

OBSERVACIONS A LA PROPOSTA DE MODIFICACIÓ DE LA LLEI 8/2016, DE 28 D'OCTUBRE, DE LA GENERALITAT, D'INCOMPATIBILITATS I CONFLICTES D'INTERESSOS DE PERSONES AMB CÀRRECS PÚBLICS NO ELECTES

Recentment, el propassat 23 de juliol de 2019, el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 8597 va publicar l'anunci de la Conselleria de Participació, Transparència, Cooperació i Qualitat Democràtica pel qual s'informava del termini d'informació pública i audiència de la proposta de modificació de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, d'Incompatibilitats i Conflictes d'Interessos de Persones amb Càrrecs Públics No Electes, a l'empara del segon apartat de l'article 133 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, i de la resta de normativa d'aplicació.

L'Agència Valenciana de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la Corrupció de la Comunitat Valenciana (en endavant l'Agència), d'acord amb els articles 4.f) de la Llei 11/2016, de 28 de novembre i 19.h) del Reglament de funcionament i règim interior té, entre d'altres, la funció d'assessorar i formular propostes i recomanacions a les Corts, al Consell de la Generalitat i a les entitats incloses en el seu àmbit d'actuació en matèria d'integritat, ètica pública i prevenció i lluita contra la corrupció, sobre disposicions normatives vigents o en tràmit d'aprovació.

A l'empara d'aquest mandat, les observacions que tot seguit es formulen a la citada proposta de modificació de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, volen incidir particularment en aquells aspectes del text de la norma modificada que, directa o indirectament, guarden relació amb els àmbits sobre els quals recauen les funcions que la Llei 11/2016, de 28 de novembre, atribueix a l'Agència, amb l'objectiu d'enfortir la integritat de les institucions i dels servidors públics.

OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 8/2016, DE 28 DE OCTUBRE, DE LA GENERALITAT, DE INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERÉS DE PERSONAS CON CARGOS PÚBLICOS NO ELECTOS

Recientemente, el pasado 23 de julio de 2019, el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana n.º 8597 publicó el anuncio de la Consellería de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática en el que se informaba del plazo de información pública y audiencia de la propuesta de modificación de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos No Electos, al amparo del segundo apartado del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y del resto de normativa de aplicación.

La Agencia Valenciana de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción en la Comunitat Valenciana (en adelante la Agencia), de acuerdo con los artículos 4.f) de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre y 19.h) del Reglamento de funcionamiento y régimen interior tiene, entre otros, la función de asesorar y formular propuestas y recomendaciones a Les Corts, al Consell de la Generalitat y a las entidades incluidas en su ámbito de actuación en materia de integridad, ética pública y prevención y lucha contra la corrupción, sobre disposiciones normativas vigentes o en trámite de aprobación.

Al amparo de este mandato, las observaciones que a continuación se formulan a la citada propuesta de modificación de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, quieren incidir particularmente en aquellos aspectos del texto de la norma modificada que, directa o indirectamente, guardan relación con los ámbitos sobre los cuales recaen las funciones que la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, atribuye a la Agencia, con el objetivo de fortalecer la integridad de las instituciones y de los servidores públicos.

En aquest sentit, val a dir que les situacions de conflictes d'interès poden afectar la imparcialitat i l'objectivitat amb què han d'actuar els servidors públics, i són un dels riscos més importants de frau i corrupció. D'aquí la importància d'una bona regulació del fenomen, que apporti seguretat jurídica, així com d'una gestió adequada d'aquestes situacions.

Examinada la proposta de modificació i la resta de la documentació facilitada per efectuar la informació pública i l'audiència constatem que, entre d'altres, es considera necessari modificar la lletra f) de l'article 2 de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre i excloure de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei d'Incompatibilitats i Conflictes d'Interessos les persones titulars de qualsevol altre lloc -diferent dels apartats anteriors de l'art. 2-, siga com siga la denominació, el nomenament de les quals efectue el Consell i que no comporte retribució o no tinga atribuïdes funcions executives o directives.

D'acord amb la seua exposició de motius, la proposta es motiva en l'existència de nomenaments pel Consell que podrien tindre bé un marcat caràcter honorífic o bé unes funcions, no retribuïdes en cap cas, a on no seria exigible la càrrega que suposa l'estricta règim d'incompatibilitats i obligacions derivades d'aquesta llei per l'aplicació estricta de la lletra f) de l'article 2.

