá constar la referencia a las actividades lucrativas, profesionales, laborales, mercantiles o industriales de quienes accedan a los Altos Cargos, así como declaración de bienes patrimoniales, con expresión de su situación y valor a la fecha de la declaración, incorporando copia de la declaración-liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la del Impuesto sobre el Patrimonio, en caso de estar obligado a ello» (art. 10.1).

desempeñar el propio Secretario de Estado y Comunicación, que nos han sorprendido al ver la profundidad de sus conocimientos energéticos y petroleros, al comprobar que desempeña cargos en la empresa Repsol o, en el caso de Iberia, su presidente, o tantos otros sobre los que tendremos ocasión de ir preguntándoles uno a uno». Ante lo que el Ministro de Administraciones Públicas le respondió que «Por tanto, si ahora están de acuerdo, lo que tienen que hacer es decir: señores del Gobierno, estoy de acuerdo con ustedes y me alegro mucho la forma de gobernar que tienen ustedes. Por último, señor Hernández Moltó, quiero decirle que no es verdad que se suban de dos a cuatro; no es verdad, a pesar de que –y en eso sí que tengo que reconocer que hay una gran coherencia en el Grupo Socialista; a lo mejor hay que hacerlo, pero no lo vamos a hacer– hay algunos consejeros nombrados por el anterior Gobierno socialista que, ante el estupor general, se niegan a dimitir de altos cargos en los Consejos de Administración de empresas públicas (yo creo que por una malentendida coherencia con lo que eran los planteamientos del Gobierno socialista anterior). Aprovecho esta oportunidad para que les diga usted a esos consejeros nombrados por el anterior Gobierno socialista que presenten su dimisión de inmediato, porque estamos en una situación muy contraria a lo que dice su propio partido», véase DSCD núm. 46, de 27 de noviembre de 1996, p. 2288.

<sup>30</sup> Como manifiesta Mesguer Yebra (2007: 213) «muchos países, entre ellos la mayoría de los incluidos en los estudios del Comité de Administración Pública (PUMA), constituido en el seno de la OCDE, como es el caso de Finlandia, Países Bajos, Reino Unido, Estados Unidos y Australia, poseen instrumentos semejantes al regulado en este precepto, esto es, una declaración de bienes y patrimonio que en algunos sistemas, incluso, se aplica no sólo a altos cargos y miembros del Gobierno, sino también a determinados funcionarios públicos de alto nivel». Con la Ley estatal 5/2006 «se logra extender la obligación de efectuar declaración patrimonial para todo el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de incompatibilidades de altos cargos, dado que con la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sólo debían formularla los miembros del Gobierno, secretarios de Estado, subsecretarios y asimilados».

Para el cumplimiento de esta obligación el artículo 10 de la Ley Andalucía 5/1984 manifestaba que la declaración por parte de los altos cargos se realizaría con arreglo a un modelo que aprobaría la Consejería de la Presidencia, sin que se estableciese plazo para ello. Posteriormente se atribuiría esta obligación a la Consejería de Gobernación, mediante la Ley 3/1994, de 5 de abril, por el que se determina la incorporación de las declaraciones tributarias al Registro de intereses y bienes de los altos cargos de la Junta de Andalucía y en el Decreto 140/1992, de 28 de julio, se asignó a la Inspección General de Servicios. Esta competencia pasaría, por Decreto del Presidente 6/2000, de 28 de abril, sobre la reestructuración de Consejerías, a la Consejería de Justicia y Administración Pública al atribuirle las competencias que tenía la Dirección General de Organización Administrativa e Inspección de Servicios para pasar a la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, que pasó a denominarse Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios por el Decreto 305/2008, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública y que fue suprimida en el organigrama de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Decreto 133/2010). Actualmente, la competencia la ostenta la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e interior.

Es significativo que después de todo este periplo no fuese hasta el 2004 cuando, a través de Resolución de 7 de enero, de la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, se aprobase el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía.

La Ley Andalucía 3/2005, a diferencia de su antecesora con todas las modificaciones que sufrió, en esta materia era mucho más parca ya que se limitaba a recoger la obligación de los altos cargos de formular declaración de sus actividades, bienes e intereses, conforme se estableciese reglamentariamente y exigir la presentación de copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre Patrimonio de cada ejercicio económico –art. 11–<sup>31</sup>.

Una redacción que se fue implementada por la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, que incorporó la obligación de formular declaración de las distintas retribuciones

<sup>31</sup> Por el contrario el Reglamento, Decreto Andalucía 176/2005 resultaba muy preciso.

y extendió la declaración, conforme a lo que determinase el reglamento, «a las relaciones en materia de contratación con todas las Administraciones públicas y entes participados de los miembros de la unidad familiar de los altos cargos y otros cargos públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.».

#### IV.1. Obligación de declarar

La Ley Andalucía 3/2005, en su artículo 11, recoge la obligación de los altos cargos y otros cargos públicos de formular la declaración de sus actividades, bienes e intereses y retribuciones conforme a lo que se establezca reglamentariamente, es decir, conforme al capítulo II del Decreto Andalucía 176/2005 que, en cuanto a la obligación, reproduce, en su artículo 8.1, el contenido del precepto de la Ley. En este sentido resulta obligado señalar que la normativa andaluza, al igual que el resto, establece la obligación de declarar, el contenido, el plazo y otras cuestiones pero no determina el momento de partida de esa declaración y, por tanto se entiende que debe versar sobre las actividades, bienes e intereses existentes en el momento del nombramiento y del cese. Sin embargo, si el fin teleológico de esta medida es la transparencia del patrimonio de los altos cargos a lo largo del desarrollo de su función con objeto de eliminar toda duda sobre posibles enriquecimientos durante el mismo, de *lege ferenda* proponemos que la declaración debe abarcar las actividades, bienes, intereses y retribuciones con una anterioridad al nombramiento de un año. Sólo de esta manera puede evitarse que se puedan realizar operaciones de maquillaje justo antes del acceso al cargo<sup>32</sup>.

#### IV.2. La obligación de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad

La normativa andaluza articula un cauce información, en el artículo 16 del Decreto Andalucía 176/2005, bajo la rúbrica, *información en materia de incompatibilidades*, para que los nuevos cargos conozcan las obligaciones que se derivan de su nombramiento. De esta manera se impone, de forma genérica, a la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios<sup>33</sup>, la obligación de divulgación

<sup>32</sup> En el caso, entre otras, de la Comunidad de Madrid exige, aunque se refiera exclusivamente a las actividades, la obligación de efectuar declaración de todas las actividades desempeñadas por sí o mediante sustitución o apoderamiento, durante al menos el último año anterior a la toma de posesión (art. 9 Ley 14/1995).

<sup>33</sup> Decreto 601/2019, de 3 de diciembre, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía.

de las obligaciones en materia de incompatibilidades pero esta medida se complementa, a su vez, con la obligación de información a los altos cargos de sus deberes en materia de incompatibilidades en dos supuestos. El primero de ellos requiere un comportamiento activo y previo por parte de la Dirección General pues esta obligación surgirá cuando ésta tenga conocimiento del nombramiento o cese de un alto cargo como consecuencia de su publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*. El segundo supuesto, el conocimiento de la Dirección General del nombramiento del alto cargo es consecuencia de la obligación impuesta a las Consejerías, Organismos Autónomos, entidades de Derecho público, empresas públicas, fundaciones y consorcios con participación directa de la Junta de Andalucía superior al 50 por 100, de comunicar a la *Dirección General de Inspección y Evaluación*, en el plazo de un mes, los nombramientos y ceses que efectúen siempre que correspondan a cargos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 3/2005<sup>34</sup>. Todo ello sin perjuicio de la obligación que se impone a las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de divulgar las obligaciones que se derivan de la Ley Andalucía 3/2005 entre todos los altos cargos y otros cargos públicos de las mismas, organismos autónomos, entes, empresas públicas, fundaciones y consorcios dependientes de ellas.

#### IV.3. Contenido de las declaraciones de actividades, bienes, intereses y retribuciones

La Ley no concreta, como tampoco hacía su antecesora, las actividades, bienes e intereses que deben ser declarados por los altos cargos, remitiendo a un ulterior desarrollo reglamentario. En este caso, en el Decreto Andalucía 176/2005 se ha realizado un ejercicio plausible consistente en precisar explícitamente el contenido aportando seguridad jurídica a la materia pues durante la vigencia de la Ley anterior era una Resolución, concretamente por la que se aprobaba el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de los Altos Cargos, de 7 de enero de 2004, la que precisaba estos aspectos.

El artículo 9 del Decreto Andalucía 176/2005 dispone que la declaración reflejará, al menos, por tanto fija unos requisitos de mínimos, los siguientes aspectos:

- Cargos y actividades públicas para los que ha sido designado y aquéllos que le corresponden con carácter institucional.
- Pensiones de derechos pasivos o de la Seguridad Social.
- Actividades públicas y privadas que desempeñen por cuenta propia o ajena.
- Bienes inmuebles urbanos y rústicos.

<sup>34</sup> Véase el artículo 14 Decreto Andalucía 176/2005.

- Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese.
- Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año.
- Objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses.
- Bienes muebles y otros bienes y derechos de cualquier clase o naturaleza que posean, cuyo valor supere los 6.000 euros.
- Seguros de vida cuya indemnización supere la cifra de 30.000 euros.
- Créditos, préstamos o deudas que integren el pasivo.

Sin embargo, para salvaguardar la privacidad y la seguridad de los altos cargos se establecen una serie de cautelas en cuanto a determinados bienes e intereses; concretamente bienes inmuebles, cuentas bancarias y valores mobiliarios y vehículos y embarcaciones. Y así de bienes inmuebles se omitirán los datos referentes a su localización, incluyéndose exclusivamente sus características, provincia en que se hallen y el valor catastral; de las cuentas bancarias y valores mobiliarios sólo se detallará el saldo existente a la fecha de nombramiento y cese, sin olvidar que se deben actualizar a 31 de diciembre de cada año, y, por último en lo que respecta a vehículos y embarcaciones sólo se especificará marca, modelo y valor, determinándose su valor en base a los precios medios de venta que anualmente aprueba el Ministerio de Economía y Hacienda para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. En cuanto a los restantes bienes, se empleará el criterio de valoración del Impuesto sobre el Patrimonio<sup>35</sup>.

En el supuesto de bienes y derechos indivisos, se indicará el valor que corresponda según el porcentaje de participación del declarante en el bien o derecho correspondiente.

#### IV.4. Presentación de las declaraciones

El artículo 10 del Decreto Andalucía 176/2005 establece que las declaraciones podrán presentarse en el Registro de la Consejería de Justicia y Administración Pública –actualmente Consejería de la Presidencia, Administración Pública e interior–, dirigido a la Secretaría General para la Administración Pública, en

<sup>35</sup> La Ley 19/1991, de 6 de junio, sobre el Impuesto de Patrimonio se ha visto afectada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, en la medida que el impuesto ya no se devenga pero la Ley continúa vigente y, por tanto, los criterios a los que alude el precepto también.

el modelo normalizado se encuentra en el anexo del Decreto<sup>36</sup> y que se puede descargar en la siguiente dirección: <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/001100-A00-V05-00.pdf>. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

También se podrá cumplimentar y presentar telemáticamente en la web del Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos<sup>37</sup>, siendo necesario que se encuentren en disposición de certificado digital o DNI electrónico.

Una vez recibidas las declaraciones en el Registro se examinará la documentación presentada. En los supuestos, como dispone el artículo 17 del Decreto Andalucía 176/2005, en que se apreciase carencias documentales o deficiencias formales en la declaración<sup>38</sup>, se requerirá a la persona interesada para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos; teniendo presente que si por la documentación presentada, denuncia u otros medios, se tuviese conocimiento que la persona interesada pudiese estar incurriendo en alguna de las causas de incompatibilidad se pondrá en conocimiento de quien ostente la titularidad de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e interior para el ejercicio de las acciones pertinentes que procedan según el caso.

#### IV.5. Plazo de presentación de la declaración

La Ley Andalucía 3/2005 disponía que «la declaración se efectuará en el momento de la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias de hecho...», pero el precepto continuaba manifestando que debía hacerse en el plazo que se determinase reglamentariamente. Esta redacción no resultaba afortunada en la medida que parecía que los altos cargos tenían obligación de presentar la declaración en el momento de la toma de posesión, cese..., pero sin embargo después se remitía a un plazo a determinar por un reglamento. La única solución interpretativa posible, en aquéllos momentos, era entender que la toma de posesión, cese... servían para determinar el *dies a quo* y correspondía al reglamento fijar el *dies ad quem*

<sup>36</sup> Este anexo del Decreto Andalucía 176/2005 supone que la derogación implícita de la Resolución de 7 de enero de 2004, de la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, por la que se aprueba el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>37</sup> <https://www.juntadeandalucia.es/rdac/inicio.html>

<sup>38</sup> El artículo 17.3 del Decreto considera deficiencias formales: a) Omisión de cualquiera de los datos identificativos de la persona declarante; b) Confusión, error o imprecisión en las declaraciones de actividades, bienes e intereses; c) La existencia, en las declaraciones, de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, que no estuvieran salvadas por la persona declarante con su firma y d) Falta de firma de la persona interesada.

y únicamente de esta manera se lograba dar coherencia a la previsión contenida en el precepto y esta es precisamente la vía que ha seguido el artículo 8.2 del Decreto Andalucía 176/2005<sup>39</sup>. Una opción que finalmente ha solventado la propia Ley Andalucía 3/2005, tras la modificación operada por la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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, que establece que «la declaración a que se refiere el presente capítulo se efectuará en el plazo de dos meses desde la fecha de la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias del hecho» –art. 12.1–.

<sup>39</sup> Este último precepto fija el plazo en dos meses desde la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias para la presentar las declaraciones ; salvo en el caso de las cuentas bancarias que sólo deberán declararse el saldo a la fecha de toma de posesión y al momento del cese y, como hemos indicado anteriormente para los valores mobiliarios, es decir, acciones, participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, que deberán declararse a fecha del nombramiento y del cese; debiéndose actualizar a 31 de diciembre de cada año.

<i>Dies ad quem</i>	Documentos	Plazos	Particularidades
Desde el momento de la toma de posesión	Declaración de sus actividades, bienes, intereses y retribuciones.	Dos meses	Accesible a través de la siguiente dirección: <a href="https://www.juntadeandalucia.es/rdac/publico/consultaPublica.html">https://www.juntadeandalucia.es/rdac/publico/consultaPublica.html</a>
Cese			
Modificación de las circunstancias de hecho	Las autoliquidaciones tributarias íntegras del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio.	Antes del 1 de agosto de cada año natural	Serán objeto de publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía, salvo en aquellos extremos que afecten al derecho a la intimidad de las personas que figuren en las mismas o de terceros, así como a los datos protegidos por la normativa vigente, en cuyo caso la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los datos a ella referidos, con expresa referencia a tal circunstancia.
Con carácter ordinario, durante el tiempo que esté en el cargo.	Las autoliquidaciones tributarias íntegras del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas		
Momento de nombramiento y cese	Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios.	Momento puntual de nombramiento y cese	Deber de actualizarlo cada 31 de diciembre de cada año.
	Saldo en cuantas bancarias		

#### IV. 6. Publicidad

La Ley Andalucía 3/2005 dispone, en su artículo 14, que el *Registro de Actividades, Bienes, Intereses y retribuciones* será público y a su vez manifiesta que el contenido de las declaraciones inscritas se publicarán en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y estarán disponibles en Internet; concretamente en la página web de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior –art. 14.2–<sup>40</sup>. Por parte las autoliquidaciones de las declaraciones del impuesto de la renta –art. 12.2 Ley Andalucía 3/2005 y 14.3 Decreto Andalucía 176/2005– estaban exceptuadas de publicidad. Un régimen que cambio con la modificación operada por la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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, como veremos en el epígrafe correspondiente.

La transparencia, por tanto, se erigía como un valor fundamental de la legislación andaluza de altos cargos que conducía a Andalucía a situarse en primera línea y en un ejemplo a seguir<sup>41</sup>. Esta cuestión no es baladí pues como diría el Senado americano con la publicidad de las declaraciones se produce: *a)* aumento de la confianza de los ciudadanos en las instituciones; *b)* la constatación de altos niveles de integridad en la gran mayoría de los cargos o funcionarios; *c)* la evitación del surgimiento de conflictos de intereses; *d)* la disuasión frente a la ocupación de funciones y cargos públicos por parte de personas de suficiente integridad y *e)* una más satisfactoria capacitación de los ciudadanos para juzgar el rendimiento de sus cargos y funcionarios (García Mexía, 2001: 195) y, en último caso la publicidad permite dejar al descubierto los propios principios éticos que se recogen el título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno., es decir, credibilidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad y honradez. Sin embargo, la publicidad del patrimonio del alto cargo puede plantear algunas dudas pues es muy distinto la obligación de declararlo, cuya oportunidad y necesidad resultan evidentes e incuestionables, que la publicidad del mismo en la medida que se podría poner en riesgo al alto cargo al hacer público su patrimonio y, no sólo el suyo, sino el de su cónyuge que implícitamente queda reflejado por ejemplo con los bienes inmuebles, y lo más llamativo es que al publicarse también en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* muchos años después de su cese cualquiera podría conocer el patrimonio del ex alto cargo en aquél momento produciéndose un atentado

<sup>40</sup> Concretamente la página es la siguiente: <https://www.juntadeandalucia.es/rdac/inicio.html>

<sup>41</sup> De esta manera si accedemos a las declaraciones de cualquier alto cargo andaluz podemos apreciar, en primer lugar la declaración de actividades, la declaración de bienes patrimoniales –bienes inmuebles, saldo total de las cuentas bancarias, planes de pensiones, automóviles...– y las deudas o créditos existentes.

contra el principio de proporcionalidad. Es cierto que se prevé en la normativa que, transcurrido dos años desde el cese, quien ostente la persona que ostente la titularidad de la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios procederá a la cancelación de los datos obrantes en el Registro pero, como hemos visto, no evitará o cancelará los datos publicados en el *Boletín Oficial*.

Por último, la Instrucción Conjunta 1/2017, de 20 de diciembre, de la Viceconsejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática y de la Secretaria General para la Administración Pública, para la aplicación del artículo 12 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, encomienda a las Unidades de Transparencia, coordinadas por la Secretaria de Transparencia, la publicación en la Sección de Transparencia del Portal de La Junta de Andalucía [www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/altos-cargos.html](http://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/altos-cargos.html) los formularios correspondiente a los altos cargos y su cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita, quienes publicarán los formularios en un plazo de cinco días desde la recepción de los mismos previa disociación, en su caso, de los datos que, en su caso, identifiquen DNI, NIE o Pasaporte, la firma manuscrita o el código de verificación de la firma electrónica (Cuarta).

#### IV.7. Consecuencias jurídicas de la falta de presentación de las declaraciones

El Decreto Andalucía 176/2005 prevé, en el caso de que el alto cargo no haya cumplido con su obligación de presentar sus declaraciones en el Registro de actividades, bienes e intereses en el plazo de dos meses, previsto en artículo 8.2 de esta misma norma, que la *Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios* le requiera para presentarlas en el plazo de diez días<sup>42</sup>. Transcurrido el plazo para realizar las declaraciones y efectuado el requerimiento, la Dirección General pondrá los hechos en conocimientos de quien ostente la titularidad de la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Interior para, entendemos, se proceda a la apertura del correspondiente expediente sancionador (art. 16.5 Decreto Andalucía 176/2005).

Esta fórmula no resulta aceptable ya que parece que hace depender de un requerimiento previo de una obligación en mora, el inicio de un posible expediente sancionador. Estas posiciones se ven confirmadas con la lectura de los tipos

<sup>42</sup> No debemos confundir este requerimiento con la subsanación prevista en el artículo 17 del Decreto Andalucía 176/2005, abordada en el epígrafe correspondiente a la presentación de las solicitudes, pues en este caso se ha cumplido la obligación de presentación de la declaración en plazo con independencia de los defectos formales o carencias documentales que pudiera tener mientras que en el requerimiento se parte de la premisa de la falta de cumplimiento de la obligación prevista.

contemplados en el artículo 15 de la Ley Andalucía 3/2005. Así, en primer lugar, el artículo 15.2.c) de la Ley Andalucía 3/2005 califica como infracción grave «la no declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones, en el correspondiente Registro, tras el requerimiento para ello» y, en segundo lugar, el artículo 15.3 del mismo texto tipifica como infracción leve «la no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto».

De esta manera, y en ambos casos, el requerimiento se convierte en un elemento del tipo sin el cual no será posible apreciar la existencia de la infracción. De esta circunstancia deriva en una situación de «favor» que carece de justificación alguna pues, como hemos expuesto anteriormente, existe la obligación de la Dirección General y de las Secretarías Generales Técnicas de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad. Incluso en el hipotético caso de que no se hubiera procedido a informar a los mismos no es un argumento para el incumpliendo de los deberes impuestos y aún menos para que no sea perseguible la omisión pues en el primer caso parece que lo que se sanciona en la Ley no es el incumplimiento de la obligación impuesta sino la falta de atención al requerimiento y en el segundo el retraso en el cumplimiento una vez detectado. Es por ello que no nos parece de recibo condicionar la apertura de un posible expediente sancionador a un previo requerimiento proponiendo, por tanto, de *lege ferenda* la supresión de este requisito del tipo del artículo 15.2.d) de la Ley Andalucía y la eliminación del mismo del artículo 16.3, 4 y 5 del Decreto Andalucía 176/2005.

#### IV. 9. Declaraciones tributarias

Al margen de las declaraciones de actividades, bienes e intereses, la Ley Andalucía 3/2005, en su artículo 12.2, exigía la presentación de la copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso del Impuesto de Patrimonio de cada ejercicio económico, impuesto que, desde la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, ya no se devenga aunque la Ley 19/1991 continúe vigente (Meseguer Yedra 2001:219 y ss). Unas autoliquidaciones que estaban excluidas de publicidad conforme al artículo 12 de la Ley Andalucía 3/2005 hasta que la modificación operada por Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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, que estableció la obligación de publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía, salvo en aquellos extremos que afecten al derecho a la intimidad de las personas que figuren en las mismas o de terceros, así como a los datos protegidos por la normativa vigente, en cuyo caso la publicidad

solo se llevará a cabo previa disociación de los datos a ella referidos, con expresa referencia a tal circunstancia –art. 12.2 *in fine*–.

Igualmente resultaba significativa la previsión de algunas Comunidades Autónomas –también en la ley estatal– de la posibilidad del alto cargo de presentar la copia de las citadas declaraciones del cónyuge o persona con la que conviva en análoga relación de afectividad. Para que se produzca esta posibilidad se requiere el consentimiento del cónyuge o persona vinculada pues de otra manera se podrían ver afectados derechos de terceros y por ello en algunas normas expresamente el consentimiento, exigiéndose incluso, como por ejemplo en La Rioja, que sea por escrito<sup>43</sup>.

Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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, modificó el artículo 12, para incluir entre otras cuestiones, una previsión relativa a los cónyuges y parejas de hecho debidamente inscritas. Así se prevé que los altos cargos puedan aportar las autoliquidaciones tributarias de aquellos, siempre de forma potestativa, y aunque estarán disponibles únicamente en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones, no serán objeto de la publicidad establecida en el artículo 14 de la presente Ley.

En este sentido, la publicidad de estas declaraciones en el Portal de la Junta de Andalucía solo podrá realizarse si se cuenta con el consentimiento expreso del cónyuge o pareja, salvando siempre aquellos extremos que afecten al derecho a la intimidad de las personas que figuren en las mismas o de terceros, así como a los datos protegidos por la normativa vigente, en cuyo caso la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los datos a ella referidos, con expresa referencia a tal circunstancia<sup>44</sup>.

En estos casos, tanto cuando nos encontremos ante el supuesto de una declaración conjunta como individual del cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita, se deberá hacer contar expresamente su consentimiento a efectos de la presentación de la declaración así como de su publicación, salvando, como es lógico, los datos protegidos por la normativa vigente, en cuyo caso la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los datos a ella referidos, con expresa referencia a tal circunstancia –art. 12.4 *in fine* Ley Andalucía 3/2005–.

<sup>43</sup> Crf. artículo 10 Decreto La Rioja 30/2004.

<sup>44</sup> <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/altos-cargos/declaraciones-irpf.html>

Con la Instrucción Conjunta 1/2017, de 20 de diciembre, de la Viceconsejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática y de la Secretaria General para la Administración Pública, para la aplicación del artículo 12 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, se establece los formularios en los anexos pero exclusivamente estarán a disposición de los altos cargos de manera telemática en <http://lajunta.es/rdac><sup>45</sup>.

Documentación	Preceptiva	Opcional
Autoliquidaciones tributarias integras del último ejercicio económico.	Para los altos cargos:  Renta  Patrimonio	Cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita en el Registro de Parejas de hecho:  Renta  Patrimonio

<sup>45</sup> Anexo IA (referido a la información de declaración tributaria individual del IRPF de la persona Alto Cargo y otros Cargos Públicos); Anexo IB (referido a la información de declaración tributaria individual del IRPF del cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita, así como al consentimiento); Anexo II (referido a la información de declaración tributaria conjunta del IRPF, así como al consentimiento del cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita); Anexo IIIA (referido a la información de declaración tributaria del Impuesto sobre el Patrimonio de la persona Alto Cargo y otros Cargos Públicos); y Anexo IIIB (referido a la información de declaración tributaria del Impuesto sobre el Patrimonio del cónyuge o pareja de hecho debidamente inscrita, así como al consentimiento).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2008), *Régimen disciplinario de los empleados públicos. La nueva regulación de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2010), «Ética Pública y normativa administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 181. p. 9-37.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi.

GARCÍA MEXÍA, P. (2001), *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2014), *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid.

JIMÉNEZ BLANCO, A. (1996) «Estatuto de los miembros del Gobierno: deberes, derechos e incompatibilidades», en A.A. VV. (Coord. L. Parejo Alfonso), *Estudios sobre el Gobierno*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid.

MESEGUER YEDRA, J. (2007), *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M<sup>a</sup> y FERNÁNDEZ RAMOS, S.,(2016) *Estatuto de los altos cargos*, en Thomson-Aranzadi.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M<sup>a</sup>. (2011), «Régimen de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía», en AA.VV. *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*, Sevilla, pp. 238-239.

- (2017) «Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración general del Estado», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, pp. 189-223.

SABÁN GODY, A. (2001), *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas.

SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. (1996), «As incompatibilidades dos membros da Xunta e demais altos cargos», en *Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1.

## ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS EL CESE

Manuela Mora Ruiz<sup>1</sup>

### I. FUNDAMENTO ÉTICO-PRÁCTICO PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS SU CESE Y RÉGIMEN JURÍDICO

#### I.1. Fundamento ético-práctico del Estatuto del alto cargo tras su cese

El presente Capítulo constituye una parte esencial del Bloque temático previsto en esta Obra sobre Altos Cargos e Integridad en Andalucía, procurando una visión completa del Estatuto del alto cargo, una vez que el Capítulo anterior escrito por el Prof. PÉREZ MONGUIÓ ha examinado el régimen jurídico del alto cargo durante su ejercicio en Andalucía.

Desde esta perspectiva, la primera cuestión que debe plantearse es la fundamentación o justificación de la relevancia que quiere otorgarse al momento posterior al cese del alto cargo y al hecho de reconocer un estatuto al respecto, en tanto en cuanto se dota, como se verá, de un régimen jurídico propio, aunque conectado con el previo del ejercicio. En este sentido, el punto de partida de toda esta ordenación debe situarse, en mi opinión, en la consideración especial que merece el alto cargo como servidor público, en tanto en cuanto ocupa un lugar en la Administración preeminente desde un punto de vista organizativo y las funciones encomendadas tienen una relevancia incuestionable que se proyecta sobre el alto nivel de responsabilidad que éste asume. Por tanto, y ello es lo que se quiere destacar, parece más que razonable que se demande de los altos cargos una dedicación

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva. Sus principales líneas de investigación se sitúan en el ámbito del Derecho Administrativo Ambiental, Contratos del Sector Público, Derecho Económico y simplificación administrativa, así como el Derecho Antidiscriminatorio de género. Es miembro del Grupo de Investigación SEJ-575, Derecho Público para la Gobernanza.

ORCID: 0000-0002-5056-0204  
manuela@uhu.es

cualificada y un nivel de integridad extremo, en aras de neutralizar cualquier riesgo de corrupción, incluso más allá del momento del cese, justificando una ordenación concreta de la situación en la que se encuentra el alto cargo tras este momento.

En consecuencia, estamos ante una primera fundamentación del aludido estatuto del alto cargo tras el cese que, aun moviéndose en un plano ético, se ha visto refrendada por diversas normas tanto a nivel estatal como autonómico, destacando la evolución de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuanto a su regulación, como luego se verá. En otros términos, puede reconocerse un enfoque de naturaleza deontológica común en nuestro Ordenamiento, en cuya virtud el alto cargo se encuentra sujeto a un mandato de ejemplaridad e integridad, tanto en un nivel interno (en relación con la organización a la que se vincula), como externo, respecto de la sociedad, que precisa de una conducta intachable del mismo incluso tras el cese (ROMERO, 2016: 4). Los escándalos políticos que se han vivido en los últimos años, o el supuesto (o riesgo) recursivo de las llamadas puertas giratorias, convierten la situación en la que se encuentra el alto cargo tras el cese en una pieza clave de un sistema que, a la postre, no debe sino garantizar el prestigio de la Institución de la que se trate y conservar la confianza de los ciudadanos.

Por efecto de lo anterior, las normas aprobadas en nuestro País evidencian lo que, en mi opinión, no es sino la institucionalización de un modelo de lucha contra la corrupción en un ámbito subjetivo específico como el constituido por los altos cargos, pudiendo reconocerse un cierto esquema común para todas las Administraciones, sin perjuicio de las especialidades que las normas existentes puedan prever para la Administración General del Estado o para las Comunidades Autónomas.

Así, en primer lugar, es claro que el estatuto de los altos cargos, incluyendo la ordenación de la situación posterior al cese, forma parte de la noción de buen gobierno que viene imponiéndose desde la Unión Europea y que nuestro Ordenamiento ha incorporado con carácter básico<sup>2</sup> a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno. En este sentido, el Preámbulo de la norma conecta el buen gobierno con la identificación de determinados principios éticos que se positivizan y la necesidad de que los mismos rijan la actuación del Gobierno y los altos cargos, así como de los asimilados de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que la Disposición Adicional Octava de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, señala como títulos competenciales sobre los que se basa, los derivados del art. 149.1.1.ª, 13ª, y 18ª, excluyendo de los mismos determinados preceptos de la norma que no afectan al Título II, dedicado al Buen Gobierno. Además, el art. 25.2 de la Ley dispone de forma expresa la aplicación del Título II a los altos cargos y asimilados considerados como tales por la normativa autonómica.

responsabilidad se convierten, así, en los fundamentos de los principios de buen gobierno que enumera el art. 26 de la norma para todas las Administraciones (BASSOLS, 2015: 20). Estamos, pues, ante una base principialista que somete al alto cargo a un régimen específico incluso con posterioridad al cese, puesto que el objetivo es luchar contra malas prácticas que pueden lastrar el funcionamiento de las Administraciones (DESCALZO, 2017: 8).

De esta manera, el art. 26 citado, a partir de una elemental exigencia de sometimiento al Ordenamiento jurídico y promoción de los derechos fundamentales y libertades públicas (apartado primero), establece todo un elenco de principios diferenciando entre los de carácter general y los principios de actuación. En el primer grupo se encuentran principios como el de transparencia en la gestión de los asuntos públicos, “de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general”, o el respeto del principio de imparcialidad, “de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular”<sup>3</sup>; y, por su parte, los principios de actuación proyectan estos otros principios generales, imponiendo una serie de deberes y limitaciones en la actuación del alto cargo que, en mi opinión, deben extender su exigencia incluso al período que sigue al cese del mismo. Baste pensar en este sentido en la previsión de que el alto cargo debe desempeñar su actividad “con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses”, que se encuentra en la base del régimen de control de actividades y, en su caso, autorización al que se somete el alto cargo incluso una vez cesado (art. 26.2.b)1º); o en la prohibición de implicarse “en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones” y el mandato de abstenerse “de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad”, no valerse de “su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales” (respectivamente, art. 26.2.b) 5º y 9º; y, en definitiva, desempeñar las funciones con transparencia (art.26.2.b) 7º).

Se trata, en definitiva, de garantizar el interés general, la integridad del alto cargo en su actuación, así como su objetividad, y asegurar la realización del principio de transparencia como piedra angular de una buena administración. Este es el enfoque de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado (PEREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 107 y ss), pero es también el planteamiento asumido por la legislación autonómica. Así, sin ánimo exhaustivo, debe destacarse la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos

<sup>3</sup> Respectivamente, art. 26.2.a) 1º y 3º

del País Vasco<sup>4</sup>, como regulación autonómica más completa, tal y como de forma expresa reconocen PEREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS (PEREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 110), diferenciando entre principios de conducta individual (como la imparcialidad y la responsabilidad), principios de calidad institucional “para la obtención de los fines organizacionales” (eficacia y eficiencia) y principios de relación con la ciudadanía, en tanto que destinataria de las políticas y servicios públicos (como el respeto a la dignidad de la persona)<sup>5</sup>.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía recoge este enfoque, en primer lugar, a través de la Ley 3/2005, de 8 de abril de Incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos (en adelante, Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Junta de Andalucía)<sup>6</sup>, regulando el régimen de incompatibilidades de los altos cargos y las declaraciones de actividades, bienes, intereses y retribuciones, que se completa con la regulación de asignaciones y situaciones tras el cese, además de prever el correspondiente régimen sancionador. A ello se añade que el Decreto 176/2005, de 26 de julio<sup>7</sup>, por el que se desarrolla la Ley 3/2005 y que expresamente reconoce en su Preámbulo que el objeto de la norma no es otro que “asegurar la dedicación y la eficacia, la moralización de la vida pública y la ejemplaridad y transparencia que el ejercicio de estas altas funciones conlleva”, dando carta de naturaleza al fundamento ético que venimos señalando como justificación imprescindible del estatuto del alto cargo tras el cese. Y, asimismo, buen gobierno y transparencia se concretan sobre la exigencia de publicidad activa sobre altos cargos y personas que ejerzan máxima responsabilidad del art. 11 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia de Andalucía<sup>8</sup>, al exigir de determinadas entidades información que va desde la identificación de los altos cargos incluidos en la Ley de Incompatibilidades ya citada a “las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del cese en el cargo” y “las declaraciones de actividades, bienes, intereses y retribuciones de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía” (letras a), c) y d) del art. 11).

En definitiva, las normas enumeradas no hacen sino institucionalizar mecanismos de control (BASSOLS, 2015: 17) que, tratándose del momento del cese, implican

<sup>4</sup> BOPV núm. 145, de 1 de agosto.

<sup>5</sup> Ténganse en cuenta los arts. 6 a 8 de la Ley citada.

<sup>6</sup> BOJA núm. 74, de 18 de abril. Esta es la denominación de la Ley a partir de la reforma operada por el art. 6 de la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a la modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos (BOJA núm. 244, de 15 de diciembre).

<sup>7</sup> BOJA núm. 154, de 9 de agosto.

<sup>8</sup> BOJA núm. 124, de 30 de junio.

una suerte de control adicional sobre el régimen de incompatibilidades y de declaraciones de actividades, bienes y derecho exigible al alto cargo durante su ejercicio, reforzando sus exigencias de imparcialidad y objetividad, en el sentido de impedir el aprovechamiento personal de la posición, conocimientos y contactos que le proporciona el alto cargo en un momento posterior al cese (MESEGUER, 2005: 13). A mi juicio, el estatuto del alto cargo tras el cese tiene, claramente, una dimensión individual que se va a proyectar en limitaciones de actividades e imposición de obligaciones concretas sobre el alto cargo cesado en línea de continuidad con el régimen de incompatibilidades previas y declaraciones exigible durante el ejercicio, pero, a la vez, es garantía de una dimensión colectiva, estrechamente relacionada con la exigencia de transparencia e información que recae sobre la Administración o Entidad a la que se ha vinculado el alto cargo, incrementando la confianza de los ciudadanos en las Instituciones.

Desde esta perspectiva, estamos ante un elemento esencial del régimen jurídico de los altos cargos que ofrece la oportunidad de articular instrumentos que garanticen la independencia, imparcialidad y objetividad del ejercicio de las funciones encomendadas al alto cargo (PÉREZ, 2011: 116), y que puede considerarse común a todas las Administraciones e, incluso, atemporal.

Por último, la consideración detenida y separada de la situación del alto cargo tras el cese tiene, en mi opinión, un fundamento adicional al ético planteado en las líneas anteriores, y que se vincula a una cuestión de orden práctico, en el sentido de facilitar la vuelta a la vida privada y profesional del alto cargo una vez que éste cesa: Se trata de compensar el tiempo e incluso el menoscabo que en un momento determinado haya podido sufrir el alto cargo durante su ejercicio, dada la separación de las actividades públicas o privadas que desempeñara el mismo con anterioridad a su aceptación (ARRIBAS, 2015: 5). Sobre esto volveremos más tarde.

## 1.2. Régimen jurídico en Andalucía

El estatuto del alto cargo tras el cese se encuentra fundamentalmente regulado en Andalucía en la citada Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, y en el Decreto 176/2005, de 26 de julio, por el que se desarrolla esta Ley, con anclaje directo en el art. 121 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, al imponer la reserva de Ley en cuanto al estatuto de los miembros del Consejo de Gobierno<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En este sentido, debe hacerse mención de la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el Estatuto de los ex-presidentes de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 74, de 18 de abril), como norma especial que

A ello se suma, como ya se ha indicado, la previsión expresa del art. 11 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia de Andalucía, en lo que respecta a la publicidad activa de determinados extremos relacionados con la información relativa a aspectos concretos del alto cargo tras el cese, en tanto que herramienta fundamental de realización del principio de transparencia (FERNÁNDEZ, 2020: 752 y ss).

En todo caso, como ha destacado la doctrina, Andalucía tiene una cierta tradición en la ordenación que lleva a cabo sobre esta materia, pudiéndose reconocer una cierta solidez de su regulación, alineada, por otro lado, con la legislación estatal en aspectos generales: así, se ha destacado la temprana aprobación de la Ley 5/1984, de 23 de abril, de Incompatibilidades de la Administración de la Junta de Andalucía, en un contexto específico en el que se aprobaba la correspondiente Ley estatal de Conflictos de intereses, evidenciando, pues, que no estamos en un ámbito caracterizado por la falta de regulación (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016:54,55). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la Ley 3/2005 y el Decreto de desarrollo disponen en el Ordenamiento autonómico las piezas esenciales del estatuto del alto cargo una vez que éste es cesado, estableciendo, en primer lugar, un régimen de carácter limitador blindado con el correspondiente régimen sancionador, y, en segundo término, un sistema de “compensaciones”, mediante la previsión de asignaciones y situaciones tras el cese.

De otro lado, debe señalarse que la Ley 3/2005, de 8 de abril de Incompatibilidades de Alto Cargos de la Junta de Andalucía ha sido objeto de tres reformas desde su aprobación que le han permitido sobrevivir en el tiempo en la medida en que han ido robusteciendo el régimen aplicable a los altos cargos.

Así, en primer lugar, debe mencionarse la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, relativa a la modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los Ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y 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 e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos. Esta primera reforma se justificó, como señala su Exposición de Motivos, “en aras de una mayor transparencia”, obligando a todos los altos cargos a incluir en la

---

dispone exclusivamente la previsión de “medios de apoyo” de los que puede disfrutar un ex-presidente una vez cese en este cargo, esto es, los medios personales y materiales necesarios para el sostenimiento de una oficina adecuada a las responsabilidades y funciones ejercidas, y la dotación presupuestaria para el funcionamiento ordinario de dicha oficina y para las atenciones protocolarias que correspondan, así como la posibilidad de solicitar servicios de seguridad de los órganos competentes de la Junta de Andalucía (art.2). La norma no entra, pues, a ordenar ni el régimen de incompatibilidades ni otras cuestiones que ya se han mencionado, por lo que se impone la aplicación del núcleo normativo constituido por la Ley 3/2005, de 8 de abril y el Decreto 176/2005, de 26 de julio.

declaración de actividades, bienes e intereses sus retribuciones y relaciones en materia de contratación con todas las Administraciones de sus familiares directos, además de adecuarse el catálogo de infracciones y el régimen sancionador a las nuevas obligaciones.

Por efecto de lo anterior, se modifican los artículos 1, 2.2, 11, 12.2, 13, 14.1, 15.2.c), 15.3 y 21 y el título del capítulo III, que pasa ahora a denominarse “Declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones”. En este sentido, debe destacarse cómo la reforma amplía el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la norma (art. 1 y 2.2, respectivamente), así como el contenido de la declaración, en los términos que señalaba la Exposición de Motivos ya comentada, y se concreta la publicidad de esta Declaración mediante Registro (arts. 11, 12.2, 13 y 14.1), con el consiguiente reflejo en el Capítulo IV de la Ley, dedicado a la potestad sancionadora (arts. 15.3 y 21).

De otro lado, la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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 vuelve a cambiar la redacción del art. 12 de la norma, sobre el “plazo para efectuar la declaración, obligación de aportar copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y régimen de publicidad de la misma”, en la medida en que se imponía “regular medidas encaminadas a lograr esa mayor transparencia que demanda la sociedad en relación con los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, fomentar la calidad de la democracia como objetivo básico de la Comunidad Autónoma establecido en nuestro Estatuto de Autonomía y equiparar a los altos cargos y otros cargos públicos con los Diputados del Parlamento de Andalucía, ...” (Exposición de Motivos *in fine*).

Con posterioridad, la Ley 3/2005, de 8 de abril, vuelve a ser modificada de forma sustantiva<sup>10</sup> por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante<sup>11</sup>, en la idea de que es necesario consolidar una ética de la gestión pública, sin perjuicio de la

---

<sup>10</sup> El Decreto-Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, convalidado por Acuerdo del Parlamento de 24 de febrero (*BOJA* núm. 35, de 22 de febrero; y *BOJA* núm. 43, de 5 de marzo), procede a la modificación del art. 9 de la Ley (así como del art. 6 del Decreto 176/2005, de 26 de julio), exigiendo que en las licitaciones con la Junta de Andalucía o Entidades dependientes, las empresas acrediten que no forma parte de los órganos de administración o gobierno de las empresas o entidades licitadoras ninguna de las personas del art. 2 de la Ley. El fundamento de la modificación efectuada por la Disposición Final Primera, según el preámbulo de la norma, es “facilitar la preparación de la documentación necesaria para participar en las licitaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en consonancia con otras Administraciones Públicas, y como clara medida de agilización”.

<sup>11</sup> *BOJA* núm. 125, de 1 de julio.

oportuna represión de prácticas y actuación de fraude y corrupción (Exposición de Motivos<sup>12</sup>). Para ello, y en lo que interesa a este Trabajo, la Disposición Final Segunda de la Ley opera la modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, concretando, de nuevo, el ámbito subjetivo de la norma (art.2), y el régimen de dedicación exclusiva (art.3), así como perfilando las incompatibilidades y las consecuencias de su incumplimiento en los términos que se verán a continuación (arts. 5, 6 y 8)<sup>13</sup>.

Es evidente que todas estas reformas han pretendido afinar el régimen jurídico de los altos cargos y, en la medida en que han incidido en el régimen de incompatibilidades, han tenido repercusión sobre la situación del mismo tras el cese, y de ahí el interés de evidenciar la evolución de una legislación ya consolidada en Andalucía.

Por último, y con carácter previo al examen concreto de las previsiones de la legislación citada, es necesario concretar el ámbito subjetivo de las mismas y, por tanto, determinar quiénes han de considerarse altos cargos en el ámbito andaluz. Desde esta perspectiva, no es posible identificar un concepto unívoco de carácter general, sino que, como se ha señalado, hay que acudir a las normas concretas que disponen el régimen jurídico al que se someten los altos cargos para saber cuál es la configuración legal de este concepto (MESEGUER, 2007:101). La consecuencia inmediata es que sólo es posible considerar alto cargo a efectos del estatuto de los mismos tras el cese a aquellos a los que la Ley 3/2005, de 8 de abril de Incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía enumera como tales<sup>14</sup>.

Así, son altos cargos, en primer lugar, los que podrían considerarse un núcleo mínimo del concepto que nos ocupa, y que, a los efectos de la Ley, son el titular de la Presidencia, los titulares de la Vicepresidencia y Consejerías. A ellos se sumarán, de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, “todos aquellos empleos de libre designación por el Consejo de Gobierno que implican especial confianza o responsabilidad y, particularmente, los siguientes:

- a) Los Viceconsejeros, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías y asimilados.
- b) Los miembros del Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

<sup>12</sup> De manera gráfica, el §1 de la Exposición de Motivos señala lo siguiente: “Atajar el fraude y la corrupción es posible, sólo se requiere voluntad y responsabilidad política a efectos de que el conjunto del modelo institucional y social asuma como elemento estructural la integridad y la ética pública, contribuyendo de este modo a una mejor gobernanza y a un mejor servicio a los intereses generales y a las demandas sociales. Y para ello no resultan tampoco suficientes las medidas únicamente represoras, que se limitan a combatir las prácticas de corrupción mediante la previsión del castigo al delito o a la infracción administrativa, sino que es necesaria la construcción de una nueva cultura de la gestión pública y de relación con el sector público basada en la integridad...”.

<sup>13</sup> También se modifica el art. 21 en cuanto al órgano competente para la incoación de procedimientos sancionadores.

<sup>14</sup> Véase asimismo art. 2 del Decreto 176/2005, de 26 de julio.

- c) Los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía.
- d) El Presidente, los Consejeros electivos que desempeñen sus funciones con carácter exclusivo y a tiempo completo y el Secretario General del Consejo Consultivo de Andalucía.
- e) Los Presidentes, Consejeros Delegados y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía, o de las sociedades mercantiles con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus Organismos Autónomos, superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno o si son nombrados por los propios órganos de gobierno de dichas entidades y sociedades.
- f) Los Delegados del Consejo de Gobierno en las entidades y sociedades aludidas en el párrafo anterior.
- g) Los Presidentes, Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.
- h) Los Presidentes, Directores y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las demás entidades de la Administración de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma, superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.
- i) Los Delegados Provinciales de las Consejerías, Directores Provinciales de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía o asimilados.
- j) Cualquier cargo nombrado por Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno con rango igual o superior a Director General.
- k) Los demás altos cargos de libre designación que sean calificados como tales en normas con rango de ley o reglamento”.

Por tanto, a partir de la concurrencia de la libre designación junto al elemento de la confianza (aun de forma temporal, como señala BASSOLS, 2015: 8), la responsabilidad y el nombramiento por Decreto, el precepto crea un sistema de lista para la identificación de los altos cargos, aunque de carácter abierto, al considerar que también será alto cargo el nombrado por Decreto del Consejo de Gobierno con un rango igual o superior al de director general<sup>15</sup>, y todos aquellos que por Ley o reglamento así se designen, abriéndose, en mi opinión, una puerta

<sup>15</sup> En este sentido, se ha llamado la atención sobre la peculiaridad que supone la consideración de alto cargo a niveles intermedios y de gestión territorial como los delegados territoriales de la legislación andaluza: MESEGUER, 2007: 103.

a la deslegalización de esta identificación, en tanto en cuanto es posible establecer nuevos cargos por vía reglamentaria.

Y, además, el régimen de declaraciones de actividades, bienes intereses y retribuciones (Capítulo III de la Ley 3/2005, de 8 de abril) será exigible a determinados cargos, en tanto que cargos públicos. De forma específica, el art. 2.2 de la Ley extiende la aplicación de la misma en este aspecto a los siguientes cargos:

- a) Los Consejeros electivos del Consejo Consultivo de Andalucía que desempeñen sus funciones sin exclusividad.
- b) El Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía.
- c) Los representantes de la Junta de Andalucía en las Cajas de Ahorro y demás entidades de carácter financiero, siempre que desempeñen funciones ejecutivas.
- d) La persona titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción.

El interés de poner de manifiesto el ámbito subjetivo de la Ley 3/2005 no es otro, finalmente, que dejar claro quiénes se van a someter a las previsiones de la Ley, incluyendo, en función de lo regulado, el momento posterior al cese. Por tanto, las consideraciones que van a hacerse a continuación tienen como sujetos los incluidos en el art. 2 de la norma, en los términos expuestos.