Així doncs, l'exposició de motius al·ludeix com a exemple a l'Alt Comissionat per al Finançament de la Comunitat Valenciana, creat per Decret 149/2018, de 14 de setembre, del Consell, afirmant que malgrat nomenar dues persones com a membres i assimilar-les a secretaris autonòmics a mers efectes protocol·laris i de consideració, no els atribueix cap remuneració, ni crea estructures per a la seua atenció, a més de tindre una comesa temporal i no remunerada.

En este sentido, puede decirse que las situaciones de conflictos de interés pueden afectar la imparcialidad y la objetividad con que tienen que actuar los servidores públicos, y son uno de los riesgos más importantes de fraude y corrupción. De aquí la importancia de una buena regulación del fenómeno, que aporte seguridad jurídica, así como de una gestión adecuada de estas situaciones.

Examinada la propuesta de modificación y el resto de la documentación facilitada para efectuar la información pública y la audiencia constatamos que, entre otros, se considera necesario modificar la letra f) del artículo 2 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre y excluir del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses las personas titulares de cualquier otro puesto -diferente de los apartados anteriores del art. 2-, sea cual sea la denominación, el nombramiento de las cuales efectúe el Consell y que no comporte retribución o no tenga atribuidas funciones ejecutivas o directives.

De acuerdo con su exposición de motivos, la propuesta se motiva en la existencia de nombramientos por el Consell que podrían tener bien un marcado carácter honorífico o bien unas funciones, no retribuidas en ningún caso, en los que no sería exigible el estricto régimen de incompatibilidades y obligaciones derivadas de esta ley por la aplicación estricta de la letra f) del artículo 2.

Así pues, la exposición de motivos alude como ejemplo al Alto Comisionado para la Financiación de la Comunitat Valenciana, creado por Decreto 149/2018, de 14 de septiembre, del Consell, afirmando que a pesar de nombrar dos personas como miembros y asimilarlas a secretarios autonómicos a meros efectos protocolarios y de consideración, no les atribuye ninguna remuneración, ni crea estructuras para su atención, además de tener un cometido temporal y no remunerado.

La proposta de modificació afegeix, en aquest punt, que l'esperit de la Llei es vincula a raons derivades de la dedicació al càrrec, al control sobre un possible enriquiment indegut o un conflicte d'interessos, "circumstàncies, totes elles, de difícil, si no impossible, concurrència en nomenaments amb les característiques d'aquests».

Per les raons exposades, es proposa modificar la lletra f) de l'article 2, de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, que queda redactada com segueix:

"Article.2 Àmbit subjectiu d'aplicació

Aquesta llei s'aplica a:

- a) La persona titular de la Presidència de la Generalitat, persones membres del Consell i persones titulars de les secretaries autonòmiques, sotssecretaries, direccions generals i òrgans o centres directius el nomenament dels quals competisca al Consell.
- b) El personal directiu dels ens del sector públic instrumental, entenent per aquests els recollits en l'article 2.3 de la Llei 1/2015, de la Generalitat, d'hisenda pública, del sector públic instrumental i de subvencions; en particular:
 - b.1) La persona titular de la presidència, direcció general, les persones gerents i titulars d'altres llocs de treball o càrrecs assimilats en organismes autònoms o entitats de dret públic dependents de la Generalitat.
 - b.2) Les presidentes o els presidents, conselleres delegades o consellers delegats de societats mercantils de la Generalitat nomenats pel Consell o pels òrgans de govern d'aquelles societats.
 - b.3) Les directores o els directors generals, gerents o llocs assimilats de fundacions del sector públic de la Generalitat.
 - b.4) Les persones que ostenten càrrecs directius i funcions executives assimilables en els consorcis de la Generalitat.

La propuesta de modificación añade, en este punto, que el espíritu de la Ley se vincula a razones derivadas de la dedicación al cargo, al control sobre un posible enriquecimiento indebido o un conflicto de intereses, "circunstancias, todas ellas, de difícil, si no imposible, concurrencia en nombramientos con las características de estos».

Por las razones expuestas, se propone modificar la letra f) del artículo 2, de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, que queda redactada cómo sigue:

"Artículo.2 Ámbito subjetivo de aplicación

Esta ley se aplica a:

- a) La persona titular de la Presidencia de la Generalitat, personas miembros del Consell y personas titulares de las secretarías autonómicas, subsecretarías, direcciones generales y órganos o centros directivos el nombramiento de los cuales compete al Consell.
- b) El personal directivo de los entes del sector público instrumental, entendiendo por estos los recogidos en el artículo 2.3 de la Ley 1/2015, de la Generalitat, de hacienda pública, del sector público instrumental y de subvenciones; en particular:
 - b.1) La persona titular de la presidencia, dirección general, las personas gerentes y titulares de otros puestos de trabajo o cargos asimilados en organismos autónomos o entidades de derecho público dependientes de la Generalitat.
 - b.2) Las presidentas o los presidentes, consejeras delegadas o consejeros delegados de sociedades mercantiles de la Generalitat nombrados por el Consell o por los órganos de gobierno de aquellas sociedades.
 - b.3) Las directoras o los directores generales, gerentes o puestos asimilados de fundaciones del sector público de la Generalitat.
 - b.4) Las personas que ostentan cargos directivos y funciones ejecutivas asimilables en los consorcios de la Generalitat.

- c) Tots aquells llocs de lliure designació nomenats directament per acord del Consell que siguen qualificats com a tals en normes de rang de llei o reglament i que impliquen especial confiança o responsabilitat.
- d) Les persones nomenades comissionades o lloc d'anàloga naturalesa per la Presidència o per qualsevol altra conselleria per a representar els interessos públics en els àmbits de gestió privada existents.
- e) Les persones que hagen subscrit un contracte laboral especial d'alta direcció.
- f) Així mateix, les persones titulars de qualsevol altre lloc, siga com siga la denominació, el nomenament de les quals efectue el Consell i que comporte retribució o tinga atribuïdes funcions executives o directives."

Hem examinat la regulació del cas que s'exposa a la proposta de modificació per exemplificar l'excessiva càrrega de la regulació actual del règim d'incompatibilitat i conflictes d'interessos.

En aquest sentit constatem que, si bé els dos membres nomenats pel Consell com a Alt Comissionat per al Finançament de la Comunitat Valenciana gaudeixen de tractament honorífic i exerceixen un càrrec no retribuït i temporal, tenen atribuïdes unes funcions força assimilables a les executives i, en qualsevol cas, participen amb capacitat d'influència i de manera directa en els processos de presa de decisions en una matèria d'importància cabdal per la Comunitat, com és el finançament, a on el risc de concórrer interessos privats legítims que puguen interferir en la responsabilitat assumida, generant doncs situacions de conflictes d'interès -reals, potencials o aparents-, pot ser altament probable.

Així, l'article 3 del Decret 149/2018, de 14 de setembre, del Consell, pel qual es crea l'Alt Comissionat per al Finançament de la Comunitat Valenciana, determina que aquest Alt Comissionat assumirà les cometes següents:

- c) Todos aquellos puestos de libre designación nombrados directamente por acuerdo del Consell que sean calificados como tales en normas de rango de ley o reglamento y que impliquen especial confianza o responsabilidad.
- d) Las personas nombradas comisionadas o puesto de análoga naturaleza por la Presidencia o por cualquier otra consellería para representar los intereses públicos en los ámbitos de gestión privada existentes.
- e) Las personas que hayan suscrito un contrato laboral especial de alta dirección.
- f) Asimismo, las personas titulares de cualquier otro puesto, sea cual sea la denominación, el nombramiento de las cuales efectúe el Consell y que comporte retribución o tenga atribuidas funciones ejecutivas o directivas."

Hemos examinado la regulación del caso que se expone en la propuesta de modificación para ejemplificar la excesiva carga de la regulación actual del régimen de incompatibilidad y conflictos de intereses.

En este sentido constatamos que, si bien los dos miembros nombrados por el Consell como Alto Comisionado para la Financiación de la Comunitat Valenciana disfrutan de tratamiento honorífico y ejercen un cargo no retribuido y temporal, tienen atribuidas unas funciones bastante asimilables en las ejecutivas y, en cualquier caso, participan con capacidad de influencia y de manera directa en los procesos de toma de decisiones en una materia de importancia capital para la Comunitat, como es la financiación, donde el riesgo de que concurren intereses privados legítimos que puedan interferir en la responsabilidad asumida, generando entonces situaciones de conflictos de interés -reales, potenciales o aparentes-, puede ser altamente probable.