## II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE ESTE ESTATUTO

### II.1 El reconocimiento de derechos: asignaciones y situaciones tras el cese

Tal y como se dijo en el apartado anterior, el estatuto del alto cargo tras el cese tiene un doble fundamento que se vincula directamente a los elementos configuradores del mismo. Así, se ha reconocido un fundamento ético, ligado a exigencias de buen gobierno, que constituye la base del régimen de limitaciones y autorizaciones que veremos a continuación, junto a una justificación de orden práctico, en cuya virtud es necesario articular una suerte de pasarela entre el momento del ejercicio del cargo y su reincorporación a la “vida civil”<sup>16</sup>, sea en el sector público, sea en el

<sup>16</sup> De forma expresiva, Meritxell Batet, del Grupo Socialista, señalaba en las comparecencias en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, de 24 de abril de 2014, (DSCD, Comisiones, X Legislatura, 24 de abril de 2014, núm. 549, p. 15), lo siguiente: “«Es verdad que es una cuestión socialmente sensible y que a mi grupo parlamentario le preocupa muchísimo, pero creo que también tenemos que ser realistas y abordar esta cuestión con un cierto rigor. Nos tenemos que preguntar cómo plasmamos en una ley el modo de evitar el conflicto de intereses real de altos cargos o de cualquier persona que se dedique a la política -también, por ejemplo, los parlamentarios-, sin que esa regulación o

sector privado, pero que, a la vez, es garantía de la integridad y objetividad de la actuación del cargo, en la medida en que éste tiene la seguridad de que este tránsito está previsto en el ordenamiento, como señala BETANCOR, quien insiste en que es una vía para garantizar la independencia del alto cargo (BETANCOR, 2016: 177).

Se reconoce, así, una doble finalidad al establecimiento de ciertos derechos económicos y de consolidación de situaciones, que debe destacarse: de un lado, se persigue un fin de marcado carácter compensatorio y/o indemnizatorio (MESEGUER, 2007: 158), que gira en torno al convencimiento de que el ejercicio del alto cargo no puede generar menoscabo por la actividad desempeñada tras el cese, de hecho, es la idea que recoge de forma expresa el art. 87.3 del Real Decreto-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, al exigir de las Administraciones Públicas que los altos cargos que velen para que “no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos”, y que ha sido criticada por algún autor (ARRIBAS, 2015: 5), en tanto en cuanto puede suponer una vía de consolidación que minusvalora la carrera administrativa. Y, de otro, como fórmula garantista de la independencia, integridad y objetividad de la gestión realizada por el alto cargo, en tanto en cuanto esa posibilidad de compensaciones reduce el riesgo de conductas que quiere neutralizar la legislación sobre altos cargos (si bien, como matiza MESEGUER, 2007: 154, no estamos estrictamente en el régimen de incompatibilidades, sino en el presupuestario de las Administraciones).

Sobre esta base, la Ley 3/2005, de 8 de abril de Incompatibilidades de los altos cargos de la Junta de Andalucía y el Decreto 176/2005, de 26 de julio, ordenan las asignaciones y situaciones tras el cese en una clave similar a la de la legislación del Estado y de otras Comunidades Autónomas (ARRIBAS, 2015: 4), de forma que el reconocimiento de asignaciones en los términos que ahora se verán, se acompaña de limitación o incompatibilidad con la percepción de otras asignaciones y se completa con el reconocimiento de situaciones de los empleados públicos.

ese constreñimiento a la dedicación futura o pasada a una vida privada, a una vida profesional, suponga la muerte civil de la persona. Está bien que haya unas limitaciones, y seguramente por eso el análisis tiene que ser muy fino. No sirve la brocha gorda, hay que analizar realmente cuándo hay un conflicto de intereses en la dedicación privada a la empresa o a cualquier entidad privada y el ejercicio de un cargo público. Lo que no puede ser es que después de haber ocupado un cargo de responsabilidad pública política no puedas hacer nada más, porque eso también es un problema a la hora de decir si queremos o no que las personas nos dediquemos eternamente a la política. La profesionalización de la política es algo que no nos gusta. Por tanto, hay que conseguir -y no me parece sencillo, y por eso les traslado la reflexión, por si ustedes nos pueden aportar algo- una ley que evite ese conflicto de intereses, pero que al mismo tiempo no suponga la muerte civil de la persona que se ha dedicado a la política provisionalmente durante una etapa de su vida»”, en PÉREZ, 2017: 21, 22.

Así, en primer lugar, en cuanto al régimen de asignaciones, la Ley diferencia entre distintos altos cargos para concretar la cuantía e incluso el tiempo de disfrute. De esta manera la norma dispone las siguientes asignaciones:

- Los/las ex presidentes de la Junta de Andalucía tendrán derecho, de acuerdo con el art. 22, “a una asignación económica, determinada de acuerdo con lo previsto en el artículo 10, número cinco, norma primera, de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1981”, esto es, “derecho a percibir, a partir del mes siguiente en que se produzca el cese, y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, sin que puedan percibirse más de veinticuatro mensualidades, una pensión indemnizatoria mensual igual a la dozava parte del ochenta por ciento del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el Presupuesto en vigor durante el plazo indicado”<sup>17</sup>.
- Idéntica previsión contiene el art. 23 de la Ley en relación con los/las ex vicepresidentes y ex consejeros/as de la Junta de Andalucía.

En estos dos supuestos, el art. 24.1 del Decreto 176/2005, de 16 de julio, dispone que se tendrá derecho a percibir estas asignaciones “desde el día siguiente en que se produzca el cese”, admitiendo que el disfrute de las mismas se haga de forma continuada o con interrupción, con el límite de 24 mensualidades ya expuesto. Incluso, se dispone una asignación proporcional si se hubiera ejercido el cargo por plazo inferior a un mes.

Además, de acuerdo con el apartado tercero del citado art. 24 del Decreto, las asignaciones incluirán los trienios que los altos cargos pudieran tener reconocidos como personal funcionario o personal empleado al servicio de cualquier administración pública.

- Los ex altos cargos de la Junta no previstos en los artículos anteriores “tendrán derecho a una asignación económica temporal de una mensualidad de las retribuciones del cargo en que se cesa por cada año de ejercicio, con un mínimo de tres mensualidades y un máximo de doce” (art.24.1). Añade el precepto que, a estos efectos, y en consonancia con el art. 2.1 de la Ley, también se consideran altos cargos “los titulares de los centros directivos de los servicios centrales de las Consejerías y Organismos Autónomos, así como los Delegados del Gobierno de la Junta, siempre que todos ellos hayan sido nombrados por Decreto del Consejo del Gobierno” (apartado 3).

<sup>17</sup> Dispone, asimismo, la norma del año 81, que esta pensión indemnizatoria “es incompatible con las retribuciones que pudieran corresponderles, caso de ser designados de nuevo para uno de los cargos de referencia”.

En línea con lo previsto para Presidencia, Vicepresidencias y Consejerías, el derecho a percibir estas asignaciones también se devenga desde el día siguiente del cese, admitiendo su disfrute de forma continuada o interrumpida, con el tope de doce mensualidades, y previendo que “la fracción adicional en el ejercicio del cargo inferior al año, pero igual o superior a seis meses, se computará como un año completo de ejercicio” (art. 24.2 del Decreto 176/2005. A ello se añade el disfrute de trienios, en los términos señalados con anterioridad.

Como puede observarse, no hay homogeneidad en el reconocimiento de las asignaciones, atendiendo, obviamente, a la entidad del cargo que se haya desempeñado. En todo caso, es evidente que debe ser una asignación temporal, a modo de pasarela como antes indicaba. En este sentido, ha señalado PÉREZ MONGUIÓ que la regulación autonómica es mucho más acertada que la estatal, ya que amplía el ámbito subjetivo del reconocimiento de estas asignaciones, favoreciendo la vuelta al desempeño de actividades privadas (PÉREZ, 2017: 17).

El reconocimiento de estas asignaciones y su percibo debe ajustarse a un procedimiento administrativo de solicitud que dispone el art. 23 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, de carácter reglado (ya que se conceden las asignaciones si se cumplen los requisitos previstos por la norma) y que se inicia a instancia de parte, mediante solicitud que puede presentar el interesado desde el día siguiente al del cese (apartado 2). La competencia para resolver corresponde a la Consejería de Presidencia en el caso de la Presidencia y Vicepresidencias, y a la Consejería en que se haya desempeñado el alto cargo en los demás casos (art. 23.1), que disponen del plazo de un mes para resolver, autorizando, en su caso, el pago de la asignación económica que corresponda. Se trata de una regulación escueta (por ejemplo, no señala nada sobre el régimen del silencio), que se completa con el citado art. 24, en cuanto a la cuantía de la asignación económica.

De otro lado, el art. 25 de la Ley redondea la regulación de asignaciones de los ex altos cargos de los arts. 22 a 24 de la misma, con un régimen de incompatibilidades que blinda o racionaliza el percibo de estas asignaciones, evitando que puedan encadenarse con otras posteriores, al señalar que las mismas “son incompatibles con la percepción de retribuciones que pudieran corresponder a las personas que cesan en el ejercicio de los respectivos cargos a los que se refieren dichos artículos, caso de ser designados de nuevo para alguno de los cargos de referencia, o altos cargos de otras Administraciones Públicas, así como con cualquier otra percepción o prestación económica a que tuvieran derecho como consecuencia del cese en los citados cargos”. Con todo, la previsión no hace sino reproducir lo ya dispuesto por el art. 10.5.1ª de la Ley General de Presupuestos para 1981, y situarse en línea con lo previsto por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del

alto cargo de la Administración General del Estado, garantizando el principio de retribución única de los altos cargos (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 254 a 256).

A ello se suma otra limitación en el supuesto de los altos cargos del art. 24 de la Ley, en el sentido de que esta asignación de naturaleza indemnizatoria, decaerá si, en el período en el que se perciba, se ocupase otro puesto de trabajo o se ejerciese “una actividad retribuida en el sector privado o en la fecha en que adquiera efectos económicos el ingreso o reingreso a un puesto de trabajo en el sector público” (art. 24.2). Respeto de esta previsión, debe apuntarse que esta opción de volver al desempeño de actividades deberá hacerse de acuerdo con el régimen de compatibilidades que veremos a continuación, pues, de otro modo, no es posible que esto se produzca, adquiriendo la asignación un carácter subsidiario respecto del desempeño de estas actividades (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 256). Desde esta perspectiva, la exclusividad del establecimiento de esta incompatibilidad para determinados altos cargos supone, en mi opinión, el desarrollo de un régimen de incompatibilidad de carácter doble o de doble nivel<sup>18</sup>, que, en cierto modo, puede resultar desincentivador ante la solicitud de las asignaciones.

De otra parte, al margen de las asignaciones, la Ley reconoce en determinados supuestos otros derechos económicos y ciertas situaciones favorecedoras del tránsito al que antes me refería entre el ejercicio del cargo y el retorno a la situación anterior al mismo. Así, en primer término, se contempla la posibilidad de que los funcionarios de carrera al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía que durante una legislatura completa hayan sido diputados del Parlamento de Andalucía perciban, “desde su reincorporación al servicio activo, y mientras se mantengan en esta situación, el complemento correspondiente a su grado personal, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma fije anualmente para el cargo de Director General de la Junta de Andalucía” (art. 26). Se trata de una previsión en cierta medida generalizada en la legislación sobre altos cargos que suscita cierto cuestionamiento por parte de los autores, en tanto en cuanto parece dar entrada a una suerte de “mérito político” que se contrapone a los méritos de la carrera profesional (MESEGUER, 2007: 169 y ss).

Por su parte, tratándose del personal laboral de la Junta de Andalucía<sup>19</sup>, que, o bien durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del día 28 de abril de 1978 puestos en la Administración

<sup>18</sup> De hecho, es lo que viene a establecer el art. 25.2 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, al sumar a la incompatibilidad del art. 25 de la Ley, la previsión que comentamos.

<sup>19</sup> El precepto se refiere de forma expresa a “los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el personal de la Administración de la Junta de Andalucía”.

de la Junta de Andalucía o en sus organismos autónomos, comprendidos en el ámbito de aplicación previsto en el artículo 2.1 de la presente Ley, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a Director General; o bien, durante una legislatura completa, hayan ostentado la condición de diputado del Parlamento de Andalucía (art. 27.2), percibirán “desde su reincorporación al servicio activo, y mientras se mantengan en esta situación, el complemento correspondiente a su categoría profesional, incrementado en la cantidad que resulte de la diferencia entre el valor del complemento de destino que la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma fije anualmente para el cargo que se hubiere desempeñado y la suma de las cuantías de los complementos de categoría profesional y de convenio colectivo, hasta igualarlo al complemento de destino que dicha Ley de Presupuesto fije para el cargo de Director General de la Junta de Andalucía”.

En estos supuestos, la competencia para el reconocimiento de estos complementos corresponde a quien ostente la titularidad de la Secretaría General para la Administración Pública, ex art. 27 del Decreto.

En segundo término, tanto los diputados del Parlamento de Andalucía que pierdan esta condición como los altos cargos del artículo 24.3 de la Ley que cesen, en su condición de personal de la Administración de la Junta de Andalucía, tienen derecho a un “permiso no retribuido de adaptación a la vida laboral o administrativa” de un mes por cada año en el ejercicio del cargo, con el máximo de 12 meses (art. 28.1 de la Ley 3/2005, de 8 de abril). Este permiso deberá solicitarse conjuntamente con el reingreso al servicio activo, y se empezará a disfrutar desde el momento en que se produzca el mismo (art. 28.2). Claramente, estamos ante una medida favorecedora para el ex alto cargo que sólo es asumible en el ámbito de la Administración Pública, pues nada impide que el empleado público disfrute de la asignación y ahora continúe en esta situación de permiso, en la medida en que la Ley no lo prevé como fórmula alternativa que le imponga la obligación de elegir entre una u otra cuestión.

En este caso, la competencia para otorgar el permiso corresponde al órgano competente para conceder el reingreso al servicio público (art. 28 del Decreto 176/2005, de 26 de julio).

Finalmente, y con ello concluimos este apartado, debe señalarse que dos son las ausencias que pueden notarse respecto del régimen de asignaciones: en primer término, desde una perspectiva procedimental, podría concretarse el régimen de comunicación de renuncia de la asignación, puesto que nada se dice al respecto, aunque ello va asociado a la comunicación o puesto en conocimiento de las actividades que se vayan a realizar y que justifican la no percepción.

Y, en segundo término, y en relación con esta cuestión, es llamativo que la legislación andaluza examinada no contenga una previsión similar a la del art. 6.2 de la Ley estatal 3/2015, en cuya virtud se atribuye a la Oficina de Conflicto de Intereses la supervisión, durante el tiempo que se perciban las asignaciones, del mantenimiento de las condiciones que motivaron su reconocimiento. Y en este sentido, la Ley 3/2005, de 8 de abril, fue modificada, como ya se señaló, por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, introdujo a la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción en el ámbito de la Ley 3/2005, para el ejercicio de la potestad sancionadora, pero hubiera sido deseable la incorporación de una previsión tan sencilla como la del referido artículo estatal, en el sentido de atribuir a un órgano especializado, como podría ser esta Oficina, la supervisión del cumplimiento de los requisitos para optar por las asignaciones, habida cuenta de las competencias genéricas de control del sector público que corresponden a la misma en virtud del art. 9 de la Ley 2/2021, de 18 de junio.

## II.2. La imposición de deberes y obligaciones

Junto a las asignaciones y derechos examinados en el apartado anterior, el estatuto del alto cargo tras el cese contiene una parte irrenunciable que gira en torno al régimen de incompatibilidades de los altos cargos y limitaciones en el desempeño de actividades tras el cese, previendo, como ya se ha dicho, cualquier riesgo de corrupción en el funcionamiento de la administración y/o el conflicto de intereses<sup>20</sup> (téngase en cuenta PÉREZ, 2020: 4 y ss; PÉREZ, 2020a): 632 y ss). Se trata de controlar las actividades que pudiera desarrollar el alto cargo tras su cese, en el entendido de que debe neutralizarse cualquier posibilidad de aprovechar la posición y conocimientos adquiridos durante el ejercicio del cargo, así como enriquecimiento.

Para ello, la legislación andaluza, como la legislación estatal y la de otras Comunidades Autónomas, se dota de mecanismos o instrumentos precisos de control que tienen, como señala la doctrina, el afán de evitar el fenómeno de las

<sup>20</sup> De forma expresiva, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración, definía el conflicto de intereses como aquella situación en la que "... los altos cargos intervienen en decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados, propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas", reconocimiento que el instrumento jurídico capaz de enervar el conflicto es el régimen de incompatibilidades. La Ley andaluza 3/2005, de 8 de abril, no recoge definición alguna al respecto. Por el contrario, el art. 11.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, (que derogó la Ley citada) mantiene la idea de 2006 (aunque quizás de forma más confusa y limitada en cuanto a los terceros), señalando que hay conflicto de intereses para el alto cargo cuando "la decisión que vaya a adoptar... pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos", concretando mediante un listado los referidos intereses personales.

llamadas "puertas giratorias", un cierto régimen de influencias y el enriquecimiento injustificado (PÉREZ, 2017:2). Este es el sentido del art. 1 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, al señalar que su objeto es el régimen de incompatibilidades junto a la declaración de actividades, bienes intereses y retribuciones de los altos cargos y de otros cargos públicos expresamente sometidos a la norma (art. 2.2):

El Capítulo II de la Ley andaluza (y el Capítulo I del Decreto de desarrollo ya citado), establece el régimen de incompatibilidades en el ejercicio del cargo (a partir de la exigencia de dedicación exclusiva del art. 3.1 de la norma<sup>21</sup>) y aquellas otras que se extienden tras el cese y que son las que van a examinarse en este trabajo. Así, en primer término, la concreción de estas incompatibilidades derivadas del cese como alto cargo precisa de la interpretación conjunta de los arts. 6 y 8 de la Ley, en el sentido de que el elenco de causas de incompatibilidad sólo se proyecta sobre el momento posterior al cese, en aquellos supuestos en que así lo determina el art. 8, relativo a las "consecuencias de las situaciones de incompatibilidades", evitando, de este modo una aplicación generalizada del art. 6.

Por efecto de lo anterior, el art. 6.b) de la Ley dispone que los altos cargos son incompatibles "con el desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden, funciones de dirección o de representación, así como de asesoramiento y mediación de empresas o sociedades concesionarias, empresas inmobiliarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o con participación o ayudas del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas, con la excepción prevista en el artículo 5.1<sup>22</sup>". El art. 8.2 contempla, en el caso de que se dé la causa de incompatibilidad, y a los efectos de este Trabajo, la prohibición

<sup>21</sup> El precepto ordena de forma indubitada que "las personas que ocupan puestos de alto cargo incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad en el desempeño por sí o mediante sustitución o apoderamiento de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, ya sea de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, retribuidos o no". No obstante, pese al carácter taxativo de la previsión, el propio precepto admite excepciones respecto de determinada actividad y abre la puerta a la ampliación de estos supuestos mediante previsión legal al efecto. Además, el art. 4 permite la actividad representativa de los altos cargos en órganos colegiados; y el art. 5 admite la posibilidad de la mera gestión del patrimonio personal o familiar, salvo en los supuestos de participación en el capital de sociedades, con los límites del precepto.

<sup>22</sup> Esto es, en los supuestos en que se supere un porcentaje de participación en estas empresas. El precepto dispone, así, lo siguiente: "Las actividades derivadas de la mera administración del patrimonio personal o familiar no están sujetas a lo dispuesto en el artículo 3, salvo el supuesto de participación directa o por persona interpuesta, superior al diez por ciento en el capital de sociedades que tengan concertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública.

A los efectos previstos en este artículo, se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar al diez por ciento, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación".

de obtener estos otros cargos, salvo que se les designara para representación de las Administraciones Públicas, extendiendo dicha prohibición “a los dos años posteriores al cese, siempre que los asuntos y las entidades a que se refiere el apartado b) del artículo 6 guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía”<sup>23</sup>. Por tanto, el cese como alto cargo impide la participación como cargo de las sociedades o empresas enumeradas en el art. 6.b) cuando las mismas guardan relación con la Administración por la vía de la contratación y/o de las subvenciones, dado que se trata de ámbitos claves en el uso de fondos públicos<sup>24</sup>. La cuestión es que, pese a la rotundidad de la prohibición, la misma es limitada, puesto que sólo operará si “los asuntos y las entidades... guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía”. Esto es, sólo si hay conflictos de intereses por la posición ocupada deberá entrar en juego la prohibición y nada se plantea respecto de cuestiones relativas con empresas vinculadas que forman parte del grupo societario, como señala BETANCOR, cuestionando el ámbito subjetivo de aplicación de este tipo de incompatibilidades (BETANCOR, 2016:171).

En mi opinión, se trata de una previsión realista y proporcional respecto de la actividad desempeñada por el alto cargo cuando actúa de forma unipersonal, que no tiene por qué estar “vetado” temporalmente, en todos los ámbitos de actuación pública, si no sólo en aquellos en que ha podido influir por estar dentro de su ámbito de gestión o de intervención directa. Sin duda, la cuestión es delimitar este ámbito de influencia. De hecho, a tenor de la letra de la Ley andaluza de incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía, podría plantearse si la prohibición alcanza a los supuestos en los que el alto cargo conoce “los asuntos y entidades” por su pertenencia a órganos colegiados, que toman decisiones sobre los mismos (piénsese en la decisión colegiada de los Consejeros en tanto que miembros del Consejo de Gobierno o como parte de determinadas comisiones). No parece, en mi opinión, que este haya sido el objetivo de la Ley, puesto que admitir un supuesto así equivaldría a una ampliación material de la prohibición que no se recoge en la norma. Y, sin embargo, ello contrasta con el art. 15 de la Ley 3/3015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en cuya virtud se establecen las limitaciones al ejercicio de

<sup>23</sup> Debe señalarse que la prohibición general presenta una excepción por expresa previsión de la norma, en el sentido de que “se exceptúan ... los cargos que se estuvieran ejerciendo con anterioridad al nombramiento de alto cargo, en los que hubieran cesado por razón del nombramiento”.

<sup>24</sup> De hecho, la prohibición de ocupar cargos “que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de compañías, sociedades mercantiles y civiles y consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otras no realicen fines o servicios públicos, ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas” (art. 6.c)), no se sujeta a plazo alguno cuando se produce el cese del alto cargo, de forma que podrá reintegrarse a aquellos “sin restricción alguna de plazo”. La medida, aunque cuestionable desde mi punto de vista por lo que tenga de incentivadora de las mencionadas “puertas giratorias” (si se comprenden en sentido amplio, de tránsito de lo público a lo privado), también es razonable, aunque resulta complejo asegurar que la entidad mercantil no tenga nada que ver con el sector público.

actividades privadas tras el cese y se explicita cuándo la participación en la toma de decisiones en órganos colegiados tendrá consecuencias tras el cese del alto cargo (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 261, 262).

Asimismo, el art. 6.g) establece la incompatibilidad del alto cargo con “la gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos, cuando por la índole de las operaciones de los asuntos compete a las administraciones públicas resolverlos o quede implicado en ellos la realización de algún fin o servicio público”. En estos supuestos, el art. 8.6 establece la prohibición de llevar a cabo estas actividades durante el ejercicio del cargo y hasta dos años después del cese, si bien con el alcance previsto por el art. 7.2, esto es, respecto del deber de abstención del alto cargo de “desarrollar actividades privadas directamente relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese en el desempeño de dicho alto cargo”. De lo anterior resulta que la prohibición del art. 8.6 se limita cuando se refiere al período que continúa tras el cese, puesto que se vincula a los expedientes directamente llevados por el alto cargo en su ejercicio, de forma que, en otro caso, no se impondrá la limitación.

En el fondo, los dos supuestos examinados de limitaciones en el desarrollo de ciertas actividades tras el cese como alto cargo traen causa de la posibilidad de conflicto de intereses en los términos que se señalaron con anterioridad, planteando una cierta contención por parte del ex alto cargo, en tanto en cuanto haya podido influir en determinados ámbitos o asuntos, y ello le facilite la incorporación a empresas concretas y su participación en ciertas actividades, de forma que el interés privado haya podido condicionar la toma de decisiones. Pero, si no hay conflicto de intereses, no habrá razón para limitar esta actividad, tal y como indica PÉREZ MONGUIÓ (PÉREZ, 2017:22, 23), planteamiento que comparto<sup>25</sup>.

Finalmente, ha de destacarse el deber de abstención del art. 7.2 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, por cuanto impide el desarrollo de cualquier actividad privada (incluyendo, en mi opinión, acciones como la gestión, defensa, dirección o asesoramiento que menciona el art. 6.g), entre otras) que puedan tener alguna relación directa con expedientes en que haya dictado resolución, como antes se

<sup>25</sup> Recientemente se publicaba el artículo de prensa titulado “Del escaño a la tertulia: políticos copan la parrilla del prime time”, en [https://www.eldiario.es/politica/escano-tertulias-politicos-parrilla-prime-time\\_1\\_8289498.html](https://www.eldiario.es/politica/escano-tertulias-politicos-parrilla-prime-time_1_8289498.html), visitado el 25 de septiembre de 2021. El artículo llamaba la atención sobre el hecho de que dos Vicepresidentes del Gobierno Nacional participaban como tertulianos en un programa de radio, y planteaba la consideración de este tipo de actividad como nueva “puerta giratoria”. Quizás, en mi opinión, no haya aquí tanto un conflicto de intereses en los términos planteados con anterioridad, como el hecho de que deban imponerse ciertas cautelas a esta nueva actividad de los ex altos cargos, al modo del deber de sigilo. No existiendo ese conflicto, no habría, en principio, razones legales para imponer limitaciones al desenvolvimiento de esta actividad.

indicó. Como ya se ha dicho, la dificultad está en identificar esa relación directa que, de no existir impediría apreciar conflicto de interés alguno y dejaría fuera de juego la limitación que supone. Se precisa, entonces, un ejercicio de interpretación y delimitación que puede frustrar los fines perseguidos por la norma en cuanto a la garantía de una actuación objetiva, íntegra e imparcial del alto cargo.

No obstante, la Ley ofrece algunas cautelas en este sentido, como la previsión del art. 9, en cuya virtud son las empresas, entidades o sociedades que “participen en licitaciones, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público”, las que deben acreditar que “no forma parte de los órganos de gobierno o administración persona alguna a las que se refiere el art. 2 de esta Ley”<sup>26</sup>, bastando a estos efectos la presentación de una declaración responsable.

Es llamativo en este último sentido que el Decreto 176/2005, de 26 de julio, con mejor criterio, requiere de estas entidades que también acrediten que el alto cargo “no ostenta participación superior al 10% computada en la forma que regula el art. 5 de la Ley”, con la consecuencia de que se rechazan todas las proposiciones que no justifiquen esta cuestión (art. 6).

De otra parte, debe tenerse en cuenta la exigencia de que el alto cargo, tras el cese, declare la posible incursión en cualquiera de las incompatibilidades examinadas, conforme al modelo y plazos que se fijan reglamentariamente (art. 10). El art. 7 del Decreto establece que la declaración se presentará en el plazo de dos meses desde el nombramiento, lo que deberá entenderse aplicable en el caso del cese, y atribuye la competencia para resolver sobre la concurrencia (o no) de causa de incompatibilidad al titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública. Esta suerte de supervisión es, claramente, la fórmula idónea para limitar el fenómeno de las “puertas giratorias” (aunque en relación con la legislación estatal, PÉREZ, 2017: 2), y, precisamente, por esta trascendencia, quizás fuera deseable una mayor concreción del procedimiento por el que se revisa la declaración y, en definitiva, puede denegarse la compatibilidad.

### II.3. La Declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones

El instrumento necesario para consolidar todo el régimen expuesto de limitaciones y prohibiciones es la declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones y subsiguiente registro, tal y como establecen los arts. 11 y ss de la Ley andaluza (y art. 8 y ss del Decreto de desarrollo).

<sup>26</sup> Debe señalarse que el art. 9 fue modificado en 2021, precisamente para robustecer esta “independencia” entre las sociedades y entidades mercantiles que actúan en el ámbito de la contratación pública y la actuación del alto cargo con alcance incluso tras el cese.

Así, el punto de partida se encuentra en la obligación impuesta a los altos cargos y a los otros cargos del art. 2.2 de la Ley de declarar las cuestiones enumeradas en el párrafo anterior, haciendo extensiva esta declaración “a las relaciones en materia de contratación con todas las Administraciones públicas y entes participados de los miembros de la unidad familiar de los altos cargos y otros cargos públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio” (art. 11.2). Se trata de una declaración que se efectúa en modelo normalizado aprobado por el propio Decreto y que ha de presentarse, a los efectos de este Trabajo, en el plazo de dos meses desde el cese o modificación de las circunstancias de hecho (art. 8.2 del Decreto en relación con el art. 12.2 de la Ley), dirigidas a la Dirección General de Inspección y Evaluación, de acuerdo con el art. 10.1 del Decreto<sup>27</sup>. Este órgano será responsable de examinar las declaraciones y, en su caso, comunicar a la persona interesada acuse acreditativo de la documentación inscrita en registro (art. 17.4 del Decreto). De igual modo, la Dirección tiene obligaciones de divulgación sobre las incompatibilidades y está facultada para requerir al ex alto cargo a presentar la declaración, poniendo en conocimiento del titular de la Consejería de Justicia y Administración Pública esta situación (art. 16.5 del Decreto) o cualquier irregularidad en la presentación de la documentación (art. 17.5 del Decreto). Por tanto, se trata del órgano responsable de la información que se contiene en el Registro de actividades, bienes e intereses que, sin embargo, no parece que ostente facultades para la revisión periódica de esta información, en contraposición con la legislación nacional.

Estas declaraciones deberán tener el contenido mínimo que dispone el art. 9.1 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, destacando cuestiones como “e) Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese” y “f) Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año”<sup>28</sup>, con el fin claro de verificar si ha podido producirse un enriquecimiento injustificado. Por tanto, el régimen de limitaciones examinado no se entiende sino en íntima relación con la exigencia de declaración que estamos considerando. No obstante, como indica PÉREZ MONGUIÓ, la exigencia de información resulta deficitaria, en el sentido de que no se concreta el momento al que debe referirse la declaración, proponiendo que la misma se vincule al momento del cese, aunque debería incluirse la petición

<sup>27</sup> Esta Dirección está a cargo del Registro, que se encuentra en la estructura de la Consejería de Justicia y Administración, ex art. 12 del Decreto 176/2005, de 26 de julio.

<sup>28</sup> Por razones de salvaguarda de la privacidad y seguridad de los titulares, el art. 9.2 del Decreto delimita la información que se precisa para dar cumplimiento a la norma.

de declaraciones correspondientes a la situación anterior a un año, para evitar operaciones de maquillaje (PÉREZ, 2011: 134).

A ello se suma la obligación de presentar en idéntico plazo, ante el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones, las autoliquidaciones tributarias íntegras del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio, las cuales serán objeto de publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía, con las debidas garantías de protección del derecho a la intimidad (art. 12.2 Ley)<sup>29</sup>.

Estas declaraciones serán objeto de inscripción y depósito en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de carácter público (art.13 de la Ley en relación con el art. 14.1), siendo el contenido de las mismas objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, y puesta a disposición en internet (art. 14.2). Se crea, así, un régimen de publicidad y difusión de estas declaraciones que, aun necesario para garantizar los fines de transparencia que justificaban el estatuto del alto cargo tras el cese, no deja de plantear algunas disfunciones en cuanto al nivel de difusión que se alcanza<sup>30</sup>, y la identificación de los interesados en esta información (PÉREZ, 2011: 143).

En este último sentido, el Decreto de desarrollo de la Ley 3/2005, de 26 de julio, impone la obligación de que la Dirección General de Inspección y Evaluación proceda a la cancelación de los datos personales de la persona cesada, una vez que han transcurrido dos años desde el cese (art. 14.4).

#### II.4. Régimen sancionador

Por último, tanto el reconocimiento de asignaciones como el régimen de incompatibilidades y obligaciones declarativas encuentra el respaldo fundamental en la previsión por la Ley 3/2005, de un régimen sancionador que constituye la garantía imprescindible del cumplimiento de las exigencias derivadas de la norma (DESCALZO, 2017:8).

Así, el Capítulo IV de la Ley ordena la potestad sancionadora a partir de la tipificación de infracciones muy graves, graves y leves del art. 15. De esta manera, las conductas que constituyen infracción muy grave o grave (en atención a ciertos

<sup>29</sup> El art. 12.4 de la Ley admite que los altos cargos y otros cargos puedan aportar las autoliquidaciones tributarias de sus cónyuges o parejas de hecho debidamente inscritas, aunque estarán disponibles únicamente en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones y no serán objeto de la publicidad, salvo consentimiento expreso de los mismos.

<sup>30</sup> Téngase en cuenta el art. 14 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, que dispone la publicación de las declaraciones en la página web de la Consejería de Justicia y Administración Pública, e impide la publicidad de las declaraciones tributarias del art. 12.2 de la Ley.

elementos de graduación) giran en torno al incumplimiento de las normas de incompatibilidades y abstención, la falsedad y omisión de datos y documentos o la no declaración de actividades, bienes intereses y retribuciones en el correspondiente Registro, tras el requerimiento.

Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración de incumplimiento de la Ley y la publicación de tal hecho en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, mientras que las leves<sup>31</sup> serán objeto de amonestación (art. 16.1 y 2). Pero junta a estas previsiones de tipo ejemplarizantes (y sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiera lugar), debe llamarse la atención sobre las otras consecuencias de orden práctico que contempla la Ley a modo de sanciones complementarias y que pueden tener un claro efecto desincentivador de conductas ilícitas para el ex alto cargo. De un lado, el art. 16.2 impone a los infractores la obligación de restituir, en su caso, "...las cantidades percibidas indebidamente que por razón de indemnización tras el cese tengan derecho, de la forma que se establezca reglamentariamente"<sup>32</sup>.

De otra parte, el art. 17 plantea el cese, en su caso, y la imposibilidad de ser nombrado alto cargo por períodos concretos<sup>33</sup> a quienes hubieran cometido infracciones muy graves y graves, con lo que se incorpora una medida fundamental para evitar el deterioro de las funciones correspondientes a los altos cargos. Es importante en este sentido, que el artículo es aplicable a todos los cargos relacionados en el art. 2, de forma que se opta por la aplicación subjetiva más amplia del precepto.

El régimen sancionador se completa, finalmente, con la designación como órgano competente para ejercer la potestad sancionadora a la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (art.21 de la Ley), previendo la disposición legal la posibilidad de que se adopten medidas cautelares como la suspensión de empleo y sueldo (art. 19).

<sup>31</sup> Constituye falta leve la no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto (art. 15.3 de la Ley).

<sup>32</sup> Véase art. 18 del Decreto 176/2005, de 26 de julio.

<sup>33</sup> El precepto establece una horquilla de 3 a 10 años en el caso de infracciones muy graves y de hasta tres años en el caso de infracciones graves, que se graduará atendiendo a criterios como "la existencia de perjuicios para el interés público si no se hubiera tenido en cuenta para tipificar la infracción, el tiempo transcurrido en situación de incompatibilidad, la repercusión de la conducta en los administrados y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles" (art. 17.3).

### III. CONSIDERACIONES FINALES: LA SUFICIENCIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL ESTATUTO DEL ALTO CARGO TRAS EL CESE

Lo expuesto hasta este momento me lleva a plantear algunas consideraciones finales que, a la postre, son consecuencia del paso del tiempo, puesto que la legislación andaluza aplicable al estatuto del alto cargo tras el cese se ha considerado ejemplo de un tipo de legislación de segunda generación, que parecía dar satisfacción a las insuficiencias de anteriores regulaciones (PÉREZ, 2011: 117). Sin embargo, la Ley nacía ya con algunas carencias que, en mi opinión, se han agudizado tras dieciséis años de vigencia de la Ley y el Reglamento de desarrollo.

Así, y pese las modificaciones parciales que la norma ha sufrido, lo cierto es que siguen sin contemplarse cuestiones esenciales y básicas en la concepción de buen gobierno que se asocia al alto cargo y que, sin embargo, redondearían el régimen jurídico aplicable al mismo tras su cese, como vienen señalando numerosos autores. Baste citar, en primer lugar, la ausencia de referencia a las causas de cese, más allá de la falta de confianza (PÉREZ, 2017: 4) o de lo dispuesto como parte del régimen sancionador; la falta de previsión del deber de sigilo que, sin embargo, se exige desde las instancias europeas (ROMERO, 2018: 23); o la cautela que supondría prohibir que el ex alto cargo que se incorpora de nuevo al empleo público no participe en órganos de selección (PÉREZ, 2017: 3). No obstante, debe añadirse que se trata de cuestiones que también se echan en falta en la legislación estatal, pese a la actualización de la misma que ha supuesto la Ley 3/2015, de 30 de marzo. Desde esta última perspectiva, puede afirmarse que una y otra legislación comparten la insuficiencia del régimen de incompatibilidades en cuanto al riesgo asociado a las llamadas puertas giratorias.

Por el contrario, se pueden reconocer algunas carencias que son propias de la legislación andaluza y que contrastan con la regulación estatal. Así, destaca la ausencia de una regulación específica de las incompatibilidades tras el cese, como ya se ha señalado; o el control posterior a la presentación inicial de las declaraciones de actividades, bienes, intereses y retribuciones. A ello se suma, en mi opinión, la consideración más detenida de las subvenciones en cuanto a las empresas en las que sea imposible la participación del ex alto cargo, en el sentido de que limitaciones como las del art. 6.b) deberían de forma específica a las empresas subvencionadas con fondos públicos y ello debería tener suficiente entidad en la regulación, pues la actual previsión pasa de soslayo sobre las entidades “con ayudas del sector público”, sin mayor precisión, en contraposición con los numerosos escándalos que han saltado a la luz pública.

Finalmente, y con ello concluyo, debe plantearse una cuestión más de fondo que afecta a las relaciones entre la legislación autonómica y la estatal cuando del estatuto

del alto cargo se trata, sea en la fase de ejercicio, sea tras el cese. Y en este sentido, la cuestión es la conveniencia de un régimen común del alto cargo, vinculado al fundamento ético compartido y en línea con el carácter básico del buen gobierno del Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, Transparencia y Buen Gobierno (así lo señalan PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 25, 29), pues ello facilitaría un régimen común de limitaciones y prohibiciones, así como de infracciones y sanciones que no impediría las particularidades organizativas de cada Administración y que, sin embargo, fortalecería el régimen jurídico aplicable, mediante el establecimiento de figuras e instrumentos comunes (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2016: 26) . Sin duda, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de altos cargos, con sus aciertos y sus carencias, comparte técnicas y fundamento con la legislación estatal, favoreciendo esta solución.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSOLS COMA, M., “Buen gobierno, ética pública y altos cargos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Puertas giratorias: regulación y control”, en AA.VV., *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016.

DESCALZO GÓMEZ, A., “El buen gobierno de los altos cargos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44, 2017.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “La garantía sancionadora en materia de transparencia pública”, en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.), *Defensa del Patrimonio Público y Represión de conductas irregulares*, Ed. Iustel, 2020, pp. 735-759.

MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

– “El Proyecto de Ley de Conflictos de Intereses de Altos Cargos de la Administración estatal. El deber de inhibición y las incompatibilidades *ex post*”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 2005.

PEREZ MONGUIÓ, J.M<sup>a</sup>, “Conflicto de Intereses y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado”, en CASTILLO BLANCO, F. (Dir.), *Defensa del Patrimonio Público y Represión de conductas irregulares*, Ed. Iustel, 2020, pp. 631-682.

- “Conflicto de intereses en el Estatuto de los altos cargos de la Administración General del Estado”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020.
- “Situación de los altos cargos tras el cese”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 2017.
- “Deberes de los altos cargos en el ejercicio”, en *Revista Andaluza de Derecho Administrativo*, núm. 80/2011, mayo-agosto.

PEREZ MONGUIÓ, J.M<sup>a</sup>/FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El Estatuto de los Altos Cargos*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ROMERO GALLADOR, A., “El Código de Conducta para los Miembros y Antiguos Miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 67/2018.

## **EL PERFIL INSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN. EN PARTICULAR, EL CASO DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN**

Joan Mauri Majós<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico de nuestras comunidades autónomas existen una serie de instituciones especializadas que con diversas denominaciones, tales como pueden ser las de “agencias” y “oficinas”, se encargan de prevenir y detectar el fraude y la corrupción de las autoridades y de los empleados públicos, garantizando el buen funcionamiento de la Administración que a tenor del artículo 103.1 de la Constitución ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de eficacia, con sometimiento pleno a ley y al derecho (Capdeferro, 2016: 16).

Entre las comunidades autónomas que cuentan con un ente público de lucha contra el fraude y la corrupción existen dos grandes tipos: uno, más generalizado, que considera a la correspondiente agencia u oficina un organismo parlamentario auxiliar; y otro que vincula las funciones mencionadas a una institución preexistente de control externo, análoga al tribunal, sindicatura o consejo de cuentas.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona y licenciado en Filosofía y Letras por la Universidad de Barcelona. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona con una tesis sobre la negociación colectiva en el sistema de función pública local. Es Profesor Titular (EU) de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, donde ha sido director de los estudios en Gestión y Administración Pública, director de los estudios en Relaciones Laborales y secretario de la División de Ciencias Jurídicas y Sociales. A lo largo de su trayectoria profesional ha desempeñado distintos cargos como pueden ser el de coordinador del Área de Régimen Interior, Hacienda y Planificación de la Diputación de Barcelona, el de director de la Escuela de Policía de Cataluña y el de secretario general del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

jmaurim@ub.edu

En el primero de los patrones apuntados cabe incluir a los siguientes organismos:

- La Oficina Antifraude de Cataluña, creada por la Ley 14/2008, del 5 de noviembre de la Oficina Antifraude de Catalunya (en adelante, LOAC), cuyo artículo 1.1 la define como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia adscrita al Parlamento de Catalunya. Además, el mismo precepto advierte de que la Oficina actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el resto de las instituciones catalanas conforme a lo que establece su ley de creación.
- La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, cuya naturaleza jurídica se configura en el artículo 1 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (en adelante, LACGV), como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines que queda adscrita a las Cortes Valencianas. El párrafo 2 del mismo precepto señala que la Agencia actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el resto de las instituciones valencianas en base a lo que señala su ley de creación.
- La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, definida en el artículo 1 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares (en adelante, LOCIB) como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus finalidades que depende orgánicamente del Parlamento de las Islas Baleares y ejerce sus funciones con plena independencia, sometida únicamente al ordenamiento jurídico.
- La Agencia de Integridad y Ética Pública de Aragón, constituida como un ente público que dependerá directamente de las Cortes de Aragón, tal como explicita el artículo 8 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de integridad y ética Públicas (en adelante, LIEPA)
- La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, que a tenor del artículo 1 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 (en adelante, LOACFN), aparece articulada como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena independencia orgánica y funcional en el ejercicio de sus funciones, cuya dirección será elegida por el Parlamento de Navarra.

- En curso de tramitación hay que citar el proyecto de ley que prevé la creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad de Castilla y León y se establece el estatuto de las personas denunciante (en adelante, PLOCCL), en cuyo artículo 2 se otorga a dicha oficina la calificación de ente público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se adscribe a las Cortes de Castilla y León y habrá de actuar con independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones.

Pero hay que tener en cuenta también que otras comunidades autónomas han optado por atribuir las competencias en materia de prevención de la corrupción al órgano encargado de control de la actividad económico-financiera del sector público, tal como se ha hecho en Galicia, con la Ley 8/2015, de 7 de agosto de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre para la prevención de la corrupción, o, con idéntica solución, en Canarias, a través de lo establecido en la Ley 5/2017, de 20 de julio, de modificación de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

En todo caso, vamos a centrar nuestro análisis sobre el primero de los tipos mencionados, teniendo en cuenta que el artículo 6 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (en adelante, LCA), crea la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, advirtiendo de que la Oficina se adscribe al Parlamento de Andalucía y que en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actúa con plena autonomía e independencia funcional.

## II. LA NATURALEZA DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

Las notas características de la institución que denominamos agencia u oficina contra el fraude y la corrupción son las de ser una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, adscrita al parlamento autonómico y que actúa con total independencia de los gobiernos.

A los rasgos citados se ha de añadir que las agencias u oficinas son organismos creados por una ley especial. Es el legislador –el órgano parlamentario– el que dibuja directamente las características singulares de la institución.

El concepto “entidad de derecho público” es el más fácil de explicar. Los entes o entidades de derecho público resultan ser estructuras funcionales creadas para la realización de una actividad de interés general que adoptan una forma de personificación jurídica diferenciada, es decir, propia y específica, distinta de las típicas existentes en el derecho público –organismos autónomos y entidades públicas empresariales– y en el sector privado –sociedades y fundaciones–.

De hecho, al margen de las organizaciones consideradas típicas desde una perspectiva conceptual existen una serie de entes “atípicos” o “personificaciones de régimen singular” creadas por una ley especial que las dota de una forma pública de personalidad y de un estatuto jurídico de carácter específico.

Precisamente uno de los factores determinantes de la diferenciación de este tipo se fundamenta en la atribución a determinados organismos de un régimen de organización y funcionamiento autónomo e independiente que los separa, y por qué no decirlo, también los confronta, con el gobierno y los departamentos, organismos y entidades que estructuran su acción ejecutiva que resultan ser sujetos pasivos de su tarea de control.

La noción de independencia en un sentido amplio aparece correctamente expuesta en la STJUE de 9 de marzo de 2010, C-518/07, en la que se dice lo siguiente: “Cuando se trata de un órgano público, el término “independencia” se refiere normalmente al estatuto que garantiza la posibilidad de actuar con plena libertad, a resguardo de cualquier tipo de instrucción y presiones”, lo que permite: “una facultad de decisión exenta de toda influencia externa a la autoridad de control, ya sea directa o indirecta”, advirtiendo de que: “la mera posibilidad de que las autoridades de tutela puedan ejercer influencia política sobre las decisiones de las autoridades de control es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas. Por un lado [...], podría darse en tal caso una “obediencia anticipada” de las autoridades de control a la vista de la práctica decisoria de la autoridad de tutela. Por otro, el papel de guardianas [...] que asumen las autoridades de control exige que sus decisiones y, por tanto, ellas mismas, estén por encima de toda sospecha de parcialidad”.

Una imparcialidad que se refuerza con la adscripción de las agencias y oficinas a los respectivos parlamentos. Las agencias y oficinas son órganos auxiliares de los parlamentos. De hecho, pueden ser considerados como comisionados específicos de las cámaras formando parte de una nueva especie que denominamos instituciones de apoyo al correspondiente parlamento en sus tareas de dirección y control del gobierno (García Costa, 2018: 68).

La STC 108/1986, de 29 de julio, determina que la recta interpretación del último inciso del artículo 66 de la CE, en el que se prevé que las Cortes Generales ejercen la

potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución, no ha de interpretarse de manera que se llegue a la conclusión que las Cortes solo pueden ostentar las funciones expresamente contenidas en los preceptos de la misma Constitución, sino que esta les asigna algunas que forzosamente han de cumplir y que la ley no puede atribuir a otros órganos con relevancia constitucional, lo que no se ha de oponer a que se pueda reconocer por ley a la cámara parlamentaria otras funciones, aunque no aparezcan estrictamente mencionadas en el texto constitucional.

Por lo tanto, resulta que mediante una ley el parlamento puede atribuirse nuevas funciones siempre que no entren en contradicción con un mandato expreso y taxativo de la propia Constitución y no impliquen una desnaturalización del principio de separación de poderes (Santaolalla, 2010: 21).

En todo caso, la adscripción de una institución al parlamento cumple una función de legitimación clara y específica. Se trata de situar a la correspondiente agencia u oficina en un marco de legitimada democrática, sustrayéndola a la influencia gubernamental. No hay duda de que la inserción de la entidad en la esfera de influencia de la institución que representa directamente la voluntad popular otorga una especial posición. Así, la entidad correspondiente aparece investida de una legitimidad superior a la ostentada por la mayoría de las estructuras gubernamentales.

A la vez, esta particular posición robustece la función de control y de orientación política del parlamento sobre el gobierno. En buena lógica, la objetividad y la eficacia de la acción pública han de garantizarse fundamentalmente frente al complejo gobierno-administración. De la misma forma, a través de estos organismos, la institución parlamentaria aspira a influir en la actividad futura de los órganos del ejecutivo vinculándolos a ciertas orientaciones y directrices de carácter no partidista.

Precisamente, para asegurar que las funciones de prevención y lucha contra el fraude en la acción pública se lleven a cabo correctamente resulta necesario que se encomienden a organismos a los que se quiera otorgar la correspondiente autonomía, orgánica, funcional, financiera y de personal frente al gobierno y las estructuras administrativas, lo que solo se consigue adscribiendo a dichos organismos a la institución parlamentaria (García Costa, 2018: p. 73). De esta manera se comprende mejor que sean las asambleas representativas las que acaben asumiendo la garantía de dicha intervención.

No queremos finalizar esta caracterización de la institución que hemos denominado agencia u oficina contra el fraude y la corrupción sin señalar que dichas entidades se

crean por una ley concreta y específica pero, a diferencia de otras más consolidadas, no poseen relevancia constitucional o estatutaria.

Tradicionalmente se ha distinguido entre las instituciones determinadas directamente por la Constitución o por el estatuto de autonomía, que denominamos órganos constitucionales y estatutarios, y las creadas por una ley especial con competencias específicas.