Así, el artículo 3 del Decreto 149/2018, de 14 de septiembre, del Consell, por el cual se crea el Alto Comisionado para la Financiación de la Comunitat Valenciana, determina que este Alto Comisionado asumirá los cometidos siguientes:

“a) Assistir a les reunions que es convoquen per representants del Ministeri d'Hisenda o altres òrgans estatals, en matèria de finançament autonòmic, d'acord amb les indicacions que reba del president de la Generalitat o, si escau, de la persona titular de la conselleria competent en matèria d'Hisenda.

b) Elevar al president de la Generalitat i al conseller competent en matèria d'Hisenda la informació del contingut de les reunions que haja assistit, amb l'anàlisi i valoració d'aquella.

c) Actuar com a òrgan de consulta i d'assessorament en totes les qüestions que, en matèria de finançament de les comunitats autònomes, afecten la Comunitat Valenciana.

d) Proposar totes les iniciatives legislatives i materials, així com totes les actuacions de la Generalitat, que s'estimen oportunes, per a aconseguir eliminar i compensar el dèficit de finançament que pateix la Comunitat Valenciana.

3. Els membres de l'Alt Comissionat per al Finançament de la Comunitat Valenciana acordaran les decisions a prendre en l'àmbit de les seues competències”.

De fet, llevat error d'interpretació o omissió, ens hauríem de plantejar fins a quin punt el supòsit de fet que es proposa per motivar la modificació no s'hauria d'incloure en el supòsit de fet de la lletra d) de l'article 2 de la Llei 8/2016 de 28 d'octubre i, per tant, inclòs dins l'àmbit subjectiu, fins i tot amb la modificació proposada.

A més a més, som de l'opinió que el caràcter honorífic o el desenvolupament de funcions no retribuïdes no eviten el risc de concurre en una situació de conflicte d'interès en l'exercici de les funcions del càrrec en qüestió, en qualsevol procés de presa de decisió en què es participi. En qualsevol cas, creiem que l'article 3 del

“a) Asistir a las reuniones que se convocan por representantes del Ministerio de Hacienda u otros órganos estatales, en materia de financiación autonómica, de acuerdo con las indicaciones que reciba del presidente de la Generalitat o, si procede, de la persona titular de la consellería competente en materia de Hacienda.

b) Elevar al presidente de la Generalitat y al consejero competente en materia de Hacienda la información del contenido de las reuniones que haya asistido, con el análisis y valoración de aquella.

c) Actuar como órgano de consulta y de asesoramiento en todas las cuestiones que, en materia de financiación de las comunidades autónomas, afectan a la Comunitat Valenciana.

d) Proponer todas las iniciativas legislativas y materiales, así como todas las actuaciones de la Generalitat, que se estimen oportunas, para conseguir eliminar y compensar el déficit de financiación que sufre la Comunitat Valenciana.

3. Los miembros del Alto Comisionado para la Financiación de la Comunitat Valenciana acordarán las decisiones a tomar en el ámbito de sus competencias”.

De hecho, salvo error de interpretación u omisión, deberíamos plantearnos hasta qué punto el supuesto de hecho que se propone para motivar la modificación no debería incluirse en el supuesto de hecho de la letra d) del artículo 2 de la Ley 8/2016 de 28 de octubre y, por tanto, dentro del ámbito subjetivo, incluso con la modificación propuesta.

Además, opinamos que el carácter honorífico o el desarrollo de funciones no retribuidas no evitan el riesgo de incurrir en una situación de conflicto de interés en el ejercicio de las funciones del cargo en cuestión, en cualquier proceso de toma de decisión en que se participe. En cualquier caso, creemos que el

Decret 65/2018, de 18 de maig¹, ja ofereix la solució perquè haver de complir amb el règim d'incompatibilitats i conflictes d'interessos per part de càrrecs públics no remunerats no esdevinga tant gravós, garantint que la resta d'aquesta marc continue sent d'aplicació.

Vist tot això exposat, l'observació que volem traslladar-vos amb aquestes reflexions en relació a la modificació proposada de la lletra f) de l'article 2 de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, és que apreciem que cal ser especialment curiosos en la regulació de qualsevol règim d'excepcionalitat (i/o de graduació en la seva aplicació) del marc normatiu vigent que regula el règim d'incompatibilitats i conflictes d'interessos de persones amb càrrecs públics no electes.

Com ja hem exposat en d'altres ocasions, és molt positiu que la Comunitat Valenciana dispose ja d'una arquitectura legislativa, d'uns fonaments reguladors òptims per assentar l'estratègia d'integritat pública, de la que la Llei que ara es vol modificar en forma part. Cal, doncs, preservar aquest marc normatiu, desenvolupar-lo, donar-lo a conèixer i implementar-lo.

artículo 3 del Decreto 65/2018, de 18 de mayo², ya ofrece la solución para que cumplir con el régimen de incompatibilidades y conflictos de interés por parte de cargos públicos no remunerados no sea tan gravoso, garantizando que el resto de este marco continúe siendo de aplicación.