Así, el artículo 54 de la CE prevé la institución del Defensor del Pueblo, como un comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para defender los derechos y las libertades de los ciudadanos y supervisar la actividad de la Administración; el artículo 107 de la CE crea el Consejo de Estado como órgano consultivo supremo del Gobierno que ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia; el artículo 122 de la CE determina la constitución de un Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno de dicho Poder, previendo su particular régimen de integración con total independencia del ejecutivo; el artículo 136 de la CE institucionaliza el Tribunal de Cuentas como órgano fiscalizador supremo de cuentas y de la gestión económica del Estado y de su sector público, dependiendo directamente de las Cortes Generales y ejerciendo sus funciones por delegación de ellas en el examen y la comprobación de las cuentas generales, funciones todas ellas que los miembros del Tribunal han de ejercer en una posición de máxima independencia e inamovilidad; finalmente, el artículo 159 de la CE habilita la creación del Tribunal Constitucional como una magistratura independiente, solo sujeta a la Constitución y las leyes, encargada del control de constitucionalidad de las normas jurídicas, de la protección de los derechos y las libertades, y de la solución de los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o de las comunidades autónomas entre ellas.

Respetando la necesaria adaptación que comporta los respectivos márgenes competenciales, lo cierto es que cada estatuto de autonomía ha tendido a replicar una red de instituciones análogas a la del Estado en su sistema institucional de autogobierno.

Por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EAA), relaciona una serie de las llamadas “otras instituciones de autogobierno”, entre las que se encuentra el Defensor del Pueblo Andaluz, definido en el artículo 128 del EAA como un comisionado del Parlamento, designado para la defensa de los derechos y libertades, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de las Administraciones públicas de Andalucía; el artículo 129 del EAA prevé la constitución de un Consejo Consultivo del Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, de las entidades locales,

y de los organismos y entidades públicas de ellas dependientes, así como de las Universidades públicas andaluzas, Consejo que ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional; el artículo 130 del EAA, determina la constitución de una Cámara de Cuentas como órgano de control externo de la actividad económica y presupuestaria de la Junta de Andalucía, de los entes locales y del resto del sector público de Andalucía, cámara que depende orgánicamente del Parlamento de Andalucía; el artículo 131 del EEA dispone la creación del Consejo Audiovisual de Andalucía como autoridad independiente encargada de velar por el respeto de los derechos y libertades en los medios, tanto públicos como privados, así como por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de audiovisual y de publicidad; y, finalmente, el artículo 132 del EEA establece el Consejo Económico y Social de Andalucía como órgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno autonómico en materia económica y social, cuya finalidad primordial es servir de cauce de participación y diálogo permanente en los asuntos socioeconómicos.

Pero lo cierto es que dada la reciente aparición del tipo que hemos llamado agencia u oficina de prevención y control del fraude y la corrupción, esta no ha adquirido relevancia constitucional o estatutaria. Por lo tanto, hay que inscribir al mencionado organismo entre las autoridades independientes de los órganos gubernamentales que han sido creados por una ley específica para el ejercicio de las correspondientes funciones de control.

A partir de ahí, en una apretada síntesis podríamos caracterizar este particular modelo de las agencias u oficinas anticorrupción como un sistema de entidades públicas independiente adscritas al parlamento sin relevancia constitucional o estatutaria.

### III. ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

En las leyes autonómicas que regulan este tipo de instituciones podemos localizar las determinaciones orgánicas siguientes:

- El artículo 11 de la LOAC sitúa al frente de la Oficina a un director o directora que ha de ejercer su cargo con plena independencia y libertad. El artículo 25 de la LOAC prevé la designación de un director o directora adjunta como órgano colaborador de la dirección con las funciones que esta le quiera encomendar o delegar y con la finalidad de sustitución o desempeño interino.
- El artículo 26 de la LACGV prevé que la Agencia estará dirigida por un director o directora que ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad, actuando siempre con sujeción a la ley y la derecho, determinando

que el director o la directora de la Agencia tendrá la condición de autoridad pública y estará asimilado a un alto cargo con rango de director general, sin que en este caso concreto aparezca la figura del adjunto como pieza auxiliar y sustitutoria de la dirección principal.

- El artículo 17 de la LOCIB determina que la Oficina estará dirigida por un director o una directora que ejerce su cargo con absoluta independencia, objetividad e inamovilidad, previendo que ostenta la condición de autoridad pública, siendo su mandato de cinco años prorrogable por otros cinco sin posible extensión después del segundo. En este caso, el artículo 21 de la LOCIB habilita la figura del director o directora adjunta con la función de colaborar con la dirección en las funciones que se le deleguen y encomienden y de sustituirlo o asumir interinamente las funciones de la dirección.
- El artículo 11 de la LIEPA presenta una estructura distinta, no se basa en el sistema de un órgano único acompañado de un órgano unipersonal auxiliar sino que se estructura en un órgano complejo integrado por el director y los subdirectores de evaluación e investigación y de régimen interior, que integran una comisión ejecutiva conformada por tres miembros que han de actuar colegiadamente.
- El artículo 33 de la LOACFN prevé que la oficina estará dirigida por una directora o director que ejercerá su cargo con plena independencia y objetividad en el desarrollo de sus funciones. El artículo 36 de la LOAFN permite que la dirección pueda designar entre el personal de la Oficina a un director o directora adjunta a la que le corresponderán colaborar con la dirección de la Oficina en la tarea que esta le encomiende, sustituirla en caso de ausencia o incapacidad temporal y asumir las funciones que le delegue.
- En el artículo 33 del PLOCCL se indica que la oficina estará dirigida por su titular que ejercerá el cargo con plena independencia y objetividad en el ejercicio de sus funciones y actuará con sometimiento pleno a la ley y al derecho ostentando la condición de autoridad pública, asimilado a alto cargo de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, con cargo de director general. En este caso tampoco se prevé un adjunto como órgano de colaboración de la dirección que lo pueda sustituir en caso de ausencia o cese por cualquier causa.

Como conclusión podemos afirmar que la estructura de las agencias u oficinas contra el fraude y la corrupción resulta poco variable con un sistema predominante de órgano único de dirección dotado en la mayoría de casos con un órgano de colaboración de carácter subordinado y auxiliar, con capacidad de sustitución. El modelo presentado tiene alguna variación cuando se estructura como un órgano

complejo en forma de comisión ejecutiva con una dirección y dos subdirecciones integrantes todos ellos de una comisión ejecutiva, es decir, de un órgano colegiado.

Al modelo mayoritario de órgano unipersonal de carácter ejecutivo responde el artículo 25 de la LCA que prevé una dirección de la oficina que ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad en el desarrollo de sus funciones, aunque una de las singularidades andaluzas parece ser la obligación de crear una mínima estructura orgánica consistente en una subdirección competente en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador, y una subdirección competente en materia de medidas de protección de la persona denunciante, propuestas de prevención y recomendaciones de actuación y gestión del canal de denuncias, lo que parece introducir un elemento de rigidez en el diseño del régimen interior de la oficina que nos parece criticable.

#### IV. NOMBRAMIENTO Y CESE DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

Los ordenamientos jurídicos de las diferentes comunidades autónomas presentan una serie de matices en lo relativo al nombramiento, el cese y la duración del mandato de los titulares de los órganos de dirección de las agencias y oficinas antifraude que pueden esquematizarse de la forma siguiente:

- En cuanto a la designación del director o directora, el artículo 9 de la LOAC dispone que es elegido por el parlamento a propuesta del Gobierno por una mayoría de tres quintas partes en primera votación y por mayoría absoluta en la segunda, siendo nombrado por el presidente o presidenta del Parlamento. Según el artículo 11 de la LOAC, el cese del director obedece a las causas ordinarias como pueden ser la renuncia, la extinción del mandato, una incompatibilidad sobrevinida, la incapacidad, la inhabilitación o una condena firme. Pero también puede ser cesado por negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y derechos del cargo por el Pleno del Parlamento, a propuesta de la comisión correspondiente, por una mayoría de tres quintas partes en primera vuelta y por mayoría absoluta en la segunda. En cualquier caso, a tenor del artículo 11 de la LOAC el titular del órgano de dirección es nombrado por un mandato de nueve años que no puede ser renovado.
- De conformidad con el artículo 26 de la LACGV, el director o directora es elegido por la institución parlamentaria a propuesta de organizaciones sociales que trabajen contra el fraude y la corrupción en el territorio de la comunidad, y por los grupos parlamentarios. En principio, La decisión corresponde al Pleno de las Cortes Valencianas que la ha de adoptar por mayoría de tres quintas

partes. Si no se obtiene la mayoría requerida, se deberán realizar nuevas propuestas por el mismo procedimiento en el plazo de un mes. En todo caso, el director o directora es nombrado por la persona que ostenta la Presidencia del Parlamento. El artículo 28 de la LACGV prevé que el director o directora cesará por renuncia, extinción del mandato, incompatibilidad sobrevenida, incapacidad, inhabilitación, imputación con adopción de medidas cautelares, apertura de juicio oral o condena por sentencia firme, por pérdida de la vecindad administrativa en la comunidad o por negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y los derechos del cargo, en base a una propuesta de la comisión parlamentaria correspondiente que se elevará al Pleno de las Cortes y deberá ser aprobada por mayoría de tres quintas partes. En principio, tal como previene el artículo 26 de la LACCV la duración del mandato del director es de siete años sin posibilidad de renovación.

- El artículo 19 de la LOCIB dispone que el titular del órgano de dirección de la oficina es elegido por el Parlamento mediante votación por mayoría de tres quintas partes de sus miembros en primera votación y por mayoría absoluta en la segunda en base a las propuestas hechas por los grupos parlamentarios a la Mesa del Parlamento, correspondiendo su nombramiento al presidente o presidenta del Parlamento balear. El artículo 40 prevé las típicas causas de cese como pueden ser la renuncia, la extinción del mandato, la incompatibilidad sobrevenida, la incapacidad, la inhabilitación, la investigación con adopción de medidas cautelares, apertura de juicio oral o condena firme, incluyendo también la negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes propios del cargo, acreditada a través de un proceso de evaluación de su desempeño. En este último caso la propuesta ha de partir de la correspondiente comisión parlamentaria y el cese lo ha de acordar el Pleno por mayoría de tres quintas partes; si no se consigue la mayoría requerida, ha de procederse a una segunda votación en la que será suficiente la mayoría absoluta. El artículo 17 de la LOCIB determina que el mandato del titular del órgano de dirección es de cinco años, prorrogable por otros cinco, sin posible extensión después del segundo período.
- El artículo 13 de la LIEPA prevé que el director de este organismo sea elegido por el Pleno de las Cortes de Aragón por mayoría de tres quintos, y sus subdirectores sean elegidos por el mismo órgano por mayoría absoluta a propuesta del titular del órgano de dirección. Según el artículo 16 de la LIEPA los miembros del órgano ejecutivo de la agencia cesan por renuncia, por expiración del plazo de su mandato, por fallecimiento y por acuerdo del Pleno de las Cortes de Aragón, adoptado con la misma mayoría exigida para su elección por imposibilidad física o enfermedad superior a tres meses consecutivos, por actuación contraria

a los criterios, principios y objetivos que inspiran su ley reguladora, por incurrir en alguna causa de incompatibilidad, por incumplimiento de sus deberes, por incompetencia manifiesta o por ser encausado judicialmente por delitos relacionados con el desempeño del cargo. En cuanto a la duración del mandato del director y los subdirectores en los artículos 13 y 14 de la LIEPA se establece que sea de cinco años con posibilidad de renovación por un año.

- El artículo 33 de la LOACFN indica que la dirección de la oficina ha de ser elegida por el Pleno del Parlamento de Navarra por mayoría absoluta a propuesta de los grupos parlamentarios o de las organizaciones sociales que desarrollen su actividad en Navarra. A tenor del artículo 35 de la LOACFN, el director o directora de la oficina cesa por las causas de renuncia o fallecimiento, extinción del mandato, incompatibilidad sobrevenida, incapacidad civil, inhabilitación, imputación con adopción de medidas cautelares, apertura del juicio oral o condena por sentencia firme por la comisión de un delito, negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes del cargo y pérdida de la condición política navarra o del pleno disfrute de los derechos civiles o políticos. En el caso de que la causa sea la de negligencia notoria y grave, el cese de la dirección ha de ser propuesto por la comisión parlamentaria correspondiente y lo ha de acordar el Pleno del Parlamento de Navarra por mayoría de tres quintas partes. Tal como establece el artículo 33 de la LOACFN, el mandato de la directora o director es de seis años, no pudiendo ser renovado por lo menos hasta pasados seis años desde que se procedió al correspondiente cese.
- Según el artículo 33 del PLOCCL, la persona titular de la dirección de la oficina se ha designar por las Cortes de Castilla y León por tres quintas partes de sus miembros en primera votación, si no obtuviera la mayoría requerida se deberá obtener en una segunda votación el voto favorable de la mayoría de miembros de dichas institución. El mismo precepto, combinado con la previsión del último párrafo del artículo 36 del PLOCCL, determina que las personas candidatas procedan de una convocatoria pública y de un proceso de acreditación y evaluación ante la comisión parlamentaria competente. De acuerdo con el artículo 36 del PLOCCL el cese del titular de la oficina se producirá por renuncia o fallecimiento, extinción del mandato, incompatibilidad sobrevenida, incapacidad inhabilitación absoluta o especial, apertura de juicio oral o condena mediante sentencia por comisión de delito, sanción mediante resolución administrativa firme por infracciones que conlleven el cese o el despido o la imposibilidad de ser alto cargo, no estar al corriente de las obligaciones tributarias, y por el incumplimiento notorio de las obligaciones y los deberes del cargo. En el caso de que las causas del cese fueran la incompatibilidad

sobrevenida apreciada por las Cortes de Castilla y León o el incumplimiento notorio de las obligaciones y deberes del cargo, el cese de la persona titular de la dirección de la oficina deberá ser propuesto y aprobado por la comisión parlamentaria correspondiente por mayoría absoluta; dicha propuesta deberá ser elevada al Pleno de las Cortes de Castilla y León y aprobada por mayoría de tres quintas partes. Tal como se establece en el artículo 35 del PLOCCL, el nombramiento de la persona titular de la oficina será por un plazo de seis años, prorrogables por dos años más y sin posibilidad de reelección posterior.

En base a todo lo que llevamos expuesto hasta el momento podemos marcar una serie de líneas de tendencia que lógicamente tienen una mayor o menor repercusión sobre el contenido de lo que pueda ser la afirmada independencia de la institución que denominamos agencia u oficina antifraude en base a los planteamientos siguientes:

- Existen una serie de variaciones sustanciales sobre la facultad de propuesta del posible titular de la dirección de la entidad. No es lo mismo que dicha propuesta provenga del órgano de gobierno de la comunidad autónoma, de los grupos parlamentarios, de organizaciones o entidades sociales o directamente de una convocatoria pública. De hecho, hoy por hoy la solución más mayoritaria es la que pasa por una creación de consenso entre los diferentes grupos parlamentarios con la posible intervención de una serie de organizaciones sociales.
- Con carácter general, el titular de la dirección de la entidad es elegido por el correspondiente parlamento con una mayoría calificada de tres quintas partes en la primera votación y por mayoría absoluta en la segunda, aunque no faltan propuestas que exigen la consecución necesaria de la primera de las mayorías citadas, lo que obviamente presupone una legitimidad mayor y, en la misma medida, refuerza su independencia especialmente respecto a la mayoría de gobierno al basar la elección en una mayoría no partidista.
- En las causas de cese de la figura directiva se observan también algunas diferencias de interés. Ciertamente, aporta mayores garantías de imparcialidad que el cese se instrumente cuando se produzca una investigación o imputación con adopción de medidas cautelares o la apertura del juicio oral en una causa criminal sin necesidad de esperar a una sentencia judicial. De la misma manera, hay que tomar buena nota de las garantías que se introducen por los distintos ordenamientos cuando el posible cese se quiera justificar en la negligencia o el incumplimiento notorio de las obligaciones y deberes del cargo, un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación toma otro cariz cuando ha de ser apreciado por una comisión parlamentaria y presupone una decisión del pleno del correspondiente parlamento por una mayoría de tres quintas partes de los miembros.

- Indudablemente la independencia del titular del órgano de dirección se afirma con un mandato largo –cinco años- que supera el ciclo político ordinario de los cuatro años. Lo que ocurre en casi todos los casos. Ahora bien, aquí también pueden existir diferencias notables entre un nombramiento “largo” de cinco años con posibilidad de renovación por cinco años más, de nueve años o de siete años y otro más corto de cinco o seis años sin prórroga de mandato.

La legislación propia de la oficina andaluza parece cumplir con los parámetros citados:

- El artículo 25 de la LCA prevé que las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas por los grupos parlamentarios a la Mesa del Parlamento de Andalucía.
- El mismo precepto señala que la persona titular de la dirección de la oficina será elegida por una votación por mayoría de tres quintas partes de sus miembros, advirtiéndose de que si no se obtuviera la mayoría requerida se someterá a una segunda votación, requiriéndose la mayoría absoluta de los integrantes del Parlamento de Andalucía.
- El artículo 28 de la LCA determina que la persona titular de la oficina cesará por renuncia, por la extinción del mandato, por estar incurso en alguna causa de incompatibilidad, por fallecimiento o incapacidad, por la inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos declarada por decisión judicial firme, por tener la condición de investigada en un procedimiento penal por delito en el que se hayan adoptado medidas cautelares, de encausada en un procedimiento penal por delito o de condenada mediante sentencia firme a causa de delito, o por negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes del cargo. Precisamente en el supuesto de esta última causa su análisis y acreditación se confía a una comisión parlamentaria y ha de ser acordada en primera votación por mayoría de dos terceras partes de las personas que compongan el Parlamento de Andalucía, advirtiéndose de que si no se obtuviera la mayoría requerida habrá una segunda votación en la que solo se requerirá la mayoría absoluta.
- El artículo 25 de la LCA dispone que el mandato de la persona titular de la dirección de la oficina será de cinco años y no será renovable; se inscribe así en el tipo de mandatos “cortos” a los que antes hacíamos referencia.

## V. LA ORGANIZACIÓN DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS

Uno de los factores esenciales que permite modular la independencia de las agencias u oficinas y constituir las como un comisionado u órgano auxiliar de la correspondiente institución parlamentaria es la capacidad de disposición para regular su autonomía organizativa y funcional. La atribución de esta verdadera potestad y su relación con el sistema de normas existentes se puede describir a partir de las notas siguientes:

- La disposición adicional primera de la LOAC dispone que el titular de la dirección de la oficina elabora el proyecto de normas de actuación y de régimen interior de la oficina para que la correspondiente comisión parlamentaria las debata y, si procede, las apruebe.
- Diferente es el sistema establecido en la disposición transitoria primera de la LACGV, donde se señala que el director o directora de la agencia elaborará y presentará a las Cortes Valencianas y al Consejo de la Generalidad el proyecto de reglamento de funcionamiento y de régimen interior de la agencia para su aprobación posterior por parte de la agencia. En todo caso, hay que advertir que la presentación de la norma después de la correspondiente “presentación” se atribuye al director, así se deduce con facilidad de la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, por la que se aprueba su Reglamento de funcionamiento y régimen interior de esta, en desarrollo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalidad.
- El artículo 7 de la LOCIB nos dice que la organización, el régimen jurídico y el funcionamiento de la oficina se han de regular mediante un reglamento de régimen interior, la tramitación y aprobación del cual corresponde al Parlamento de las Islas Baleares, por medio de la comisión correspondiente. La disposición final tercera de la LOCIB previene que el primer director o directora de la oficina ha de elaborar y transmitir al Parlamento el proyecto de reglamento de funcionamiento y régimen interior de la oficina para que la comisión parlamentaria que corresponda la tramite y si procede la apruebe, advirtiéndole también de que el director o directora de la oficina puede promover aquellas modificaciones del reglamento que pudieran resultar convenientes que deberán ser tramitadas y aprobadas siguiendo el mismo procedimiento. El mismo precepto dispone que el director o directora de la oficina pueda elevar al órgano de gobierno de las Islas Baleares las propuestas de desarrollo reglamentario que considere necesarias para la ejecución de aquella ley, propuestas que el Gobierno tramitará y aprobará, siempre que resulten procedentes, en el plazo de seis meses.

- El artículo 10 de la LIEPA determina que la agencia presentará ante la Mesa de las Cortes de Aragón un proyecto de reglamento de organización y funcionamiento, que será debatido y aprobado por dicha Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces y publicado en el Boletín Oficial de Las Cortes de Aragón y en el Boletín Oficial de Aragón.
- Un cambio sustancial supone la previsión de la Disposición Transitoria Segunda de la LOACFN, en el la cual se confía al Gobierno de Navarra la aprobación, a propuesta de la dirección de la oficina, del reglamento de organización y funcionamiento de este órgano, así como las ulteriores modificaciones del mismo.
- La disposición final primera del PLOCCL determina que el titular de la oficina elaborará y presentará a las Cortes de Castilla y León el proyecto de reglamento de organización y funcionamiento de la oficina para su posterior aprobación por la Mesa de las Cortes, reglamento que se publicará en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León y en el Boletín Oficial de Castilla y León.

De las referencias aportadas, salvados los casos extremos de aprobación por la propia dirección de la oficina o por el órgano de gobierno de la correspondiente comunidad autónoma, emerge un tipo reglamentario específico cuya tramitación puede concretarse de la forma siguiente: propuesta normativa de la dirección de la agencia u oficina y aprobación del correspondiente reglamento por una comisión parlamentaria o por la mesa del parlamento.

De hecho, las normas o los reglamentos de organización contruidos en base a este modelo merecen a nuestro entender una triple calificación. Son a la vez una norma secundaria, una norma sectorial del ordenamiento jurídico parlamentario, y una norma especial.

En principio, los reglamentos citados son normas de desarrollo de una ley singular como suelen ser las leyes de creación de las agencias y las oficinas anticorrupción. En este sentido son normas secundarias, derivadas de la ley que las habilita y permite su presentación, tramitación y aprobación. Esto quiere decir que en su redacción hay que estar a la específica habilitación concedida por los preceptos de referencia. Esto quiere decir también que las normas o reglamentos de organización y funcionamiento de las respectivas agencias y oficinas no pueden contradecir las leyes ordinarias y tampoco pueden entrar a regular materias reservadas expresamente a una norma con rango de ley.

Con todo, los reglamentos citados se nos aparecen como normas de organización y de funcionamiento –normas de régimen interior– de una institución comisionada de la cámara representativa autonómica, que han de ser tramitadas por la mesa

del órgano parlamentario o por una comisión parlamentaria que en la mayoría de los casos ostenta una competencia legislativa plena, órgano que las ha de debatir contando con la participación de todos los grupos parlamentarios, lo que permite su discusión y aprobación después del correspondiente debate.

En consecuencia, tampoco puede decirse que los reglamentos citados sean simples reglamentos ejecutivos de la ley de naturaleza administrativa aunque puedan desempeñar esta función. Las normas de régimen interior de las correspondientes agencias y oficinas son normas intraparlamentarias, manifestación de la capacidad de regulación interna del correspondiente parlamento. De hecho, los reglamentos citados son el producto de un órgano legislativo –no ejecutivo- que no se relaciona con el ordenamiento jurídico de la correspondiente comunidad autónoma en función del principio de jerarquía sino en función del principio de competencia, de manera que, en consecuencia, las leyes y los reglamentos ordinarios deben respetar y no intervenir en el ámbito funcional que la ley de creación haya podido reservar a estos productos normativos.

En cualquier caso, conviene hacer notar que no parece resultar igual que el correspondiente reglamento se apruebe por una comisión con competencia legislativa plena que por la mesa del parlamento. La sustancia de dichos órganos no es exactamente la misma y resulta evidente que la aprobación de la norma de régimen interior por la comisión parlamentaria refuerza su rango y posición.

Aún más, de acuerdo con el principio de competencia y especialidad, en este característico ámbito que les ha sido reservado, las normas de régimen interior de la correspondiente agencia u oficina mantienen una especial resistencia y, por qué no decirlo, preferencia sobre cualquier otra regulación legal o reglamentario de ámbito autonómico que las pueda contradecir.

Los matices introducidos en esta caracterización son importantes si se tiene en cuenta que el artículo 8 de la LCA previene que la oficina se regirá por lo dispuesto en la presente ley y en su normativa reglamentaria de desarrollo aprobada por el Consejo de Gobierno, así como por lo establecido en el reglamento de régimen interior y funcionamiento de la oficina. Lo que sucede es que, en los términos previstos en dicha ley, el reglamento de régimen interior y funcionamiento regulará el gobierno, la organización, el funcionamiento, la estructura, las competencias que se atribuyan a los órganos y unidades administrativas propias, el procedimiento de investigación e inspección, el procedimiento de elección y cese de la persona titular de la dirección de la oficina, el régimen de personal al servicio de la oficina, así como los procedimientos y canales para la presentación de denuncias ante la oficina, ámbitos todos ellos que quedan reservados a este específico tipo normativo

y en el que no puede introducirse la potestad reglamentaria del órgano de gobierno de la comunidad.

El mismo artículo establece que la propuesta de reglamento de régimen interior y funcionamiento de la oficina andaluza se elaborará por la persona titular de la dirección y se remitirá al Parlamento de Andalucía para su aprobación, sin que se especifique el órgano que resulta competente para su aprobación. Es más, la disposición final primera de la LCA parece introducir alguna confusión en este aspecto al disponer que la persona titular de la dirección de la oficina elaborará y remitirá a la Mesa del Parlamento de Andalucía, por mediación de la correspondiente comisión parlamentaria, el proyecto de reglamento de régimen interior y funcionamiento, sin que quede claro por tanto si el órgano competente para su aprobación es la comisión parlamentaria con la que se relaciona la oficina, la Mesa o el Pleno del Parlamento andaluz.

## VI. LOS MEDIOS PERSONALES DE LAS AGENCIAS Y OFICINAS

La autonomía de las agencias y oficinas anticorrupción se manifiesta también en su capacidad para disponer y ordenar los medios necesarios con los que se pretenda dotarlas con objeto de que puedan adaptarlos a sus necesidades específicas y permitir una gestión imparcial y eficaz.

En esa dirección, las características específicas del régimen jurídico del personal al servicio de este tipo de instituciones se pueden resumir de la forma siguiente:

- El artículo 26 de la LOAC determina que el personal al servicio de la oficina puede ser funcionario, eventual o laboral, seleccionado de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dicho personal estará sujeto a los estatutos de régimen y gobierno interior del Parlamento de Cataluña o a la legislación laboral, según proceda, sin perjuicio de las normas especiales que resulte preciso aplicarle, normas que a todos los efectos parece que deberían incluirse en las de régimen interior que pudiera proponer la dirección de la oficina y aprobar la correspondiente comisión parlamentaria en función de la previsión establecida en la disposición adicional de dicha ley que ya hemos tenido ocasión de citar. En todo caso, el mismo precepto atribuye directamente al director o directora de la oficina la capacidad de aprobar directamente la relación de puestos de trabajo, instrumento básico de ordenación del personal por excelencia, con la consiguiente publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.

- El artículo 29 de la LACGV plantea un modelo estructuralmente distinto al establecer que los puestos de trabajo del personal de la agencia serán ejercidos por funcionarios y funcionarias de las administraciones públicas. Por lo tanto, parece que lo que se plantea es un sistema de provisión de dichos puestos entre el personal funcionario de las diferentes administraciones públicas, lo que parece excluir una opción por una función pública propia o por la contratación de personal laboral. En cualquier caso, lo que sí se afirma con claridad es la competencia de la agencia para elaborar y aprobar una relación de puestos de trabajo. Hay que destacar que nada se dice sobre el régimen jurídico de este personal, aunque la advertencia de que los puestos de trabajo de la agencia han de clasificarse y proveer de acuerdo con las normas de la legislación de función pública de la Generalitat valenciana parece comportar implícitamente la aplicación de dicho régimen de personal. Una apreciación que se matiza rápidamente a la vista del artículo 58 de la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la agencia, donde se dispone que el personal que presta servicios en la agencia se rige por lo dispuesto en la LACGV, el presente reglamento, la normativa reguladora del personal de las Cortes Valencianas y, en su defecto, por la legislación aplicable en materia de función pública valenciana, añadiendo que las normas que apruebe el director o directora de la agencia desarrollarán y adaptarán a las características propias de la misma el régimen previsto en la normativa reguladora del personal de las Cortes previa negociación colectiva, lo que parece un claro exceso reglamentario sobre las previsiones de la propia LACGV.
- El artículo 22 de la LOCIB contiene el estatuto del personal al servicio de la oficina, advirtiendo de que sus puestos de trabajo tendrán naturaleza funcionarial y que los procedimientos de selección y provisión han de garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad e idoneidad, que serán apreciados por una comisión de valoración formada en base a los principios de profesionalidad, especialización y paridad de sexos. El personal al servicio de la oficina se ha de regir por las disposiciones de su ley de creación y las del reglamento de régimen interior, resultando aplicable supletoriamente la legislación sobre función pública del personal al servicio de la comunidad autónoma. Corresponde a la dirección de la oficina la elaboración de la relación de puestos de trabajo que ha de ser aprobada por la comisión parlamentaria correspondiente, siendo también una facultad de la dirección la provisión de los puestos de trabajo de dicha oficina. El artículo 62 del Reglamento de funcionamiento y régimen de la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción en las islas Baleares, de 5 de diciembre de 2018, nos aclara que tiene la consideración de personal al servicio de la oficina el personal funcionario de carrera que ocupe los puestos de trabajo previstos en la relación por medio de una convocatoria pública de provisión o por otro sistema temporal de ocupación. Con todo, lo más singular resulta

- ser la redefinición del régimen jurídico del personal de la oficina que se opera en el artículo 63 del Reglamento, régimen que comprende ahora lo dispuesto en la correspondiente ley de referencia, el reglamento, y en lo no previsto por dichas normas la aplicación del régimen general establecido para el personal de la Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares, con lo que contraviniendo la previsión legal se desplaza a una supletoriedad de segundo grado la ley autonómica de función pública y el estatuto básico del empleado público.
- El artículo 21 de la LIEPA dispone que el personal de la agencia podrá ser personal funcionario y laboral de cualquier Administración pública, que se registrará respectivamente por la normativa legal y jurídica que le sea de aplicación. En todo caso, se permite que el director de la agencia pueda nombrar un máximo de dos personas para su asistencia directa, que tendrán la consideración de personal eventual. La agencia ha de contar con una relación de puestos de trabajo que deberá ser aprobada por la comisión ejecutiva, en la que constarán todos aquellos puestos de trabajo que deban ser desempeñados por funcionarios públicos y parece que lógicamente, aunque no se diga, los desempeñados por personal laboral, dado el carácter omnicompreensivo de la relación como instrumento de ordenación del personal.
- El artículo 37 de la LOACFN dispone que los puestos de trabajo de la oficina serán desempeñados por funcionarios de las administraciones públicas y/o por personal seleccionado al efecto en base a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, advirtiendo de que la relación de puestos de trabajo será aprobada por la dirección de la oficina.
- El artículo 37 del PLOCCL previene que el personal de la oficina será funcionario de carrera, y de forma excepcional personal laboral, que será provisto entre el personal de las diferentes administraciones públicas, señalando también que la oficina podrá contar excepcionalmente con personal eventual. En cualquier caso, las necesidades de personal de la oficina serán provistas de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad adecuada a la función encomendada. El personal que preste servicios en la oficina se registrará por lo dispuesto en la presente ley, en su normativa de desarrollo, en la normativa aplicable al personal de las Cortes de Castilla y León y, supletoriamente, por la normativa en materia de función pública del personal al servicio de la Administración de Castilla y León. En el mismo precepto se especifica que la estructura orgánica y la relación de puestos de trabajo serán elaborados por la dirección de la oficina, que la remitirá a las Cortes de Castilla y León.

A la vista de los datos que hemos podido reunir no cabe duda que es difícil obtener de las diferentes opciones planteadas una matriz única que pueda actuar

como presupuesto referencial, en todo caso podemos formular las observaciones siguientes:

- El régimen jurídico básico del personal al servicio de las agencias y oficinas de lucha contra la corrupción es el funcionarial. Con todo, suele admitirse de forma excepcional un limitado número de posiciones que pueden acogerse al régimen laboral y también un número más reducido de efectivos que actúe como personal eventual.
- Parecen existir dos modelos básicos para el reclutamiento de los efectivos necesarios para el buen funcionamiento de la entidad pública. El primero consiste en ocupar los puestos de trabajo necesarios por funcionarios de las diferentes administraciones públicas a través de sistemas de provisión. El segundo utiliza procedimientos de selección de personal o de provisión de puestos de trabajo, lo que implica la constitución de una función pública propia o la extensión de la función pública parlamentaria o de otra institución ubicada en el ámbito del parlamento.
- El régimen jurídico del personal de las agencias y oficinas, dejando siempre al margen el régimen jurídico del personal laboral que no puede ser modificado por una norma autonómica al tratarse de legislación básica del Estado, se ajusta a una compleja jerarquía de fuentes que puede tener dos modelos de articulación. En el primero de estos modelos se aplica la ley de creación, el reglamento de régimen interior –que ha sido aprobado por una comisión parlamentaria o por la mesa del correspondiente parlamento- y como marco más global el régimen jurídico que para los funcionarios del correspondiente Parlamento prevé el correspondiente reglamento parlamentario o la legislación de una determinada institución ubicada en la órbita del correspondiente parlamento. En el segundo se aplica la ley de creación, el reglamento de régimen interior, y supletoriamente la legislación de función pública de la correspondiente comunidad autónoma y el estatuto básico del empleado público.
- En principio, se reconoce al director de la oficina la facultad de elaborar y proponer la relación de puestos de trabajo que ha de actuar como el instrumento básico de ordenación del personal de la agencia u oficina. A partir de ahí puede ser que dicha relación sea aprobada por el mismo director o por la comisión ejecutiva de la agencia u oficina, o que el trámite de aprobación se remita a una comisión parlamentaria o a la mesa del órgano legislativo de la correspondiente comunidad.

El artículo 31 de la LCA determina 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. 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 del desarrollo que pueda establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior y funcionamiento de la oficina. Dicho precepto también previene que corresponde a la persona titular de la dirección de la oficina elaborar la propuesta de relación de puestos de trabajo que remitirá a la Mesa del Parlamento de Andalucía.

Por tanto, se trata de un modelo que con alguna salvedad resulta coincidente con la propuesta hecha para la regulación de los medios personales de la oficina de Cataluña o de la agencia de la Comunidad Valenciana y cuya comprensión no es fácil.

En principio, el primer interrogante que se plantea es el que gira en torno a la posibilidad por parte de la oficina de establecer una función pública propia. Al respecto, conviene recordar que la indefinición del régimen del personal de los organismos y las entidades instrumentales es una constante en nuestro ordenamiento jurídico (Castillo Blanco, 2009: 91). Dicho régimen está sujeto a una tensión de carácter bidireccional entre pulsiones centrífugas a la búsqueda de un régimen particular de personal, y tensiones centrípetas que tratan de imponer un cierto orden y racionalidad en el espacio de las regulaciones propias de los efectivos de la llamada Administración institucional. La razón última de esta situación es la creación por ley de determinadas figuras institucionales que permiten particularizar u obviar el régimen jurídico general de función pública que es una creación también de la propia ley, con lo que los intentos de uniformización del ordenamiento jurídico en base a regímenes jurídicos de personal predeterminados, según un modelo fundamentado en figuras y agrupaciones tipo de funcionarios y laborales, acaban siendo desbordados por las singulares leyes especiales de creación de las correspondientes entidades públicas.

El fenómeno de la creación indiscriminada de entes instrumentales no es exclusivo de la Administración del Estado o de las comunidades autónomas. Lo cierto es que se está extendiendo a la Administración parlamentaria de la que dependen o mantienen vinculación una serie de sindicaturas, comisionados, agencias y oficinas. En todo caso, existe un dato común a este tipo de operaciones: la creación de estos organismos se reserva a la ley y es la ley la que puede singularizar el régimen jurídico del personal de una entidad pública como personal propio o “exclusivo”.

De hecho, una de las bases tradicionales de la función pública deriva de la aplicación del principio de legalidad. Dicho principio implica que la situación jurídica de los funcionarios no se puede instituir ni transformar si no es a través de las condiciones expresamente señaladas por la ley, con lo que se considera ilícita

cualquier creación, o alteración, incluida la supresión de una relación de función pública que no venga previamente habilitada por una ley (Montoro, 1987: 38-39).

En todo caso, interesa destacar que la función pública no es una institución autónoma y aislada de un sujeto que definimos genéricamente como Administración. La relación de función pública solo se puede configurar a través de personas públicas. En consecuencia, el derecho a ser sujeto titular de una relación jurídica de naturaleza pública solo lo ostentan aquellas personas que tienen atribuida de forma necesaria la correspondiente capacidad pública. Además el ámbito de las personas públicas que pueden contar con funcionarios es limitado. Una restricción indirecta la podemos encontrar en la diferenciación propia entre relaciones de empleo públicas y privadas. Pero el ámbito propio de las relaciones de empleo público, su atmósfera vital es siempre el ejercicio de las potestades o la salvaguarda de los intereses generales, por esta razón las personas públicas que no tienen encomendadas esas funciones no suelen detentar la capacidad suficiente para ser titulares de relaciones de función pública.

Por otro lado, en el ámbito de las personas jurídicas públicas que tienen capacidad para mantener este tipo de relaciones puede distinguirse entre aquellas que tienen capacidad por ley –las administraciones territoriales- y aquellas que la tienen atribuida por una ley específica en base a una posición y unas finalidades determinadas –organismos y entidades públicas-.

En cualquier caso, ha de quedar claro que la capacidad de una institución para ser sujeto titular de una relación de función pública depende de la ley y de su misión funcional correctamente especificada, lo que parece cumplirse en el caso de la Oficina andaluza.

Cuestión distinta es la conformación de dicha función pública en cuerpos, escalas, especialidades, grupos de plazas u otros sistemas que permitan la agrupación de funcionarios en base a la incorporación de competencias, capacidades y conocimientos acreditados a través de un procedimiento de selección. Nada dice la ley andaluza al respecto.

Por lo tanto, a partir de aquí es importante acudir al sistema de fuentes que ha de estructurar la normativa reguladora del personal al servicio de la oficina. El artículo 31 de la LCA prevé que las personas al servicio de la Oficina se regirán por la normativa reguladora en materia de personal al servicio del Parlamento de Andalucía, sin perjuicio del desarrollo que pueda establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior y funcionamiento de la Oficina. La disposición final primera de la LCA señala explícitamente que la persona titular de la dirección de la Oficina elaborará y remitirá a la Mesa del Parlamento de Andalucía,

por mediación de la correspondiente comisión parlamentaria, el proyecto de reglamento de régimen interior y funcionamiento para su aprobación.

De ahí puede deducirse con facilidad que el personal al servicio de la Oficina se rige por la normativa reguladora del personal al servicio del Parlamento de Andalucía y por la que pueda contener “específicamente” el reglamento de régimen interior y funcionamiento de la Oficina. Es decir, el objeto régimen jurídico del personal de la Oficina es una materia compartida por las dos fuentes normativas sobre la base de una relación que entendemos ordenada por los principios de jerarquía y especialidad.

Un esquema que a simple vista parece suficiente pero que no está exento de una serie de elementos de complejidad como pueden ser los siguientes:

- El Estatuto de Personal del Parlamento de Andalucía, aprobado por la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos en sesión celebrada el día 26 de noviembre de 1996 (en adelante, EPPA), es una expresión del principio de autonomía parlamentaria en materia de personal con capacidad suficiente para configurar un verdadero estatuto de personal al servicio de la cámara legislativa. De hecho, el EPPA es una disposición normativa pero resulta más discutible que pueda tener rango de ley, es decir, la fuerza y el valor de la ley. Este rango se reconoce a los estatutos de personal de los órganos parlamentarios siempre que cumplan una serie de condiciones de carácter material y formal (Cano, 2019: 30-33). La más importante es sin duda su cobertura por la norma primaria de la respectiva institución, es decir, por la Constitución o el Estatuto de Autonomía. Al respecto, el artículo 102 del EAA prevé expresamente que el Parlamento goza de plena autonomía reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria, lo que le permite elaborar su propio Reglamento de organización y funcionamiento. Pero dicho precepto, del que se podría deducir una cierta previsión estatutaria en favor de la elaboración y aprobación de un estatuto de personal del órgano legislativo como norma vinculada al Estatuto de Autonomía, no parece resultar suficiente para permitir la cobertura necesaria para dotar de rango legal al EPPA. Así pues se debe concluir que la naturaleza de la norma parlamentaria andaluza es de rango reglamentario, constituyendo el EPPA una norma independiente (Cano, 2019: págs. 130-131).
- En todo caso, la autonomía singular de que disfruta la cámara parlamentaria le permite apartarse del régimen de personal que se regula con carácter general, incluidas las normas básicas del Estado. De hecho, el artículo 149.1.18 de la CE se refiere a la competencia estatal para regular: “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios”. Si tenemos en cuenta que el resto de órganos constitucionales en

puridad no constituyen administraciones públicas, parece que la competencia exclusiva en materia de función pública contenida en el artículo 149.1.18 de la CE no se proyecta sobre los órganos y los medios dependientes del poder legislativo. En todo caso, esta parece ser una tesis reconocida y aceptada por el propio Estado en el artículo 4 del TREBEP en el que se precisa que las disposiciones estatutarias solo se aplicarán directamente cuando así lo disponga la legislación específica del personal funcionario de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. De hecho, este precepto permite diseñar una función pública parlamentaria con sujeción únicamente al bloque de constitucionalidad. Aún más, la previsión del artículo 2.5 del TREBEP en la cual se dispone que el estatuto básico tiene carácter supletorio para todo el personal de las administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación, no parece resultar de aplicación al personal de las cámaras parlamentarias, de acuerdo con la STC 1997/61, de 20 de marzo, donde se determina que el Estado no puede dictar normas de carácter supletorio respecto al de las comunidades autónomas, salvo que consiga acreditar algún título específico que habilite su competencia (Cano, 2019a: 156-167).

- Cuestión absolutamente distinta es la relación entre el EPPA y el reglamento de régimen interior de la Oficina. A nuestro entender la relación entre el EPPA y el reglamento de régimen interior de la Oficina se ha de articular básicamente en torno al principio de especialidad. Al respecto, una premisa previa nos parece fundamental. El reglamento de régimen interior es una norma derivada directamente de la ley de creación de la Oficina. Por lo tanto, su función es concretar y ejecutar las directrices incluidas en la LCA en función de una remisión normativa que en materia de personal casi resulta en blanco, por carecer de un contenido verdaderamente sustancial. Ello supone atribuir al reglamento una cierta capacidad de configuración que se ha de proyectar sobre la estructura y la organización del personal de la Oficina en base a un régimen general de función pública que es el contenido en el EPPA. En cualquier caso la capacidad de configuración del reglamento va a depender del contenido de la LCA y de la materia “régimen interior”. Es importante destacar que con respecto al EPPA, los preceptos de régimen interior son normas especiales pero no son normas excepcionales. En consecuencia, su contenido ha de ser coherente con la LCA y no se puede apartar de los principios propios que establezca el EPPA. Precisamente, la función de la norma especial es la de adaptar y completar la ordenación general del régimen jurídico de los funcionarios que puedan prestar servicios en la oficina, pero la norma especial no puede contradecir a la general en sus aspectos esenciales y en sus principios ordenadores. En cualquier caso, el reglamento de régimen interior es también una norma secundaria directamente orientada a especificar los mandatos de la LCA y del EPPA en

materia de personal a los efectivos que presten servicios en la entidad para que puedan resultar funcionales en el marco de una estructura y una organización determinada como es la oficina.

- Hemos dicho que la relación entre el EPPA y el reglamento de régimen interior se ha de fundamentar en el principio de especialidad. El principio de especialidad normativa presupone el tránsito de una regla amplia que afecta a todo un género, a una regla menos extensa que afecta a una especie de dicho género (Tardío, 2003: 191). Dicha relación está condicionada por el redactado del artículo 26 de la LCA cuando nos dice que las personas al servicio de la Oficina se regirán por la normativa reguladora en materia del personal al servicio del Parlamento de Andalucía, “sin perjuicio” del desarrollo de las normas que puedan establecerse específicamente en el reglamento de régimen interior, es decir, “sin perjuicio” de la aplicación de las normas especiales que contenga dicho reglamento. De hecho, este nexo sintáctico indica que la norma general solo va a poder aplicarse respetando las especialidades introducidas por el reglamento de régimen interior. Conviene enfatizar el hecho de que la prioridad aplicativa de las normas que contenga el reglamento de régimen interior en materia de personal es un efecto querido expresamente por el legislador. Es el legislador quien dispone que el régimen jurídico del personal de la oficina es el del personal del Parlamento de Andalucía con las especialidades o, si se quiere, con las “especificaciones” que se contengan en el reglamento de régimen interior. En cualquier caso, la regla de especialidad no elimina la vigencia simultánea del EPPA y el reglamento de régimen interior. La norma especial se aplicará con preferencia a la general cuando el supuesto de hecho se ajuste mejor a una realidad concreta. De la misma manera, la norma general se aplicará a todos los supuestos que no puedan encuadrarse en una situación específica y será, por lo tanto, eficaz en la regulación del ámbito de personal. Aún más, la norma general se aplicará a todos los supuestos regulados por la norma especial en todos aquellos aspectos que no se hayan previsto o que no se puedan asumir en la norma especial. En todo caso, el paso de la aplicación de la regla general a la especial presupone una natural diferenciación de categorías y situaciones, y deja de tener sentido cuando la aplicación de la singularidad que presupone la norma especial no se adapta a una particular situación o no se introduce a partir de un elemento de objetivación que demande expresamente una regla jurídica diferenciada sobre la que se pueda justificar un tratamiento peculiar.
- Desde una perspectiva más concreta, podríamos decir que la finalidad principal de las normas que pudiera contener el reglamento de régimen interior es la de adaptar la estructura profesional, la ordenación y el régimen de competencias

en materia de personal a las peculiaridades orgánicas y funcionales propias de la Oficina. En cambio, no parece que las normas de dicho régimen interior se hayan de proyectar sobre el sistema de derechos y deberes del personal que estructura el EPPA, posiblemente con las únicas excepciones de aquellos derechos sobre los que pueda tener una particular repercusión una decisión sobre estructura u ordenación del personal o de aquellos deberes específicos que se considere necesario reforzar para garantizar las funciones institucionales correspondientes a la Oficina. Es decir, el EPPA cubriría un campo que solo podrían complementar y especificar parcialmente las normas reglamentarias; complemento y especificación que se deberían producir en una dirección determinada permitiendo con naturalidad la aplicación del régimen jurídico del personal del órgano legislativo a los efectivos que pudieran prestar servicios en la Oficina. Lógicamente, todo ello implicará que las normas de régimen interior no son, no podrían ser, un instrumento adecuado para innovar o particularizar el sistema estatutario de derechos y deberes propio de la función pública parlamentaria.

En base a lo que se ha dicho la conclusión es simple y se puede formular de la manera siguiente:

- El régimen jurídico del personal funcionario de la oficina es el contenido en el EPPA con las particularidades estructurales, orgánicas e instrumentales introducidas por el reglamento de régimen interior de la oficina.
- Las reglas contenidas en el reglamento de régimen interior de la oficina no pueden contradecir la ordenación general prevista en el EPPA para la relación estatutaria propia de la función pública parlamentaria, pero cuestión distinta es que las normas de régimen interior de la oficina definan y ordenen la estructura de su personal y adapten la gestión del personal al sistema de órganos y competencias específicas de la mencionada entidad pública.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANO SILVA, R. (2019): *El estatuto del personal de los parlamentos autonómicos en el actual sistema español de fuentes del derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch.

CANO SILVA, R. (2019a): “Los estatutos del personal de la asambleas legislativas de las comunidades autónomas en relación con los artículos 149.1.7ª. y 149.1.18ª. de la Constitución española”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47, págs.. 145-170.

CAPDEFERRO VILAGRASA, O. (2016): “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: Límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la Oficina Antifraude de Catalunya”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 53, págs. 13-30.

CASTILLO BLANCO, F. (2009): “Mitos y realidad del personal propio al servicio de los organismos autónomos locales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141, págs. 89-136.

GARCÍA COSTA, F. M. (2018): “Los órganos parlamentarios auxiliares en materia de transparencia y acceso a la información pública en el sistema constitucional español”, en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 30, págs. 55-99.

MONTORO CHINER, M.J. (1987): *La función pública en el federalismo alemán*. Madrid; Instituto Nacional de Administración Pública.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2010): “Problemas de las designaciones parlamentarias en nuestro derecho”, en *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, págs. 13-54. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TARDÍO PATO, J. (2003): “El principio de especialidad normativa (LEX SPECIALIS) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, págs. 189-225.

**LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA  
CORRUPCIÓN: ÁMBITO DE ACTUACIÓN, FUNCIONES, DEBER  
DE COLABORACIÓN, CONFIDENCIALIDAD, PROTECCIÓN DE  
DATOS Y ACTIVIDAD ESTRUCTURAL**

Gabriele Vestri<sup>1</sup>

**INTRODUCCIÓN**

El pasado 1 de julio de 2021 se publicó la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (a partir de este momento utilizaremos la abreviatura Ley 2/2021). De esta manera, Andalucía se suma a otras realidades autonómicas que ya están dotadas de una legislación *ad hoc* en la materia: la Oficina Antifraude de Cataluña (creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre), la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (Ley 11/2016, de 28 de noviembre), en Castilla y León la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (Ley 16/2016, de 9 de diciembre), en Aragón la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, en Navarra la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción o la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés del Principado de Asturias

---

<sup>1</sup> Profesor Ayudante Doctor (acreditado Profesor Titular) de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz, España. Es miembro del Grupo de investigación SEJ582 “Administraciones públicas, libertades públicas y políticas sectoriales” de la Universidad de Cádiz. Responsable de Difusión e Indexación de la Revista Española de la Transparencia.

Orcid: 0000-0002-7959-0458

gabriele.vestri@uca.es

(específicamente los artículos de 59 a 62 en materia de denuncias). Asimismo, debemos mencionar las oficinas anticorrupción locales. Es el caso, por ejemplo, de la Oficina Municipal de Lucha contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid (Campos, 2017:1-8) o de la Oficina Antifraude de Zaragoza.

Todo lo anterior, conforma un escenario legislativo que responde a exigencias específicas, así que, en palabras de Juncal:

«A la hora de vigilar la actividad administrativa, algunas Comunidades Autónomas han defendido la necesidad de crear un nuevo organismo dedicado específicamente a la lucha contra la corrupción. Compartiendo los mismos objetivos, la Comunidad Autónoma de Galicia y la Comunidad Autónoma de Canarias optaron por reforzar el papel institucional del Consello de Contas y la Audiencia de Cuentas de Canarias, con el propósito de no incurrir en los gastos adicionales asociados a la creación de nuevas agencias u oficinas y siguiendo el modelo de la República Portuguesa». (2019:141).

Ahora bien, la creación de la Oficina Andaluza Antifraude (en adelante OAA), es sin duda, un paso decisivo hacia la construcción de una sociedad más ética y proactiva. De hecho, en esta senda, se pronuncia la misma exposición de motivos de la Ley 2/2021 que de forma acertada señala que:

«El fraude y la corrupción constituyen una de las mayores preocupaciones de la ciudadanía, y es que se trata de un problema de especial gravedad, pues no tiene consecuencias únicamente sobre la eficiencia de las administraciones públicas ni supone, simplemente, un perjuicio económico a las arcas públicas. Es un problema sistémico que afecta al corazón de la democracia y que exige la adopción de medidas efectivas de regeneración pública».

Así, aunque una norma no es, evidentemente, sinónimo de eliminación de la corrupción, es cierto que el tratamiento de la materia, la protección del alertador y la rendición periódica de la actividad de las oficinas correspondientes, evidencian una mayor atención hacia un problema, el de la corrupción, que debe ser atajado (Sáez, 2021:17-20).

En el sentido de no identificar la creación de una oficina antifraude como la *panacea* ante procesos de corrupción, se pronuncia Jiménez Sánchez:

«La receta más frecuente a la hora de plantear una estrategia de lucha contra la corrupción es el recurso a un paquete de reformas institucionales como, por ejemplo, la creación de agencias anticorrupción, el endurecimiento de las penas asociadas a los delitos como el cohecho, la malversación, el tráfico de influencias, etc., o algunas otras medidas técnicas por el estilo como leyes de

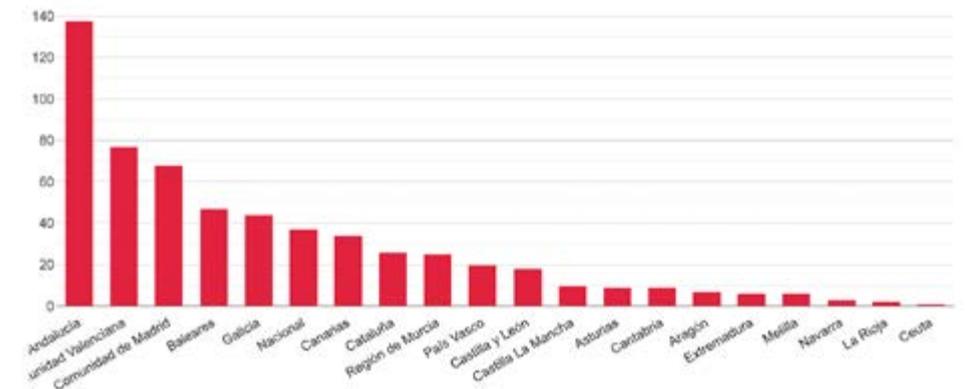
transparencia y acceso a la información pública o la obligación de publicar las declaraciones de actividad y patrimonio de los candidatos a ocupar cargos públicos. Sin embargo, el balance que puede hacerse de la eficacia de este tipo de reformas para contener la corrupción es más bien pesimista» (2020:219)».

Sin embargo, la visión del autor no desconoce una de las reglas centrales en la materia, que consiste en hacer que las actuaciones de una oficina antifraude signifiquen una mejora evidente de la gobernanza pública.

Ahora bien, los escenarios de corrupción no representan, lamentablemente, una novedad: «España ocupa un llamativo puesto en los ránquines anticorrupción (posición 30 en el Índice de percepción 2019 de Transparencia Internacional, con una puntuación de 62 sobre 100, muy lejos de los 70 puntos que serían esperables con arreglo a su economía, según dicha organización)» (Parramón, Roca, 134-2020:123).

Así mismo, es necesario recordar que Andalucía es una de las regiones mayormente afectada por la corrupción. Es interesante reportar las informaciones del portal web casos-aislados.com.

Gráfica 1: Número de casos de corrupción por Comunidad Autónoma



Fuente: <https://www.casos-aislados.com/stats.php>. Consultado el 16 de agosto de 2021

Concretamente, al día de esta consulta, Andalucía contaba con ciento treinta y ocho casos de corrupción, el número más alto de toda la península. En esta misma senda, resulta interesante mencionar el coste de la corrupción. Al número de casos mencionados le corresponden 4,707 mil millones de euros de coste, equivalente al 3,8% del total sobre la base nacional.

En definitiva, la Ley 2/2021 –que además, en parte, se adelanta a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión cuyo plazo de transposición vence el 17 de diciembre de 2021– colabora en el fortalecimiento de «la integridad pública como mecanismo para fomentar la buena administración y prevenir los conflictos de intereses y la corrupción en las administraciones públicas» (Cerrillo, 12-2019:1). En esta senda, aunque España no cuente todavía con una norma específica de creación de una agencia nacional –ni tampoco de protección del alertador–, todo parece apuntar a que precisamente la Directiva (UE) 2019/1937 podría colaborar en la creación de las agencias de integridad. Así, Sierra señala que:

«Bajo las previsiones de la Directiva, en España podría establecerse un sistema para las denuncias externas que desemboque en una autoridad única y que permita acceder a las medidas de protección, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y a otros organismos dedicados al control; o bien, existir más de una autoridad para gestionar el canal externo, tanto por grandes ámbitos –público y privado– como por sectores concretos. Además, atendiendo al sistema de descentralización política de nuestro país, estas autoridades es probable que se reproduzcan en las Comunidades Autónomas e incluso en ámbitos locales» (2020:67).

En este sentido, intentaremos analizar los incisos que más se identifican con el espíritu de esta nueva ley que intenta devolver a la ciudadanía cierta confianza en las instituciones públicas, cuya integridad y honradez representan los cimientos de los principios democráticos y del estado de derecho.

Finalmente, y por justicia semántica, es necesario señalar que, en el presente trabajo, en materia de identificación del término oficina anticorrupción, asumimos y compartimos las palabras de Ponce Solé que, recogiendo las indicaciones de Mehagher, rubrica que una oficina-agencia anticorrupción es «un órgano separado y permanente cuya función principal es proveer de liderazgo centralizado en áreas nucleares de la actividad anticorrupción» (13-2017:1). Así, el meollo de la cuestión reside en el concepto de corrupción en el seno del cual, como señala Tardío Pato, es complejo poder alcanzar «un concepto de corrupción generalizado internacionalmente y que posibilite una estrategia común para prevenirla y contrarrestarla a nivel nacional, porque, en su noción, influyen no sólo las diferentes tradiciones legales, sino, asimismo, las diferentes sensibilidades políticas, históricas y sociales». (26-2021:1). En este mismo sentido conviene adelantar algunas dudas acerca del uso del término denunciante en lugar de alertador. La delicadeza de la materia debería buscar eliminar cualquier acepción negativa hacia quien colabora con la oficina en búsqueda de la integridad pública (Pérez, 2019:372).

## II. UNA BREVE VISIÓN DE CONJUNTO

La Ley 2/2021 es la consecuencia de un proceso legislativo relativamente largo. Un recorrido que tuvo inicio el 24 de abril de 2019, fecha en la que se procede con la notificación de la consulta pública previa para la elaboración del Anteproyecto de Ley que, posteriormente, dio paso a los trámites necesarios para que la norma pudiera ser aprobada por el Parlamento andaluz. Una labor integral de poco más de dos años de trabajo que, en la versión aprobada y publicada, intenta ahondar en distintas sensibilidades y que finalmente se enmarca, como mínimo, en el deber de la Administración de la Junta de Andalucía de servir con objetividad al interés general que establece el artículo 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (además de distintas normas en materia de competencias que señala el punto II de la exposición de motivos de la Ley).

La estructura orgánica de la Ley se compone de cuarenta y ocho artículos organizados en tres títulos además de dos Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una única y ocho Disposiciones Finales. Más concretamente: Título preliminar, «Disposiciones Generales», Título I, «Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción» (organizado en cuatro capítulos), Título II, «De la protección de la persona denunciante», Título III del régimen sancionador (dos capítulos).

Debido a la importancia de la materia tratada parece significativo, en este contexto, analizar ciertos fundamentos de la Ley 2/2021 que sin duda ayudarán a comprender el alcance de la norma andaluza. En este sentido, abordaremos el ámbito de actuación, las funciones otorgadas a la Oficina Antifraude, las características del deber de colaboración, la confidencialidad y la protección de datos. Asimismo, consideramos interesante verificar los recursos económicos de los que está dotada la Oficina, el régimen patrimonial y presupuestario, el régimen de contabilidad, la intervención, la contratación y la responsabilidad patrimonial. Finalmente, identificaremos la rendición de cuentas, la necesaria memoria anual, la ejecución de los informes y las recomendaciones correspondientes.

## III. LA OFICINA ANDALUZA ANTIFRAUDE

La creación de la OAA, como señala el artículo 1.2 de la Ley 2/2021, tiene tres objetivos específicos –que se enmarcan en uno más general que es el de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción–:

- «a) La creación de una Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y la regulación del procedimiento a seguir por la misma para la investigación e

inspección de los hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, en los términos descritos en el Título I. b) El establecimiento de un régimen de protección de las personas que formulen denuncias ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, respecto de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, en los términos descritos en el Título II. c) La regulación del régimen sancionador respecto de las acciones u omisiones tipificadas en la ley, en los términos descritos en el Título III».

En definitiva, el legislador crea tres pilares sobre los cuales se asienta la ley y de los que procede todo el articulado de la norma. En realidad, si comparamos la ley andaluza con las normas existentes a nivel autonómico, esta aproximación no es tan innovadora. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña, artículo 1.2: «La finalidad de la Oficina Antifraude de Cataluña es prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público». Igualmente, la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana en su artículo 1.3 establece: «La agencia se crea para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción de las instituciones públicas valencianas y para el impulso de la integridad y la ética pública. Además del fomento de una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude y la corrupción en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas, así como en la gestión de recursos públicos».

Así, la OAA –como las demás oficinas/agencias antifraude– opera de forma integral dentro de conceptos más amplios como el de fraude, corrupción y conflicto de intereses. En este sentido, según establece el artículo 2 de la Ley 2/2021:

«a) Fraude: Aquella actuación intencionada de engaño para obtener ganancias o beneficios ilegítimos, para sí o para terceras personas, mediante el uso o destino ilegal o irregular de fondos o patrimonios públicos. b) Corrupción: Abuso de poder para obtener ganancias o beneficios ilegítimos, para sí o para terceras personas, mediante el uso o destino ilegal o irregular de fondos o patrimonios públicos; la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad, capacidad e idoneidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público andaluz, incluidas las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía; cualquier otro aprovechamiento irregular, para sí o para terceras personas, derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses

o el uso, en beneficio privado, de informaciones derivadas de las funciones atribuidas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el artículo 4, apartado 1, párrafos a), b), c) y d). c) Conflicto de intereses: situación en la que el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones atribuidas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el artículo 4, apartado 1, párrafos a), b), c) y d), pueda verse influido por razones familiares, afectivas, de afinidad política, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses, tanto propios como de terceras personas. El conflicto de intereses comprenderá cualquier participación en un procedimiento en el que se tenga, directa o indirectamente, un interés financiero, político, económico o personal que pudiera comprometer la imparcialidad o independencia».

Este escenario y especialmente el de la corrupción, es asimismo el que de forma general planteaba el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE (IAC-UE), que ponía de manifiesto que: «con los instrumentos jurídicos internacionales, el presente informe define la corrupción en sentido amplio como cualquier “abuso de poder para obtener réditos privados”. Abarca, pues, los actos específicos de corrupción y las medidas que los Estados miembros adoptan para prevenir o sancionar específicamente los actos de corrupción definidos en la legislación, y también menciona una serie de ámbitos y medidas que influyen en el riesgo de corrupción y la capacidad para luchar contra ella»<sup>2</sup>. En todo caso, como señala González Valdelièvre, las normas que hoy nos ocupan:

«[...] inciden en sectores enteros de la actividad económica; la actividad de los poderes públicos como actores económicos mayores, con peso y relevancia estratégica y geoestratégica; la consideración de la contratación pública no sólo como una actividad económica cuantitativamente muy importante sino igualmente como un instrumento esencial de política económica, social e incluso medioambiental; o el desarrollo y profundización de las fórmulas de colaboración público-privadas, constituyen otros tantos ámbitos de riesgo en los que la interacción de intereses privados con el interés general que deben defender los poderes públicos puede, con gran facilidad, derivar en una utilización de los recursos públicos para fines orientados principalmente a la obtención de beneficios privados, esto es, en corrupción en el sentido amplio» (13-2017:1).

<sup>2</sup> Puede consultarse: Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo-Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de 03/02/2014, COM(2014) 38 final en <https://bit.ly/3sGw5Qp>. Consultado el 24 de agosto de 2021.

En definitiva, la presencia de la OAA debe ser entendida como un órgano necesario que además de cumplir con las funciones que le encomienda la Ley 2/2021, simboliza el reforzamiento de la integridad institucional. Así, la integridad se convierte en principio basilar que debe representar el *leitmotiv* de cualquier oficina antifraude, ya que finalmente:

«[...] constituye el pilar en el que se amparan los principios bajo los cuales deben actuar los miembros de los entes que integran el Sector Público, en tanto que gestores de lo público y dueños de la toma de decisiones sobre los recursos públicos. Dichos principios deben inspirar todos y cada uno de los procedimientos normativos que rigen nuestro ordenamiento jurídico y las relaciones de nuestro Sector Público con los operadores del mercado que interaccionan con él» (Fortuny, Subirana, 2021:79-92).

### III.1 Ámbito de actuación

Conviene ahora analizar el espacio de actuación que determina la Ley 2/2021 y que al mismo tiempo establece un cierto perímetro de actuación de la OAA. Especialmente nos interesa verificar las peculiaridades de las finalidades que la norma encomienda a la oficina. Así, el artículo 7 de la Ley 2/2021 establece que:

«La Oficina se crea para prevenir y erradicar el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros del sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas incluidos en el artículo 3, párrafos a), b), c) y d), para el impulso de la integridad y la ética pública, así como para la protección de los denunciantes. Asimismo, la Oficina promoverá una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude y la corrupción en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, así como en la gestión de los recursos públicos, a través de la creación de un código ético o de buenas conductas».

Por lo que establece la norma mencionada, la OAA debe: 1) prevenir y erradicar las dinámicas de corruptelas, conflictos de intereses o actividades ilegales que menoscaben el interés público –interés colectivo (Prieto, 2021:131-174), 2) promover la integridad y la ética pública, 3) proteger a los alertadores y 4) implementar una cultura de honradez con todo lo que atañe al ámbito público. Se trata de cuestiones prioritarias que trasladan, al menos axiológicamente, una visión garantista y programática de la Administración pública, aunque en ciertos elementos, en cambio, otorgan a la OAA un papel de difícil actuación. En este último caso, parece interesante destacar dos cuestiones. La primera, la OAA es

creada para «erradicar el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses [...]». Asimismo, en segundo lugar, la oficina, deberá erradicar las actividades ilegales que vayan en detrimento de intereses públicos o financieros del sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas. En nuestra opinión, no debemos confundir la función de prevención con aquella de eliminación (erradicar). No hay duda sobre la efectividad de la primera –de prevención y promoción– sin embargo, resulta compleja la actividad de supresión, eliminación del fraude y de las actividades ilegales. La función primordial de las oficinas antifraude consiste en colaborar y recomendar para precisamente crear un escenario cultural, social, y finalmente jurídico para que la integridad pública sea prioritaria. A modo de ejemplo, si la OAA detectara una ilegalidad penal, entendemos que deberá notificarlo a los órganos judiciales correspondientes quienes finalmente deberán actuar. De esta manera, la obligación de eliminar las actividades ilegales encontraría, a lo sumo, una aplicación indirecta.

Estrictamente en materia de ámbito de actuación, la norma es relativamente clara en indicar las instituciones públicas andaluzas que se encuentran bajo el paraguas de la OAA. En realidad, la norma menciona el sector público andaluz haciendo expresa referencia al artículo 3 de la misma ley en materia de ámbito objetivo de actuación. Resulta, esto sí interesante, el artículo 3 e) de la Ley 2/2021 ya que hace entender que la ley es de aplicación también a quien mantiene una relación esporádica con el sector público andaluz. De hecho y en este sentido, la norma menciona también a quienes «sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público, o beneficiarios de subvenciones, o se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, o hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones».

### III.2 Funciones

En materia de funciones, la norma es sin duda muy extensa. El artículo 9 de la Ley 2/2021 establece abundantemente las funciones de la OAA. Se trata de dos apartados en el que el primero, especialmente, señala dieciséis enunciados y que finalmente vertebra la labor funcional de la oficina. En nuestra opinión podemos resumir las funciones en cinco bloques principales: 1) fomento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad y confidencialidad en la prestación de los servicios públicos, 2) actividad de investigación e inspección, 3) labor de información y colaboración, 4) actividad de propuestas y recomendaciones y 5) estudio, tramitación y protección de las alertas y de los alertadores. Destacan entre ellas las que Gimeno Jubero denomina «elementos estratégicos» que se identifican en la investigación y en la prevención (2020:304). De esta manera, la prevención se convierte en un verdadero baluarte de la actividad de las oficinas antifraude que, especialmente, asume aún más sentido cuando:

«se plantea (por añadidura nuestra: investigación y prevención), en torno al riesgo, entendido como la posibilidad de daño o efecto negativo para la integridad de la institución en detrimento del correcto cumplimiento de sus finalidades públicas. Dicho riesgo vendrá determinado por vulnerabilidades, internas o externas a la organización, que es preciso identificar, analizar y evaluar para poder determinar el nivel de resistencia institucional frente a estas y poder planificar las actuaciones necesarias para tratarlas o para responder al daño ocasionado» (Roca,2020:323)

El listado propuesto por el artículo 9, en su lectura conjunta con otras normas, presenta cierta precisión si consideramos los ámbitos institucionales de aplicación funcional. De hecho, el artículo 10 establece las funciones en el ámbito de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía mientras que el artículo 11 establece las funciones en el ámbito de las universidades públicas andaluzas. En otras palabras, la norma que regula la creación de la OAA se extiende a un ámbito institucional multinivel que permite abarcar la práctica totalidad de las administraciones públicas andaluzas.

Conviene ahora ahondar en el mencionado artículo 9 de la Ley 2/2021 para verificar los desafíos que este pueda proponer. En este sentido la norma establece:

«a) Fomentar y velar por el cumplimiento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y demás deberes regulados en los artículos 52 y siguientes del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, respecto de los empleados públicos que presten servicios en el sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas incluidos en el artículo 3, párrafos a), b), c) y d), con la finalidad de garantizar el destino y el uso de los fondos públicos, y en general, la correcta gestión en la prestación de los servicios públicos».

Se trata de una norma que directamente se dirige a los empleados públicos. El llamamiento directo a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y a las normas específicas referidas al Capítulo VI –Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta– sugiere una aproximación al tema bastante más compleja de lo que puede parecer. Dicha afirmación deriva de la lectura del EBEP y especialmente de las normas mencionadas por la Ley 2/2021. El artículo 52 de EBEP sanciona los Deberes de los empleados públicos y el sometimiento de su actividad al código de conducta. Así, la actuación del empleado público deberá perseguir la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas basadas en la imparcialidad, el interés común y al margen de cualquier otro factor que exprese

posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. Priman entonces los principios de lealtad y buena fe de los empleados públicos con la Administración pública en la que presten sus servicios. Su conducta deberá sentarse en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Asimismo, el empleado público deberá abstenerse de los asuntos en los que tenga un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un conflicto de interés con su puesto público.

Como consecuencia del artículo anterior, el empleado público debe respetar y cumplir los principios éticos señalados por el artículo 53 del EBEP. Así, se menciona la ética pública, que deberá ser capaz de informar y generar deberes como los que se imponen a los empleados públicos, basados en la libertad, la igualdad, la justicia o la solidaridad y que finalmente deben proyectarse sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, la ética pública influye en los principios de organización de la Administración Pública, como los que señalan los arts. 9 y 103 de la Constitución Española. Precisamente desde esta perspectiva, la ética pública deberá inspirar los principios rectores de su régimen disciplinario.

Finalmente, el artículo 54 del EBEP establece los principios de conducta que tasan la diligencia del empleado público. Naturalmente, es de entender que el que no cumpla con dichas normas podrá ser sometido al correspondiente expediente disciplinario.

En definitiva, el artículo 9 a) de la Ley 2/2021 debe ser leído en consonancia con los artículos 52, 53 y 54 del EBEP, normas, estas últimas, de profundo calado práctico y axiológico. De esta manera, la OAA está llamada a velar, es decir a vigilar, que en el seno de las actividades de los empleados públicos estos cumplan con los principios expresados por las normas del EBEP mencionadas. Así, la OAA se convierte en órgano de control e inspección cuya actividad deberá desarrollarse, como mínimo, según los artículos 16-24 de la misma Ley 2/2021.

«b) Realizar las actuaciones de investigación e inspección previstas en esta Ley respecto de los actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros».

La labor de investigación e inspección confirma el alcance del artículo 9 a) y al mismo tiempo amplía el radio de actuación de la OAA. En este escenario, la OAA

ejerce sus funciones cuando el incumplimiento de los deberes del empleado público desemboca en acciones relacionadas con el fraude, la corrupción y el conflicto de intereses. Sin embargo, no desconoce atribuciones en caso de intervención fraudulenta de personas físicas y jurídicas particulares. Así, en los procesos en los que intervienen distintas partes –públicas y privadas– la OAA tiene capacidad de intervención. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de contratación pública que en muchos casos simbolizan precisamente los eventos corruptivos que la Ley 2/2021 quiere atajar.

«c) Informar preceptivamente también al Parlamento de Andalucía sobre los proyectos normativos que desarrollen esta ley u otros proyectos normativos que estén directamente relacionados con la finalidad y funciones de la Oficina».

Esta escueta descripción define, en realidad, una función estratégica. La Ley 2/2021 otorga a la OAA una función de asesoría legislativa. Es decir, aunque, naturalmente, el poder legislativo permanezca concentrado en el Parlamento de Andalucía, la OAA parece actuar como una oficina «propositiva» de legislación *ad hoc* en la materia. Asimismo, todo parece apuntar a que la OAA tenga una función de «rectificación previa», es decir, la OAA, deberá informar acerca de las normas que podrían derivar precisamente de la Ley 2/2021. Se trata de una función casi natural. De hecho, es precisamente la OAA quien conoce detalladamente las condiciones en las que deben engendrarse las normativas específicas.

«d) Estudiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en la gestión pública mediante la redacción de un código ético o de buenas prácticas, con la finalidad de prevenir el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros».

Se trata de un inciso que puede suscitar ciertas dudas. Debemos señalar que en la actualidad distintas entidades del sector público de Andalucía (y en diferentes ámbitos de aplicación), ya cuentan con códigos de conducta o códigos éticos. Hoy día, en palabras de Ponce Solé, los códigos de conducta aspiran a ayudar a mantener el respeto de las «obligaciones de buena administración y siguiendo los valores y principios jurídicos que forman el mínimo ético irrenunciable plasmado en el ordenamiento jurídico vigente —acontece complicado para los decisores públicos» (2018:98). Así, no es una novedad que una norma determine la necesidad de impulsar una forma de *soft law* que finalmente depende de buenas intenciones para su aplicación. Esta afirmación, que desde luego encuentra también una aplicación en las debatidas normas sobre transparencia y buen gobierno, representa la tendencia de las palabras de Castillo Blanco:

«Y es que cumplir y hacer cumplir las previsiones contenidas en la norma y que no queden en meras buenas palabras y buenas intenciones, es la clave de la regulación efectuada y de lo que hoy reclama la sociedad española (...). Y es que, si de verdad se pretende que la exigencia de buen gobierno y buena administración sea efectiva, y creo que es lo que la sensibilidad social demanda, es preciso, junto a legislar ordenadamente sobre la materia y cohonstar las distintas responsabilidades en que se puede incurrir lo que es notorio que no ocurre, traducir en garantías ciudadanas para su exigencia esos contenidos con la finalidad de que no queden sin efectividad alguna (2018:283-284).

Ambigua además es la encomienda que en esta materia le hace la Ley 2/2021 a la OAA. Se trata más bien de impulsar ciertos comportamientos en aquellas Administraciones desprovistas de un código de conducta o un código ético o de exhortar rectificaciones de los códigos existentes que no se ocupen directamente de fraude, corrupción y conflicto de intereses. En todo caso, se trataría, en nuestra opinión, de una labor recomendatoria y difícilmente vinculante. De hecho, cada entidad pública tiene encomendada la capacidad de redactar los códigos de conducta de forma autónoma garantizando siempre, esto sí, los principios jurídico-constitucionales básicos, así como aquellos que establece el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

«e) Colaborar en la formación de las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el artículo 4, apartado 1, párrafos a), b), c) y d), en materia de prevención y actuación respecto del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, así como en lo relativo a la debida gestión de los fondos públicos».

Por otra parte, asume una importancia significativa el ámbito formativo. Éste, deberá abogar por los principios de integridad pública. Sí debemos señalar que la norma en cuestión introduce dos parámetros que son necesarios considerar. El primero, la OAA actúa como cooperante en la formación, es decir, por lo menos en el ámbito que nos ocupa y solo considerando un análisis semántico, no parece ser la oficina la responsable de implementar planes de formación específica. De modo que se producen dos consecuencias. En primer lugar, que la Junta de Andalucía se compromete a organizar la debida formación y, en segundo lugar, ahora sí, es de justicia señalar, que la norma en realidad no impide una acción propositiva por parte de la OAA. En definitiva, la OAA puede organizar sus propias actuaciones formativas. El segundo parámetro que debemos considerar —estrechamente relacionado con el primero— consiste en verificar los destinatarios de esta formación. El artículo 4, apartado 1, párrafos a), b), c) y d) de la Ley 2/2021 tiene una clara propensión a identificar a las personas que presten servicios en instituciones y órganos del sector público andaluz. Así, excluye a todos aquellos

que no mantienen esta tipología de relación. No parece ser algo secundario sobre todo si consideramos la esencia de la OAA que finalmente es la de encauzar la creación de una Administración pública honrada. Esto pasa inequívocamente a través de la apertura de la formación también a la ciudadanía y a la sociedad civil.

«f) Formular propuestas y recomendaciones dirigidas al sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas incluidos en el artículo 3, párrafos a), b), c) y d), en materia de prevención del fraude, la corrupción, conflictos de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros. Los destinatarios de estas propuestas y recomendaciones deberán informar a la Oficina, en un plazo de treinta días desde la recepción de las mismas, sobre las acciones adoptadas o, en su caso, sobre los motivos que les hubieran impedido actuar de acuerdo con las propuestas y recomendaciones formuladas».

El contenido del apartado descrito identifica quizá la función que más encarna la labor de la OAA. Se trata de formular propuestas y recomendaciones, aunque, de alguna manera, la norma evita otorgar a la oficina un poder vinculante de sus manifestaciones. Naturalmente, la actividad de propuesta y de recomendación representa una de las fases finales de un proceso más complejo. En nuestra opinión, esta norma debe ser leída considerando el articulado propuesto en el capítulo de la Ley 2/2021 inherente al procedimiento de investigación e inspección. Se trata de un proceso que tras una investigación y/o inspección podrá converger en unas propuestas o recomendaciones. Asimismo, cabe preguntarse qué ocurre en caso de incumplimiento no justificado de las propuestas o recomendaciones que la oficina hace como consecuencia del citado procedimiento de investigación e inspección. También en este caso parece necesario acudir a una parte de la ley distinta a la que nos ocupa en esta sede, especialmente el Título I en materia de régimen sancionador. Sin embargo, el incumplimiento de una propuesta o de una recomendación por sí sola no parece ser suficiente para que actúen las normas sobre régimen sancionador. Mencionamos el carácter no vinculante de las propuestas o recomendaciones de modo que la inobservancia de estas necesitaría de una actuación más contundente por parte de la OAA. Dicha acción debería apreciar que, debido al incumplimiento de las propuestas o recomendaciones, ésta derive en una posible comisión de una infracción administrativa. Así se pronuncia el artículo 40 de la Ley 2/2021 y esta misma norma introduce la necesaria terminación del proceso de inspección e investigación con una resolución que a su vez y sin mayores indicaciones, podría ser objeto de recurso administrativo. En definitiva, se trata de verificar si la resolución que adopta la OAA puede considerarse un acto administrativo. Este asunto ha sido ampliamente debatido en el seno, por ejemplo, de la Agencia Valenciana Antifraude. Así, el artículo 40.2 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia Valenciana Antifraude señala:

«Los informes de investigación, las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Tampoco las comunicaciones o requerimientos que se realicen en el marco del procedimiento de investigación pueden ser objeto de recurso. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente».

Por lo tanto, asume una importancia trascendental el reglamento de funcionamiento de la oficina, aunque, en nuestra opinión, el escenario no podrá ser tan distinto al planteado por la Agencia Valenciana Antifraude.

«g) Formular propuestas y recomendaciones dirigidas a los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, respecto del cumplimiento de los principios de buen gobierno previstos en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Las personas destinatarias de estas propuestas y recomendaciones deberán informar a la Oficina, en un plazo de treinta días desde la recepción de las mismas, sobre las acciones adoptadas o, en su caso, sobre los motivos que les hubieran impedido actuar de acuerdo con las propuestas y recomendaciones formuladas».

En este caso, la norma recalca las indicaciones propuestas en la letra f) del mismo artículo 9 aunque se refiere directamente a los altos cargos o, por añadidura nuestra y siendo más precisos, a los puestos con consideración de altos cargos. La consideración específica que la Ley 2/2021 brinda a los altos cargos se debe, especialmente a las novedades en materia de transparencia que introdujo la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y que, por extensión, encuentran aplicación también en el ámbito andaluz (Pérez y Fernández, 2016).

«h) Colaborar con los órganos competentes en materia de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, para prevenir y corregir actuaciones que pudieran infringir el régimen aplicable en cada caso.

i) Colaborar con los órganos y los organismos de control interno y externo de la gestión de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

j) Establecer relaciones de colaboración y de elaboración de propuestas de actuación con organismos que tengan funciones semejantes en el Estado,

en las restantes comunidades autónomas o en la Unión Europea. Asimismo, establecerá un canal voluntario de comunicación bidireccional, con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, que favorezca, sin intromisión en las actuaciones judiciales, la transferencia de información sobre actuaciones de inspección o de investigación y, en su caso, sobre resultados, cuando así se requiera al objeto de complementar la labor investigadora».

En las letras h), i) y j), la ley se ocupa de establecer formalmente las relaciones de colaboración con distintos órganos o entidades. Especialmente, se requiere que la OAA actúe en cooperación, auspiciando asimismo cierta reciprocidad (por añadidura nuestra), con órganos de vigilancia de incompatibilidades de altos cargos de la administración autonómica, con entidades que desarrollan una labor de control interno y externo en materia de gestión de fondos públicos regionales y finalmente, se requiere que la oficina colabore con instituciones autonómicas, estatales o europeas con las que comparten la misma capacidad operacional. Este último inciso es, en nuestra opinión, de cierta importancia estratégica. En definitiva, la ley otorga a la OAA una verdadera proyección externa y a distintos niveles que sin duda hará que la labor diaria de la oficina se vea beneficiada por un continuo intercambio de experiencias y conocimientos.

Asimismo, en el apartado j), la ley hace una clara referencia a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. No se trata solamente de un reconocimiento natural de la separación de poderes propio de un estado de derecho, sino que, como ya hemos mencionado, la norma insiste en la limitación de las actuaciones de la OAA. En otras palabras y aunque parezca una obviedad, la OAA no representa una instancia judicial, sino que actúa técnicamente como soporte a quien posteriormente intervendrá según su prerrogativa.

k) Tramitar las denuncias que le sean presentadas respecto de los actos o las omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, ajustándose al procedimiento previsto para ello en el Título I, Capítulo II y en el posterior desarrollo reglamentario del mismo.

Resulta interesante este apartado ya que establece un deber de tramitación, inclusive, como señala la Disposición adicional segunda, en los casos de alertas anónimas. Naturalmente, el deber de tramitar una denuncia deberá estar suportado por la previa actividad de investigación que precisamente la OAA deberá llevar a cabo para comprobar si los hechos son, posiblemente, constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal. En este sentido, asumen una importancia trascendental los medios personales y materiales de los que está dotada la OAA. Así es, la oficina deberá estar suficientemente capacitada para alcanzar una decisión tan importante como la de tramitar o no una denuncia.

l) Tutelar los derechos de los denunciantes, conforme a lo dispuesto en el Título II de la presente Ley.

En este inciso, el legislador no parece haber sido muy ambicioso. Esta afirmación, se debe principalmente a dos motivos. El primero: desde el punto de vista semántico, la ley otorga a la OAA una obligación de tutela de los derechos de los denunciantes haciendo expresa referencia al Título II –de la protección del denunciante. El Título II es bastante más complejo y amplio y en realidad es solo el artículo 37 de la ley que se ocupa de «los derechos de las personas denunciantes». En una visión de conjunto, señalamos que las normas contenidas en el título mencionado se ocupan de: persona denunciante (artículo 35), denuncia con plenas garantías (artículo 36), medidas de protección (artículo 38) y publicidad de la información relativa a la tramitación de denuncias ante la Oficina (artículo 39). La lectura de las normas que acabamos de mencionar, en su análisis estrictamente jurídico, no representan el reconocimiento de derechos específicos sino más bien la indicación de la forma administrativa de actuación y desarrollo del procedimiento. El mismo artículo 37 de la ley, que teóricamente, debería representar el meollo de los derechos del denunciante, en realidad, sobre todo en sus letras a) y b), vislumbra un tratamiento del denunciante equivalente al de un interesado en el procedimiento administrativo. Así, el artículo 37 a) y b) señalan que el denunciante tiene derecho a:

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 dictados respecto de las mismas, siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa en esta Ley.

b) A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, en los términos y plazos previstos en el artículo 23, sin perjuicio de la posibilidad de dictar resolución motivada de inadmisión a trámite cuando concurra la circunstancia descrita en el artículo 21.2.

Sin embargo, en el momento de la presentación de la denuncia, el denunciante no es un interesado. Precisamente en este sentido, el alertador no se convierte en interesado aunque, en realidad, las agencias, y/o las oficinas antifraude como Administraciones públicas, durante la fase de admisión a trámite e investigación han realizado actuaciones administrativas previas, un verdadero «*miniprocedimiento*» indica Gosálbez Pequeño que podría requerir la comparecencia o declaración del denunciado que, él sí, asumiría el papel de interesado con el reconocimiento de las correspondientes garantías administrativas y por ende podría ponerse en entredicho el anonimato del alertador (2019:7). En otros términos, establece un principio tradicional de derecho administrativo según el cual quien interponga

una denuncia no se considera automáticamente interesado<sup>3</sup>. En cambio, sí podrá serlo aquel «cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (Gosálbez, 2019: 3).

Así, al denunciante se le reconocen, fundamentalmente dos derechos –sin duda importantes–: el derecho a no sufrir represalias y el derecho a solicitar la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por causa de las denuncias formuladas. De esta manera, la OAA deberá tutelar que el denunciante no sufra represalias y asesorarlo en caso de que decida solicitar una reparación.

En segundo lugar. Cabe preguntarse los medios –o más coloquialmente el cómo– con los que la OAA podrá ejercer la tutela de los denunciantes. Sobre la senda de la labor de otras oficinas o agencias antifraude –es el caso de la Agencia Valenciana Antifraude– es de esperar que también la OAA se ocupe de estudiar un estatuto de la persona denunciante que deberá responder a la nueva norma española que transpondrá 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. De hecho, señala Llinares, el estatuto de la persona denunciante:

«[...] refleja el deseo del legislador autonómico de recoger, de manera expresa, una regulación aplicable a aquellas personas que deciden informar, alertar o denunciar conductas susceptibles de ser consideradas como fraude o corrupción, ofreciéndoles una protección eficaz frente a las posibles represalias que puedan sufrir tras la puesta en conocimiento de la Agencia o de otros organismos, tales como la Fiscalía, juzgados y tribunales, órganos de inspección administrativa, etc., de estas conductas irregulares. En este sentido, dicho artículo 14 indica que “la actuación de la Agencia prestará especial atención a la protección de las personas denunciantes”; mención que no pretende quedarse en un simple desiderátum, sino que viene a configurar uno de los pilares del funcionamiento de la AVAF y de sus actuaciones». (2021:254-255).

Sin embargo, en la ley que nos ocupa en este estudio, no encontramos referencias tan explícitas a los medios de protección. Aunque, quizá, el lugar en el que tratar el sistema de protección de los derechos de los denunciantes merece una parte específica al margen de la ley, la norma que hemos analizado en este contexto parece quedarse demasiado generalista y poco ambiciosa.

<sup>3</sup> El artículo 62.5 de la Ley 39/2015 señala: La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.

m) El inicio, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las infracciones tipificadas en la presente ley.

n) El inicio, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las 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.

Se le reconoce a la OAA una función de tramitación sancionadora circunscripta a las normas incluidas en el Título III en materia de régimen sancionador. Una potestad que abarca también las situaciones de incompatibilidades previstas en la Ley 3/2005, de 8 de abril. De esta manera, es de entender que la capacidad de actuación de la OAA procede en materias como el régimen de dedicación de los altos cargos, la compatibilidad con actividad representativa, compatibilidad con la administración del patrimonio personal o familiar y por supuesto con todo lo mencionado en el artículo 6 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía relativo a las incompatibilidades.

ñ) Aquellas otras actuaciones cuyo contenido y finalidad puedan ser considerados acciones preventivas contra el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.

Finalmente, parece interesante la función preventiva que la norma atribuye a la OAA. Se trata de una declaración significativa ya que otorga a la OAA una capacidad que parece ir más allá de la investigación y resolución como consecuencia de una denuncia. Así, la oficina tiene capacidad e independencia suficiente para anticiparse a posibles conductas susceptibles de ser consideradas como fraude o corrupción. En este sentido, las acciones preventivas parecen ir emparejadas con un sólido principio que es propio de las oficinas anticorrupción, es decir, la autorregulación. De hecho, Nieto Martín señala que precisamente la autorregulación es el marco en el que se desenvuelve la actividad de una agencia anticorrupción (2021:28-29). Así, la actividad preventiva de la OAA, encauzada por los límites legales de la Ley 2/2021, parece establecer una consecuencia natural a la necesaria dicotomía respecto a otras instituciones andaluzas.

Por último, es necesario señalar que el artículo 9 se concluye con un ulterior inciso, la letra o) que mantiene abierto el cauce de asignación de otras funciones que pudieran atribuirse a la OAA.

### III.3 El deber de colaboración

La Ley 2/2021 se ocupa, en su artículo 13, de regular el derecho de colaboración. Se trata de un deber de colaboración «a la inversa» es decir, la norma establece (apartado primero), que:

«Todas las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas, incluidos en el artículo 3, y todas las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley definido en el artículo 4, deberán facilitar la práctica de las actuaciones de investigación e inspección de la Oficina, en los términos previstos en los artículos 16, 17 y 18».

De esto, podemos resumir dos elementos, uno objetivo y el otro prescriptivo. En el primer caso, hay un claro llamamiento al artículo 3 de la ley que identifica, por lo tanto, un deber de colaboración del sector público andaluz, incluyendo las universidades públicas andaluzas, las personas físicas y jurídicas privadas y las entidades sin personalidad jurídica. En segundo lugar, la norma especifica una verdadera *ratione materiae*. Así, el deber de colaboración, por lo menos en la norma que nos ocupa ahora, se limita a las potestades de investigación e inspección.

En caso de no cumplir con el deber de colaboración, el artículo 13.2 establece:

«A los efectos de esta ley, se entenderá que existe un incumplimiento del deber de colaboración con la Oficina en los siguientes supuestos:

- a) La negativa injustificada al envío de información o documentación, en el plazo establecido al efecto por la Oficina en el correspondiente requerimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.b).
- b) El retraso injustificado del envío de información o documentación, en el plazo establecido al efecto por la Oficina en el correspondiente requerimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.b).
- c) La remisión injustificada de información o documentación de forma incompleta o inexacta.
- d) La obstrucción del acceso a los expedientes o documentación necesarios para la investigación e inspección.
- e) La falta de asistencia injustificada a la comparecencia, previamente comunicada por la Oficina, a los efectos de realizar las entrevistas personales, de conformidad con lo establecido en el artículo 17.a).
- f) El incumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4».

Como puede comprobarse, las causas de incumplimiento tienen una relación estricta con la posibilidad, por parte de la OAA, de ejecutar su labor primordial, aunque, debemos reseñar que la oficina está o debería estar dotada de suficiente

autonomía que le permita seguir en sus tareas de inspección e investigación independientemente de la colaboración externa de determinados involucrados.

### III.4 Confidencialidad y protección de datos

Como no podía ser de otra manera, la Ley 2/2021 se ocupa de la confidencialidad (artículo 14) y de la protección de datos (artículo 15).

En el contexto del artículo 14 y debido al uso extendido del concepto de confidencialidad en el ámbito del *whistleblowing*, debemos avisar que la confidencialidad propuesta por la ley no es meramente estructural. Así, no podemos descartar *a priori* que el artículo 14 –sobre todo en materia de denunciante– represente la antesala sobre la cual asentar una futura apuesta por la confidencialidad que los miembros de la OAA deberán mantener sobre la identidad de los denunciantes en lugar de establecer pautas que garanticen el anonimato de los *whistleblowers* independientemente de la creación de canales de denuncias anónimos (Disposición adicional segunda). De hecho, esta aparente apuesta por la confidencialidad en detrimento del anonimato se ve reforzada precisamente en el artículo 14.3 de la Ley 2/2021 que claramente habla del mantenimiento de la confidencialidad. Este asunto resulta además de interés debido a la regulación propuesta 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. La directiva establece la creación de instrumentos de protección del alertador que parece asentarse sobre la obligación de confidencialidad que debe mantener la institución y sus operadores acerca de la identidad del denunciante. Esta afirmación deriva del hecho que la Directiva utiliza la palabra confidencialidad en veintisiete ocasiones. En cambio, solamente una vez utiliza el término anónimo o anonimato. Naturalmente, los dos términos no pueden utilizarse como sinónimos. El concepto de confidencialidad tiene que ver con el mantenimiento del secreto de una información, sin embargo, anónimo o anonimato significa ocultar la identificación.

Dicho deber de confidencialidad, en el seno del artículo que nos ocupa, se extiende también a:

«todas las personas, administraciones, instituciones, órganos y entidades incluidas en el artículo 3 y todas las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, definido en el artículo 4, estarán obligados al deber de sigilo y de confidencialidad sobre los hechos que son objeto de investigación e inspección, así como las personas y entes sobre los que se producen dichas actuaciones, siempre y cuando la oficina advierta de su modalidad reservada».

En materia de protección de datos, la Ley 2/2021 hace un claro llamamiento al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre cuya doctrina es profusa.

Sobre protección de datos, especialmente en referencia a la norma comunitaria, parece oportuno esto sí, hacer dos apuntes. El primero: en una sociedad cada vez más abocada a la tecnología disruptiva, resultará fundamental la labor de la OAA en el tratamiento automático de los datos. Así, el Reglamento (UE) 2016/679, en sus artículos 13 y 15, establece el derecho del interesado a conocer la existencia de los procesos de decisión automatizados que le conciernen y a recibir información sobre la lógica utilizada. Se trata por lo tanto de un desafío añadido en el que se verá involucrada la oficina.

Ahora y, en segundo lugar, confiar todo a la confidencialidad de los involucrados resulta ser bastante atrevido. Así, nos preguntamos si en el ámbito de actuación de la OAA fuese posible proceder con la *anonimización* de los datos personales o como establece el artículo 4.5 del Reglamento (UE) 2016/679 proceder con la *seudonimización* de los datos es decir «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable»<sup>4</sup>. *Anonimización* y *seudonimización* no pueden considerarse sinónimos así, como señala Polo Roca será interesante comprobar la técnica mediante la cual es posible disociar el dato personal de la persona. Si la disociación es absoluta no sería aplicable el reglamento europeo porque no se podría *reidentificar* a la persona (2021:231). En todo caso, cabe señalar que existen, naturalmente, técnicas que podrían ayudar a mantener un elevado estándar de protección sobre todo en los casos de alertas que podrían desembocar en represalias precisamente a causa de una posible difusión de determinados datos del denunciante.

<sup>4</sup> La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) señala que se trata de «proceso de *anonimización*» como «la ruptura de la cadena de identificación de las personas» en . <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf>

#### IV. LA POSICIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL DE LA OFICINA ANTIFRAUDE

El artículo 32 de la Ley 2/2021 se ocupa de regular los «Recursos económicos, presupuesto, régimen patrimonial, de contabilidad, intervención y contratación».

En realidad, la norma deja poco margen de actuación a la OAA que en definitiva ejerce una función de conexión privilegiada con el Parlamento de Andalucía. De hecho, la persona titular de la Dirección de la Oficina está llamada a elaborar un proyecto de presupuesto que podrá por tanto ser enmendado por el Parlamento de Andalucía. Es cierto que la actual regulación del ámbito patrimonial de la OAA no dista de la que presentan las demás agencias autonómicas.

A modo de ejemplo, el artículo 24.2 de la ley de creación de la Oficina Antifraude de Cataluña establece: «Corresponde al director o directora de la Oficina Antifraude elaborar el anteproyecto de presupuesto de funcionamiento, el cual debe ser remitido al Gobierno para su incorporación en una sección específica de los presupuestos de la Generalidad».

En el caso de la Agencia Valenciana Antifraude, el artículo 30.2 de creación de la agencia señala: «La dirección de la agencia elaborará y aprobará el proyecto de presupuesto de funcionamiento a que se refiere el apartado anterior y lo remitirá a la Mesa de Les Corts a los efectos oportunos, para que sea integrado con la debida independencia en el proyecto de presupuestos de la Generalitat, de acuerdo con la normativa reguladora en materia presupuestaria». En este mismo sentido se pronuncia el artículo 22.7 de la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears: «Corresponde al director o la directora de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción elaborar el anteproyecto de presupuestos de funcionamiento y lo remitirá al Gobierno de las Illes Balears, a efecto de que lo incorpore como sección independiente al proyecto de ley de presupuestos generales de la comunidad autónoma de las Illes Balears».

#### V. POR UNA LABOR SISTÉMICA DE LA OFICINA ANTIFRAUDE

La Ley 2/2021 se ocupa de regular los resultados de la actividad de la OAA. Especialmente, el Capítulo 4, artículos 33 y 34 reglamentan respectivamente la redacción de la memoria anual, los Informes especiales y las recomendaciones.

En términos generales, la memoria debe ser entendida como una herramienta que colabora con el cumplimiento de los principios de transparencia y buen gobierno que establece la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

En este sentido, por lo tanto, la presentación de la memoria anual cumple con la doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, como instrumento para facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos y de las entidades con financiación pública, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena.

La memoria deberá recoger toda la actividad desarrollada por la OAA en el año anterior en las distintas áreas de actuación: formación, prevención, documentación, área jurídica, protección de la persona denunciante, análisis e investigación, administración, contratación y recursos humanos, así como en materia de comunicación.

En este escenario, resulta otrosí interesante el artículo 34 de la Ley 2/2021 que establece:

«1. Cuando la urgencia o gravedad de los hechos lo aconsejaren, la persona titular de la Dirección de la Oficina, a iniciativa propia o a petición del Parlamento de Andalucía, aprobará informes especiales y recomendaciones sobre asuntos relacionados con el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. 2. La persona titular de la Dirección de la Oficina remitirá los informes especiales y recomendaciones al Parlamento de Andalucía, por mediación de la comisión parlamentaria correspondiente, para su conocimiento, y comparecerá ante el Parlamento para su presentación. 3. Los informes especiales y recomendaciones serán objeto de publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

En definitiva, la ley otorga a la OAA una función proactiva y dinámica. La oficina, como mayor experta, en cuestiones de fraude, corrupción etc. está llamada a mantener una atención especial en las cuestiones que son de su propia competencia. Parece ser una función natural, sin embargo, en la práctica se convierte en una labor constante de estudio, actualización y referenciación del tejido del sector público andaluz, todo con miras a la necesaria erradicación de las malas prácticas.