Visto todo lo expuesto, la observación que queremos trasladar con estas reflexiones en relación a la modificación propuesta de la letra f) del artículo 2 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, es que apreciamos que hay que ser especialmente cuidadosos en la regulación de cualquier régimen de excepcionalidad (y/o de graduación en su aplicación) del marco normativo vigente que regula el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos.

Como ya hemos expuesto en otras ocasiones, es muy positivo que la Comunitat Valenciana disponga ya de una arquitectura legislativa, de unos cimientos reguladores óptimos para asentar la estrategia de integridad pública, de la que la Ley que ahora se quiere modificar forma parte. Hace falta, pues, preservar este marco normativo, desarrollarlo, darlo a conocer e implementarlo.

1 Decret 65/2018, de 18 de maig, del Consell, que desplega la Llei 8/2016, de 28 d'octubre: "Art 3.- Règim de dedicació. 1. De conformitat amb el que s'estableix en l'article 3 de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, de la Generalitat, l'exercici del càrrec públic, quan siga amb caràcter remunerat, s'haurà d'exercir en règim de dedicació absoluta i exclusiva, i és incompatible amb l'exercici, per si mateix o mitjançant substitució, de qualsevol altre càrrec, professió o activitat, públics o privats, per compte propi o aliè, retribuïts mitjançant sou, aranzel, participació o qualsevol altra forma especial, amb les excepcions que s'estableixen en l'article 7 de la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, de la Generalitat, i es desenvolupa en aquest capítol. 2. Quan no tinga caràcter remunerat, no li serà aplicable el que s'estableix en l'apartat anterior d'aquest article, sense perjudici de la resta d'obligacions previstes en la Llei 8/2016, de 28 d'octubre, de la Generalitat, i en aquest decret."

2 Decreto 65/2018, de 18 de mayo, del Consell, que despliega la Ley 8/2016, de 28 de octubre: "Art. 3.- Régimen de dedicación. 1. De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, el ejercicio del cargo público, cuando sea con carácter remunerado, 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, con las excepciones que se establecen en el artículo 7 de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, y se desarrolla en este capítulo. 2. Cuando no tenga carácter remunerado, no le será de aplicación lo establecido en el apartado anterior de este artículo, sin perjuicio del resto de obligaciones contempladas en la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, y en este decreto."

En aquest sentit, considerem que cal vetllar perquè, qualsevol modificació d'aquest marc normatiu, i també de la llei que ens ocupa, s'adeqüe a una interpretació sistemàtica de l'ordenament jurídic, així com integrada amb la norma que es vol modificar i amb la normativa de desenvolupament, evitant generar inseguretats jurídiques i, sobretot, atenent també al seu esperit i a la voluntat del legislador de regular les situacions de conflictes d'interès, segons la descripció que, d'aquest, es determina al seu article 3:

“S'entén per conflicte d'interessos aquella situació en què, per acció o omissió, incorre un càrrec públic no electe que, vinculat per un deure de servei a l'interès general, subordina aquest interès general al seu interès particular o aliè en forma d'ànim de lucre pecuniari o en espècie, fins i tot en el cas que no aconseguira amb la seua acció o omissió el seu propòsit.”

Són aquestes unes observacions que us fem avinent per a la vostra lliure consideració, amb la voluntat de coadjuvar en la millora de la qualitat normativa i amb el convenciment que una adequada mesura de prevenció és que la norma incorpori, des del moment de la seva gestació, la perspectiva de la integritat pública.

La Directora de Prevenció, Formació i Documentació

València, agost 2019

En este sentido, consideramos que hay que velar para que, cualquier modificación de este marco normativo, y también de la ley que nos ocupa, se adecúe a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, así como integrada con la norma que se quiere modificar y con la normativa de desarrollo, evitando generar inseguridad jurídica y, sobre todo, atendiendo también a su espíritu y a la voluntad del legislador de regular las situaciones de conflictos de interés, según la descripción que, de este, se determina a su artículo 3:

“Se entiende por conflicto de intereses aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo público no electo que, vinculado por un deber de servicio al interés general, subordina este interés general a su interés particular o ajeno en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie, incluso en el supuesto de que no consiguiera con su acción u omisión su propósito.”

Son estas unas observaciones que trasladamos para su libre consideración, con la voluntad de coadjuvar en la mejora de la calidad normativa y con el convencimiento que una adecuada medida de prevención es que la norma incorpore, desde el momento de su gestación, la perspectiva de la integridad pública.

La Directora de Prevención, Formación y Documentación

València, agosto 2019