## VI. CONCLUSIONES

Permítanme una consideración previa que creo sea de justicia. Con la Ley 2/2021, Andalucía pasa a formar parte de un conjunto cada vez más numeroso de Comunidades Autónomas que cuentan con una oficina o agencia antifraude. Esto, en nuestra opinión, es un logro destacable. Naturalmente, a la creación de la OAA le subyace un fuerte desafío, principalmente identificado con su futuro funcionamiento en una comunidad que como ha sido mencionado antes, está fuertemente afectada por la corrupción. Se trata de un desafío porque las materias y los ámbitos en los que la OAA está llamada a intervenir son muchos y variables. De esto nos damos cuenta en la lectura de las Memorias anuales que nos proporcionan las preexistentes agencias anticorrupción. No existe un hilo conductor común, sino que las materias de actuación de las oficinas anticorrupción siguen, desgraciadamente, el arraigo que las malas prácticas –y los delitos– tienen en múltiples ámbitos de nuestra Administración pública. Sin embargo, creemos importante confiar en las habilidades del grupo de personas que compondrán la OAA.

En su estructura orgánica la norma objeto de análisis parece cumplir con todos los elementos que un recién organismo público puede demandar. Ahora bien, la ley deberá ser analizada y quizá revisada, especialmente en determinados apartados como la protección del denunciante, cuando el contenido de la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión será traspuesto. Asimismo, será de esperar el reglamento de desarrollo de la norma analizada que sin duda arrojará nuevas visiones sobre todo en los ámbitos más prácticos de las actuaciones de la OAA.

Tras esto, e intentando mencionar las cuestiones que vislumbran cierta posibilidad de mejora, cabe destacar que las normas analizadas en este estudio, por lo menos

en su conjunto, resultan ser bastante sólidas, aunque es cierto que en determinados casos parecen ser más bien normas programáticas que en la actualidad poco se ajustan a la verdadera labor que deberá desarrollar la oficina. En este sentido, una vez más, la protección de los derechos del denunciante queda particularmente anecdótica y no se convierte en un verdadero cuerpo analítico de actuación. En el ámbito de la investigación e inspección ocurre algo parecido. En nuestra opinión, la norma no consigue transmitir fehacientemente en qué consiste esta actividad.

Debemos reseñar que estas incidencias son propias también de las leyes que crean las oficinas o agencias de distintas comunidades autónomas. Evidentemente, el reglamento de funcionamiento de la oficina, por ejemplo, de la agencia valenciana y catalana, contribuye a comprender el desarrollo de la labor específica.

En ciertos elementos de la Ley 2/2021 encontramos una reducida ambición del legislador autonómico. En ningún momento la norma analizada utiliza la palabra alertador. En cambio, trata al alertador/cooperador como denunciante, término que parece alejarse del concepto de *whistleblower* que sí evitaría una connotación negativa y muy parecida a la de «soplón».

Al margen de las consideraciones propuestas hasta el momento parece indudable que la ley de creación de la OAA se convierte en un elemento adicional de cumplimiento de la regulación en materia de buen gobierno y transparencia.

Otro punto de interés es la pretensión preventiva de eventos corruptivos. Así es, encontramos una clara apuesta por la creación de un entorno que pueda consagrar la prevención de la corrupción y que, como no podría ser de otra manera, debe centrarse en la gestión de los riesgos. Dicha gestión, casi de forma natural, debe orientarse hacia la garantía de integridad de las instituciones públicas favoreciendo, por ende, el interés general al asumir el reto de (re)construir la confianza ciudadana.

Asimismo, la OAA debe considerarse como una herramienta profesional de cumplimiento de los principios de las normas que intentan proteger la integridad pública. Esto hace que la creación de una oficina anticorrupción suponga la creación de un mecanismo de prevención de la corrupción por su efecto disuasorio.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS ACUÑA, M.C. (2017): “El papel de las oficinas municipales de lucha contra el fraude y la corrupción. El caso del Ayuntamiento de Madrid” en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 4, págs. 1-8 (Smarteca).

CASTILLO BLANCO, F. (2018): “El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad” en PONCE SOLÉ, J. (Coordinador), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, págs. 283-284, Valencia, Tirant lo Blanch.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014): “Un nuevo impulso de la integridad pública para la prevención de conflictos de intereses y la corrupción”, en *Actualidad Administrativa*, Especial «Transparencia y lucha contra la corrupción», núm. 1, págs. 1-12 (Smarteca).

FORTUNY CENDRA, M., SUBIRANA DE LA CRUZ, S. (2021): “El *Compliance* en las Entidades Locales”, en *La Administración Práctica* núm. 2, Editorial Aranzadi, págs. 79-92.

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro” en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 12, octubre-marzo. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.i12.10731>.

GIMENO JUBERO, M.A. (2020): “Estrategias de lucha contra la corrupción: la experiencia de la Oficina Antifraude de Cataluña” en *Administración y Ciudadanía*, Vol. 15 núm. 1, págs. 301-320.

GONZÁLEZ VALDELIÈVRE, B. (2017): “La Oficina Antifraude de Cataluña, una estrategia diferente en la lucha contra la corrupción” en *Actualidad Administrativa*, núm. 3-marzo, págs. 1-13 (Smarteca).

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019): “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción” en *Actualidad Administrativa*, número Extra, núm. 1, págs. 1-13 (Smarteca).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2020): “El antídoto de la corrupción: la calidad de la gobernanza” en *Administración y Ciudadanía*, Vol. 15 núm. 1, págs. 219-240.

LLINARES, J. (2021): “La experiencia valenciana respecto a los canales de denuncias y la protección de los denunciantes de corrupción” en Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación. *La regulación de la protección de los alertadores u denunciantes (whistleblowers)*, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 254-255.

NIETO MARTÍN, A. (2021): “Las agencias anticorrupción: en busca de un diseño para una institución necesaria” en *Revista Penal México*, núm. 18, enero-junio, págs. 27-41.

PARRAMÓN BREGOLAT, L. Y ROCA SAFONT, O. (2020): “Alertadores de la corrupción, canales de denuncia y cultura de la integridad”, en SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M. (Directores), *Compliance en el sector público*, págs. 123-134, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): “*El estatuto de los Altos Cargos*”, (en base de datos *on line*), Cizur Menor, Aranzadi.

PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2019): “Del chivato al cooperador: el whistleblowing” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115 junio-septiembre, págs. 343-375.

POLO ROCA, A. (2021): “Datos, datos, datos: el dato personal, el dato no personal, el dato personal compuesto, la anonimización, la pertenencia del dato y otras cuestiones sobre datos” en *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 69/1 enero-junio, págs. 211-240.

PONCE SOLÉ, J. (2018): “Panorama comparado sobre la integridad y los códigos de conducta” en PONCE SOLÉ, J. (Coordinador), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, pág. 98, Valencia, Tirant lo Blanch.

PONCE SOLÉ, J. (2017): “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo” en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 3 enero-abril, págs. 1-13.

PRIETO ALVÁREZ, T. (2021): “Bien Común y Bienes Comunes: conceptos distintos con un mismo sustrato” en ORTÍZ GARCÍA, M. (Directora), *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, págs. 131-174, Valencia, Tirant lo Blanch.

ROCA SAFONT, O. (2020): “La prevención de la corrupción desde la gestión de los riesgos: una mirada a los conflictos de interés como riesgo transversal” en *Administración y Ciudadanía*, Vol. 15 núm. 1, págs. 321-334.

SÁEZ LARA, C. (2020): *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la directiva whistleblowing*, págs. 15-20. Valencia: Tirant lo Blanch.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020): “Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm.19, octubre 2020-marzo 2021, págs. 64-85.

TARDÍO PATO, J.A. (2021): “Las ayudas públicas: transparencia y buen gobierno como prevención frente a la corrupción en su ámbito” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 212, págs. 1-26 (Consultado en Aranzadi Instituciones).

## EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN E INSPECCIÓN DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

Joan Amenós Álamo<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN.

#### I.1. La norma estudiada y sus objetivos. El establecimiento de un organismo contra la corrupción y la subrayada salvaguardia de los denunciantes.

El Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) publicó el 1 de julio del 2021 la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y de protección de la persona denunciante (en adelante, LF). La finalidad de la norma se resumía en la instauración de la Oficina andaluza contra el fraude y la corrupción y, de un modo más específico, en la tutela de los denunciantes que entablan relación con dicho organismo. Nos referiremos a dicho organismo a lo largo del trabajo con el nombre de “la Oficina”.

La Comunidad Autónoma andaluza ha seguido, por tanto, la misma senda que otras comunidades con el establecimiento de esta peculiar institución<sup>2</sup>. Ahora

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Barcelona y vocal del Servicio de Estudios y Dictámenes Jurídicos de la Facultad de Derecho de la misma universidad. En materia de estudios sobre corrupción, ha publicado recientemente los artículos “Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas en supuestos de corrupción urbanística. El caso “Operación Pretoria” como paradigma” (en Castillo Blanco, Dir.: *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel 2020) y “¿Son los secretarios de Administración Local una herramienta institucional adecuada contra la corrupción?” (*Revista catalana de Dret públic*, 60, 2020).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5957-4338>

joan.amenos@uab.cat

<sup>2</sup> En gran parte, se ha seguido el patrón establecido por la Ley catalana 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña. Esta norma ha sido estudiada por GIFREU (2010) y por CAPDEFERRO (2016). Este marco general nos sirve para el estudio de las normas posteriores, aunque con algunas modulaciones interesantes.

bien, es cierto que le ha dado unos perfiles propios y, en algunos pormenores, ciertamente osados.

La Ley que comentamos tiene tres títulos, además de un previo título preliminar (relativo a disposiciones generales). El título I (el más extenso) se destina a la Oficina que hemos citado y al régimen de su actuación; el título II se refiere a la salvaguardia jurídica de los denunciantes y el título III levanta un régimen sancionador que refuerza la actuación del ente citado (incumplimiento del deber de colaboración, denuncias falsas, etc.). Debe tenerse en cuenta, además, que esta Ley impone una relevante reforma de la Ley 3/2005, 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.

#### **I.2. Propósitos y partes de nuestro trabajo. Los trámites de investigación e inspección y las personas que participan en ellos.**

En el resto de estudios incluidos en este volumen se han examinado diversos aspectos de la nueva Oficina contra el fraude y la corrupción. Sin embargo, aquí nos ceñiremos al procedimiento de investigación e inspección que emplea dicho organismo. No es, pues, un enfoque organizativo, sino un análisis que mira al conjunto ordenado de los trámites de actuación.

Para articular la presente exposición, nos referiremos de entrada y muy brevemente al nacimiento de la Oficina y, después, subdividiremos la exploración de dos grandes áreas:

- En primer lugar, los sujetos del procedimiento de investigación e inspección. Esto es, la Oficina con sus potestades y los investigados con sus derechos. Reseñaremos igualmente el papel del denunciante, cuya salvaguarda aparece constantemente a lo largo de la LF.
- En segundo lugar, examinaremos las fases del procedimiento al cual nos hemos referido, el íter que acaba en las resoluciones de la Oficina.

## **II. EL NACIMIENTO DE LA OFICINA ANDALUZA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN.**

### **II.1. Una entidad de Derecho público. Finalidades.**

#### **II.1.1. Definición. La conexión con el Legislativo.**

La Oficina Andaluza contra el fraude y la corrupción es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 6.1 de la LF). Está adscrita al Parlamento de Andalucía, pero actúa con plena autonomía e independencia funcional. Nos hallamos, pues, ante una expansión del papel del Parlamento, que va más allá de las Comisiones de Investigación o del nombramiento de un Defensor del Pueblo. En efecto, esta Oficina va a dictar resoluciones (incluso, de carácter sancionador) y asume un papel de investigación que habitualmente se observa en órganos administrativos con poder disciplinario o en autoridades judiciales o miembros del Ministerio Fiscal.

#### **II.1.2. Objetivos. La respuesta al caso concreto, la instauración de un clima de integridad pública y la tutela del denunciante.**

De acuerdo con el art. 7 de la LF, la Oficina tiene como objetivos básicos prevenir y erradicar el fraude y la corrupción, los conflictos de intereses y cualquier otra actividad ilegal (una redacción ciertamente omnicomprendensiva) que vaya en detrimento de los intereses públicos y financieros del sector público andaluz. Ello se ve acompañado con el cumplimiento de los mismos propósitos –aunque con competencias más limitadas– en el caso de la Administración Local radicada en la Comunidad Autónoma y de las universidades públicas andaluzas.

Ahora bien, el mismo art. 7 configura unas metas complementarias de gran relevancia. En concreto, el impulso de la ética y la integridad pública y la protección de los denunciantes (ya nos hemos referido a su aparición insistente a lo largo de la Ley). Igualmente, la Oficina promoverá la cultura de buenas prácticas y de rechazo al fraude tanto en el marco del diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas como en la gestión de recursos públicos (se prevé, en concreto, la elaboración de un código ético o de buenas conductas). Estamos, pues, ante una visión muy amplia de los cometidos de la institución.

#### **II.1.3. El reglamento de régimen interior y funcionamiento. Su extenso ámbito material.**

En esta descripción general de la Oficina que estamos realizando, ha de tenerse en cuenta la relevante remisión legal al reglamento de régimen interior y

funcionamiento. Su ámbito material ha sido establecido por el art. 18.2 de la LF y abarca, en primer lugar, aspectos estructurales del organismo: su gobierno, organización y funcionamiento, las competencias de sus órganos y unidades administrativas y el régimen de su personal. Además, dentro del marco legal, perfila el procedimiento de elección y la fórmula de cese del Director general. Igualmente, en fin, va a entrar en el procedimiento de investigación e inspección (incluyendo los trámites de presentación de denuncias). Esto último, obviamente, nos interesa especialmente.

## II.2. El Director de la Oficina. Su elección. La elaboración del reglamento de régimen interior.

La designación del Director de la Oficina constituye el principal elemento decisorio atribuido al Parlamento andaluz en la configuración del ente que estamos observando. Se opta por un sistema de mayorías cualificadas, con 3/5 partes de los miembros del pleno del Parlamento o, subsidiariamente –en una segunda votación en un plazo no inferior a quince días- un quórum favorable de mayoría absoluta. Sin embargo, no es suficiente el mero respaldo parlamentario y, en consecuencia, la LF impone condiciones previas de idoneidad, honorabilidad, independencia y profesionalidad.

Ahora bien, de todo ello no se deriva la existencia de una facultad parlamentaria de dictar instrucciones al nombrado. No hay relación jerárquica ni existe un carácter instrumental equiparable al que se da entre el ente matriz y los entes filiales en la Administración institucional. Nos conviene recordar, por último, que son competencias del Director, entre otras, la elaboración de la propuesta del reglamento de régimen interior y su remisión al Parlamento andaluz para su aprobación.

## II.3. El problema de la catalogación jurídica de la Oficina contra el fraude y la corrupción. Personificación *ex lege* y permanencia de una institución parlamentaria.

Las oficinas autonómicas contra el fraude y la corrupción, desarrolladas en diversas Comunidades Autónomas, han sido, en general, bien acogidas por la doctrina. Sin embargo, no han faltado voces que avisan de una posible sobrecarga o duplicación de instituciones y mecanismos vigilantes. Es manifiesto, por otra parte, que estamos ante entidades con un aire experimental y que muestran a veces rasgos teratológicos.

La Oficina andaluza cumple, de entrada, con el mandato dispuesto en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada en el 2003), que reclama la instauración de un organismo especializado e independiente.

Lo primero que debe decirse es que no estamos ante un ente ya estipulado por el Estatuto de Autonomía, sino que nace y se configura a partir de una Ley del Parlamento andaluz. A partir de ahí, podríamos sugerir que, en el fondo, nos hallamos ante una comisión parlamentaria de investigación con carácter permanente. Su misma Ley reguladora lo recuerda a veces. Por ejemplo, cuando se refiere a la “entrevista personal” como fórmula principal del procedimiento de investigación.

Sin embargo, la Ley ha reforzado el escudo jurídico de la Oficina asignándole el carácter de entidad de derecho público con personalidad jurídica propia. Estamos ante el único supuesto de entidad dependiente del Parlamento andaluz y que disfruta además, como hemos dicho, del atributo de la personificación. Esta configuración también se observa en las leyes 14/2008 de Cataluña, 16/2016 de las Islas Baleares, 11/2016 de la Comunidad Valenciana y 7/2018 de la Comunidad Foral de Navarra. Con ello, se insiste además en la independencia orgánica y funcional respecto a la Administración Pública. Ahora bien, esta independencia también se predica ante la influencia del Parlamento, que debe limitarse al nombramiento de Director por un quórum reforzado. Principios como los de integridad, neutralidad, responsabilidad e imparcialidad aparecen constantemente en los primeros artículos presentes en las leyes reguladoras citadas.

## III. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR: LA OFICINA Y SUS POTESTADES Y LOS INVESTIGADOS Y SUS DERECHOS. BREVE REFERENCIA AL DENUNCIANTE.

### III.1. La potestad de investigación e inspección de la Oficina: su ámbito.

#### III.1.1. El ámbito objetivo de aplicación. Instituciones públicas en sentido amplio o conexión con decisiones jurídico-públicas.

El art. 3 de la Ley precisa el ámbito objetivo de aplicación y es menester tenerlo en cuenta de cara a determinar el entorno sobre el cual va a operar la investigación de la Oficina. En síntesis, los diferentes epígrafes se refieren a:

- a) El sector público andaluz.
- b) Las instituciones y órganos previstos en el título IV del Estatuto de autonomía para Andalucía, así como 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. Respecto a lo primero, conviene indicar que el título IV de la

norma estatutaria incluye al Parlamento, al Consejo de gobierno y su Presidente y la Administración de la Junta, al Defensor del Pueblo Andaluz, al Consejo Consultivo, a la Cámara de Cuentas, al Consejo Audiovisual de Andalucía y al Consejo Económico y Social. Respecto a lo segundo, la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, se refiere a las entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía respecto de la Junta de Andalucía.

- c) La Administración Local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y los organismos y entidades a ella vinculados.
- d) A las universidades públicas andaluzas y organismos y entidades a ellas vinculados.
- e) A las personas que hayan tenido “relaciones económicas, profesionales o financieras” con las entidades señaladas en los apartados precedentes. Se trata de un precepto que se refiere expresamente a los licitadores o adjudicatarios, pero que tiene una enorme capacidad de expansión. En concreto, el art. 3 e) incluye en el ámbito de aplicación “a las personas físicas y jurídicas privadas, entidades sin personalidad jurídica, administraciones públicas, instituciones, órganos y entidades distintos de los previstos en los párrafos a), b), c) y d), que sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público, o beneficiarios de subvenciones, o se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, o hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones, del sector público andaluz y de las instituciones, órganos y entidades previstos en los párrafos a), b), c) y d), o que hayan tenido otro tipo de relaciones económicas, profesionales o financieras con los mismos, sometidas al derecho público o privado, en lo concerniente a dichas relaciones.”<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Obsérvese que este círculo de afectados era, precisamente, el que preocupaba a la disposición adicional vigésimo cuarta, de la Ley 5/2017, de 5 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018. Esta disposición fue derogada por el número 2 de la disposición derogatoria única de la LF. Este precepto otorgaba, en su número 1, al “órgano con funciones específicas de supervisión del funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía” la facultad de “acceder y efectuar el tratamiento de los datos de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hayan tenido relaciones económicas, profesionales o financieras o hayan obtenido permisos o licencias de la Administración de la Junta de Andalucía o de las entidades referidas en los artículos 2, 4 y 5 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía”. Añadía además que dichas personas estaban obligadas a proporcionar, previo requerimiento del órgano citado, los datos con trascendencia para las actuaciones de investigación que estuvieran derivados directamente de sus relaciones mencionadas anteriormente.

### III.1.2. El ámbito subjetivo de aplicación. La clave de la prestación de servicios en una institución pública o en una entidad privada vinculada o afectada por ciertas resoluciones administrativas. El importante añadido del denunciante.

Este aspecto también nos preocupa especialmente, ya que sobre estas personas recaerán los procedimientos de investigación e inspección que describiremos posteriormente. Nos responde a esta cuestión el art. 4 de la LF. En síntesis, incluye en ese recinto a las personas que presten servicios en las entidades enumeradas en el artículo 3 (a las cuales nos hemos referido en el epígrafe anterior) y ello “con independencia de la naturaleza de la relación jurídica” en virtud de la cual se realicen (art. 4.2).

Al listado anterior han de añadirse los denunciantes, “considerándose como tales a los efectos de esta ley a las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina, sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de interés o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, [...]” (art. 4.1.f) de la LF).

## III.2. La potestad de investigación (I). La entrevista personal.

### III.2.1. El concepto de “entrevista personal”, que puede realizarse con investigados y con no investigados.

Sorprende al lector el uso legal de la expresión indicada en el título. Se trata, más bien, de una noción tomada del periodismo o de la selección de personal, pero con difícil encaje cuando se trata de describir la facultad de un órgano integrado en un organismo con potestades de investigación e inspección. Además, en una entrevista personal, tendría poco sentido hablar de derechos y, sin embargo, la LF atribuye al interesado un relevante listado de facultades (fundamentalmente, las que se describen en el art. 24 CE, con referencia especial al derecho de asistencia letrada).

Entre las palabras correctas figurarían, a mi entender, las de “interrogatorio” o “comparecencia”. De hecho, en la descripción legal, nos hallamos ante una carga legal que se aleja totalmente de las entrevistas voluntarias para obtener un derecho (por ejemplo, la prueba de entrevista en un proceso de selección de empleados públicos). Sin embargo, es cierto que el término “entrevista personal” se ha generalizado en la legislación de las Comunidades Autónomas reguladora de las oficinas contra el fraude, quizá por imitación de la inicial Ley catalana<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Así ocurre, por ejemplo, en la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalidad, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana; en la Ley 16/2016, de 19 de diciembre, de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares; y 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.

Para determinar las personas que pueden ser investigadas, debemos remitirnos íntegramente, de acuerdo con el art. 19.1 LF, a los artículos 3 y 4 LF, que ya examinamos *supra* III.1.. Recordemos que se trata, en síntesis, de las administraciones públicas, instituciones, órganos y entidades de carácter público y personas físicas y jurídicas privadas que hayan entablado alguna relación jurídica, profesional, económica o financiera con ellas (véase el art. 3). El art. 4, por su parte, se refiere a las personas que presten servicios en el sector público andaluz, en la Administración Local andaluza y en las universidades públicas andaluzas (incluyendo en estos supuestos, las entidades a ellas vinculadas). Como sabemos, a ello han de añadirse los denunciantes.

Ahora bien, como veremos posteriormente, la Ley ha dispuesto que el trámite específico de entrevista personal puede llevarse a cabo con no investigados. Lo precisaremos de inmediato, pero cabe anunciar ahora que ha de tratarse de personas que pueden contribuir al esclarecimiento de hechos constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses.

Por último, debemos remitirnos *infra* al epígrafe III.6 para describir los derechos del investigado. Baste avanzar ahora que la misma LF ha diseñado su marco general y ha atribuido a tales sujetos la condición de interesados en el procedimiento de investigación e inspección, además de recordar sus derechos constitucionales.

### III.2.2. La entrevista personal con el no investigado (I). Su determinación y la concreción del círculo de posibles comparecientes.

La Oficina carece de un poder de supremacía general sobre los ciudadanos. Sus procedimientos de investigación, inspección y sanción sólo pueden tener como sujetos pasivos a las personas indicadas en los arts. 3 y 4 de la Ley. Todas ellas muestran una subordinación o conexión especial con la Administración o, en un sentido más amplio, con el sector público. Así se deriva, por ejemplo, del artículo 16.1 in fine de la LF, que dispone que las potestades de investigación e inspección, cuando recaigan sobre personas situadas en el ámbito de licitadores, adjudicatarios, receptores de subvenciones u otras conexiones jurídicas establecidas con la Administración, “se limitarán estrictamente a las relaciones que unan a los mismos con el sector público andaluz” y demás instituciones recogidas por la ley.

Ahora bien, dentro de esas personas cabe distinguir entre investigados y no investigados. La entrevista personal puede recaer sobre ambos pero, en todo caso, han de cumplir el requisito de aparecer en el listado del art. 4. En efecto, el art. 17 a) limita el ámbito de dicha entrevista y la circunscribe a dicho precepto. Recordemos que, resumidamente, abarcaba a las personas que prestaban servicios para el sector público andaluz, para las entidades públicas configuradas estatutariamente, para la Administración Local y universidades públicas andaluzas y para ciudadanos que

prestaban servicios para personas físicas y jurídicas que habían entablado algún tipo de relación con las entidades que hemos citado. A ello había que añadir a los denunciantes. No hay entrevista personal fuera de la esfera subjetiva de aplicación de la Ley.

### III.2.3. La entrevista personal con el no investigado (II). Derechos y obligaciones.

Examinemos, pues, la entrevista personal con el no investigado. Para él no ha construido la LF un marco general de derechos (como ocurre en el caso de los investigados, que veremos luego). El punto de partida de su estatuto se dibuja en el art. 17.a) LF en base a dos elementos necesarios:

- No se les atribuye la comisión de hechos constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses.
- Pueden contribuir al esclarecimiento de los hechos indicados.

Este segundo aspecto ha de ser valorado por la Oficina en el acuerdo expreso y motivado del Director que inicia el procedimiento o en acuerdos posteriores realizados a la luz del avance de los trámites.

La LF sólo se refiere al derecho de asistencia letrada de los entrevistados no investigados (art. 17 a). Por supuesto, su designación y retribución corresponde al particular (sin perjuicio de los beneficios de justicia gratuita dispuestos en general por la legislación). Ahora bien, la presencia del abogado no permitiría transformar la actuación sobre la marcha y convertir a este administrado en investigado. Para lograr esto último, se precisa un nuevo acuerdo del Director de la Oficina.

¿Es sancionable la falta de colaboración del no investigado? En primer lugar, debemos decir que, por lo que respecta a las entrevistas personales, el art. 13 de la Ley precisa que las personas incluidas en los listados de los arts. 3 y 4 (que ya conocemos) “deberán facilitar la práctica de las actuaciones de investigación e inspección de la Oficina”, tal como estas aparecen configuradas en la norma (en concreto, arts. 16, 17 y 18).

Como vemos, es todavía una previsión genérica, que se afila en los arts. 13.2 e) y f), en los que se establecen dos supuestos de incumplimiento del deber de colaboración que nos afectan especialmente:

- “La falta de asistencia injustificada a la comparecencia, previamente comunicada por la Oficina, a los efectos de realizar las entrevistas personales” (letra e).
- El incumplimiento de lo previsto en el art. 14.4., que se refiere al “deber de sigilo y confidencialidad sobre los hechos que son objeto de investigación e inspección, así como las personas y entes sobre los que se producen dichas actuaciones, siempre y cuando la oficina advierta de su modalidad reservada”.

Además, los contornos de ese deber de colaboración se precisan en el caso del no investigado cuando observamos el régimen sancionador. En efecto, el art. 43 a) LF considera infracción muy grave “el incumplimiento del deber de colaboración con la Oficina definido en el art. 13.2, cuando se aprecie dolo o derive en un perjuicio muy grave para la investigación”.

Pues bien, ¿qué conductas aparecen en el art. 13.2, que se califican como incumplimiento del deber de colaboración y en las cuales puede incurrir el no investigado? Son diversas y, entre ellas podemos citar:

- La negativa injustificada al envío de información o documentación.
- El retraso injustificado del envío de información o documentación.
- La remisión injustificada de información o documentación de forma incompleta o inexacta.
- La obstrucción del acceso a los expedientes o documentación necesarios para la investigación e inspección.
- La falta de asistencia injustificada a la comparecencia, previamente comunicada por la Oficina, a los efectos de realizar las entrevistas.
- El incumplimiento del deber de sigilo y confidencialidad sobre los hechos que son objeto de investigación e inspección.

Por último, ha de recordarse que el art. 43 a) cataloga como infracción muy grave el perjuicio para la investigación cuando se produzca la paralización del procedimiento por un plazo superior a dos meses. En este punto, pues, la actuación de la Oficina se acerca al régimen propio de las Comisiones de investigación parlamentaria.

Igualmente, no presenta problemas interpretativos la posible comisión por el entrevistado no investigado de la infracción muy grave de “filtración de información en la investigación que cause graves perjuicios a la propia investigación o al denunciante” (art. 43 g) LF).

### III.3. La potestad de investigación (II). El requerimiento de información o documentación.

Se trata de una orden que puede recaer, según el art. 17 b), en cualquiera de las personas señaladas en los arts. 3 y 4 de la LF (la esfera de aplicación objetiva y subjetiva a la cual nos hemos venido refiriendo constantemente). Puede tener como sujeto pasivo a investigados y a no investigados. Recordemos que, en este último caso, no existe atribución de la comisión de hechos constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses, pero son personas que pueden contribuir a su esclarecimiento.

El requerimiento que estamos comentando disfruta, de entrada, de un régimen común para investigados y no investigados caracterizado por las siguientes reglas:

- a) De acuerdo con el art. 17 b), deben ser “atendidos en el plazo máximo de quince días, a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar su notificación, salvo que la Oficina, de oficio o a solicitud debidamente justificada de la persona o entidad requerida, acuerde motivadamente un plazo mayor debido a la complejidad de la información o documentación solicitada”. Obsérvese, pues, que este aplazamiento se rodea de considerables cautelas.
- b) Se considera infracción muy grave el incumplimiento del deber de colaboración definido en el artículo 13.2, cuando se aprecie dolo o derive en un perjuicio muy grave para la investigación (esto último va a producirse cuando se produzca la paralización del procedimiento por un plazo superior a dos meses). El ámbito del citado incumplimiento del deber de colaboración recoge varios supuestos relacionados con la desatención a los requerimientos. En concreto:
  - La negativa injustificada al envío de información o documentación, en el plazo establecido al efecto por Oficina en el correspondiente requerimiento.
  - El retraso injustificado del envío de información o documentación, en el plazo establecido al efecto en el correspondiente requerimiento.
  - La remisión injustificada de información o documentación de forma incompleta o inexacta.
- c) Añádase que es infracción grave el incumplimiento del deber de colaboración con la Oficina, cuando no sea constitutivo de infracción muy grave.

Dicho lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el no investigado está obligado a remitir la información o documentación reclamada, siempre que se halle bajo su dominio o custodia. Sobre el investigado recae el mismo deber de suministro de datos, salvo que alegue vulneración de su derecho a la defensa. Veremos esto con más calma *infra* III.6. cuando estudiemos sus derechos.

### III.4. La potestad de investigación (y III).El requerimiento a las entidades bancarias y crediticias.

#### III.4.1. Carácter extraordinario. Entidades afectadas.

En primer lugar, hemos de decir que se trata de una actuación que, según la ley, sólo puede llevarse a cabo “de forma excepcional” (art. 17 c). La Ley precisa este supuesto aludiendo al requisito de que “no existiera una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz”. Igualmente, ha de concurrir de forma necesaria y en cualquier caso el antecedente de que se hubiera formulado un previo requerimiento

de información o documentación a una persona investigada o no investigada y que, además, no hubiera sido atendido (art. 17.c). En consecuencia, estamos ante un instrumento configurado de forma subsidiaria y peculiar.

La LF se refiere de forma amplia a “las entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio”(art. 17 c). Ello incluye un amplio elenco de sujetos (nada impide, por ejemplo, la reclamación a los variados sujetos que otorgan créditos al consumo).

#### **III.4.2. Objeto. El régimen especial del requerimiento motivado en caso de datos relativos a no investigados.**

El objeto del requerimiento es el suministro de “información o documentación relativa a los movimientos de cuentas y demás operaciones financieras activas y pasivas, incluidas las que se materialicen en cheques u otras órdenes de cargo o abono, realizadas por las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas, incluidos en el artículo 3, y por las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley definido en el artículo 4” (art. 17 c).

Obsérvese, pues, que la norma se mueve teniendo en cuenta el círculo de obligados establecido por los arts.3 y 4 y al cual nos estamos remitiendo de manera constante. Ahora bien, impone un régimen especial cuando el requerimiento se ha realizado respecto de personas que no tuvieran la condición de investigadas. En este caso, la exigencia dirigida a la entidad bancaria debe “dejar constancia expresa de los motivos por los que se considera que tal medida es estrictamente necesaria para contribuir al esclarecimiento de los hechos constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses” (último inciso del art. 17 c). Se supone que esta cautela se aplica al requerimiento que recibe la entidad bancaria o crediticia.

Todavía respecto al contenido objetivo del requerimiento, hemos de añadir la restrictiva precisión de que en él “se podrá solicitar información relativa al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otra órdenes de cargo o abono, si bien en estos casos la información suministrada no podrá exceder de la identificación de las personas y de las cuentas en las que se encontrara dicho origen y destino” (art. 17 c). Existe, pues, una exclusión respecto a las cantidades globales existentes en dichas cuentas y también respecto a datos descriptivos de los movimientos que están en posesión de la entidad bancaria o crediticia. Estamos, pues, ante una opción del legislador favorable a la subsistencia de una parte del secreto bancario.

#### **III.4.3. La responsabilidad de la entidad bancaria o crediticia.**

El art. 17 c) ha establecido que el requerimiento deberá ser atendido en el plazo máximo de quince días, “a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar su

notificación, salvo que la Oficina, de oficio o a solicitud debidamente justificada de la persona o entidad requerida acuerde motivadamente un plazo mayor debido a la complejidad de la información o documentación solicitada”.

La remisión injustificada de información o documentación de forma incompleta o inexacta constituye un incumplimiento del deber de colaboración. Si, en tal caso, se aprecia dolo o se deriva un perjuicio muy grave para la investigación, nos hallamos ante una falta muy grave (tal como se deduce de la lectura conjunta de los arts. 43 a) y 13.2 de la LF).

#### **III.5. La potestad de inspección.**

##### **III.5.1. Requisitos. Una entrada previamente razonada. El derecho a la inviolabilidad de domicilio en caso de particulares.**

El art. 18.1 LF describe la potestad de inspección afirmando que esta “permitirá” a los funcionarios de carrera con funciones inspectoras el acceso a cualquier dependencia de las entidades y personas incluidas en los artículos 3 y 4 (que, como sabemos, constituyen el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la ley). Este acceso tiene las siguientes características:

- Ha de justificarse en el esclarecimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses.
- Debe acreditarse la condición de autoridad.
- El sujeto pasivo de la inspección puede ser un investigado o un no investigado, siempre que este último pueda contribuir a la determinación de los hechos a los que nos hemos referido anteriormente.
- “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 el acceso a las dependencias o, en su caso, la oportuna autorización judicial” (art. 18.3 LF).

##### **III.5.2. El ejercicio de la potestad de inspección. Su carácter excepcional. La posibilidad de un trámite complejo, con integración de interrogatorio personal y examen de objetos.**

Dos características peculiares muestra esta potestad. En primer lugar, la inclusión en ella de un conjunto múltiple de facultades. En efecto, el art. 18.2 precisa que “este acceso o entrada tendrá como finalidad requerir la puesta a disposición de información o documentación, sea cual fuere el soporte en que estuvieran registradas, así como los equipos físicos y logísticos utilizados, para su examen

y comprobación en ese momento, pudiendo retenerse dicha documentación o equipos, a causa de su volumen o complejidad, por un plazo máximo de diez días, para su posterior examen y comprobación.[...].”

Además, el mismo precepto otorga a los inspectores dos facultades relevantes:

- La práctica *in situ* de una entrevista personal, ya sea con un investigado o con un no investigado.
- La realización de copias, en cualquier formato, de la información o documentación obtenida (art. 17d).

Sumado a esa nota de diversidad de actuaciones, ha de anotarse el carácter excepcional de este examen. En efecto, de acuerdo con el art. 18.5 LF, “esta actuación se llevará a cabo de forma excepcional, cuando no existiera una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz”.

### III.5.3. Documentación de la actuación: levantamiento de acta, adjunción de documentos y expedición de copias.

Por último, debe consignarse que la LF (en concreto, su art. 18.4) ha regulado de forma escrupulosa la documentación de la actuación. Así, se dispone lo siguiente:

- Primero: levantamiento de acta. Según el art. 18.4 LF, “de todas las entradas e inspecciones realizadas se levantará un acta firmada por la persona funcionaria de carrera autorizada y por la persona ante la cual se haya realizado la inspección”. Recordemos, no obstante, que el administrado investigado puede negarse a la firma del acta.
- Segundo: adjunción de documentos. Así, según el precepto ya citado en el epígrafe anterior (art. 18.4) al acta “se adjuntará la relación de documentos de los que se haya obtenido copia y, en su caso, la relación de aquellos documentos o equipos que hayan sido retenidos y trasladados temporalmente a la Oficina, para su posterior examen y comprobación.”
- Tercero: expedición de copia a la persona ante la cual se haya realizado la inspección.

## III.6. Los derechos del investigado.

### III.6.1. La esencia del investigado. Una calificación previamente formalizada.

Como ya hemos dicho en diversas ocasiones, el investigado ha de incluirse en los listados de los arts. 3 y 4 de la LF. Cumplida esta condición, la substancia del investigado radica en que se le “atribuya la comisión de hechos constitutivos de

fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros y que, por ello, fueran objeto de una procedimiento de investigación e inspección tramitado por la Oficina”.

### III.6.2. Derechos dispuestos en la Constitución y derechos establecidos en la legislación de procedimiento administrativo.

Para el estudio de los derechos del investigado, conviene tener en cuenta el marco general que nos proporciona el art. 19 de la LF. En primer lugar, este precepto atribuye al investigado la condición de interesado (art. 19.2). En segundo lugar, subraya la relevante asignación de ciertos derechos constitucionales y, en algunos casos, precisa sus perfiles.

Así, ha de afirmarse de entrada que el investigado tiene la condición de interesado y que, por tanto, goza de los derechos previstos en el art. 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En síntesis, tales derechos son los siguientes:

- A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del procedimiento.
- A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- A no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de éste.
- A no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o hayan sido elaboradas por éstas.
- A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento jurídico y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.
- A actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.
- En los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para resolver y de la norma que atribuya tal competencia.
- A la presunción de la no existencia de responsabilidad administrativa, mientras no se demuestre lo contrario.

Por último, ha de prestarse atención al hecho de que tales derechos van a tener como titular no sólo personas físicas, sino también personas jurídicas y, por otra parte, habrá que tener en cuenta los derechos de confidencialidad (art. 14 LF) y de protección de datos de carácter personal.

### III.6.3. Los derechos de asistencia letrada y de reparación de perjuicios.

Ahora bien, como ya hemos avisado, existen en la ley específicas menciones a ciertos derechos constitucionales de los cuales goza el investigado. Así, el art. 19.3 insiste en que “las actuaciones de investigación e inspección se llevarán a cabo de manera que se garantice el derecho a la presunción de inocencia de la persona investigada, así como los demás derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española, entre los que se encuentra el derecho de asistencia letrada”. Respecto a esto último, el art. 19.3 precisa *in fine* que “este derecho [de asistencia letrada] no supondrá que los gastos que pudieran derivarse de su ejercicio deban abonarse por la Administración de la Junta de Andalucía, ni tampoco implicará la intervención de los letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.”

El art. 19.4, en fin, recuerda que tanto los investigados como los no investigados “tendrán derecho a solicitar, conforme a la normativa que resulte aplicable, la reparación de los perjuicios que hubieren soportado como consecuencia de las actuaciones de investigación e inspección practicadas”. La legislación aplicable es aquí la de carácter general relativa a la responsabilidad administrativa. No obstante, el normal ejercicio de las potestades de investigación e inspección no genera un derecho a indemnización, ya que estamos ante una carga impuesta por la Ley a concretos sujetos vinculados a la Administración Pública o a ciertas instituciones públicas. Sin embargo, si el administrado acredita la producción de un daño por funcionamiento anormal del servicio de investigación e inspección (divulgación pública de informaciones, gastos por aportación documental, etc.), podrá ser acreedor del derecho a la pertinente reparación.

## III.7. El denunciante.

### III.7.1. La definición de denunciante, su tutela y la articulación de la denuncia como supuesto que justifica el inicio de un procedimiento de investigación e inspección. La posible aplicación del régimen ordinario de la denuncia en el procedimiento administrativo.

La norma opta por una noción legal específica ya que, según el art. 35.1 LF, “tendrán la consideración de denunciantes, a los efectos de esta Ley, las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina en los términos previstos en el artículo 20 c), sobre hechos que

pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros”. El art. 20 c), que ahí se cita, sitúa la denuncia como un supuesto que justifica el inicio de un procedimiento de investigación o inspección por la Oficina.

Aunque la denuncia se estudia en otros capítulos de este libro, ha de reiterarse que la tutela del denunciante es uno de los objetivos de la LF y así se pone de manifiesto en diversos momentos de la actuación de la Oficina. Ahora bien, lo cierto es que, como veremos, se advierten algunas incongruencias en su reglaje. De hecho, las dificultades de articulación ya han sido señaladas por GOSÁLVEZ PEQUEÑO (2019) y por PÉREZ MONGUIÓ (2019). Por otra parte, como ya advertimos en AMENÓS (2020:572-573), la tipología de posibles denunciantes en los casos reales de corrupción es realmente variada y es lógico que su régimen sea modulado (abogados, funcionarios, grupos políticos, asociaciones, etc.)

Dicho lo anterior, se advierten tres tipos de denuncia en la LF:

- La denuncia en la que se aplica el régimen general de la legislación de procedimiento administrativo común.
- La denuncia anónima lato sensu.
- La denuncia anónima stricto sensu.

Las examinaremos seguidamente.

### III.7.2. La denuncia bajo el régimen ordinario de la legislación de procedimiento administrativo común.

La denuncia es un instituto de larga trayectoria en la historia de las leyes administrativas. Su definición se recoge actualmente en el art. 67.1 LRJPAC, que señala los siguientes elementos:

- Es un acto que puede realizar cualquier persona.
- Se lleva a cabo en cumplimiento o no de una obligación legal.
- Se pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de un procedimiento administrativo.

Se construye así, pues, un instrumento que puede jugar un papel relevante en la lucha contra la ilegalidad y, especialmente, contra el fraude y la corrupción. Nos hallamos ante un supuesto de participación funcional de los ciudadanos en las tareas administrativas. Como señalaba CASTILLO BLANCO (2020:152), estamos ante una herramienta incisiva para la defensa de la integridad y el patrimonio público. Este autor explora la idea de que “al denunciante ha de reconocérsele

un “derecho” a la exigencia de las actuaciones necesarias para determinar si es necesario proceder a investigar las responsabilidades previstas en la norma”.

La denuncia no es anónima. El art. 62.2 de la LRJPAC dispone que las denuncias “deberán expresar la identidad de la persona o personas que la presentan”, así como el relato de los hechos que ponen en conocimiento de la Administración. Esta constancia de la identidad del denunciante permite la atribución a estos sujetos de ciertos derechos. Por ejemplo, en caso de que se invoque un perjuicio al patrimonio de las Administraciones Públicas, el denunciante tiene derecho a ser notificado sobre la iniciación del procedimiento o –si ha participado en la comisión de la infracción– a obtener las ventajas de clemencia que se ofrecen en el art. 62.4 LRJPAC.

Este colaborador de la Administración, pues, se acoge a una regulación general –que rechaza lo confidencial y lo anónimo–. ¿Se beneficiará también los derechos previstos en el artículo 37 LF?. Se trata de un generoso listado de beneficios entre los cuales podemos anotar los siguientes:

- A conocer el estado de tramitación del procedimiento de investigación e inspección derivado de sus denuncias y a que se le notifiquen los actos y resoluciones dictados respecto de las mismas (siempre que así se prevea de forma expresa en la Ley).
- A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, sin perjuicio de la posibilidad de acordar justificadamente la inadmisión a trámite.
- A no sufrir represalias por causa de las denuncias formuladas, incluyendo su amenaza y su tentativa.
- A solicitar, dentro del marco legal, la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por las denuncias formuladas.

Es verdad que el art. 35.1 LF no limita su definición de denunciante, como ya hemos visto. Sin embargo, lo cierto es que no podemos salir del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la LF, que se delimita en sus arts. 3 y 4. Por tanto, el entramado de ventajas en favor del denunciante sólo operará *ad intra* de las Administraciones Públicas (y de las personas que guarden con ella un vínculo contractual, subvencional o similar). En conclusión, la LF no brinda protección a sujetos situados en la “sociedad civil”, en el campo de las relaciones generales de supremacía. El administrado genérico (incluyendo la persona jurídica, como suele ocurrir en la práctica con diversas asociaciones) ha de afrontar a pecho descubierto la constancia de su identidad y carece de las ventajas procesales establecidas en la LF.

### III.7.3. La denuncia anónima *lato sensu* y bajo el paraguas de la LF.

Inspirándose en la normativa europea y siguiendo algunas de las pautas señaladas por la doctrina más autorizada (CERRILLO I MARTÍNEZ, 2018:357; CERRILLO I MARTÍNEZ, 2019:174 y PEREZ MONGUIÓ, 2019:103), la LF articula, aunque con algunos equívocos, una denuncia que califica como “anónima”, pero en la que el firmante puede ser identificado. En realidad, por tanto, no cabe hablar realmente de “denuncia anónima”, sino de denuncia confidencial. Veamos cómo funciona.

En primer lugar, la LF instaura un deber legal de denuncia para las personas que presten servicios en el sector público andaluz, instituciones estatutarias, administración local y universidades públicas andaluzas (arts. 4.1., apartados a), b), c) y d)). El incumplimiento de tal obligación se considera infracción leve. Por el contrario, la denuncia es meramente facultativa para los ciudadanos que prestan servicios en las personas físicas y jurídicas que tengan relación contractual, subvencional o similar con los entes relacionados anteriormente.

Ahora bien, en ambos casos la denuncia se califica como “anónima”, aunque esto no es cierto y puede llevar a confusión. Se trata de una denuncia en la que se conoce perfectamente al remitente, pero su nombre queda oculto y bajo confidencialidad gracias a los específicos procedimientos y canales que la Ley dispone y que habrán de crearse en el futuro. De este modo, se pueden asegurar el secreto de la identidad hacia el exterior y, al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos que la LF ha atribuido al denunciante.

Ahora bien, la confidencialidad no es absoluta. En primer lugar, la Ley considera que es de carácter meramente facultativo y parece exigir una solicitud expresa de confidencialidad (art. 20 c) 3º). En segundo lugar, se entiende que su titular renuncia a ella si exige a la Oficina las actuaciones contra represalias o perjuicios injustificados previstas en los arts. 37.3 y 38.

Por último, la Oficina revelará la identidad en cuestión en el supuesto de recibir el requerimiento de un órgano judicial “o de otra naturaleza” (art. 20.c) 3º) o cuando, previa petición fundada del denunciado, se considera motivadamente que su conocimiento es necesario para salvaguardar su derecho de defensa.

Digamos también que, en un supremo esfuerzo protector, la Ley prevé un sucinto procedimiento contradictorio si el denunciado solicita conocer la identidad del denunciante y éste no hubiera pedido la confidencialidad. De todos modos, si el denunciante insiste al final en el enmascaramiento de su nombre, esta opción le será respetada por la Oficina.

### III.7.4. La denuncia anónima *stricto sensu*.

En principio, se trata de un acto no regulado por nuestro Derecho y que carece de encaje en la articulación general de la denuncia establecida por la legislación del procedimiento administrativo común y por la denuncia bajo canales específicos dispuesta en la LF. Su mismo carácter impide la tutela y la atribución de derechos al delator.

Ahora bien, el Derecho no puede descartar la aparición en la vida real del tenebroso chivatazo. Es más, la corrupción ofrece como campo abonado para estas manifestaciones. Es razonable, por tanto, que el Director de la Oficina decida, en tal caso, la incoación de un procedimiento de investigación e inspección a iniciativa propia. Veremos esto con más calma *infra* IV.2.

## IV. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN E INSPECCIÓN.

### IV.1. Procedimiento de investigación e inspección y procedimiento sancionador. La obtención de una declaración de conocimiento. La posición del denunciante.

La LF opta por la distinción de dos procedimientos concatenados temporalmente: en primer lugar, el procedimiento de investigación e inspección y, posteriormente, el procedimiento sancionador. El primero no se ha catalogado como subprocedimiento del segundo, sino que se ha configurado con sustancialidad propia.

El procedimiento de investigación e inspección se dirige hacia un acto final constituido por una declaración de conocimiento<sup>5</sup>. En él se precisa si, a juicio de la Oficina, se tiene constancia de situaciones de fraude, corrupción o conflicto de intereses<sup>6</sup>. Esta manifestación se ve acompañada, según sus resultados, de alguna de las siguientes declaraciones instrumentales:

- Una declaración de deseo, cuando se remite al organismo competente para la sanción administrativa o judicial y se solicita que, en su caso, se inicien las actuaciones pertinentes.
- Una declaración de voluntad cuando, no advirtiéndose fraude, corrupción o conflicto de intereses, se ordena el archivo de las actuaciones.

<sup>5</sup> Sobre la esencia de la función investigadora y la presencia de otras funciones en los órganos inspectores, sigue siendo clásica, a partir del ramo de Hacienda, la explicación de MANTERO y CUESTA (1990:1-13).

<sup>6</sup> Se definen tales situaciones en el art. 2 de la LF.

En el primer caso nos hallamos ante un acto de trámite constituido por una declaración principal de conocimiento y una declaración complementaria de deseo. Se trata de un acto que va a integrarse como diligencia en un procedimiento llevado por una autoridad administrativa o judicial (o por el Ministerio Fiscal). Ahora bien, la LF ordena que esta resolución sea notificada al denunciante (arts. 23.2 y 23.5 LF).

En el segundo caso –constancia de la inexistencia de irregularidades y subsecuente orden de archivo– estamos ante un acto ya final para el denunciante. A este último no se le confiere la condición de interesado por la mera presentación de la denuncia. Ahora bien, la LF construye –mirada globalmente– un auténtico servicio público de apoyo a la participación del denunciante en ciertas funciones administrativas. La dignificación institucional de este sujeto nos permite avanzar en las duras trincheras de su legitimación, justo en la línea ya apuntada por CASTILLO BLANCO (2020:152)<sup>7</sup>. En consecuencia, podrá recurrir tal resolución de archivo en reposición ante el Director de la Oficina (e incluso podría mantener su oposición en el pertinente recurso contencioso-administrativo).

En síntesis, pues, debemos decir que la resolución final del procedimiento de investigación e inspección dará lugar, ante la apreciación de indicios de comisión de infracciones administrativas bajo competencia de la Oficina, al posterior inicio de un procedimiento sancionador. Ahora bien, si la Oficina no es competente para el enjuiciamiento de estas infracciones, nos situaremos ante diversos supuestos de traslado de actuaciones. Por otra parte, si los indicios a los que hemos aludido no se acreditan, procederá el archivo de las actuaciones.

Por último, respecto a la regulación de los trámites, son relevantes los dos reenvíos establecidos por el art. 24 LF:

- El procedimiento será desarrollado por el reglamento de régimen interior y funcionamiento.
- En lo no previsto en la LF y en dicho reglamento se estará a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Seguidamente, expondremos las reglas especiales subrayadas por la LF y que deben enmarcarse, como acabamos de decir, dentro del procedimiento administrativo dibujado en las leyes generales correspondientes.

<sup>7</sup> CASTILLO BLANCO se refiere en concreto al contenido reaccional del derecho del denunciante ya configurado en la legislación europea y estatutaria sobre buen gobierno y que se especifica en “el derecho a que el proceso no termine sino con una resolución motivada (aún en el caso de que se archive anticipadamente el asunto) y que esta, en el supuesto de no serlo o serlo de forma insuficiente, sea susceptible de una acción de carácter externo canalizada preferiblemente como recurso o sin esta consideración por parte del denunciante” (2020: 152).

## IV.2. El acuerdo de inicio en general.

### IV.2.1. Órgano competente y supuestos.

De acuerdo con el art. 20 LF, el órgano competente para iniciar el procedimiento de investigación e inspección es el Director de la Oficina. Ese acuerdo puede ser tomado:

- a) A iniciativa propia. En este caso, la Oficina tiene conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses. La Ley prevé que la fuente ordinaria de esta *notitia criminis* provenga de los informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía, del Tribunal de Cuentas, de la Inspección General de Servicios o de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Ahora bien, cabe que esas informaciones hayan accedido “por cualquier otro medio válido en derecho” (art. 20 a)). Aparece aquí la posibilidad de ordenar el comienzo de un procedimiento a causa de una mera denuncia anónima cuya información sea considerada relevante por el Director. No obstante, ha de recordarse que las fuentes ordinarias de inicio del expediente que la Ley cita expresamente son, como hemos avisado, informes de órganos especializados. Por tanto, el Director debe justificar en profundidad y con sumo celo las razones que le lleven a otorgar apariencia de realidad a unos datos recibidos subrepticamente. Esta motivación se insertará en el apartado de hechos que motivan la actuación iniciadora y que, como veremos en el siguiente epígrafe, integran el contenido preceptivo de la resolución incoadora.
- b) A petición razonada de las instituciones, órganos y entidades previstos en el artículo 3 (donde se describe el ámbito objetivo de aplicación de la Ley). Ya comentamos este artículo supra III.1.1.
- c) Por denuncia “sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses”. Recordemos que puede tratarse de una denuncia bajo el régimen general de la legislación de procedimiento administrativo, de una denuncia confidencial enmarcada en la LF o, incluso, de una denuncia anónima.

Aparece en la Ley, por cierto, una alusión explícita a la configuración discrecional de las potestades investigadora e inspectora. Nos referimos al art. 21 c) en su apartado 4º, según el cual “en el supuesto de que hubiera un elevado número de denuncias, podrá [sic] seguirse prioritariamente las denuncias de infracciones muy graves”.

### IV.2.2. Contenido y notificación del acuerdo de inicio.

La regulación de la resolución de incoación del procedimiento de investigación e inspección queda enmarcada por la articulación general del procedimiento administrativo, pero la LF ha precisado algunos aspectos:

- a) En primer lugar, la necesaria notificación a las personas interesadas en el procedimiento y a los denunciantes.
- b) Contenido preceptivo:
  - Nombramiento del instructor, que será uno de los funcionarios de carrera al servicio de la Oficina que tenga atribuidas funciones de investigación e inspección.
  - Los hechos que motiven su actuación.
  - El órgano competente para la resolución.
  - La indicación, en su caso, del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento, y de los plazos para su ejercicio.

### IV.2.3. La inadmisión a trámite de denuncias y peticiones.

Como hemos anticipado, la Oficina puede incoar el procedimiento de investigación a inspección –además de por propia iniciativa– a raíz de denuncia o petición razonada. Ahora bien, respecto a estas dos últimas, el art. 21.2 LF autoriza a resolver motivadamente su inadmisión a trámite y pone como requisito la carencia manifiesta de fundamento.

Como trámite adicional, el art. 21.3 impone que la resolución por la que se acuerde el archivo se notificará:

- Al denunciante.
- A la institución, órgano o entidad que hubiera realizado la petición.
- A las personas sobre las que se hubiera acordado la apertura de un período de informaciones o actuaciones previas. Esto último va a ser tratado en el siguiente epígrafe.

## IV.3. La diligencia de información o actuaciones previas y su específica regulación en caso de antecedentes que afecten a la Administración Local.

### IV.3.1. La diligencia de información o actuaciones previas.

El art. 21.1 LF atribuye a la Oficina la facultad de acordar un período de información o actuaciones previas. La Ley ha articulado las características generales de este trámite facultativo y conviene precisarlas:

- En primer lugar, se dispone una limitación temporal, ya que la opción por esta diligencia –en caso de denuncia o petición razonada– ha de acordarse en el plazo de los quince días siguientes a la recepción de tales antecedentes.
- En segundo lugar, debemos avisar de que este conjunto de actuaciones no se dirige a obtener una información completa sobre lo acaecido sino, simplemente, a lograr los datos necesarios para conocer las circunstancias del caso concreto “y, en consecuencia, la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de investigación e inspección”. Decimos esto porque la Ley ha tribuido a la Oficina en esta fase la posibilidad de realizar entrevistas personales, requerimientos de información y práctica de copias (arts. 17, en sus párrafos a), b) y c)). Obsérvese que no es posible en esta fase dictar el requerimiento de las entidades bancarias que hemos descrito *supra* III.4.
- Por último, debemos decir que el plazo mínimo para estas actuaciones previas es de treinta días desde su apertura. Dentro de ellas, el Director de la Oficina ha de acordar la iniciación del procedimientos de investigación e inspección o, por el contrario, dictar resolución motivada de archivo de las denuncias y peticiones recibidas.

### III.3.2. El trámite en el supuesto de actos u omisiones que afecten a la Administración Local.

Hay que tener en cuenta que la información previa es la única actuación que puede realizar la Oficina cuando se trata de actos u omisiones que pudieran ser “constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o de cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros en el ámbito de las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas” (art. 21. 4 LF). En este caso, cabe evidentemente una resolución de archivo ante informaciones insubstanciales. En caso contrario, el Director ordenará la apertura de un período de información o actuaciones previas y, en el plazo máximo de treinta días desde su inicio, dictará resolución motivada de archivo o, por el contrario, una resolución también motivada de traslado de actuaciones al órgano competente de la Administración Local.

Los datos de que se dispone, pues, han pasado a la Administración Local para que “en el ejercicio de en el ejercicio de sus funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, investigue e inspeccione los actos u omisiones que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o de cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros e informe a la Oficina de los resultados de las actuaciones de

investigación e inspección realizadas, en un plazo máximo de seis meses desde el traslado de las actuaciones y resolución motivada” (art. 21.4). Debe añadirse que, en materia de plazos, se admite que el período de resolución pueda ser ampliado en tres meses más, siempre y cuando se acuerde motivadamente para casos de especial complejidad. El plazo máximo de resolución no podrá exceder de nueve meses.

Ante la Administración Local, pues, la Oficina se limita a esperar el informe aunque, ciertamente, podría solicitar ampliación o aclaración de la documentación recibida. Ahora bien, lo que sí debe hacer la Oficina es notificar la resolución de archivo o de traslado de actuaciones al denunciante y a la institución, órgano o entidad que hubiera realizado la petición. Esta notificación también se efectuará, en su caso, a las personas sobre las que se hubiera acordado la apertura del período de información o actuaciones previas.

### IV.4. La instrucción del procedimiento.

Son escasas las máximas establecidas por la LF para la instrucción del procedimiento de investigación e inspección. Por tanto, para completarlas, debemos situarnos en el procedimiento administrativo común. Es importante reseñar, no obstante, tres reglas que la LF ha querido concretar expresamente.

En primer lugar, la relativo a los documentos extendidos por los funcionarios de carrera al servicio de Oficina que tengan atribuidas funciones de investigación e inspección. El art. 16.2 les atribuye la condición de autoridad.

Además, los documentos que formalicen tienen carácter probatorio, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

- El contenido de los documentos relata, de manera precisa y clara, los elementos fácticos que permiten adquirir la convicción, por el órgano competente, respecto a la conducta reprochada y a los elementos de imputabilidad y de culpabilidad que concurran.
- Tales elementos deben haber sido comprobados directamente por el suscriptor del documento.

El carácter probatorio al cual hemos aludido no impide, por supuesto, que se acredite lo contrario. En resumen, pues, el art. 16.2 acoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Puede verse un resumen de los criterios jurisprudenciales y doctrinales al respecto en GARCÍA URETA (2006: 225-235).

Por último, hemos de tener en cuenta una segunda regla general, relativa al plazo máximo del procedimiento. Se trata del art. 23.1 LF, que estipula que el plazo máximo del procedimiento de investigación e inspección será de 6 meses, contados desde el acuerdo de inicio. No obstante, el mismo precepto dispone que este período máximo de resolución puede ser ampliado en tres meses más, “siempre y cuando exista una resolución motivada de la Oficina para aquellos casos de especial complejidad o cuando las circunstancias así lo aconsejen”. De modo reiterativo, el mismo precepto dispone que el plazo máximo para resolver no podrá exceder de nueve meses.

#### IV.5. La finalización del procedimiento de investigación e inspección (I): ante la presencia de infracciones administrativas.

##### IV.5.1. La resolución final.

Una vez instruido el procedimiento de investigación e inspección, el Director de la Oficina dictará una resolución motivada que le pondrá fin y que puede tener, como veremos, diversos contenidos. Esta resolución se notificará a los interesados en el procedimiento y a los denunciados.

##### IV.5.2. La constancia de infracciones que no son competencia de la Oficina.

Una primera posibilidad radica en que de las actuaciones de investigación e inspección efectuadas se aprecien indicios de la comisión de posibles infracciones administrativas, disciplinarias, contables o la concurrencia de causas que justifican la iniciación de un procedimiento de reintegro de subvenciones o cualquier tipo de ayudas, revisión de oficio u otras actuaciones para la restitución de la legalidad o reparación del daño causado. Obsérvese que se trata de ilícitos cuya resolución no queda bajo competencia de la Oficina.

En este caso, el acto que pone fin al procedimiento de investigación e inspección opera como resolución declarativa, que se limita a acordar el traslado de las actuaciones practicadas al órgano competente. ¿Cuál es el papel que asume este último? Nos lo dice el art. 23.2: ha de valorar las actuaciones practicadas y ha de iniciar, en su caso, el correspondiente procedimiento. Ahora bien, en su esfuerzo permanente de tutela del denunciante, la Oficina le notificará la diligencia de traslado.

¿Se desentiende la Oficina del expediente que ya no queda bajo su competencia? En absoluto. En primer lugar, la Ley hace referencia al aviso de próxima prescripción. Se trata de un contenido complementario que aparece en la resolución de traslado de actuaciones. En efecto, cuando se apreciase que estuviera próxima a

producirse la prescripción de infracciones (existiendo indicios de responsabilidad administrativa o disciplinaria) o la prescripción del derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro de subvenciones o de cualquier tipo de ayudas, se hará constar expresamente esa circunstancia, a efecto de que se inicie el correspondiente procedimiento a la mayor brevedad.

Una vez se halla el expediente en manos del órgano competente, debe dar conocimiento a la Oficina de la finalización del procedimiento sancionador, disciplinario, de reintegro, de revisión de oficio o de cualquier otro tramitado para la restitución de la legalidad o reparación del daño causado. Y aún la Oficina deberá notificar esta resolución al denunciante e incluso solicitará información sobre su cumplimiento al órgano competente.

##### IV.5.3. Infracciones e irregularidades bajo competencia de la Oficina.

Si de las actuaciones de investigación e inspección realizadas por la Oficina se apreciasen indicios de la comisión de posibles infracciones administrativas tipificadas en el título III de la LF o en el capítulo IV de la Ley 3/2005, de 8 de abril, la resolución que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección indicará tal circunstancia y dará lugar a que por el Director de la Oficina se acuerde el inicio del correspondiente procedimiento sancionador.

Se trata de dos catálogos de infracciones con objetivos y planteamientos radicalmente diferentes. En el título III de la LF aparecen conductas cuya represión asegura el normal ejercicio de las funciones de la Oficina. Nos hallamos, pues, ante típicas sanciones de autoprotección<sup>9</sup>. Por ejemplo, ciertos incumplimientos del deber de colaboración con la Oficina, la coacción a sus empleados, las represalias contra el denunciante, las denuncias falsas, la falta de respuesta a ciertas comunicaciones o el incumplimiento del deber de formular denuncia.

Por el contrario, la perspectiva cambia radicalmente cuando el art. 23.3 llama al inicio del procedimiento sancionador ante la aparición de indicios de comisión de posibles infracciones administrativas tipificadas en el Capítulo IV 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 e intereses de altos cargos y otros cargos públicos. Se trata de una remisión y atribución competencial sorprendente y, además, criticable. Se pone a la Oficina en el brete de castigar faltas del siguiente tenor (tomamos sólo algunos ejemplos):

<sup>9</sup> Precisamente, la introducción de un conjunto sancionador de esta clase había sido sugerida por CAPDE-FERRO (2020: 56 y ss.)

- El incumplimiento, por los altos cargos, de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición.
- La falsedad u omisión de los datos y documentos que deben ser presentados por tales altos cargos.
- La no declaración de actividades, bienes e intereses en el Correspondiente Registro.

La vigilancia de todo ello obliga a la Oficina a comportarse como una auténtica Inspección de servicios o como un superior jerárquico. Pero no está configurada para ello ni ejerce funciones de vigilancia general sobre el aparato burocrático. De todos modos, habrá que ver en la práctica el funcionamiento real de esta peculiar atribución de la potestad sancionadora en un caso de vulneraciones substanciales y no de meras penalidades de autoprotección del procedimiento sancionador.

#### IV.6. La finalización del procedimiento de investigación e inspección (II): ante la presencia de posibles delitos.

##### IV.6.1. *Traslado de actuaciones, suspensión del procedimiento y notificaciones pertinentes.*

En muchos casos, lógicamente, la actividad de la Oficina entra en contacto con actividades delictivas. Ante ello, la LF ha regulado dos supuestos. En primer lugar, si tras las actuaciones de investigación e inspección se apreciase indicios de la comisión de posibles delitos, el Director de la Oficina resolverá indicando tal circunstancia y acordando el traslado de las actuaciones. Además, ordenará la suspensión del procedimiento de investigación e inspección y su posible reanudación, en el supuesto de que no se constatare la comisión de un delito. Siguiendo con la pauta habitual, al denunciante se le notifica el efectivo traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal o al órgano judicial.

##### IV.6.2. *Toma de conocimiento de investigaciones del Fiscal o judiciales: suspensión del procedimiento, traslado de actuaciones y reanudación, en su caso.*

Ahora bien, una situación diferente es aquella en que la Oficina tiene conocimiento de que el Ministerio Fiscal o su órgano judicial han iniciado un procedimiento para determinar la relevancia jurídica de unos hechos que fueron, a la vez, objeto de actuaciones de investigación o inspección. En tal caso, el Director de la Oficina resolverá indicando tal circunstancia y acordando el traslado de actuaciones al Ministerio Fiscal u órgano judicial (lo cual se notificará, siguiendo la pauta general, al denunciante). Igualmente, se suspenderá el procedimiento de investigación

e inspección. Ahora bien, el Director habrá de ordenar la reanudación si no se constata la comisión de un delito y subsiste la posibilidad de que se hayan cometido infracciones o irregularidades administrativas.

##### IV.6.3. *La recepción de la resolución judicial. La información sobre la ejecución.*

La LF entra en el artículo 23.5 *in fine* en materias cuya interpretación debe adecuarse armoniosamente a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin posibilidad de contradecirla. En concreto, se dispone que “de la finalización del procedimiento penal en sus sucesivas instancias se dará conocimiento a la Oficina”. A ésta le corresponde notificar al denunciante la resolución que pone fin al procedimiento penal. Además, la Oficina ha de solicitar información sobre la firmeza de la resolución judicial y su cumplimiento al Juez, aunque a éste le corresponde decidir hasta qué punto va a cumplimentar la información.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMENÓS ÁLAMO, Joan (2020): “Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas ilícitas en supuestos de corrupción urbanística. El caso “Operación Pretoria” como paradigma”, en CASTILLO BLANCO, Federico (Dir.): *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, 2020.Pp. 547-574.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar (2020): “El paper de l’Oficina Antifrau de Catalunya en la lluita contra la corrupció en el sector públic català. Anàlisi i propostes de reforma amb motiu del seu 10è aniversari”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, 2020, 35-64, DOI: [10.2436/rcdp.i53.2016.2821](https://doi.org/10.2436/rcdp.i53.2016.2821).

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar (2016): “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. En particular, el caso de la Oficina Antifraude de Cataluña”. *Revista catalana de Dret públic*, núm. 53 (diciembre 2016), pp. 13-30, DOI: [10.2436/rcdp.i53.2106.2821](https://doi.org/10.2436/rcdp.i53.2106.2821)

CASTILLO BLANCO, Federico(2020): “La participación ciudadana en la defensa de la integridad y el patrimonio público”, en CASTILLO BLANCO, Federico (Dir.): *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Pp. 113-156.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019): “Los códigos éticos y de conducta: de la teoría a la práctica”, en CASTILLO BLANCO, Federico A.(Coord.) : *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 171-182.

CERRILLO I MARTÍNEZ,A. (2018). *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción* (2ªed.), Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters.

GARCÍA URETA, Agustín (2006): *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid.

GIFREU-FONT, Judith (2010): “Capítulo VIII. Nuevos mecanismos de control de la actividad administrativa: el control de la *Oficina Antifrau de Catalunya* sobre las actuaciones ambientales de la Administración”, en *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, Atelier, pp. 227-257.

GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.(2019): “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción”, en *Actualidad Administrativa*, núm. especial, Transparencia y lucha contra la corrupción, abril 2019.

MANTERO SÁENZ, Alfonso y CUESTA RODRÍGUEZ, Mariano (1990): *Procedimiento en la inspección tributaria*, Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

PÉREZ MONGUIÓ, José María (2019): “La irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción”, en CASTILLO BLANCO, Federico A.(Coord.): *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.83-114.

## EL ESTATUTO DEL DENUNCIANTE DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

Humberto Gosálbez Pequeño<sup>1</sup>

La corrupción pública, esto es, la que se produce y afecta a las instituciones del Estado, ya sea con la confluencia (o no) de agentes del sector privado, tiene su epicentro en las Administraciones públicas. Ello explica, en cierta medida, que las leyes más específicamente destinadas a la lucha anticorrupción sean leyes administrativas, incluyendo en su ámbito de aplicación a las Administraciones y el resto de entes integrantes del llamado sector público. Sin embargo, no olvidemos que, aparte de esta legislación administrativa específica contra la corrupción y por la ética pública, existen también otras leyes administrativas que, en mayor o menor medida, podrían considerarse parte de una concepción amplia de un cierto Derecho administrativo anticorrupción, formado por las leyes de transparencia y de buen gobierno, de los conflictos de intereses, de los altos cargos, de los empleados públicos, de las incompatibilidades administrativas...

Mas, centrándonos en la normativa administrativa específicamente anticorrupción, llama la atención que sólo una minoría de Comunidades Autónomas (y no el Estado) hayan aprobado sus respectivas Leyes. Ciertamente, recuérdese que hasta 2008, es decir, hasta 30 años después de aprobarse nuestra Constitución, no se aprueba la primera ley especial anticorrupción: la Ley 14/2008 de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña; y hasta una década después no se aprueban las siguientes leyes autonómicas que, por cierto, se reducen a cinco: la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba. El presente trabajo se hace en el seno del Proyecto PGC2018-093760-B-I00 “Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador”. Grupo de investigación SEJ-196 de la Junta de Andalucía”.  
adlgopeh@uco.es

contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, 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, la Ley 16/2016, de 9 de Diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública de Aragón<sup>2</sup> y 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. Y a partir de 2018, por razones inexplicables, el resto de las Comunidades Autónomas continúa sin aprobar su respectiva normativa específicamente contra la corrupción administrativa<sup>3</sup>, hasta la reciente Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, objeto de este estudio.

## I. EL DENUNCIANTE: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

### I.1. Sistemática normativa y concepto legal.

La Ley 2/2021 contiene una definición expresa y específica del denunciante “a los efectos de esta ley”. Y este concepto legal se tipifica en la ley en dos artículos, siendo idénticas ambas definiciones, pese a tratarse de dos preceptos cuyo contenido global es bien diferente, dualidad reiterativa que, como se comprobará, no es sino un ejemplo de la desafortunada ubicación sistemática de dos importantes contenidos nucleares y primarios en la ley, que son los siguientes: por una parte, los conceptos legales básicos usados por el legislador a lo largo del articulado (fraude, corrupción,...), que están tipificados en el artículo 2 y, por otra, los sujetos a los que se les aplica la norma, es decir, lo que se conoce con el *nomen iuris* de “ámbito subjetivo” de aplicación de las leyes (Administraciones públicas territoriales, entidades institucionales de las Administraciones,...), contemplado en los artículos 3 y 4<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Un análisis de esta normativa autonómica, la italiana y la comunitaria lo ha realizado la doctrina (PÉREZ, 2019: 347-359), y también (VESTRÍ, 2019: 6-19) examinando, además, el ordenamiento británico.

<sup>3</sup> Un caso singular se aprecia en la CCAA de Asturias, en tanto que, a pesar de no haber aprobado una ley específica en la materia, incluye una mínima regulación sobre el denunciante en su Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés (arts. 59-62).

<sup>4</sup> Obsérvese, no obstante, que, pese a lo que pudiera pensarse *ab initio* habida cuenta de lo dispuesto en otras leyes administrativas (véanse los arts. 2 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, o los arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa), la existencia misma de estos dos preceptos no responde a un criterio sistemático de cierto reparto o división subjetiva de las personas jurídicas incluidas en ellos, de tal forma que, por ejemplo, el art. 3 enunciara los sujetos incluidos plenamente en el ámbito de aplicación de la ley y, en cambio, el art. 4 tipificase los sujetos a los que solo se le aplicara unas partes de la ley. Nada más lejos de la realidad normativa vigente. El art. 3, si bien erróneamente se titula “ámbito objetivo de aplicación, regula el clásico ámbito subjetivo de aplicación de las leyes administrativas; y el art. 4, con el título de “ámbito subjetivo de aplicación”, reitera también el ámbito subjetivo incluyendo los mismos sujetos contemplados en el art. 3, aunque, cierto es, con el aditivo “subjetivo” de referirse al “personal” de las personas jurídicas citadas en el art. 3 que, en realidad, son los sujetos en sentido propio que integran el ámbito subjetivo de la ley administrativa.

El legislador andaluz define al “denunciante”<sup>5</sup> en el artículo 4, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley, que desglosa en cinco apartados, dedicados respectivamente a las distintas personas jurídicas que, en atención a su naturaleza jurídica propia y diferenciada de la Administración autonómica andaluza (que constituye el elemento subjetivo *sine qua non* y necesario incluido en el ámbito de aplicación de la generalidad de las leyes autonómicas), se incluyen en dicho ámbito de aplicación como, por cierto, también es costumbre legislativa consolidada; esto es, el artículo 4, en sus apartados a) a e), ambos inclusive, enuncia acertadamente los tipos de sujetos jurídicos a los que les será de aplicación la Ley 2/2021<sup>6</sup>. Por todo ello, hubiera sido más acertado incluir la definición del “denunciante”<sup>7</sup> en el precepto referidos a las definiciones (el artículo 2), y no en el precepto tipificador del ámbito subjetivo de aplicación de la ley (el artículo 4).

<sup>5</sup> El término -y el concepto jurídico mismo- de denunciante es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Sucede, sin embargo, que en el “sector” del fraude y la corrupción, el término original anglosajón asumido por las normas internacionales es *whistleblower*, que como recuerda autor (SIERRA, 2020:3) alude a “tocar el silbato”, es decir, un alertador más bien, “en referencia a quien avisa o informa de una situación ilícita o que no responde a los estándares de ética de una organización”.

<sup>6</sup> El sector público andaluz, las instituciones y órganos previstos en el Título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía (“así como en 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”), las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas (“en los términos previstos en esta ley”), las personas que presten servicios en las universidades públicas andaluzas y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de éstas (“en los términos previstos en esta ley”) y las personas físicas y jurídicas privadas, entidades sin personalidad jurídica, administraciones públicas, instituciones, órganos y entidades distintas de las anteriormente citadas que, bien sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público o beneficiarios de subvenciones, bien se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, bien hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones, del sector público andaluz, “o bien hayan tenido otro tipo de relaciones económicas, profesionales o financieras con los mismos, sometidas al derecho público o privado, en lo concerniente a dichas relaciones” (ex art. 3.e) de la ley).

<sup>7</sup> Obsérvese que la ley no diferencia entre denunciante, informante o alertador. La doctrina (GARRIDO, 2019:132) no aprecia distintos conceptos jurídicos, sino uno solo con varias denominaciones, por lo que concluye afirmando que “aun a sabiendas de que tal elección puede ser tachada de clásica o tradicional, defendemos el uso del vocablo «denunciante», porque básicamente forma parte de nuestro léxico jurídico y no hay ninguna razón de peso que justifique su sustitución por otro nuevo...”, aunque reconoce que “no sería de extrañar que el poder legislativo no abandonara el empleo de la voces «alerta» y «alertador»; al contrario, la tendencia a recurrir a estas expresiones se consolidará posiblemente por la progresiva incorporación del uso de tecnologías en la tarea de detección de irregularidades y por la admisión a trámite de comunicaciones que no cumplen las formalidades establecidas para las denuncias...”. Lo cierto es que tampoco 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, se refiere a alertadores, informantes o comunicantes (no los menciona en su art. 5, tipificador de los conceptos jurídicos y las definiciones legales), y menos aún como sujetos distintos de los denunciantes. Tan solo la Resolución de 27 de junio de 2019, del director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de ésta, en ciertos preceptos (arts. 9, 21.1.d), 51.7) emplea los términos denunciante, informante y alertador, aunque como sinónimos o, más exactamente, asimilados en su art. 41.1 (“...Se asimilan a las personas denunciante, a estos efectos, todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones de este tipo”). Quizás por todo ello, hay autores que proponen reservar el término alertador a quien comunica anónimamente los hechos y el término denunciante en caso contrario (GARRIDO, 2019: 144).

Examinando ya el concepto legal tipificado, el apartado f) del artículo 4 define a los denunciantes como “las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que formulen una denuncia ante la Oficina, sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de interés o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros, de conformidad con lo establecido en el artículo 35”, precepto éste que precisamente es el segundo de la ley que contiene el mismo concepto legal<sup>8</sup>. Y en esta definición explícita dispuesta por el legislador andaluz se aprecian dos aspectos de interés.

El primero es la concepción subjetiva amplia de denunciante tipificada en la norma, puesto que la Ley 2/2021 admite que podrá ser “cualquier persona”<sup>9</sup> (e incluso un ente sin personalidad jurídica, añade el precepto), es decir, una persona física, y también una persona jurídica, sea ésta de naturaleza jurídico-privada o de naturaleza jurídico-pública. Así, por un lado, si el denunciante es una persona física<sup>10</sup>, podrá ser una persona vinculada o integrante de la persona jurídica denunciada (empleado, copropietario) o no ser parte (o haberlo sido) de ella, tener una relación jurídica de cualquier naturaleza (laboral, mercantil, administrativa) o no tenerla (o haberla tenido), diferencias notables que reclaman del legislador el establecimiento de regímenes específicos de protección de unos y otros denunciantes. Y por otro lado, si el denunciante es una persona jurídico-pública, también será preciso diferenciar

<sup>8</sup> Es cierto que el art. 35.1 contiene un “aditivo” en la definición, al referirse a la formulación de la denuncia ante la Oficina “en los términos previstos en el artículo 20 c)”. Pero esta nueva remisión normativa no altera en modo alguno la concepción del denunciante establecida tanto en el art. 4.f) como en el art. 35.1, en tanto que el art. 20.c) se refiere únicamente al contenido formal de la denuncia y a ciertos derechos del denunciante, no al concepto de esta figura jurídica subjetiva.

<sup>9</sup> Esta concepción extensiva del denunciante, que es precisamente la dispuesta en el art. 62.1 de la LPAC (“cualquier persona”), también se establece expresamente en el art. 16.3 de la Ley catalana (“Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar...”) e implícitamente la asumen las demás leyes autonómicas sobre la materia, salvo la Ley balear al imponer vecindad autonómica al denunciante en su art. 7.2 (“El reglamento de funcionamiento y régimen interno de la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción en las Illes Balears deberá garantizar que todos los ciudadanos de las Illes Balears, independientemente de su isla de residencia, puedan presentar denuncias y colaborar con la Oficina,... El reglamento también deberá prever cómo y dónde se realizará la colaboración entre el denunciante y la Oficina, una vez admitida a trámite la denuncia, cuando el denunciante resida fuera de la isla donde está ubicada la sede del ente anticorrupción”).

<sup>10</sup> Y por supuesto, acorde con lo dispuesto en el art. 62.1 de la LPAC, la Ley 2/2021 no requiere al denunciante ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos que puedan verse afectados -en un sentido positivo o en un sentido negativo- por el procedimiento administrativo que, en su caso, acuerde incoar de oficio la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción en relación a los hechos denunciados, de conformidad con el art. 20.c) de la ley. No es preciso, pues, que el denunciante haya sido afectado por los hechos que comunica a la Administración; no tiene por qué haber sido perjudicado o lesionado con ocasión de esos hechos denunciados; y tampoco es preciso que el denunciante haya sido parte interesada en anteriores actuaciones administrativas relacionadas también con los hechos ahora denunciados. El acto jurídico-administrativo de la denuncia no exige poseer legitimación administrativa alguna, por lo que podrá denunciar cualquier persona (física o jurídica), sea o no víctima del acto de corrupción denunciado, sea o no partícipe arrepentido del hecho denunciado, sea o no testigo de la acción u omisión que denuncia. Sin embargo, recuérdese que, si bien el denunciante ni es ni tiene por qué ser interesado en el procedimiento administrativo sancionador que, en su caso, incoe de oficio la Oficina según el art. 40.1 de la Ley 2/2021, sí podrá serlo en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.c) de la LPAC y la propia doctrina jurisprudencial postuladora de esta dualidad de denunciantes de presuntas infracciones administrativas.

si es (o no) una persona parte del mismo sector público al que pertenece la persona jurídica denunciada, si es un ente dependiente o adscrito al denunciado o, en cambio, en el ente matriz el denunciante y, en cualquier caso, si la denuncia formulada por una persona jurídico-pública es una verdadera denuncia administrativa o, por el contrario, ofrece otra naturaleza jurídica (petición, propuesta...<sup>11</sup>).

El segundo aspecto llamativo en la definición legal es, sin duda, la naturaleza jurídica de los hechos denunciados que, en sentido propio, no representa un elemento configurador del sujeto llamado denunciante, sino que más bien forma parte del objeto de la denuncia misma y del ámbito objetivo de la ley, aspectos asimismo relevantes como fácilmente podrá apreciarse. En efecto, los artículos 4.1.f) y 35.1 de la Ley 2/2021 se refieren a “hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros”; es decir, la norma contiene una primera modalidad de hechos típicos (fraude, corrupción y conflicto de intereses) que, no obstante sus respectivas explícitas definiciones establecidas en el artículo 2, presentan algunas dificultades en cuanto a su delimitación misma<sup>12</sup>, y, además, una segunda modalidad con indeterminación notoria *ab initio*<sup>13</sup>, a semejanza de lo que se aprecia en la generalidad de las demás leyes autonómica anticorrupción<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Como ya explicamos en otro lugar (GOSÁLBEZ, 2019: 19-21), “...la Administración está habilitada por la ley para dar esa noticia administrativa y, en este sentido, está habilitada para denunciar. Ahora bien, este acto de la Administración pública no es una denuncia *stricto sensu*, no es la denuncia prevista en el artículo 62.1, sino que es otro tipo de acto jurídico, otra figura jurídica asimismo tipificada en la LPAC: la llamada «petición razonada» de incoación del procedimiento administrativo...”.

<sup>12</sup> Es cierto que las definiciones normativas del fraude y del conflicto de intereses concretizan estos conceptos jurídicos indeterminados, pero la amplitud de los hechos descritos como “corrupción” no ofrece seguridad jurídica alguna y, además, sorprendentemente la primera y la última conducta tipificada como corrupción son también constitutivas, respectivamente, del fraude y del conflicto de intereses.

<sup>13</sup> La tipificación resulta ser excesivamente imprecisa y confusa. Porque disponer que cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos es denunciante ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción implica incluir en el ámbito objetivo de la ley toda actuación contraria a Derecho administrativo, e incluso al resto del ordenamiento jurídico en tanto lo use la Administración pública, siempre vinculada por el servicio a los intereses generales (ex art. 103.1 de la Constitución); y referirse el precepto a cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses “financieros” no es precisamente un ejemplo de delimitación objetiva.

<sup>14</sup> Las tipificaciones que realizan las otras leyes autonómicas anticorrupción tampoco son acertadas. Así, por ejemplo, el art. 16.3 de la Ley catalana se refiere a “presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos”; ¿cuáles son esas “prácticas fraudulentas” que no parecen ser “conductas ilegales”? ¿deben afectar unos y otros hechos a la gestión de fondos públicos o basta su afectación a los intereses generales? Por su parte, la Ley valenciana parece ofrecer una concepción más amplia de los hechos, al considerar su art. 14.1.a) denunciante a quien “comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales”; así, ¿incluiría esta denuncia hechos determinantes de responsabilidad patrimonial extracontractual por daños ocasionados a los intereses públicos aun cuando no se apreciase infracción penal o administrativa alguna? Explícitamente el art. 23 de la Ley aragonesa admite como hechos denunciables los constitutivos de infracción administrativa o penal (“2. Las denuncias o comunicaciones que se dirijan a la Agencia se formularán por persona física o jurídica en cualquier momento, aunque los hechos o circunstancias se hubieran iniciado o producido con anterioridad y siempre que no haya prescrito su sanción conforme a la legislación administrativa o penal aplicable”). Y singular es la Ley de Castilla-León, por cuanto sólo tiene por objeto las actuaciones “de las que pudiera derivarse un posible delito contra la Administración pública de los regulados en el título XIX del Código penal” (art. 1).

Una última apreciación ha de realizarse en relación al concepto del denunciante en relación a la naturaleza de los hechos denunciados, y no es otra que la distinta concepción que dispone la Directiva, a pesar de que la propia Ley 2/2021 alude a ella en su Exposición de Motivos cuando justifica sus previsiones sobre el régimen de protección de los denunciantes, declarando genéricamente que ese régimen ya se ha previsto en la Directiva y ordenando específicamente que los procedimientos y canales de presentación de las denuncias que establece la ley “deberán cumplir” con la Directiva.

Ciertamente, la definición de denunciante que establece el artículo 5.7) de la Directiva no coincide con la dispuesta en la ley andaluza, ofreciendo la norma comunitaria un concepto más restrictivo, tanto desde el aspecto subjetivo *stricto sensu* como desde el ámbito objetivo de los hechos denunciados por el denunciante, y también desde el elemento formal a través del cual se formula la denuncia. El precepto europeo define al denunciante como “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”. Obsérvese, pues, que excluye como denunciantes a las personas jurídicas<sup>15</sup> y a los entes sin personalidad jurídica; nótese, en segundo lugar, como parece circunscribir el denunciante a quien informa de los hechos “públicamente”<sup>16</sup>; y finalmente, aún es más relevante la restricción que realiza al origen mismo de la obtención de la información comunicada con la denuncia: el “contexto laboral” del denunciante, contexto definido también en la Directiva como “las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información” (apartado

<sup>15</sup> Una cierta modulación de esta exclusión conceptual subjetiva prevé el art. 4.4.c) de la Directiva cuando extiende el sistema garantista del denunciante a “las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral”.

<sup>16</sup> Adviértase que el art. 4 de la Directiva, aunque primeramente diferencia la denuncia -la “interna” (la comunicación dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público) y la “externa (la comunicación ante las autoridades competentes) de la llamada “revelación pública” (la puesta a disposición del público), a continuación incluye también al “revelador” en el concepto mismo de denunciante (“una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”). La única diferencia relevante, pues, entre los denunciantes (internos o externos) y el denunciante revelador público es que para este segundo tipo de denunciante comunitario el art. 15 de la Directiva condiciona la aplicación del régimen protector del denunciante a que cumpla una de las condiciones siguientes que tipifica expresamente el precepto (“a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos..., o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción”).

9 del artículo 5)<sup>17</sup>. En suma, todos estos condicionamientos comunitarios del concepto de denunciante tienen una repercusión evidente, primeramente en cuanto al régimen jurídico del denunciante de la “corrupción administrativa”, porque el estatuto protector que establecen las normas lo prevén exclusivamente para el denunciante y no para cualquier otra persona que, en su caso, informase de los mismos hechos; por ello, la finalidad misma subyacente en la legislación protectora podría resultar mermada en estos segundos supuestos de comunicación de los hechos<sup>18</sup>.

## 1.2. Tipos de denunciantes.

El artículo 35 de la Ley 2/2021 contempla dos clases de denunciantes: los empleados o cargos públicos y los empleados del sector privado sometidos al ámbito de aplicación de la ley en virtud de los artículos 3.e) y 4.1.e)<sup>19</sup>. Su apartado 2, remitiéndose al artículo 4.1, se refiere a los primeros<sup>20</sup>; y su apartado 3, con la remisión a ese mismo precepto, a los segundos<sup>21</sup>. De esta forma, sorprendentemente la ley andaluza no parece admitir a cualquier otra persona física como denunciante,

<sup>17</sup> Ciertamente, sin embargo, que la ley nacional -en nuestro caso, la autonómica- y la Directiva no tienen por qué coincidir totalmente, al constituir la norma comunitaria una regulación de “normas mínimas” en la protección de los denunciantes como declara el art. 1 de la Directiva; pero resulta llamativo que el legislador comunitario solo considere denunciantes a quienes tengan (o hayan tenido) una relación profesional, laboral o asimilada con la persona denunciada, como también ha subrayado algún autor (SIERRA, 2020: 7). Su art. 4 es ilustrativo: “1. La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a...”.

<sup>18</sup> Es cierto, no obstante, que ese previsible efecto disuasorio de denuncias por terceros que han tenido conocimiento de hechos y no son (ni han sido) “trabajadores” de la entidad denunciada se mitiga en parte en la propia Directiva cuando en su art. 4.4.b) contempla la aplicación del régimen protector del denunciante a sus propios “familiares”. Mas, como puede fácilmente comprenderse, la norma impide ser denunciante a cualquier otra persona “ajena” a la organización denunciada.

<sup>19</sup> No contemplan esta dualidad la ley castellano-leonesa al disponer su art. 1 que “Los denunciantes sólo podrán ser empleados de la Administración autonómica”. Y tampoco la admite la Ley aragonesa, por cuanto, si bien su art. 23.2 admite como denunciante a toda “persona física o jurídica”, su art. 25.1 exige expresamente que sea un empleado público (“Se considera denunciante a los efectos de esta ley a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública”), declaración que denota un concepto restringido de denunciante, reservando el derecho de formular denuncia anticorrupción al empleado público de la CC AA.

<sup>20</sup> Esto es, las personas que presten servicios en el sector público andaluz, en las instituciones y órganos previstos en el Título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía, otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración institucional de la Junta de Andalucía, en las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas, en las universidades públicas andaluzas y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes

<sup>21</sup> Enunciados completamente en el art. 3.e): el personal al servicio de las personas físicas y jurídicas privadas, que sean o hayan sido licitadores o adjudicatarios de contratos en el ámbito de la contratación del sector público, o beneficiarios de subvenciones, o se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación, o hayan obtenido permisos, licencias o autorizaciones, del sector público andaluz o que hayan tenido otro tipo de relaciones económicas, profesionales o financieras con los mismos, sometidas al derecho público o privado, en lo concerniente a dichas relaciones.

no acepta al mero ciudadano como autor de la denuncia, pese a que en su propio Preámbulo declara que “uno de los pilares fundamentales para la lucha contra el fraude y la corrupción es la implementación de políticas efectivas que promuevan la participación de la sociedad...”<sup>22</sup>. En cambio, más acertadamente las leyes de otras CC AA sí lo contemplan, admitiendo como denunciante a “cualquier persona”<sup>23</sup>.

En todo caso, lo que sí es común a todas las leyes autonómicas anticorrupción en el tema que nos ocupa es que establecen un dual origen del estatuto del denunciante, según sea empleado/cargo público o empleado del sector privado/ciudadano<sup>24</sup>. En efecto, para esa primera modalidad de denunciantes la denuncia es un derecho subjetivo; en cambio, para los segundos la denuncia es un deber legal, cuyo incumplimiento, por cierto, está tipificado como infracción administrativa<sup>25</sup>.

Por último, resulta sorprendente que el legislador no contemple expresamente otra clasificación de denunciantes: el denunciante simple y el denunciante interesado<sup>26</sup>, porque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1.c) de la LPAC, al menos el denunciante empleado de una persona jurídica -pública o privada- que informa de actos presuntamente acontecidos en el seno de su organización, es parte interesada, en tanto que persona afectada por un perjuicio derivado de la misma incoación del procedimiento administrativo de investigación e inspección al estar en una situación de riesgo cualificado de represalias por haber formulado la denuncia interna. Resulta, en consecuencia, incongruente establecer un régimen de protección de denunciante y no reconocer a estos denunciantes -que tienen el deber legal de denunciar (artículo 35.2) y que no son “cualquier persona”- el *status* de interesado en ese procedimiento y así poder ejercer todos los derechos típicos establecidos en el artículo 53 de la LPAC. Como veremos a continuación, la Ley 2/2021 atribuye expresamente dos derechos procedimentales propios de

<sup>22</sup> Aunque cierto es que a continuación ya modula restrictivamente esa “participación ciudadana”: “... En este sentido ha de destacarse la importancia de que todas aquellas personas que, por razón del puesto de trabajo que desempeñen, tengan conocimiento de conductas susceptibles de ser consideradas como fraudulentas, puedan denunciar las mismas conforme al procedimiento previsto en la presente Ley”.

<sup>23</sup> El art. 16.3 de la Ley catalana es explícito: “Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos...”. Y en similares términos se expresa el art. 11.2 de la ley valenciana. Es, precisamente, esta concepción amplia del denunciante la preferida por la doctrina (PÉREZ MONGUIÓ, 2019: 365 y GARRIDO JUNCAL, 2019: 126).

<sup>24</sup> Y es un acierto de esta legislación autonómica que, sorprendentemente, no lo ofrece la legislación estatal, por cuanto el art. 62 de la LPAC no diferencia entre los denunciantes administrados y los denunciantes empleados de la Administración pública destinataria de la denuncia, y tampoco la normativa disciplinaria de empleo público (el TRLEBEP y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado) contienen referencia específica al empleado público denunciante.

<sup>25</sup> Así lo prescribe el art. 45 de la Ley 2/2021: “Se consideran infracciones leves:...c) El incumplimiento del deber de formular denuncia ante la Oficina, en los términos previstos en el artículo 35 2”.

<sup>26</sup> Tampoco lo contemplan las demás leyes autonómicas anticorrupción, que en modo alguno se refieren a los denunciantes interesados.

los interesados a los denunciantes, pero no todos los reconocidos por la LPAC. El legislador debería haber consagrado expresamente un estatuto dual de denunciantes: el simple denunciante no interesado, con, al menos, los derechos procedimentales específicos previstos en la misma Ley 2/2021, y el denunciante interesado, con esos derechos y todos los generales contemplados en la LPAC.

## II. LOS DERECHOS DEL DENUNCIANTE. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA “BUENA ADMINISTRACIÓN” DE LA DENUNCIA

Pese a lo que en un principio pudiera pensarse, la Ley 2/2021, al igual que las demás leyes autonómicas “anticorrupción”, no establecen un auténtico estatuto jurídico-administrativo del denunciante, esto es, un estatuto subjetivo o personal integrado, como es natural, por un conjunto de derechos y deberes u obligaciones legales. La normativa únicamente prevé ciertos derechos subjetivos, no contemplando listado alguno de obligaciones específicas del denunciante. Y esta omisión normativa es desafortunada. Es cierto que el “leitmotiv” de toda esta legislación especial es la protección del denunciante y, por tanto, los derechos que ha de atribuir la norma para garantizar un efectivo régimen protector. Pero ello no era (ni es) incompatible con el establecimiento en la ley de un cierto elenco de obligaciones específicas en este estatuto personal<sup>27</sup>. Sorprende que los legisladores no hayan previsto, por ejemplo, los derechos de los denunciados frente al ejercicio de ciertos derechos del denunciante<sup>28</sup> o la inexcusable protección del interés público subyacente en el ejercicio de las potestades administrativas previstas ante la formulación de una denuncia. Eso sí, como veremos más adelante, al menos los legisladores sí contemplan tímida e indirectamente -y, en ocasiones, implícitamente- algunas obligaciones del denunciante cuando se refiere a la tramitación de las denuncias o a la aplicación efectiva del régimen protector al denunciante<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Proponiendo, al menos, abordar y debatir la cuestión se ha pronunciado la doctrina (GARRIDO, 2019: 146 y 147), al afirmar que “sería conveniente dejar zanjada la cuestión de si este sujeto es titular únicamente de derechos o, por el contrario, se le pueden exigir el cumplimiento de algunas obligaciones. A estos efectos, sería interesante discutir la oportunidad de extrapolar los deberes exigibles a los testigos, esto es, el deber comparecer, el de prestar declaración o el de decir la verdad”.

<sup>28</sup> Obsérvese que el art. 19 de la ley se refiere a los “derechos de las personas investigadas”, que no tienen por qué ser personas denunciadas en tanto que el procedimiento de investigación podrá incoarse de oficio sin necesidad de previa denuncia (ex art. 20). Y tampoco el art. 19 menciona la denuncia o el denunciante.

<sup>29</sup> No menos lamentable es la ausencia en las leyes anticorrupción de una regulación del procedimiento de concesión del estatuto garantista del denunciante. Así lo ha resaltado alguna autora destacada (GARRIDO, 2019: 139): “...Por último, y aunque ya nos hemos referido en un apartado anterior, es pertinente resaltar la trascendencia de dotarse, no sólo de procedimientos y canales para la formulación de denuncias, sino también de un procedimiento para la concesión y la denegación del estatuto de la persona denunciante, aspecto sobre el que sorprendentemente el legislador ha meditado más bien poco”. No obstante, se aprecia una acertada excepción en el Reglamento valenciano, en cuanto su art. 44 sí establece una regulación procedimental.

En todo caso, los derechos que la Ley 2/2021 reconoce al denunciante podrían clasificarse en dos categorías diferenciadas. Por una parte, la ley establece ciertos derechos típicamente procedimentales, es decir, derechos propios del interesado en el procedimiento administrativo<sup>30</sup> al consagrar explícitamente el legislador andaluz su “derecho al procedimiento”; la ley, no sólo dispone el derecho (deber en los casos del artículo 35.2) de “cualquier” persona a denunciar (artículos 4.1.f) y 35.3), sino también el derecho a la tramitación<sup>31</sup> y la resolución -en plazo- de la denuncia en los términos dispuestos en los artículos 36.1, 37.1 y Disposición adicional segunda; podría así inferirse en la ley un cierto y específico derecho a la “buena administración” de la denuncia formulada. Y, por otra parte, la Ley 2/2021 atribuye derechos específicos de protección del denunciante (artículos 36.1, 37.1 y 3 y 38) frente a represalias, que se analizarán más adelante.

Ciertamente, formulada una denuncia, la Ley 2/2021 impone a la Oficina el deber de, previo examen de verosimilitud<sup>32</sup>, tramitarla y resolverla expresamente (artículo 37.1)<sup>33</sup>, con independencia de que, en su caso, previamente a la resolución de la denuncia, acuerde de oficio la apertura de un periodo de información o actuaciones previas a fin de decidir la conveniencia o no de iniciar el llamado procedimiento de investigación e inspección (artículo 21<sup>34</sup>). Es decir, el legislador

<sup>30</sup> Sin embargo, la Ley 2/2021 elude reconocerle la condición de interesado. Es ilustrativo el reconocimiento expreso del derecho de notificación del acto de incoación y el acto resolutorio del procedimiento de investigación e inspección, diferenciando al legislador a los interesados y al denunciante. El art. 22.1 dispone que el acto de iniciación “se notificará a las personas interesadas en el correspondiente procedimiento y a las personas denunciadas”. Y el art. 23.1 prescribe que la resolución motivada que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección se notificará “a las personas interesadas en el correspondiente procedimiento y a las personas denunciadas, en un plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento de investigación e inspección”.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que el ejercicio del derecho a la tramitación de la denuncia formulada podrá modularse por la Oficina en el supuesto de que hubiera un elevado número de denuncias, por cuanto “podrá seguirse prioritariamente las denuncias de infracciones muy graves” (art. 20.c.4º). Crítica con similares previsiones normativas contenidas la entonces Propuesta de Directiva se ha manifestado la doctrina (GARRIDO, 2019: 140): “...No existen excusas para no asumir que todos los denunciados deben recibir el mismo tratamiento, con independencia de que la infracción que se revela sea leve, grave o muy grave”.

<sup>32</sup> También la ley catalana lo prevé en su art. 16.1; asimismo, con mayor descripción y precisión, prevé esta actividad administrativa previa la ley valenciana en su art. 11.

<sup>33</sup> También tiene este deber cuando la denuncia sea anónima según prescribe la Disposición adicional segunda: “1. La Oficina estará obligada a admitir a trámite, así como a iniciar el procedimiento de investigación e inspección de las denuncias anónimas, siempre y cuando las mismas cumplan los requisitos establecidos en el artículo 20.1, previo análisis de la verosimilitud de los hechos denunciados o comunicados”. Distinta es la “resolución” expresa que tiene que dictar la Oficina cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento, en cuanto se trata de una mera resolución de inadmisión a trámite (por consiguiente, sin tramitarse el procedimiento administrativo previsto y, consecuentemente, sin dictarse la típica resolución expresa en plazo), conforme dispone el art. 21.2 (... la Oficina podrá resolver motivadamente la inadmisión a trámite de las denuncias... que carezcan manifiestamente de fundamento, sin necesidad de apertura de periodo de información o de actuaciones previas”).

<sup>34</sup> El apartado 1 es contundente: “En los supuestos de formulación de denuncia..., la Oficina podrá acordar, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la misma, la apertura de un periodo de información o actuaciones previas, al objeto de realizar las actuaciones de investigación previstas en el artículo 17, párrafos a), b) y d), que resulten indispensables para conocer las circunstancias del caso concreto y, en

consagra, no sólo un procedimiento administrativo -incoado de oficio- específico de investigación e inspección de los hechos denunciados (artículo 20), sino el derecho del denunciante a la tramitación y resolución de ese procedimiento de investigación e inspección (salvo cuando la denuncia carezca manifiestamente de fundamento, al proceder entonces su inadmisión a trámite: artículo 21.2), en el que está inserto el procedimiento específico de denuncia, en tanto que en este procedimiento incoado de oficio -pero instado por denuncia- el denunciante tiene derechos propios de los interesados (reconocidos explícitamente por el apartado a) del artículo 37.1<sup>35</sup>) y, entre ellos, el derecho a la resolución expresa en plazo del procedimiento, resolución motivada sobre la denuncia formulada, según dispone el apartado b) del mismo artículo 37.1<sup>36</sup>.

En efecto, en primer término, este apartado a) le atribuye el derecho “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<sup>37</sup>, siempre que, en este último supuesto, así se prevea de forma expresa en esta

consecuencia, la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de investigación e inspección...”. También el legislador valenciano ofrece una cierta regulación de esta actuación administrativa previa posterior a la denuncia y anterior al acuerdo de incoación de oficio del procedimiento investigador de la Administración competente en anticorrupción. Y asimismo el art. 2 de la Ley castellano-leonesa lo contempla, calificándolo como “información reservada” y estableciendo una plazo máximo de dos meses de “labor inspectora”.

<sup>35</sup> Además, congruentemente con lo preceptuado en los arts. 16.3 y 66.3 de la LPAC, el art. 36.1 prevé el derecho del denunciante al justificante de la denuncia presentada: “La presentación de denuncias ante la Oficina por las personas indicadas en el artículo 35 se realizará por medio de procedimientos y canales diseñados... Asimismo, los procedimientos y canales descritos deberán prever la remisión a las personas denunciadas de un acuse de recibo de la denuncia en un plazo máximo de siete días desde su recepción”.

<sup>36</sup> Su tenor literal no ofrece dudas: “Todas las personas denunciadas indicadas en el artículo 35 que formulen una denuncia tendrán derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina:... b) A que las denuncias presentadas finalicen mediante resolución expresa y motivada, en los términos y plazos previstos en el artículo 23, sin perjuicio de la posibilidad de dictar resolución motivada de inadmisión a trámite cuando concurra la circunstancia descrita en el artículo 21.2.”

<sup>37</sup> También la Ley 2/2021 reconoce al denunciante el derecho a ser notificado de la “resolución” del periodo de información o actuaciones previas (art. 21.3) que, en su caso, hubiera incoado la Oficina dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la denuncia (art. 21.1), resolución que será, bien el acuerdo de iniciación del procedimiento de investigación e inspección, bien el acuerdo de archivo de la denuncia. Obsérvese, no obstante, que la ley no establece el derecho del denunciante a ser notificado de la apertura de la información previa, que, por cierto, tiene establecido un plazo máximo de duración de 30 días (art.21.3). En todo caso, interesa resaltar que la reciente regulación andaluza resulta ser más acertada que la mayoría de las precedentes leyes de las restantes CC AA. En efecto, la ley catalana no reconoce al denunciante el derecho a conocer el resultado de su denuncia. El art. 16.3 no contempla su derecho a conocer si la Oficina Antifraude ha archivado (o no) su denuncia, si ha realizado una actividad inspectora o meras diligencias de investigación, si la ha remitido al Ministerio Fiscal por apreciar indicios de delito o, en cambio, a los órganos administrativos sancionadores por apreciar indiciariamente infracciones administrativas en los hechos denunciados, etc.; y tampoco el art. 21, referente a los llamados “resultados de las actuaciones de la Oficina”, establece el deber de la Oficina de notificar al denunciante “resultado” alguno, a diferencia de otros sujetos a quienes sí reconoce su derecho a conocer ciertos resultados de las actuaciones emprendidas por la Oficina. Tampoco las leyes valenciana y aragonesa prevén derecho del denunciante a ser notificado de la “resolución” administrativa de su denuncia. En cambio, la Ley balear sí lo establece en su art. 11.6, aunque solo cuando se ha dictado un acuerdo de archivo de la denuncia; y más adecuada es la Ley castellano-leonesa al disponer en su art. 2 el deber de notificar al denunciante el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal (apartado 3), la ausencia de responsabilidad punitiva alguna (apartado 4) o la propuesta de incoación de un procedimiento sancionador (apartado 4).

Ley<sup>38</sup>. En segundo lugar, aun cuando este precepto legal solo contempla estos dos específicos derechos procedimentales y no tipifica la posición jurídica singular del denunciante-interesado en el procedimiento, este tipo de denunciante (*ex* artículo 4.1.c) de la LPAC), también tiene los derechos establecidos en el artículo 53 de la LPAC y en el resto de los preceptos de la misma LPAC<sup>39</sup>. Es más, atendiendo a la propia regulación del procedimiento de investigación e inspección, de la denuncia misma y del régimen protector del denunciante, no pocos derechos del artículo 53 de la LPAC parece inferirse en favor del mero denunciante no interesado; así, por ejemplo, el derecho a conocer el plazo máximo de duración del procedimiento de investigación e inspección y los efectos de su incumplimiento, el órgano competente para su instrucción y el competente para su resolución (incluido expresamente en el acuerdo de iniciación que debe serle notificado: artículo 22.1) y el derecho de alegaciones mismo.

### III. EL ESTATUTO PROTECTOR DEL DENUNCIANTE

#### III.1. El presupuesto: la represalia por denunciar.

La Ley 2/2021 consagra un cierto estatuto garantista del denunciante<sup>40</sup>, integrado, en primer lugar, por derechos subjetivos reconocido en la misma norma que han de ser específicamente tutelados y amparados por la Oficina, y, en segundo término, por las medidas administrativas que la Oficina ha de adoptar ante, especialmente, la lesión de esos derechos o, en su caso, el riesgo de menoscabo o daño a los

<sup>38</sup> Y, como ya indicamos, se les reconoce expresamente el derecho a la notificación, tanto del acuerdo de incoación (art. 22.1) como de la resolución final del procedimiento (art. 23.1).

<sup>39</sup> En todo caso, congruentemente con el reconocimiento explícito del derecho a conocer el estado de tramitación y el derecho a ser notificado de la resolución final del procedimiento (y, por tanto, el derecho a ser notificado del preceptivo pie de recurso que ha de obrar en toda notificación del acto resolutorio según el art. 40.2 de la LPAC), el denunciante ha de tener el derecho de recurso contra la resolución que, en virtud de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Ley 2/2021, será el recurso administrativo de reposición (“Los actos dictados por la Dirección de la Oficina pondrán 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 en el artículo 115 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre”) al ser la Dirección de la Oficina el órgano competente para resolver el procedimiento de investigación e inspección (arts. 23.1 y 26.f). En cambio, explícita y acertadamente reconoce el derecho de recurso la Ley balear en su art. 11.6: “Una vez realizadas las diligencias de investigación necesarias, si se desprende que la denuncia no tiene ningún fundamento, el director o la directora podrá, de forma razonada, acordar el archivo y la finalización del expediente, notificando al denunciante esta resolución e informándolo de los recursos que legalmente correspondan.”

<sup>40</sup> Pionera fue la ley valenciana, al establecer especialmente en su art. 14.1 específico estatuto del denunciante, que incluye ciertos derechos novedosos. En todo caso, este régimen autonómico no impide el régimen general protector que, en su caso, estableciese el legislador estatal. Así lo declara expresamente el art. 14.1.f) de la ley valenciana: “El estatuto de la persona denunciante regulado en este artículo se entenderá sin perjuicio del que establezca la normativa estatal”. Y también lo dispone el art. 45.5 de la ley aragonesa.

mismos producidos por terceros<sup>41</sup>. En otros términos lo prevé también el artículo 37.1.c) de la ley al declarar que las personas denunciante tendrán derecho, desde el momento de la presentación de la misma ante la Oficina, “a no sufrir represalias por causa de las denuncias formuladas<sup>42</sup>, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalias....”.

Así, pues, el presupuesto del estatuto protector configurado por el legislador<sup>43</sup> es la llamada “represalia”, un concepto jurídico indeterminado que se describe en el mismo precepto: “toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en el contexto de los servicios prestados por las personas denunciante en o para las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, que esté motivada por una denuncia formulada ante la Oficina y que cause o pudiera causar perjuicios injustificados a las personas denunciante, en particular aquellas que les inflijan un perjuicio en sus relaciones de servicio o condiciones de trabajo”.

La norma, por tanto, no enuncia las acciones u omisiones constitutivas de represalias, sino que las define en atención a tres elementos externos al concepto

<sup>41</sup> Debe subrayarse que el régimen de protección está intensificado con el régimen sancionador que establece la misma ley, dada la finalidad disuasoria y preventiva inherente a las sanciones administrativas. En efecto, el art. 43.c) tipifica como infracción muy grave la acción u omisión constitutiva de represalia “cuando cause un perjuicio muy grave a la persona denunciante”, apreciándose la existencia de ese perjuicio muy grave cuando el denunciante ha sufrido “un perjuicio en sus relaciones de servicio o condiciones de trabajo”; y el art. 44.d) establece la infracción grave consistente en la comisión de la represalia “cuando no sea constitutiva de infracción muy grave”.

<sup>42</sup> Naturalmente, la protección se adoptará por los hechos denunciados, no por otras actuaciones padecidas por el denunciante, aunque sean ilegítimas y sean, incluso, obra del denunciado. Así lo prescribe la ley valenciana en su art. 14.1.e) *in fine* (“En ningún caso la protección derivada de la aplicación del estatuto de la persona denunciante le eximirá de las responsabilidades en que haya podido incurrir por hechos diferentes de los que constituyan el objeto de la denuncia”).

<sup>43</sup> Llama la atención que el legislador, en la Exposición de Motivos, aluda expresamente al temor a denunciar que podrían padecer los empleados públicos, y no se refiera también al miedo de empleados de empresas privadas relacionadas habitualmente con las Administraciones públicas: “...A tal fin, resulta fundamental proteger a las personas denunciante a través de medidas que generen confianza en la tramitación de las denuncias ante la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, en especial cuando esas personas presten servicios en el sector público andaluz..., ya que estas personas pudieran mostrarse reticentes a denunciar este tipo de prácticas por miedo a represalias”. No obstante, es cierto que los empleados del sector público “pueden tener un mayor conocimiento de las prácticas fraudulentas en las entidades” como asimismo indica el preámbulo de la norma, y que, por ello -y también por tener, a diferencia de los empleados del sector privado- el deber legal de denunciar- necesitan un régimen especial de protección; pero no es menos cierto que, precisamente por el garantista régimen jurídico de la relación profesional de los empleados públicos y la existencia en las estructuras administrativas de órganos internos controladores o supervisores de la actuación administrativa, la generalidad de los empleados del sector privado se encuentran en situación de mayor riesgo de sufrir represalias por denunciar a su organización empleadora que el riesgo que tienen los empleados públicos por denunciar a su Administración empleadora. Quizás la clave de esa preocupación del legislador andaluz sea su declarado objetivo de convertir a las personas empleadas del sector público en “colaboradoras de la Administración para garantizar el cumplimiento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y demás deberes legales de los empleados públicos.”

mismo *stricto sensu*: la causa (la presentación de la denuncia en sí misma)<sup>44</sup>, el sujeto autor (es -o integra- la entidad en la que presta servicios el denunciante) y el ámbito material afectado (la relación profesional o laboral del denunciante). Lo único que concretiza el legislador en el concepto jurídico “represalia” es el efecto que produce (o puede producir) ésta; pero esta concreción normativa definidora de la represalia aporta a su vez otro concepto jurídico indeterminado: “perjuicios injustificados”<sup>45</sup>; así, ¿qué clase de daños o perjuicios son los que han de tener lugar para apreciar la existencia de una “represalia”? ¿y cuándo podrían estimarse “injustificados”? El artículo 37.1.d) nos da una primera respuesta enunciando ciertos daños y perjuicios muy concretos, aunque usando una vez más otro concepto jurídico indeterminado (“directamente” y no constituyendo en modo alguno un *númerus clausus*: “Tendrán la consideración de perjuicios injustificados, *en cualquier caso*, los gastos en los que pudieran incurrir los denunciantes derivados del asesoramiento legal, asistencia letrada y defensa y representación en los eventuales procedimientos judiciales o administrativos interpuestos por las personas denunciadas o contra las mismas, y que se hubieran ocasionado *directamente* con motivo de sus denuncias, y los derivados de la asistencia psicológica que pudieran necesitar a causa de trastornos derivados *directamente* de sus denuncias”).

<sup>44</sup> Esto nos conduce a la inexcusable prueba de la relación de causalidad entre la formulación de la denuncia y la acción/omisión indiciariamente constitutiva de represalia. El art. 37.1.d) de la Ley 2/2021 establece una presunción en favor del denunciante y la atribución de la carga de la prueba a la persona autora de la presunta represalia: “...se presumirá que los perjuicios puestos de manifiesto por las personas denunciadas se produjeron como represalia por denunciar, correspondiendo a la persona que haya adoptado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados”.

<sup>45</sup> Sorprende este modo de tipificación del legislador andaluz, máxime cuando la Directiva sí establece un listado de acciones y omisiones concretas que conformarían las represalias. El art. 19 así lo dispone: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; degradación o denegación de ascensos; cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; denegación de formación; evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; discriminación, o trato desfavorable o injusto; no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; anulación de una licencia o permiso; referencias médicas o psiquiátricas”. Es cierto que no es una lista cerrada o tasada de conductas (“en particular...”, indica la norma), mas sí incluye las más habituales o reconocibles para declarar la existencia misma de una represalia y, en consecuencia, aplicar el régimen protector del denunciante legalmente previsto al efecto.

### III.2. Las condiciones previas: denuncia de buena fe, denuncia veraz, denuncia lícita.

No todo denunciante es titular de los derechos públicos subjetivos protectores que dispone la Ley 2/2021. El artículo 37.4 señala que “cuando la denuncia proporcionara información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita, las personas denunciadas... no podrán solicitar las medidas de protección...”. Estos denunciantes, pues, solo tienen reconocidos los derechos procedimentales dispuestos en los apartados a) y b) del artículo 37.1 (a conocer el estado de la tramitación de la denuncia y a la resolución expresa...). Se constata así la relevancia de determinar esos requisitos legales para aplicar el régimen protector ante las represalias por denunciar.

En primer lugar, conviene precisar que la denuncia de información “obtenida de manera ilícita”<sup>46</sup>, si bien deslegitima al denunciante y, por ello, le impide obtener la protección administrativa específica prevista en la ley, no implica que la denuncia no sea válida a otros efectos. En especial, obsérvese que el propio precepto impone a la Oficina el deber de tramitar y resolver expresamente el procedimiento administrativo de investigación e inspección instado por la denuncia; la Administración está obligada, pues, a realizar toda la actividad instructora inspectora que sea necesaria para esclarecer los hechos denunciados, porque lo relevante en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas contra el fraude y la corrupción es la veracidad objetiva de la denuncia, no la veracidad subjetiva de quien la formula<sup>47</sup>, esto es, la veracidad de los hechos en sí mismos con independencia de que el denunciante los haya conocido previa comisión de un delito u otra actuación contraria al ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, no ofrece dudas la exclusión del régimen protector cuando el denunciante ha “tergiversado” los hechos que constan en la denuncia. La falsedad del relato ha de tener consecuencias jurídicas para este denunciante de mala fe. La denuncia falsa, no sólo le impedirá la concesión de las medidas protectoras previstas en la Ley 2/2021, sino que podría ser constitutivo de ilícitos penales, laborales, civiles o/y administrativos, en su caso, debiendo, por tanto, ejercerse las acciones legales correspondientes contra este denunciante. No obstante, adviértase que, aun siendo falsa la denuncia, la Oficina tiene el deber legal de tramitarla y resolverla, conforme prevén los artículos 23 y 37.4.

<sup>46</sup> El art. 35.5 delimita esa obtención ilícita de la información denunciada: “Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada, siempre que dicha adquisición o acceso no constituyera en sí mismo un delito.”

<sup>47</sup> La Directiva es explícita, al disponer su Considerando 32 que “los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección”.

Ahora bien, no siempre que en la denuncia consten hechos inciertos se tratará de una denuncia falsa o con “tergiversación”. El legislador, con buen criterio, diferencia la veracidad de la información y la veracidad del denunciante. En el primer caso, admite que pueda ser un denunciante de buena fe<sup>48</sup>, que haya formulado la denuncia convencido de la veracidad de los hechos, aunque se haya equivocado en su apreciación y formulación, y, por consiguiente, podrá serle otorgado el estatuto protector<sup>49</sup>. En el segundo caso, la denuncia podrá ser calificada de falsa o simulada, sin derecho alguno a las medidas garantistas por represalias de cualquier tipo.

### III.3. Los derechos de protección.

#### III.3.1. El derecho a la confidencialidad de la identidad del denunciante.

Las leyes autonómicas, aún reconociendo este derecho del denunciante, sorprendentemente, no definen o describen suficientemente su contenido ni su ámbito de aplicación. En principio, parece que la confidencialidad se circunscribe a la “identidad” del denunciante, y no a otra información obrante en la denuncia o relativa al denunciante, aunque la ley andaluza y la balear se refieren también a cierta confidencialidad de otros datos o informaciones<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Por tanto, el denunciante que comunique “información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita” no es un denunciante de buena fe. Pero ¿no hay denuncias de mala fe que no sean falsas? La ley aragonesa sí parece equipararla o asimilarlas en su art. 45.2 (“No será de aplicación el estatuto del denunciante establecido en esta ley cuando, a juicio de la Agencia, la denuncia se formule de mala fe, proporcionando información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita...”). Quizás la buena fe del denunciante deba interpretarse como la probidad, la integridad y la honestidad pública en quien formula denuncia administrativa.

<sup>49</sup> Así lo prevé el art. 37.4, asumiendo la condición establecida en el art. 6.1.a) de la Directiva, al referirse a los denunciantes “que actúen con la debida diligencia y tuvieren motivos razonables para inferir que la información comunicada mediante la denuncia era veraz en el momento de la formulación de la misma, aun cuando hubieran cometido un error en la apreciación de los hechos constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses”.

<sup>50</sup> La Ley balear en su art. 11 (“Confidencialidad de las investigaciones y protección de datos”) parece extender la confidencialidad más allá de la preservación de la identidad del denunciante. Ciertamente, sus apartados 1 y 3 pudieran interpretarse como referidos a la protección de estos datos personales del denunciante, pues el apartado 1 dispone que “las actuaciones de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears se llevarán a cabo asegurando en todo caso la reserva máxima para evitar perjuicios..., a las personas denunciadas...”, añadiendo su apartado 3 que la Oficina “no puede divulgar los datos ni ponerlos en conocimiento de otras personas o instituciones que no sean las que, de acuerdo con las disposiciones vigentes, pueden conocerlas por razón de sus funciones...”. Pero la declaración de una actuación investigadora como “secreta”, “a petición expresa del denunciante”, parece implicar algo más que una mera confidencialidad sobre la identidad del denunciante; lo contempla claramente la ley andaluza en su art. 14.4 (“.. estarán obligados al deber de sigilo y de confidencialidad sobre los hechos que son objeto de investigación e inspección, así como las personas y entes sobre los que se producen dichas actuaciones, siempre y cuando la oficina advierta de su *modalidad reservada*”). Esta amplitud del ámbito de aplicación del deber de confidencialidad se prevé extensamente en la ley andaluza, al disponer su art. 14.1 que “las actuaciones de la Oficina se llevarán a cabo asegurando, en todo caso, el cumplimiento del deber de confidencialidad o sigilo respecto de las informaciones obtenidas, para evitar perjuicios a las personas investigadas, a las personas objeto de actuaciones de investigación e inspección aun cuando no tuvieran la condición de investigadas, a los denunciantes, y también para la salvaguardia de

En todo caso, la confidencialidad no significa que la denuncia deba ser anónima. Lo confirma la Ley 2/2021 cuando no solo consagra el derecho del denunciante al anonimato (“el derecho a la denuncia anónima”<sup>51</sup>: Disposición adicional segunda y artículo 35.2 y 3), sino que, además, aun cuando no fuera anónima la denuncia, garantiza que el denunciante tiene derecho al secreto de su identidad frente al denunciado y frente a terceros. Expresamente lo reconoce el artículo 20.c) en los siguientes términos: “3.º El denunciante podrá solicitar de la Oficina que se guarde la confidencialidad sobre su identidad<sup>52</sup>, así como respecto de cualquier otra información de la que se pueda deducir, directa o indirectamente, su identidad<sup>53</sup>, estando el personal de la Oficina obligado a mantenerla<sup>54</sup>, aun cuando la persona denunciada solicite conocer la identidad de la denunciante”. El denunciante identificado, pues, pero con identidad preservada frente a terceros (y no sólo ante el denunciado). La confidencialidad se contempla así con el fin de prevenir o evitar posibles represalias o perjuicios al denunciante por la formulación de la denuncia. Ahora bien, el régimen de la confidencialidad que establece la ley no parece ser el más efectivo.

En primer lugar, porque la Ley 2/2021 no dispone un deber general de la Oficina de preservar en todo caso la identidad del denunciante<sup>55</sup>; la norma no prescribe la confidencialidad *de oficio*, sino a instancia de la parte interesada, esto es, a solicitud

la eficacia del procedimiento jurisdiccional o administrativo que se pudiera iniciar en consecuencia”; y se confirma posteriormente cuando ya su apartado 3 se refiere únicamente a la preservación de la identidad del denunciante (“El incumplimiento del deber de mantener la confidencialidad sobre la identidad de la persona denunciante se someterá a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016... y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”).

<sup>51</sup> En sentido contrario, una excepción entre las leyes autonómicas se aprecia en la ley aragonesa, al prescribir que “no se admitirán denuncias anónimas” (art. 46); pero, a continuación, admite implícitamente que se presenten denuncias sin identificarse el denunciante a través de los procedimientos y canales confidenciales. Obsérvese, no obstante, que la Directiva no impone la admisibilidad de las denuncias anónimas (SIERRA, 2020: 29 y 30).

<sup>52</sup> Es más, el art. 36.1 impone a la Oficina establecer los procedimientos y canales adecuados “de modo que se garantice que la confidencialidad de la identidad de las personas denunciadas y de cualesquiera terceras personas mencionadas en la denuncia esté protegida, impidiéndose también el acceso de las personas no autorizadas a la información contenida en la denuncia.”

<sup>53</sup> Advértase que el legislador es sumamente cauteloso y garantista de preservar la identificación del denunciante, porque no solo prevé no desvelar la identidad expresada en la denuncia, sino cualquier otra información personal o profesional que pudiera contribuir a conocerla.

<sup>54</sup> Más explícito es el art. 14.1 de la ley valenciana (“La persona informadora puede *solicitar* que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial”); el mismo régimen prevé el art. 11.3 cuando el denunciante es un empleado o cargo público. Y similares previsiones se establecen en el art. 14 en relación al denunciante-administrado (apartado 3) y al denunciante-funcionario (apartado 4).

<sup>55</sup> Aunque la ley no lo refiere, debe entenderse que la confidencialidad opera frente al denunciado y a terceros, no frente a otras Administraciones públicas interesadas en los hechos denunciados y, menos aún, frente a la Jurisdicción penal en el caso de que se apreciaran indicios de delito, como se infiere del tercer párrafo del art. 20.c).3º.

del denunciante<sup>56</sup>. El derecho a la confidencialidad de la identidad, pues, no lo reconoce la Administración pública de oficio, sino a instancia de parte interesada, previa solicitud expresa del denunciante<sup>57</sup>, estableciendo así el legislador una situación jurídica de carga procesal del denunciante, en beneficio propio claro está.

Por tanto, la denuncia -que, salvo que sea anónima, ha de expresar la identidad de la persona que la formula (artículo 20.c).1º)- podrá contener (o no) la petición del denunciante de que se preserve su identidad. El denunciante podrá así presentar la denuncia no anónima sin esa petición específica de confidencialidad, aunque podrá posteriormente formularla, ya sea presentando una solicitud *ad hoc* o instándola en el preceptivo trámite de audiencia que debe concederle la Oficina cuando el denunciado solicitase expresamente conocer la identidad del denunciante<sup>58</sup>.

En todo caso, este régimen protector, preservando la identidad del denunciante solo “a solicitud” nos parece desafortunado<sup>59</sup>. El denunciante no tiene por qué conocer este estatuto protector y, por tanto, difícilmente podrá invocar su aplicación; no conoce la carga del ejercicio de ese singular derecho a la confidencialidad y, consecuentemente, podrá quedarse desamparado por no solicitarlo expresamente

<sup>56</sup> En la misma línea lo prevé el apartado c) del art. 14.1 de la ley valenciana al decretar el derecho del denunciante a tener garantizada esa *estricta confidencialidad* “cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo”.

<sup>57</sup> Previsión similar en las leyes aragonesa y valenciana que ha criticado la doctrina (PÉREZ, 2019: 369 y 370), porque la confidencialidad “debería operar como primera garantía de los denunciantes o incluso con carácter previo para aquellos que solicitan simplemente información, todo ello salvo que el mismo renunciara expresamente a la misma...”.

<sup>58</sup> Así lo prescribe el art. 20.c).3º: “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, por un plazo de diez días, a fin de que comunique si desea que su identidad sea o no revelada. Si, tras la audiencia, la persona denunciante decide que su identidad no sea revelada, el personal de la Oficina estará obligado, de igual forma, a mantener la confidencialidad...”. Los dos únicos supuestos en que la Oficina está habilitada para revelar la identidad del denunciante, haya (o no) solicitado preservar su identidad y se haya (o no) opuesto a darla a conocer al denunciado, son los tipificados en el último párrafo de este precepto legal. El primero constituye, en realidad, no tanto una habilitación legal en favor de esa excepcional resolución administrativa de la Oficina, sino un mandato explícito a la Administración a la revelación de la identidad; ciertamente, la oficina tiene que obedecer el requerimiento formulado al efecto por un órgano judicial (“o de otra naturaleza”, indica sorprendentemente el legislador): “...aun cuando no mediara el consentimiento expreso de la persona denunciante, la Oficina deberá revelar su identidad en el supuesto de recibir, en el marco de un procedimiento seguido de conformidad con la normativa vigente, el correspondiente requerimiento de un órgano judicial o de otra naturaleza...”. En cambio, el segundo supuesto de revelación del secreto identitario (“cuando, previa petición fundada de la persona denunciada, se considerara, mediante resolución motivada, necesario para salvaguardar su derecho de defensa”) tiene otra naturaleza y fundamento; por un lado, la norma prevé una auténtica discrecionalidad administrativa para apreciar si la revelación de la identidad del denunciante, habiendo habido “previa petición fundada de la persona denunciada”, se considerara, mediante resolución motivada, necesario para salvaguardar el derecho de defensa del denunciado; el supuesto de hecho habilitante de esta potestad discrecional es, pues, la incoación de un procedimiento sancionador contra el denunciado en atención a los hechos formulados en la denuncia y, en segundo término, la expresa solicitud del denunciado de conocer la identidad de su denunciante; más dudas presenta, sin embargo, el núcleo mismo de la decisión discrecional prevista, porque, salvo que sea precisa conocer la identidad para ejercer el denunciado un implícito y *sui generis* derecho de recusación contra el denunciante, difícilmente podrá el denunciado alegar indefensión por el mero hecho de no conocer la identidad del denunciante.

<sup>59</sup> En la misma línea se ha pronunciado algún autor (SIERRA, 2020: 29).

o invocarlo, contradiciendo así los objetivos de la ley misma. Por ello, aun cuando el denunciante no hubiera invocado ese estatuto protector o no hubiera solicitado explícitamente la confidencialidad, la Oficina sí está obligada a preservar su identidad cuando apreciare riesgo grave para el denunciante, por demandarlo así los mismos fines justificadores del régimen protector establecido en la ley<sup>60</sup>.

Por último, el mismo artículo 20.c).3º prevé también un singular supuesto de renuncia tácita de la confidencialidad (“Cuando el denunciante instara de la Oficina la realización de las actuaciones previstas en los artículos 37.3 y 38, se considerará que renuncia a la confidencialidad sobre su identidad”), difícilmente comprensible, al menos cuando el denunciante ha solicitado la adopción de medidas de protección en los términos dispuestos en el artículo 38. A lo sumo podría estar justificada esa renuncia implícita cuando, conforme al artículo 37.3, el denunciante haya solicitado la reparación del daño sufrido, en tanto ya ha sido conocida su identidad por el denunciado y ha tenido lugar la represalia.

### III.3.2. Los derechos frente a las represalias

#### III.3.2.1. El derecho a la tutela administrativa in vigilando

Si el apartado c) del artículo 37.1 reconoce el derecho del denunciante a no padecer las amenazas y las tentativas de represalias, el apartado e) tipifica el deber administrativo de velar por la ausencia de represalias laborales o profesionales: “La Oficina vigilará que las personas que denuncien posibles casos de corrupción no sufran un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral o sean sujeto de cualquier forma de perjuicio o discriminación”. La Administración pública está así obligada a realizar una auténtica actividad preventiva de represalias y, por tanto, si fuera necesario, iniciar una cierta actividad inspectora sobre el denunciado con el fin de evitar cualquier tentativa de represalia que pudiera realizar contra el denunciante; la Oficina ha de estar “vigilante” sobre el denunciado y supervisora de los derechos del denunciante, y no sólo con el objetivo de impedir cualquier intento de represalia profesional o laboral (incluido, por supuesto, el trato discriminatorio en el trabajo), sino “cualquier forma de perjuicio o discriminación” que pudiera sufrir el denunciante, siempre, claro está, que esté originada por haber formulado la denuncia.

<sup>60</sup> Por ello, expresamente la ley valenciana en su art. 14.1 establece dos regímenes excepcionales de apreciación *de oficio* de la confidencialidad. El primero lo dispone su apartado c), al garantizar esa “estricta confidencialidad”, no sólo al denunciante que invoque el régimen estatutario protector, sino también al denunciante que, haya o no invocado ese régimen, comunique posteriormente “represalias u otras actuaciones lesivas derivadas de la presentación de la denuncia”. El segundo se establece en el apartado d), por cuanto dispone el deber de la Agencia de garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante “de buena fe”, haya o no solicitado la confidencialidad o invocado la aplicación del régimen protector (“Sin necesidad de previa declaración o reconocimiento, las personas denunciantes de buena fe... tendrán garantizada la confidencialidad de la identidad”).

Ciertamente, si la Oficina tiene el deber legal de reparar los llamados “perjuicios injustificados” descritos en el apartado d) del artículo 37.1, debe prevenir esos perjuicios por mandato del apartado d) del mismo precepto legal. Esto es, en primer lugar, la Administración tiene que, ante todo y primeramente, intentar evitar que el denunciante necesite asistencia letrada para defender sus derechos en cualquier procedimiento judicial o administrativo iniciado por haber presentado la denuncia, habiendo evaluado preventivamente las posibles acciones legales de represalia del denunciado contra el denunciante y así, antes de su ejercicio mismo, formular la debida advertencia y requerimiento al denunciado de abstenerse de ejercerlas, en su caso. Y, en segundo lugar, también la Oficina ha de adoptar las medidas necesarias que eviten daños a la salud mental del denunciante que requieran asistencia psiquiátrica o/y psicológica, tales como la urgente prestación de la asistencia por los servicios públicos o concertados de salud mental o, en su defecto, la prestación de esa asistencia psicoterapeuta en la sanidad privada a cargo del presupuesto de la Oficina<sup>61</sup>.

### III.3.2.2. El derecho a la reposición de la situación jurídica previa a la represalia.

Intentada o ejecutada la represalia, en primer término la Oficina tiene el deber de actuar obteniendo el cese de la represalia. Es cierto que el extenso ámbito de protección que impone el apartado c) artículo 37.1 (“cualquier forma de perjuicio o discriminación”), podría exceder del alcance de las potestades propias de la Oficina, así como de sus propias competencias administrativas. No es de extrañar, pues, que el propio legislador sea consciente y disponga a continuación, no solo el mandato a la Dirección de la Oficina de promover ante las autoridades competentes “las acciones correctoras o de restablecimiento que resulten pertinentes”<sup>62</sup>, sino que en su artículo 38 ya contemple medidas concretas como, por ejemplo, instar a la Administración o entidad empleadora del denunciante a concederle un traslado de puesto de trabajo u otras medidas laborales protectoras, como veremos más adelante<sup>63</sup>. No es de extrañar también que en el caso de que la Oficina apreciara

<sup>61</sup> Obsérvese que el precepto reconoce el derecho del denunciante a la indemnización por esos perjuicios económicos (los gastos de la asistencia jurídica y la asistencia psicológica), y no el derecho prestacional a esos servicios por parte de la Administración pública, a diferencia de lo que acertadamente prevé la ley valenciana en su art. 14.1.d), que establece el deber de la Agencia de otorgar *de oficio* al denunciante el derecho a una *inmediata* asesoría jurídica en relación a los hechos denunciados, “sin necesidad de previa declaración o reconocimiento”.

<sup>62</sup> Crítico con el equivalente precepto comunitario se ha manifestado cierto autor (SIERRA, 2021: 77), al permitir que sean los Estados miembros quienes determinen esas medidas correctoras, además de las medidas de asistencia o apoyo al denunciante represaliado.

<sup>63</sup> Por todo ello, resulta sorprendente una vez más que el legislador no tipifique la acción administrativa de oficio conducente a instar de las autoridades competentes la reparación del daño sufrido por la represalia, y únicamente prevea instar “a solicitud del denunciante en su art. 37.3: “Cuando la Oficina tuviera conocimiento de que la persona denunciante hubiera sufrido represalias o perjuicios injustificados, a

una tentativa de represalia que constituyera indiciariamente un ilícito penal, está obligada a instar inmediatamente el amparo de la Fiscalía y del orden jurisdiccional penal en favor del denunciante<sup>64</sup>.

Pero es que, además, el artículo 37 impone esta actividad administrativa protectora, no solo en beneficio del denunciante, sino también de terceros que sufran o puedan padecer las represalias. El apartado 2 es explícito al reconocer esos derechos “a terceras personas relacionadas con la persona denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares de esta”<sup>65</sup>.

En todo caso, el mandato dispuesto en el artículo 37.1.e) habilita a la Administración a adoptar las acciones preventivas o correctoras adecuadas frente a las represalias intentadas o en curso, no solo contra el denunciado, sino contra cualquier otra persona -física o jurídica- que haya contribuido a represaliar al denunciante, ya sea a título de cómplice o cooperador necesario de la acción represora cometida por el denunciado, ya sea a título de autoría sin participación alguna del denunciado en la realización de esa acción ilícita.

Por último, integra también ese deber de restablecer al denunciante en su situación jurídica originaria y previa a la represalia padecida el específico deber administrativo de reparar el daño ocasionado por la represalia. El artículo 37.1.d) reconoce el derecho del denunciante a “solicitar la reparación de los perjuicios injustificados sufridos por causa de las denuncias formuladas”, indicando también, como ya vimos, qué perjuicios son reparables, la presunción de la relación de causalidad denuncia-perjuicio y la carga de la prueba contra el presunto represaliador.

causa de las denuncias formuladas, se dirigirá, a petición de la persona denunciante, a las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, instándoles a adoptar las acciones que se consideren oportunas para reparar las citadas represalias o perjuicios.”

<sup>64</sup> Es más, con carácter más amplio y no circunscrito a la comisión de represalias delictivas contra el denunciante, el art. 12.2 de la Ley 2/2021 impone la suspensión del procedimiento administrativo si se inician las diligencias procesales o fiscales oportunas: “En el supuesto de que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal iniciaran un procedimiento al considerar que existen indicios de responsabilidad penal de unos hechos que constituyeran, 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, considerara 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. Y singular resulta ser las previsiones de la ley valenciana, en tanto que, sin concurrir aún represalia alguna, impone a la Agencia formular una cierta “denuncia pública” de los hechos denunciados ante la Jurisdicción penal explicitando la indiciaria represalia que aprecie en ese momento; en similares términos se recoge en el art. 45.6 de la ley aragonesa.

<sup>65</sup> Expresamente lo prevé también el art. 4.4 de la Directiva, y no solo mencionando a los compañeros laborales o familiares del denunciante, sino también en favor de “las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral” o los llamados “facilitadores” definidos en el art. 5.8.

La ley parece consagrar así un deber administrativo indemnizatorio por culpa *in vigilando*, incluíble, por tanto, en nuestro régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración al que implícitamente remite el propio precepto (“conforme a la normativa que resulte de aplicación”)<sup>66</sup>.

III.3.2.3. El derecho a la adopción de medidas protectoras por la entidad empleadora.

El artículo 38 enuncia las denominadas “medidas de protección”, medidas administrativas que se circunscriben al ámbito laboral del denunciante, esto es, a preservar de la represalia que pueda sufrir o esté sufriendo en el seno de la entidad del sector público en la que presta servicios<sup>67</sup>; por tanto, la norma no ampara a los denunciantes empleados del sector privado y tampoco a quienes no son trabajadores por cuenta ajena.

Y este limitado alcance y eficacia de estas medidas protectoras se afianza incluso examinando el contenido del precepto. En efecto, en primer término, las medidas sólo podrán restablecer la legalidad conculcada por el represor del denunciante, consistiendo así esencialmente en el cese de esa represalia, nada más; las medidas no podrán, pues, ser sancionadoras o aflictivas sobre el sujeto responsable de la represalia al denunciante<sup>68</sup>; más exactamente, la norma solo prevé una concreta medida<sup>69</sup>: el traslado provisional del denunciante a otro puesto de trabajo<sup>70</sup>. En

<sup>66</sup> Pionera fue la ley aragonesa, al disponer explícitamente este derecho indemnizatorio en su art. 47.4, con mayor nitidez: “El denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente, consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

<sup>67</sup> Obsérvese que el precepto no protege frente a los represores que sean ajenos a la persona empleadora del denunciante.

<sup>68</sup> Sin perjuicio de la incoación de procedimiento sancionador por la misma Oficina al tipificarse la represalia como infracción muy grave en el artículo 43.c) y como grave en el artículo 44.d). También la ley valenciana en su artículo 18 tipifica las represalias como infracciones administrativas en los apartados a) y b).

<sup>69</sup> Más acertada es la regulación valenciana, por cuanto el apartado d) del artículo 14.I dispone que la Agencia “podrá ejercer las acciones correctoras o de restablecimiento que considere”; por tanto, no establece el legislador un *numerus clausus* o lista tasada de medidas. Es más, el legislador se refiere a dos de esas medidas protectoras en el mismo apartado d); la primera es una mera asistencia legal frente al represor (“...Asimismo, el denunciante podrá solicitar de la agencia asesoramiento en los procedimientos que se interponen contra él con motivo de la denuncia”); y la otra medida específica de esta normativa es la petición al órgano administrativo competente para que conceda al denunciante “permiso por un tiempo determinado con mantenimiento de la retribución”. Y más singular es, sin duda, el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, de 13 de diciembre de 2018, al prever su art. 33.1 la potestad de la Oficina de instar al órgano competente a que “suspenda las decisiones, los acuerdos o las resoluciones causen perjuicio o menoscabo en el estatuto personal del denunciante o alertador o en su carrera profesional”; y en idénticos términos se contempla en el art. 46.3 del Reglamento valenciano.

<sup>70</sup> Si es empleado del sector público (o instituciones públicas autonómicas), ha de ser un puesto del mismo nivel (funcionario) o mismo grupo profesional o categoría equivalente (personal laboral) que el que ocupaba, con reserva del puesto de trabajo de origen, y naturalmente siempre que el denunciante reúna los requisitos exigidos para desempeñar este nuevo puesto laboral (apartados 1, 2 y 3).

segundo lugar, en realidad la Oficina no adopta ninguna medida administrativa protectora, sino que actúa más modestamente: instando de la entidad empleadora la adopción de esa medida del traslado provisional. Por último, y lo más llamativo, una vez más la ley no impone la acción administrativa *de oficio*, sino que solo la prevé a instancia de parte interesada, es decir, previa solicitud del denunciante represaliado o amenazado de represalias que, por tanto, ha de pedir expresamente a la Oficina que inste a su entidad empleadora la concesión del traslado<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Por cierto, la norma contempla el ejercicio de este derecho de solicitud “desde el momento en que se acuerde el inicio del procedimiento de investigación e inspección”, olvidando que la propia Oficina podría adoptar, al amparo de lo dispuesto en el art. 56.2 y 3.i) de la LPAC, como medida provisionalísima -y, consecuentemente, previa a la incoación misma del procedimiento- la acción de instar la concesión del traslado. En todo caso, sería una medida administrativa provisional o cautelar, aunque podría prorrogarse una vez dictada la resolución del procedimiento inspector e investigador (apartado 4: “Las medidas de protección establecidas en los apartados anteriores se extenderán, en el supuesto de que se concedieran, durante el período que se proponga por la Oficina, pudiendo prorrogarse si subsistieran las causas que motivaran el traslado, o bien perder su efecto si dichas causas hubieran desaparecido”), perdiendo así su inicial naturaleza de medida provisional. También la ley valenciana prevé esa duración terminado el procedimiento de investigación, previa resolución administrativa específica acordando este régimen de protección *ex post* (“La protección podrá mantenerse, mediante una resolución de la agencia, incluso más allá de la culminación de los procesos de investigación que esta desarrolle...”: art. 14.I.e). Pero ambas normas son acertadas, aunque quizás algo ingenuo el legislador autonómico, porque dispone la extensión del régimen protector, no sólo durante la tramitación del procedimiento investigador, sino también posteriormente a su resolución. Ahora bien ¿hasta cuándo protege la Administración a este denunciante? ¿indefinidamente? ¿mientras dure la situación de persecución padecida? Más pragmática y precisa es la ley castellano-leonesa, por cuanto su art. 3.2 dispone un plazo de duración: “Dichas garantías serán de aplicación desde que la información tenga entrada en la Inspección General de Servicios hasta un año después de que la Inspección General de Servicios haya terminado las actuaciones a las que se refiere el artículo 2 de esta ley. En el caso de que las actuaciones se hayan remitido al Ministerio Fiscal las garantías mantendrán su vigencia hasta que haya transcurrido un año desde que se dicte sentencia firme, o en su caso, se decrete el archivo definitivo”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARRIDO JUNCAL, A. (2019): “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 12, págs. 126-151. Fecha de consulta: 30-09-2021

URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10731>

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019): *La denuncia administrativa. El régimen de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona

PÉREZ MONGUIÓ, J.M<sup>a</sup> (2019): “Del chivato al cooperador: el whistleblowing”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)* núm. 115, págs. 375-343.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020): “Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción”, en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 2020 ,55, págs. 41-1. Fecha de consulta: 05-10-2021

URL: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422987](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422987)

SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2021): “Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, págs. 64-85. Fecha de consulta: 05-10-2021

URL: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5703>

VESTRÍ, G. (2019), “Aproximación al sistema de «WHISTLEBLOWING». Un nuevo desafío para la Administración Pública española”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 510, págs. 24-1. Fecha de consulta: 11-10-2021

URL: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421416](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421416)

## **RÉGIMEN SANCIONADOR: RESPONSABILIDAD, COMPETENCIAS, INFRACCIONES, SANCIONES**

Riánsares López Muñoz<sup>1</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN.**

En nuestro ordenamiento jurídico la facultad de imponer sanciones corresponde a la Administración, aunque su ejercicio se encuentra sometido a condicionamientos que se derivan de la subordinación genérica de toda la actividad administrativa a la ley. El principio de legalidad de los delitos y las penas y su extensión a las infracciones administrativas aparece reconocido en el artículo 25 de la Constitución donde se señala que “nadie debe ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. De igual modo, en el apartado 3º del mismo precepto se establece que: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. En consecuencia, las conductas sancionables tienen que estar, por tanto, previamente calificadas por la ley como infracciones administrativas.

Tanto en el ordenamiento estatal como autonómico, aquí analizados, aparece sin concretar el concepto de alto cargo, lo que no ha impedido acometer la configuración de un régimen sancionador aplicable a las conductas que este pudiera desarrollar en el ejercicio de su actividad. La consiguiente tipificación de las infracciones y sanciones se ha ido dimensionando con el transcurso del tiempo y, tras aparecer inicialmente focalizada en la persecución de posibles incompatibilidades y conflictos de intereses, se constata, en la legislación más reciente, una captura de nuevas conductas punibles que aparecen reguladas en leyes referidas a la transparencia,

---

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctora. Universidad de Granada.  
riansare@ugr.es

buen gobierno, integridad y ética pública, actividad política, anticorrupción. Esta evolución se observa también en la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde la ley 3/2005 ha venido a reforzar el nivel de transparencia en la actividad pública del alto cargo y a regular, de modo más estricto, su régimen de incompatibilidades. De igual modo, la ley básica 19/2013 ha perseguido elevar el nivel de exigencia en la conducta de este servidor público, otorgando rango de ley a los principios éticos y de actuación que deben regir su labor. El último avance punitivo se constata con la reciente publicación en Andalucía de la ley 2/2021. Con ella el legislador ha pretendido garantizar la integridad del alto cargo frente al fraude y la corrupción, con el propósito de eliminar en la ciudadanía la percepción de impunidad ante el avance de esta lacra social.

## II. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS ALTOS CARGOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

### II.1. En el ordenamiento estatal: Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

#### II.1.1. *Objetivos y ámbito de aplicación: La singularidad de los altos cargos.*

Esta Ley de carácter básico pretende dar cumplimiento a un triple objetivo: ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública; regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y, por último, establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. (art. 1).

En el diseño de su estructura la ley introduce un Título I donde se regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública. Otorgando en su Título II rango de ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. A estos efectos, se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la normativa en materia de conflicto de intereses (art. 25.1) Y se establece, además, de manera expresa, que: “Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales” (art. 25.2)

#### II.1.2. *Régimen Sancionador*

Una vez determinado su ámbito de aplicación en el artículo 25, la Ley pretende clarificar y reforzar el régimen sancionador que les resultará aplicable en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos. Este sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad. Para cumplir este objetivo, se consagra un régimen sancionador estructurado en tres ámbitos que acoge la siguiente tipificación de infracciones y sanciones.

##### a) Infracciones en materia de conflicto de intereses (art. 27).

Alcanzarán esta consideración aquellas conductas referidas al incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el Título II de la ley y que serán sancionadas de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa.

##### b) Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria (art. 28).

Las conductas infractoras aquí contempladas tendrán la consideración de infracciones muy graves cuando éstas sean culpables. Pudiendo ser sancionados quienes comprometan gastos, liquiden obligaciones y ordenen pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria o no justifiquen la inversión de los fondos a los que se refieren la normativa presupuestaria equivalente.

##### c) Infracciones en el ámbito disciplinario (art. 29).

Aparecen clasificadas en la ley 19/2013 como muy graves (art. 29.1); graves (art. 29.2); y leves (art. 29.3)

En cuanto a las sanciones se establece que:

- a) señala el artículo 30 de esta ley que las *infracciones leves* serán sancionadas con una amonestación.
- b) Las *infracciones graves* serán objeto de alguna de las siguientes sanciones:
  - 1) La declaración del incumplimiento y su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial que corresponda.
  - 2) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo”.(art. 30.2)

c) En los supuestos de *infracciones muy graves* se impondrán, en todo caso, las sanciones previstas en el apartado anterior. Los infractores se verán sometidos además a las siguientes medidas:

- 1) Serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado.
- 2) No podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años.(art. 30.4)

En el régimen sancionador previsto en esta ley, tanto para las infracciones leves, graves y muy graves, se deberán observar los criterios contenidos en el artículo 29 de la LRJSP en relación con la exigencia del principio de proporcionalidad. Insistiendo la ley en que para una adecuada graduación de las sanciones se valorarán además: la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos, y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

La comisión de las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes medidas adicionales:

- a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente.
- b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En la cuantificación de esta indemnización se tendrán en cuenta los daños y perjuicios que tengan por causa la adopción de resoluciones o realización de actos mediando dolo o culpa graves llevadas a cabo, con infracción de esta ley, por las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en su artículo 2.

En lo relativo al procedimiento sancionador la ley 19/2013 acoge en su artículo 31.1 la fórmula genérica establecida en la LRJSP (art.58) al determinar que el procedimiento sancionador “se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los ciudadanos”. Añadiendo la singularidad de que los sujetos infractores puedan verse sometidos a la exigencia de responsabilidad contable cuando la naturaleza de las infracciones plantee el necesario conocimiento de los hechos por parte del Tribunal de Cuentas.

Los hitos principales del procedimiento se ciñen a los siguientes:

- a) Órgano competente. Incoación

En el ámbito de la Administración General del Estado se reconoce la competencia para ordenar la incoación del procedimiento sancionador: al Consejo de Ministros

a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado. De igual modo, se le reconoce esta facultad al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los presuntos infractores sean personas al servicio de las Administraciones Públicas distintas de las anteriores. (art. 31.2)

En relación con la Administración autonómica y local: “la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.”(art. 31.2)

- b) Instrucción

La instrucción de los procedimientos sancionadores incoados contra los presuntos responsables en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá a la Oficina de Conflictos de Intereses. En relación con la Administración Autonómica y Local la ley señala en su artículo 31.3 que la instrucción será llevada a cabo por el órgano competente en aplicación del correspondiente régimen disciplinario.

- c) Resolución

Cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del gobierno el órgano competente para la imposición de sanciones será el Consejo de Ministros. Si el sujeto infractor fuese un alto cargo de la Administración General del Estado ejercería dicha competencia el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

De igual modo, la ley en su artículo 31.4.c) prevé los órganos que podrán ejercer la competencia sancionadora cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales señalando que serán aquellos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de estas Administraciones. Asimismo, y de manera alternativa, se reconoce el posible ejercicio de esta competencia tanto por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma como por el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local.

- d) Prescripción

En el artículo 32 de la ley 19/2013 se determina el plazo de prescripción de las infracciones y sanciones reguladas en su Título II que será de cinco años para las infracciones y sanciones muy graves; de tres años para las graves y de un año para las leves. La determinación del cómputo de los plazos de prescripción se llevará a cabo según lo previsto en el art. 30.3 de la LRJSP. En consecuencia, el plazo

de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido y el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.

## II.2. En el ordenamiento autonómico de Andalucía.

### II.2.1. 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.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía esta Ley ha venido a regular de manera detallada el régimen sancionador derivado de la inobservancia de la ley tanto en materia de incompatibilidades como en la declaración de las actividades, bienes e intereses. Con ese propósito, se tipifican las infracciones y sanciones correspondientes, pudiendo conllevar éstas el cese inmediato del infractor y la imposibilidad de ser nombrado para el desempeño de alto cargo por un periodo de tiempo de hasta diez años.

El Capítulo IV de la mencionada Ley, con la denominación: “potestad sancionadora”, regula este régimen sancionador donde se refiere el siguiente contenido: infracciones (art. 15); sanciones (art. 16); imposibilidad para ocupar altos cargos (art. 17); procedimiento sancionador (art. 18); medidas de carácter provisional (art. 19); prescripción de infracciones y sanciones (art. 20) y órganos competentes del procedimiento sancionador (art. 21).

#### II.2.1.1. El vacío concepto del alto cargo.

El concepto de alto cargo, en los términos que ahora se utiliza, no aparece definido ni en la Constitución, ni en los Estatutos de Autonomía, ni en la inmensa mayoría de los ordenamientos autonómicos. Su determinación viene dada por la inclusión de determinadas categorías de personas dentro del ámbito de aplicación de normativas concretas, principalmente referidas a incompatibilidades y declaraciones de actividades, bienes, derechos, intereses y rentas. Por ello, resulta tan llamativa, por inédita, la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura cuando en su artículo 3 se llega a definir al alto cargo como: “Aquel cargo público nombrado como tal por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura porque así lo imponga una norma legal, reglamentaria o estatutaria; ejerciendo sus funciones con dedicación plena y exclusiva y siendo retribuido fija o periódicamente por ello” perfeccionando aún más esta regulación al precisar, en

el mismo artículo, el concepto de cargo público de la siguiente manera: “personal de libre elección y designación política o profesional que desempeña funciones vinculadas a la toma de decisiones en la acción de gobierno”. Señalando además, en su Exposición de Motivos, que los objetivos y prioridades de esta acción de gobierno deberán ser compartidos por los cargos públicos y se procurará que su consecución se lleve a cabo con dedicación plena y exclusiva asumiendo las limitaciones y responsabilidades que se establezcan en la misma.

También, de manera ilustrativa, en el Preámbulo de la ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado se establece que: “Un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva, y la relevancia de las funciones que desempeña, solo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo de su actividad”.

En Andalucía, al igual que en otras comunidades autónomas<sup>2</sup>, 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, al concretar en el artículo 2, su ámbito de aplicación, lleva a cabo una regulación enumerativa señalando que a efectos de esta Ley, se consideran altos cargos:

1. El Presidente de la Junta de Andalucía, el Vicepresidente o Vicepresidentes, los Consejeros y todos aquellos empleos de libre designación por el Consejero de Gobierno que implican especial confianza o responsabilidad y, particularmente, los siguientes:
  - a) Los Viceconsejeros, Secretarios Generales, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías y asimilados.

<sup>2</sup> Vid.: Ley de Galicia 1/2016, de 18 de enero de transparencia y buen gobierno: artículo 37; Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los cargos de la Administración de Cantabria: artículo 1; Ley de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre de transparencia, buen gobierno y grupos de interés: artículo 27; Ley de Castilla León 3/2016, de 30 de noviembre del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla León: artículo 1; Ley de Castilla la Mancha 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla La Mancha: artículo 4; Ley del País Vasco 7/1981 de 30 de junio de Gobierno: artículo 29; Ley de Cataluña 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad: artículo 2; Ley de Madrid de 14/2005, de 21 de abril, de Incompatibilidad de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid: artículo 2; Ley de Aragón 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas: artículo 3; Ley Foral de Navarra 19/1996 de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra: artículo 2; Ley de Valencia 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no electos: artículo 2; Ley de Murcia 5/1994, de 1 de Agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política: artículo 2; Ley de Baleares 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Alto Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: artículo 2; Ley de Canarias 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias: artículo 2.

- b) Los miembros del Gabinete de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
  - c) Los Delegados del Gobierno de la Junta de Andalucía.
  - d) El Presidente, los Consejeros electivos que desempeñen sus funciones con carácter exclusivo y a tiempo completo y el Secretario General del Consejo Consultivo de Andalucía.
  - e) Los Presidentes, Consejeros Delegados y quienes ejerzan la función ejecutiva de máximo nivel de las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía, o de las sociedades mercantiles con participación directa de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus Organismos Autónomos, superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno o si son nombrados por los propios órganos de gobierno de dichas entidades y sociedades.
  - f) Los Delegados del Consejo de Gobierno en las entidades y sociedades aludidas en el párrafo anterior.
  - g) Los Presidentes, Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.
  - h) Los Presidentes, Directores y asimilados de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía, y de las fundaciones y consorcios con participación directa de la misma superior al cincuenta por ciento, tanto si son nombrados por el Consejo de Gobierno como si son nombrados por los propios órganos de gobierno de las mismas.
  - i) Los Delegados Provinciales de las Consejerías, Directores Provinciales de los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía o asimilados.
  - j) Cualquier cargo nombrado por Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno con rango igual o superior a Director General.
  - k) Los demás altos cargos de libre designación que sean calificados como tales en normas con rango de ley o reglamento.
2. A los efectos de la aplicación del régimen de declaración de actividades, bienes e intereses previstos en esta Ley, se consideran otros cargos públicos:
- a) Los Consejeros electivos del Consejo Consultivo de Andalucía que desempeñen sus funciones sin exclusividad.
  - b) El Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía.
  - c) Los representantes de la Junta de Andalucía en las Cajas de Ahorro y demás entidades de carácter financiero, siempre que desempeñen funciones ejecutivas.

- d) La persona titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción.<sup>3</sup>

Por último, conviene señalar que esta ausencia de definición del alto cargo no ha eliminado la aprobación ;en nuestro entorno jurídico, de códigos éticos y la elaboración de normas con rango de ley donde se incorporan una serie de principios éticos y de actuación sobre buen gobierno que deberán regir la labor de los altos cargos con la finalidad de clarificar y reforzar el régimen sancionador que les resultará aplicable en consonancia con la responsabilidad que pudiera serles exigida en sus respectivos ámbitos de actuación.

#### II.2.1.2. Régimen sancionador.

Las infracciones, clasificadas en muy graves, graves y leves, aparecen reguladas en los apartados 1, 2 y 3, respectivamente, del mencionado artículo 15 de la Ley 3/2005, de 8 de abril:

- a) Infracciones muy graves:

Adquieren esta consideración en la Ley los siguientes comportamientos infractores:

- 1) “El incumplimiento, por los titulares de altos cargos, de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición a que se refieren los artículos 3 y 6 y 7, respectivamente, de la presente Ley, cuando se haya producido daño manifiesto a la Administración de la Junta de Andalucía.”

La técnica utilizada por el legislador en la regulación de esta infracción no resulta la más adecuada para (Pérez Monguió, 2011:251) ya que:

“la definición de los tipos refiriéndose a otros preceptos, en este caso los artículos 3 y 6 y 7, respectivamente, aunque conlleve una economía normativa, supone un atentado a la seguridad jurídica al no producirse una descripción de los tipos, sin olvidar el propio principio de proporcionalidad en cuanto que no se distingue entre las múltiples posibles conductas reprochables al encontrarse todas al mismo nivel”.

Sin embargo, (Sánchez Morón, 2020:711) considera que este tipo de remisiones no vulneran de por sí la exigencia de *lex certa*, siempre que la consecuencia punitiva de la trasgresión sea razonablemente previsible. En cualquier caso, cabe afirmar que esta renuncia por parte de la norma a realizar una atribución individualizada de sanciones va a permitir ampliar el margen de apreciación de los operadores jurídicos que sin obviar el principio de proporcionalidad deberán

<sup>3</sup> La Disposición Final 2ª Apto 1 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Añade este párrafo d) al apartado 2 del artículo 2 de la Ley 3/2005, de 8 de abril.

realizar actuaciones concretas de la Administración sancionadora susceptibles de ser sometidas al control que ejercen los tribunales.

La regulación de esta infracción se ha visto alterada como consecuencia de la modificación de los artículos 3 y 6, de la mencionada Ley 3/2005 de 8 de abril, llevada a cabo por la Disposición final 2ª de la Ley 2/2021, de 18 de junio de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Concretamente, el artículo 3 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 3. Dedicación exclusiva:

1. Las personas que ocupan puestos de alto cargo incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño por sí o mediante sustitución o apoderamiento de cualquier otro puesto, cargo representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, ya sea de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, retribuido o no.
2. No obstante, los altos cargos podrán compatibilizar el ejercicio de su cargo con la condición de parlamentarios en el Parlamento de Andalucía, en los supuestos establecidos en la legislación electoral, sin embargo, en ningún caso podrán percibir retribución o percepción de cantidad alguna que por cualquier concepto pudiera corresponderles por su condición de diputados.
3. Asimismo, podrán compatibilizar sus funciones con el ejercicio retribuido o no de la docencia en la enseñanza universitaria, siempre que no suponga detrimento de su dedicación y, en todo caso, con un límite no superior a las setenta y cinco horas anuales o su equivalencia con el régimen de dedicación del profesorado expresado en créditos ECTS. Igualmente, de manera retribuida o no y con el límite de setenta y cinco horas, podrán participar en seminarios, jornadas o conferencias organizadas por centros oficiales destinados a formación del personal de las administraciones públicas, siempre y cuando no tenga carácter permanente y participen en los mismos por razón del cargo, de su especialidad profesional o de la posición que ocupen en la organización administrativa del sector público.
4. Lo dispuesto en el apartado 1 se entiende sin perjuicio de otras excepciones establecidas por la presente Ley y en los casos en que el Gobierno, por razones de especial interés público, autorice a ocupar un segundo cargo en el sector público, sin que quepa percibir, en tal caso, más de una retribución”.

Con esta modificación legal se consagra la dedicación exclusiva de las personas que ocupan puestos de altos cargos, y también, el principio de retribución única de los mismos.

La dedicación exclusiva “es un principio nuclear en el régimen de los altos cargos, pero una aplicación excesivamente estricta, rígida o formal podría acarrear consecuencias negativas. La aplicación sin fisuras del citado principio, en el caso de las actividades privadas podría suponer la denominada “muerte civil” del alto cargo en la medida en que a los mismos les estaría incluso vetada la administración de su propio patrimonio personal o familiar. En el ámbito público, igualmente supondría el impedimento para el desarrollo de cualquier otra actividad “pública” distinta de aquella para la que ha sido nombrado, hecho que podría conllevar la imposibilidad de emplear las facultades de la persona que ocupa el alto cargo para actividades que podrían resultar útiles, no ya para el alto cargo, como sucede con las actividades privadas, sino para la sociedad.” (Pérez Monguió y Fernández Ramos, 2016:172).

Por ello, la legislación existente sobre el régimen de los altos cargos relaja la exigencia de este nivel de dedicación estableciendo excepciones para hacerla compatible con el ejercicio tanto de actividades públicas y privadas. En el mencionado artículo 3, estas excepciones, de carácter público, hacen referencia a *la condición de parlamentario en el Parlamento de Andalucía, en los supuestos establecidos en la legislación electoral*, y en el ámbito privado, al ejercicio retribuido o no de la enseñanza universitaria y al desempeño de actividades formativas de diversa índole, *siempre y cuando no tengan carácter permanente y se participe en las mismas por razón del cargo, de su especialidad profesional o de la posición que los altos cargos ocupen en la organización administrativa del sector público*. Contemplando, por último, en el apartado 4, de manera residual, la posibilidad de acogerse a otras excepciones *establecidas en la Ley* así como las que pudiera estimar el Gobierno por *razones de interés público*.

La modificación del artículo 6 se lleva a cabo con el fin de reforzar los medios de disuasión, prevención y actuación frente a la corrupción. Para ello se parte del principio de que los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía deben estar libres de cargos judiciales. El logro de este objetivo va a justificar que en la nueva redacción de este artículo se introduzcan conductas infractoras no contempladas hasta ahora con el propósito de garantizar la incompatibilidad del ejercicio de la actividad de los altos cargos:

“(…)

- j) Con ser encausados judicialmente por delitos de falsedades, contra la libertad, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, contra la Constitución, contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra la Comunidad Internacional, de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, contra el orden público, de financiación ilegal de los partidos políticos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad

Social, relativo a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o por cualesquiera otros delitos dolosos castigados con penas graves o que conlleven inhabilitación especial para empleo o cargo público o suspensión de empleo o cargo público, desde que sea firme la resolución que acuerde la apertura del juicio oral o el procesamiento y hasta que finalice la causa por todos sus trámites, incidentes y recursos, o bien hasta que se acuerde el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa

- k) Con ser condenados por sentencia firme por la comisión de los delitos mencionados en el apartado j) (...) hasta que los antecedentes penales hayan sido cancelados.
- l) Con ser condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, por delitos distintos a los indicados en el párrafo k, hasta que se haya cumplido la condena.
- m) Con ser inhabilitados para empleo o cargo público o suspendidos de empleo o cargo público, por sentencia o resolución administrativa firme, por el tiempo que dure la condena o sanción, en los términos previstos en la legislación penal o administrativa.
- n) Con ser inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia firme de calificación del concurso.
- ñ) Con ser titulares o autorizados de cuentas bancarias o de otros activos financieros en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, en los términos previstos en el artículo 5.2, hasta que se demuestre de modo fehaciente la cancelación de la cuenta o del correspondiente activo financiero, o bien dejen de ser titulares o autorizados de esas cuentas bancarias u otros activos financieros.
- o) Con ser sancionados mediante resolución administrativa firme, por la comisión de infracciones administrativas tipificadas en la Ley de lucha contra el fraude y la corrupción y protección de la persona denunciante, hasta la finalización del plazo de prescripción de la sanción y con independencia de que la misma haya sido ejecutada y cumplida”

Se modifican, asimismo, aspectos referidos a la compatibilidad con la administración del patrimonio personal y familiar (artículo 6, apartado d) y se contempla la posibilidad de que los altos cargos participen en entidades sin ánimo de lucro o en actividades no retribuidas que resulten de interés social o cultural (artículo 6, apartado f).

De igual modo, se determina en el supuesto de incompatibilidad sobrevenida, que la consecuencia será el cese en el nombramiento del alto cargo, lo que ha supuesto la necesaria modificación de la ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la

Comunidad Autónoma de Andalucía, algo que se realiza a través de la disposición final 3ª de la mencionada ley 2/2021.

- 2) La falsedad de los datos y documentos que deben ser presentados conforme a lo establecido en esta Ley.

La tipificación de esta conducta como infracción muy grave tiene por causa la regulación contenida en el artículo 11 de la Ley Andalucía 3/2005, de 8 de abril, donde se regula que: "Los altos cargos y otros cargos públicos estarán obligados, conforme se establezca, reglamentariamente, a formular declaración de sus actividades, bienes e intereses" y más concretamente, en el El Decreto 176/2005, de 26 de julio, por el que se desarrolla 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 e intereses de altos cargos y otros cargos públicos, en cuyo artículo 17.1 se va señalar la siguiente exigencia : "Quienes ostenten la titularidad de los cargos afectados por el presente Decreto serán responsables de *la veracidad y actualidad* de los datos que cumplimenten en las declaraciones". El contenido de las declaraciones de actividades, bienes e intereses figura regulado, con precisión, en su artículo 9, señalando además, que deberán ser cumplimentadas en el plazo de dos meses desde la fecha de la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias de hecho que pudieran afectar a quién ostente la condición de alto cargo (artículo 8.2). Indicando también, la obligatoriedad de la presentación de las mismas, en el Registro de actividades, bienes e intereses o en el Registro telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía (artículo 10).

- 3) La omisión de datos y documentos que sean relevantes por su importancia o trascendencia social, y que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta Ley.

El Decreto 176/2005, de 26 de julio establece en su artículo 17.2 que: "si se apreciase deficiencias formales en la declaración o carencias documentales, la Dirección General de Inspección y Evaluación requerirá a la persona interesada para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos." Las deficiencias formales aparecen especificadas en el apartado 3 del citado artículo. Sin embargo, el tipo punible aquí analizado hace referencia a que "los datos y documentos sean *relevantes por su importancia o trascendencia social*" lo que sugiere la incursión de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de esta infracción. (Sánchez Morón: 2020,711) afirma que "la jurisprudencia admite la validez de esta técnica siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y que permitan predeterminar con *suficiente grado de certeza* las conductas sancionables". En definitiva, la tipificación se considerará suficiente cuando conste en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y la sanción y la correlación entre una y otra.

b) Infracciones graves:

En la graduación llevada a cabo por la Ley 3/2005 aparecen tipificadas:

1. El incumplimiento, por los titulares de altos cargos, de las normas sobre incompatibilidades y sobre abstención e inhibición, a que se refieren los artículos 3 y 6, y 7, respectivamente, de la presente Ley, y no constituyan infracción muy grave de las previstas en la letra a) del apartado anterior.
2. La omisión de datos y documentos que deben ser presentados conforme a lo previsto en esta Ley y no constituyan infracción muy grave de las previstas en la letra c) del apartado anterior.
3. La no declaración de actividades, bienes e intereses y retribuciones, en el correspondiente Registro, tras el requerimiento para ello.
4. La comisión de dos infracciones leves en el periodo de un año”.

c) Infracción leve:

“La no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto”.

Como puede comprobarse, las infracciones que aparecen reguladas en los apartados 2 y 3 del artículo 15 de la Ley Andalucía 3/2005 como graves y leves merecen esta clasificación por remisión a las conductas tipificadas como muy graves en el apartado 1 del mismo artículo. Se responde así, a una técnica frecuentemente utilizada en nuestro derecho donde

“Las clasificaciones normativas de las infracciones pueden hacerse con arreglo a las circunstancias concurrentes en cada infracción, es decir, que el mismo hecho será clasificado de grave o leve en atención, por ejemplo, a la reincidencia, negligencia, o riesgo, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción o, en fin, a la intensidad de la perturbación producida.” (Nieto: 2012, 511)

Es evidente que los criterios legales a tener en cuenta en la graduación de las infracciones son muy variados. Esta pluralidad y singularidad provocará cierta dificultad al pretender realizar una clasificación genérica de los mismos y podrá limitar la fluidez de su aplicación por la propia Administración a la hora de subsumir la conducta punible en las categorías abstractas resultantes.

En cuanto a las sanciones la legislación no ofrece una definición de lo que son las sanciones administrativas, una más de las inseguridades que ocasiona la falta de una ley general sobre las mismas. Por ello, (Parada: 2004, 490) evoca la definición proporcionada por Suay: “Cualquier mal infringido por la Administración

a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”. (Suay: 1986, 185)

La clasificación y graduación de las sanciones aparece regulada en el artículo 16 de la Ley 3/2005, donde se señala que:

1. Las infracciones muy graves y graves serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la Ley y la publicación de esta declaración en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
2. Las infracciones leves se sancionarán con amonestación por incumplimiento de esta Ley.
3. Con independencia de las sanciones muy graves y graves que les sean impuestas, los infractores deberán, en su caso, restituir las cantidades percibidas indebidamente por el desempeño de actividades públicas incompatibles o que por razón de indemnización tras el cese tengan derecho, de la forma que se establezca reglamentariamente.
4. 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”.

En relación con esta previsión normativa (Pérez Monguió: 2011, 252) afirma que: “en la Ley Andalucía 3/2005 cabe distinguir entre sanciones principales y accesorias”:

El artículo 16 de la mencionada Ley, solamente prevé dos tipos de sanciones: la amonestación y la publicación del incumplimiento de la Ley en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

a) Sanciones principales:

1. La amonestación.

La amonestación como sanción está prevista para las infracciones leves que, en el artículo 15.3, de la Ley 3/2005, hacen referencia a: “La no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto”.

Esta sanción no resulta suficiente para (Pérez Monguió y Fernández Ramos: 2016, 298)

“al menos con carácter exclusivo en un régimen sancionador previsto para el incumplimiento de las obligaciones de los altos cargos ya que a estos “servidores públicos”, se les debería exigir un plus que dejara de manifiesto la especial responsabilidad que ostentan y el daño y la desconfianza que provocan en el sistema con sus posibles incumplimientos. (...) Por este motivo, junto a ella, se podría haber previsto algún tipo de sanción pecuniaria, y la publicidad de la sanción impuesta”.

En estas afirmaciones subyace la trascendencia del principio de proporcionalidad donde rigen las reglas de la adecuación como pone de manifiesto la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 29.3: “En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción (...)”. El necesario ajuste entre infracción y sanción puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad administrativa lo que en modo alguno puede ocurrir es que la citada correspondencia “quede encomendada por entero a ella” (STC 207/1990, 17 Diciembre Fº. Jº. 3º).

2. La declaración del incumplimiento de la ley y la publicación de esta declaración en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16.1 de la Ley 3/2005, esta modalidad de sanción se impondrá a los altos cargos por la comisión de las infracciones clasificadas como graves y muy graves. Para una adecuada comprensión de su significado resulta interesante aclarar que en su tipificación aparece un contenido dual que, sin embargo, opera de una forma conjunta e indisoluble: la declaración de incumplimiento y la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía pero en, puridad, la primera de ellas no es una sanción, sino la simple constatación, tras un procedimiento, de la comisión de la infracción de un alto cargo (...) Igualmente, la publicidad de la comisión de la infracción tampoco puede considerarse una auténtica sanción pues simplemente se hace público el hecho de que se ha apreciado la comisión de una infracción por parte de un alto cargo.(Pérez Monguió y Fernández Ramos: (2016, 299)

b). Sanciones accesorias:

1. El cese y la imposibilidad de ocupar altos cargos.

Estas sanciones consideradas accesorias aparecen establecidas en el artículo 17 de la Ley 3/2005, resultando llamativa la ubicación de su regulación fuera del artículo 16 donde, como hemos visto, aparecen clasificadas las sanciones. La imposición

del cese y la consiguiente imposibilidad de ser nombrados para ocupar cargos de los relacionados en el artículo 2, recaerá sobre los altos cargos por la comisión de infracciones muy graves y graves. La intensidad de la sanción vendrá determinada por su duración que, en el caso de las infracciones graves, se eleva a un periodo de entre tres y diez años y para el supuesto de infracciones leves se aminora hasta los tres años. El artículo 17.3, señala los criterios a tener en cuenta para la graduación de estas medidas donde se valorará: *la existencia de perjuicios para el interés público si no se hubiera tenido en cuenta para tipificar la infracción, el tiempo transcurrido en situación de incompatibilidad, la repercusión de la conducta en los administrados y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles*. Esta conjunción de circunstancias objetivas y subjetivas deberá ser dirimida por la Administración, entre lo reglado y lo discrecional, a la hora de establecer la sanción concreta dentro del marco legal aplicable.

II.2.1.3. El reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Esta obligación se concreta en el artículo 16.3 de la Ley 3/2005, al preceptuar que: “Con independencia de las sanciones por infracciones muy graves y graves que les sean impuestas, los infractores deberán, en su caso, restituir las cantidades percibidas indebidamente por el desempeño de actividades públicas incompatibles o que por razón de indemnización tras el cese tengan derecho, de la forma que se establezca reglamentariamente”. En el mismo sentido, el Decreto 176/2005, de 26 de julio prevé en su artículo 18.3 lo siguiente: “En el supuesto de que quede acreditado que la persona infractora hubiera percibido alguna cantidad que se hubiese debido ingresar en la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, la resolución del procedimiento declarará entre otras determinaciones que se ingresen en la Tesorería de la Comunidad Autónoma dichas cantidades.” Sánchez Morón:(2020, 713) recuerda que: “las medidas de reparación de los daños causados con la infracción que a veces pueden y deben legalmente ser impuestas al infractor. No deben confundirse con las sanciones administrativas”. Por tanto, causa extrañeza que esta obligación aparezca situada en el artículo 16 de la Ley referido a la regulación de las sanciones.

Por otra parte, la poco afortunada redacción del precepto comporta para Pérez Monguió: (2011, 259) discrecionalidad en su aplicación al poder deducirse que la restitución no opera de forma automática pudiendo darse el caso de que ante una percepción de cantidades indebidas, no resultara exigible la obligación de reintegro quedando las cantidades en el patrimonio del infractor. Teniendo en cuenta los márgenes de discrecionalidad que el legislador deja a los órganos sancionadores (Muñoz Machado: 2011, 994) lo cierto es que la libertad aplicativa no es absoluta ya que de ser así, todo el sentido del principio de legalidad y la exigencia de tipicidad desaparecerían al ser imposible predecir, con suficiente grado de certeza,

las consecuencias de que se hace merecedor quien cometa cualquiera de las infracciones reguladas en las leyes.

#### II.2.1.4. El procedimiento sancionador.

El artículo 21 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 Público, ha sido recientemente modificado por la Disposición Final 2ª de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. En el apdo 6.3 de la mencionada Disposición Final se señala que “El procedimiento se ajustará a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y su normativa de desarrollo en relación con el procedimiento administrativo sancionador, así como en el título preliminar, capítulo III, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”. Siendo interesante destacar, de acuerdo con esta regulación, la importante previsión del artículo 63.2 la LPACAP: “En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.”

Los principales hitos del procedimiento vienen representados por los siguientes aspectos:

##### a) Órgano competente.

El análisis del órgano competente del procedimiento sancionador exige abordar lo regulado por el artículo 63.1 de la LPACAP donde se establece que: “Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo.” Los órganos competentes del procedimiento sancionador contemplados en el mencionado artículo 21 de la Ley 3/2005, se han visto modificados en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final 2ª apdo 6.1 de la Ley Andalucía 2/2021 para dar paso a un órgano nuevo, concretamente: La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción. Este órgano se concibe en la ley como un instrumento específico de prevención, investigación y combate del fraude y la corrupción cuya finalidad primordial es fortalecer la actuación de las instituciones públicas para evitar que se produzca un deterioro moral y un empobrecimiento económico que redunde en perjuicio de la ciudadanía debiendo asumir, en relación con los procedimientos sancionadores, (art. 8 Ley 2/2021) el ejercicio de las siguientes funciones:

1º “El inicio, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las infracciones tipificadas en la presente ley (art. 8.1. párrafo m)

2º “El inicio, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores tramitados como consecuencia de las infracciones tipificadas en la Ley 3/2005, de 8 de abril, e 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.”(art. 8.1 párrafo n)

##### b) Incoación y Resolución

El órgano competente para ordenar la incoación de los procedimientos sancionadores, así como para la imposición de las sanciones, cualquiera que sea su gravedad, será la persona titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción y cuya elección tendrá lugar en el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley 2/2021 de 18 de junio (Disp. Adic.1ª).

##### c) Instrucción

Será llevada a cabo por quién designe la persona titular de la Dirección de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción. (Disp. Final 2ª.6.Aptado. 2).

##### d) Actuaciones previas.

Al no contener la Ley 3/2005, ninguna regulación específica en relación con la posibilidad de llevar a cabo actuaciones previas en el procedimiento sancionador. Se considera aplicable lo estipulado en el artículo 55.1 de la LPACAP donde se determina que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un periodo de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. En los procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar con la mayor precisión posible los hechos susceptibles de motivación, la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órganos administrativos que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento

##### e) Medidas provisionales.

Las medidas de carácter provisional que podrán ser adoptadas de manera motivada por el órgano competente para resolver el procedimiento aparecen reguladas en el artículo 19 de la Ley 3/2005 regulándose como tales: “la suspensión de empleo y

suelo con los efectos previstos en la legislación en materia de función pública, así como de cualquier autorización de libramientos a quienes estén incurso en un procedimiento sancionador por infracción de lo establecido en la presente Ley.”

En consecuencia, una vez incoado el procedimiento y cuando así se prevea en las normas que lo regulen en cada caso, como ocurre con el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto, 33/1986, de 10 de enero, se podrán adoptar mediante resolución motivada por la autoridad que acodó su iniciación “medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer” (art. 98.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público). Concretamente, se puede acordar la suspensión provisional del empleado público inculcado por plazo máximo de seis meses, salvo paralización del procedimiento imputable al propio interesado (art. 98.3 TREBEP y 33.2 RRD). En esta situación, el suspenso provisional tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo, aunque debe devolver lo percibido si la suspensión se eleva a definitiva (art. 98.4 TREBEP).

f) La prescripción de infracciones y sanciones.

La Ley 3/2005, no contiene ninguna previsión específica sobre la prescripción de infracciones y sanciones realizando en su artículo 20 una remisión normativa a la vigente LRJSP en cuyo artículo 30, se establece una regulación general sobre la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas y que para la ley andaluza constituiría el régimen legal aplicable.

Las infracciones *muy graves* prescribirán a los tres años, *las graves* a los dos años y *las leves* a los seis meses (art. 30.1 LRJSP). El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable (art. 30.2 LRJSP).

Las sanciones impuestas por *faltas muy graves* prescribirán a los tres años, las impuestas por *faltas graves* a los dos años y las impuestas por *faltas leves* al año (art. 30.1 LRJSP). El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución,

volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor (art. 30.3 LRJSP).

## II.2.2. Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante.

La creciente preocupación ciudadana por el fraude y la corrupción institucional y política así como la percepción de su impunidad y la incredulidad de que exista una verdadera voluntad por acabar con esta lacra social han motivado a la Comunidad Autónoma de Andalucía a publicar la presente ley. En esta ocasión, el legislador expone que “para atajar el fraude y la corrupción no resultan suficientes las medidas únicamente represoras que se limitan a combatir las prácticas de corrupción mediante la previsión de castigo al delito o a la infracción administrativa sino que es necesaria la construcción de una nueva cultura de la gestión pública y del sector público basada en la integridad”. Esta finalidad que trasciende todo su articulado no resulta, sin embargo, una novedad en los ordenamientos autonómicos de nuestro país ya que, cuando se publica la ley 2/2021, otras Comunidades Autónomas ya habían legislado en el mismo sentido y con el mismo propósito.<sup>4</sup>

Sus aspectos más relevantes vienen referidos a los siguientes aspectos:

A) Ámbito subjetivo de aplicación: Los altos cargos.

La ley distingue un ámbito objetivo de aplicación en su art. 3 y un ámbito subjetivo en el art. 4 con la finalidad de establecer un régimen de protección y lucha contra el fraude y la corrupción en la actuación: del sector público andaluz; las instituciones y órganos previstos en el Título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía; las entidades públicas que tengan la consideración de Administración institucional de la Junta de Andalucía; las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y las universidades públicas andaluzas; así como regular determinadas garantías y derechos para las personas que formulen denuncias ante la Oficina supuestos de fraude, corrupción o conflictos de intereses, *en especial para aquellas personas que presten servicios en el sector público andaluz y en las instituciones, órganos y entidades públicas anteriormente indicadas*. En consecuencia, el sometimiento del ejercicio de la actividad del alto cargo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a lo estipulado en esta ley, resulta indubitado si se tiene en cuenta, además, lo previsto

<sup>4</sup> Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla la Mancha; Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre de transparencia, buen gobierno y grupos de interés; Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid; Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Públicas de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana; Ley Foral de 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

en su art. 4.2 donde se establece que la aplicación de la ley, a las personas señaladas en su ámbito subjetivo, se realizará “*con independencia de la naturaleza de la relación jurídica en virtud de la cual presten sus servicios*”.

#### B) Régimen sancionador

Aparece regulado en el Título III de la ley 2/2021 en cuya Disposición Final 8ª, se determina que las previsiones en él contenidas tendrán efecto al día siguiente de transcurrir tres meses desde la publicación de esta norma en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

#### C) Procedimiento sancionador.

La ley prevé en su art. 40.4 que el procedimiento sancionador se desarrollará reglamentariamente por decreto del Consejo de Gobierno. De igual modo, le será de aplicación lo dispuesto en el título IV de la ley 9/2007, de 22 de octubre; y la ley 39/2015, de 1 de octubre. En su tramitación se deberán observar los principios de la potestad sancionadora que aparecen regulados en el título preliminar, capítulo III de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

##### a) Órgano competente.

El análisis del órgano competente para ordenar la incoación de los procedimientos sancionadores, así como para la imposición de sanciones, aparece mencionado en epígrafes anteriores donde se hacía referencia a que esta competencia será ejercida por la persona titular de la Dirección de la Oficina contra el Fraude y la Corrupción cuya elección (Disp. adicional 1ª) tendrá lugar en el plazo máximo de tres meses tras la entrada en vigor de esta ley.

##### b) Inicio.

De acuerdo con las previsiones del artículo 40.1 cuando en la resolución final que ponga fin al *procedimiento de investigación e inspección* se apreciara la posible comisión de una infracción administrativa tipificada en el título III se tramitaría el correspondiente procedimiento sancionador que se iniciaría de oficio por acuerdo de la persona titular de la Dirección de la Oficina contra el Fraude y la Corrupción.

##### c) Instrucción.

Se llevará a cabo por la Subdirección de la Oficina que detente la competencia en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador. (art. 40.2)

##### d) Resolución.

La imposición de sanciones corresponderá, como se ha señalado, a la persona titular de la Dirección de la Oficina. El artículo 40.5 determina que el plazo máximo en el

que se deberá notificar la correspondiente resolución expresa no podrá exceder de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio.

#### D) Infracciones

Las infracciones sancionables aparecen definidas en el art. 42.1 de la ley 2/2021 como “las acciones u omisiones que estén tipificadas como tales en esta Ley” De igual modo, se señala su calificación (art. 42.2) en muy graves, graves y leves.

##### a) Infracciones muy graves:

Tienen esta consideración las conductas tipificadas en el art. 43 de la ley. En esta regulación resulta interesante señalar que, con el fin de minimizar los márgenes de discrecionalidad, el legislador concreta el contenido de determinadas infracciones aclarando cuando su comisión provocará un perjuicio muy grave. La aparición de esta consecuencia puede resultar decisiva a la hora de ser calificada la infracción como muy grave o grave por parte del órgano sancionador de acuerdo con la tipificación contenida en el art. 44 de la ley 2/2021.

Se consideran infracciones muy graves:

1. El incumplimiento del deber de colaboración con la Oficina definido en el artículo 13.2.
2. Cualquier tipo de coacción a las personas que presten servicios en la Oficina.
3. La vulneración del derecho establecido en el artículo 37.1.c referido al derecho de la persona denunciante a no sufrir represalias por causa de las denuncias formuladas, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalias.
4. La formulación de denuncias ante la Oficina que contengan información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita cuando se aprecie dolo.
5. La falta de respuesta a las comunicaciones practicadas por la Oficina con la finalidad de reparar las represalias y perjuicios sufridos por los denunciante.
6. La reiteración en infracciones graves.
7. La filtración de información en la investigación que cause graves perjuicio a la propia investigación o al denunciante.

##### b) Infracciones graves:

Aparecen estipuladas en el art. 44, y la tipificación de las conductas así calificadas se realiza por remisión normativa al artículo 43 donde, como se ha señalado, se regulan las infracciones muy graves.

##### c) Infracciones leves:

De acuerdo con lo señalado en el art. 45 se consideran infracciones leves:

1. La falta de diligencia en la custodia de los documentos objeto de investigación.
2. La falta de respuesta y la respuesta fuera de plazo a las propuestas y recomendaciones formuladas por la Oficina.
3. El incumplimiento del deber de formular denuncia ante la Oficina.

#### E) Sanciones.

Las infracciones reguladas en la ley se sancionarán con una multa cuya cuantía va a variar en función de la gravedad de las mismas. En consecuencia, de acuerdo con lo señalado en el art. 46:

- a) Se impondrá la sanción de multa de 30.001 a 100.000 euros a las infracciones muy graves. En su graduación se distingue: 1º tramo: de 30.001 a 65.000 euros y un 2º tramo: 65.001 a 100.000 euros.
- b) Podrán ser sancionadas con multa de 3.001 a 30.000 euros las infracciones graves pudiendo aplicarse en la determinación de la cuantía dos tramos: 1º: de 3.001 a 16.500 y un 2º tramo: 16.501 a 30.000 euros.
- c) A las infracciones leves se impondrá la sanción de apercibimiento o multa de 300 a 3.000 euros en cuya cuantificación se podrá tener en cuenta: 1º tramo: de 300 a 1.650 y un 2º tramo: 1.651 a 3.000 euros.

#### F) Prescripción de infracciones y sanciones:

Las infracciones muy graves prescribirán en el plazo de cinco años, las graves a los tres años y las leves al año.(art. 48.1)

“Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cinco años; por la comisión de infracciones graves, a los tres años, y las impuestas por sanciones leves, al año”.(art. 48.2)

#### G) Procedimiento de investigación y sanción.

El ejercicio de las potestades de investigación e inspección de la Oficina sobre hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier actividad ilegal se regirá por los principios de necesidad y proporcionalidad. De igual modo, se plantea como requisito necesario la existencia de un previo acuerdo expreso y motivado por parte de la persona titular de la Dirección de la Oficina en el que se indique el objeto y la finalidad de dicho ejercicio (art. 16.4) que incluirá además, la mención del deber de colaboración y las sanciones que pudieran imponerse por incumplimiento del mismo.

#### a) Régimen jurídico.

La determinación del régimen jurídico aplicable a esta modalidad de procedimiento aparece estipulada en el artículo 24.2 de la ley 2/2021 donde se establece que, el desarrollo del mismo, se llevará a cabo de acuerdo con las previsiones del reglamento de régimen interior y funcionamiento<sup>5</sup>, señalando además, que en lo no previsto en esta ley y en el reglamento de régimen interior y funcionamiento, resultarán aplicables tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre como la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

#### b) Actuaciones previas

En el artículo 21 de la ley se reconoce a la Oficina, cuando mediare denuncia o petición razonada, la facultad para abrir un periodo de información o de actuaciones previas, dentro de los quince días siguientes a su recepción, al objeto de llevar a cabo las actuaciones de investigación que aparecen reguladas en el artículo 17, párrafos a),b) y d),cuando resultaren indispensables para conocer las circunstancias del caso y pudiera apreciarse la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento de investigación e inspección.

#### c) Inicio del procedimiento

El procedimiento de investigación e inspección de la Oficina se iniciará de oficio por acuerdo de la persona titular de la Dirección de la Oficina (art.20).El acuerdo de inicio del procedimiento de investigación e inspección se notificará a las personas interesadas en el correspondiente procedimiento y a las personas denunciantes (art.22.1) y deberá contener al menos:

- a) El nombramiento de la persona instructora del procedimiento.
- b) Los hechos que motiven su incoación.
- c) El órgano competente para su resolución
- d) La indicación, en su caso, del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

<sup>5</sup> En el artículo 28.2 de la Ley Andalucía 2/2021 se determina que: “En los términos previstos en esta ley, el reglamento de régimen interior y funcionamiento regulará el gobierno, la organización, el funcionamiento y la estructura de la Oficina, las competencias que se atribuyan a los órganos y unidades administrativas de la misma, el procedimiento de investigación e inspección, el procedimiento de elección y cese de la persona titular de la Dirección de la Oficina, el régimen del personal al servicio de la Oficina, así como los procedimientos y canales para la presentación de denuncias ante la Oficina.

La propuesta de reglamento de régimen interior y funcionamiento se elaborará por la persona titular de la Dirección de la Oficina y se remitirá al Parlamento de Andalucía para su aprobación.

El reglamento de régimen interior y funcionamiento 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.”

#### d) Instrucción

La instrucción del procedimiento (art. 22.2) se realizará por la Subdirección de la Oficina competente en materia de actuaciones de investigación, inspección y régimen sancionador.

#### e) Resolución

La resolución motivada que ponga fin al procedimiento de investigación e inspección será dictada por la persona titular de la Dirección de la Oficina en el plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de inicio del procedimiento. La notificación de la misma a las personas interesadas en dicho procedimiento así como a las personas denunciadas se llevará a cabo en dicho plazo. No obstante, la ley prevé en su artículo 23.1 que en aquellos casos de especial complejidad o cuando las circunstancias lo aconsejen se podrá ampliar el plazo tres meses más. La resolución del procedimiento no podrá exceder el plazo máximo de nueve meses.

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALTOS CARGOS.

La responsabilidad de los altos cargos no aparece contemplada de manera expresa en la ley 19/2013, tampoco se regula de forma explícita en la ley 3/2005. Sin embargo, la ley 2/2021 recoge en su artículo 41 la siguiente previsión referida a la “Responsabilidad”: “Podrán ser sancionadas por la comisión de hechos constitutivos de las infracciones administrativas previstas en este título las administraciones públicas, instituciones, órganos, entidades y personas físicas y jurídicas privadas incluidos en el artículo 3, y las personas, incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley definido en el artículo 4, que resulten responsables a título de dolo o culpa”. No existen, por tanto, disposiciones específicas en relación con la posible exigencia de responsabilidad a los altos cargos lo que determina la aplicación del régimen general contenido en el derecho administrativo sancionador donde inicialmente la LRJPAC permitió sancionar a las personas que resultasen responsables de los hechos constitutivos de la infracción “*aún a título de simple inobservancia*”. Esta expresión ha desaparecido en la vigente LRJSP que sólo reconoce la responsabilidad “a título de dolo o culpa.”(art. 28.1). Como afirma Muñoz Machado, (2011: 985) el principio de culpabilidad trasciende a todo el derecho punitivo del Estado. “Sin la concurrencia pues, del requerimiento de la culpabilidad no es posible sancionar administrativamente una conducta”.

No obstante, Sánchez-Morón (2020: 715) afirma que la exigencia de culpabilidad en el ilícito administrativo es más flexible que en el derecho penal, ya que concurre por lo común en los sujetos que pueden ser objeto de sanción *un deber de diligencia*

que les impide excusar su culpa por ignorancia de las leyes aplicables y de las obligaciones que les imponen. La inobservancia de ese deber de diligencia, que incluye la *culpa in eligendo e in vigilando* es suficiente, para integrar el elemento subjetivo del ilícito.

La responsabilidad derivada de incurrir en una infracción administrativa es siempre personal, de modo que no puede trasladarse a quien no ha participado en el hecho infractor. El artículo 28.1 de la LRJSP establece que: “solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas”. De igual modo, podrán ser consideradas responsables siempre que una ley les reconozca capacidad de obrar: los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes y autónomos. También cabe admitir la responsabilidad por infracción administrativa a las personas jurídicas públicas.

La LRJSP admite en su artículo 28.3 la posibilidad de que la responsabilidad de los infractores sea solidaria aunque especificando que si es posible y la sanción es pecuniaria, se individualizará para cada responsable en función del grado de participación de los hechos. Estableciéndose además, en el artículo 28.4 la posibilidad de tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir las infracciones cometidas por quienes se encuentren sujetos a una relación de dependencia o vinculación.

Conviene, por último, hacer mención del artículo 36.1 de la LRJSP donde se prevé la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Concretamente, se reconoce a los particulares la facultad de poder exigir de manera directa a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio. Especificando que en los supuestos en que la Administración hubiera indemnizado a los lesionados, se exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento (art. 36.2). Actuando de igual modo la Administración ante las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves (art. 36.3).

#### IV. CONCLUSIONES

En la regulación del régimen sancionador de los altos cargos por parte de la legislación estatal y autonómica de Andalucía, aquí analizadas, se evidencian apreciables márgenes de discrecionalidad que pueden dificultar la consecución de una adecuada atribución individualizada de las infracciones y sanciones, algo que parece encontrar su justificación en el manejo de numerosas acciones y comportamientos que son objeto de sanción y que resultan tipificadas en muchos casos por remisión.

Sería deseable concretar el concepto de alto cargo y depurar la exigencia de responsabilidad de estos servidores públicos dentro de parámetros legales específicos, acordes con la singularidad de la actividad que desempeñan.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MUÑOZ MACHADO, S.(2011) *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La actividad administrativa*, págs.994, 985 Madrid. Iustel. 1ª Edición.

NIETO GARCIA, A.(2012) *Derecho administrativo sancionador*, págs.511 Madrid, Tecnos. 5ª Edición.

PÉREZ MONGUIÓ, J. Mª.(2011) “Régimen de los altos cargos en la Junta de Andalucía” en FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.) *Estudios sobre el gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*. págs. 222-276. Sevilla; Instituto Andaluz de Administración Pública.

PARADA, R.(2004) *Derecho administrativo I. Parte General*, págs. 490 Madrid, Marcial Pons 15ª Edición.

PÉREZ MONGUIÓ, J. Mª y FERNÁNDEZ RAMOS, S.(2016) *El estatuto de los altos cargos*, págs.298-299 Cizur Menor, Navarra. Aranzadi 1ª Edición.

SÁNCHEZ MORÓN, M.(2020) *Derecho de la Función Pública*, págs.364 Madrid. Tecnos. 13ª Edición.

SÁNCHEZ MORÓN, M.(2020) *Derecho administrativo. Parte General*, págs.711 Madrid. Tecnos. 16ª Edición.

SUAY RINCÓN, J.(1986) “El derecho administrativo sancionador. Perspectivas de reforma.” en *Revista de Administración Pública*. núm. 109. Enero-abril 1986. pág. 185. Fecha de consulta 30 Agosto 2021.



