



CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Dictamen 266/2019
Expediente 167/2019

Ilmo. Señor:

Presidenta
Hble. Sra.
D.^a Margarita Soler Sánchez

Conselleres y Consellers
Ilmas. Sras. e Ilmos. Sres.
D. Enrique Fliquete Lliso
D. Faustino de Urquía Gómez
D.^a M.^a Asunción Ventura Franch
D.^aM.^a del Carmen Pérez Cascales
D. Joan Carles Carbonell Mateu

Conseller nato
Molt Hble. Sr.
D. Francisco Camps Ortiz

Secretaria General
(artículo 40 del Reglamento)
Sra. D.^a
Patricia Boix Mañó

El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada el día 24 de abril de 2019, bajo la Presidencia de la Hble. Sra. D.^a Margarita Soler Sánchez, y con la asistencia de los señores y las señoras que al margen se expresan emitió, por mayoría y con el voto particular del Consejero Sr. Fliquete Lliso, el siguiente dictamen:

De conformidad con la comunicación de V.I., de 21 de marzo de 2019, que fue registrada de entrada en este órgano el mismo día, el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el expediente instruido por la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, relativo al proyecto de Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

I ANTECEDENTES

Único.- La documentación remitida que acompaña al Proyecto de Reglamento es la siguiente:

1.- Escrito del Director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (en adelante la Agencia), de fecha 22 de diciembre de 2017, sobre consulta pública previa sobre el Reglamento, acreditando su realización, y su remisión al M.E. President de les Corts y la Mesa de Les Corts, Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda de les Corts, Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, Consell de la Generalitat, Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Fiscalía de la Comunitat Valenciana, Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, Consell de Transparència, Accés a la Informació Públic i Bon Govern, Intervención General de la Generalitat, Síndic de Greuges, President de la Generalitat, Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, Confederación Empresarial Valenciana.

2.- Comunicaciones recibidas en relación con el trámite anterior por parte del Secretario del Ayuntamiento de Tavernes de la Vallidigna, Síndic de Comptes, Secretario del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, Rector de la Universidad Miguel Hernández, Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, Observatori Ciutadà contra la Corrupció, Dirección General de Presupuestos, Asociación Profesional de la Magistratura, Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana.

3.- Informe que sobre los resultados de la realización de la consulta previa suscribe con fecha 23 de marzo de 2018 el Director de la Agencia, detallando las alegaciones planteadas, del que se desprende que la consulta también se remitió por correo electrónico a otro grupo de entidades, detalladas en el folio 85 del expediente.

4.- Resolución del Director de la Agencia de fecha 24 de abril de 2018, por la que se acuerda el inicio del procedimiento de elaboración de la norma, y se encomienda a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Agencia la elaboración de la propuesta del proyecto y la preparación de los estudios, informes y documentos establecidos en el artículo 43.1 de la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, de la Generalitat, del Consell.

5.- Informe sobre la necesidad y oportunidad del Reglamento que suscribe el Director de la Agencia con fecha 9 de mayo de 2018.

6.- Memoria Económica sobre la propuesta del Proyecto de Reglamento de Funcionamiento que suscribe el director de la Agencia con fecha 24 de mayo de 2018, y que concluye en lo siguiente:

“La realización de las citadas actividades, que no son otras que el desempeño de las funciones y la consecución de los fines a los que se refiere el artículo 6 de la Ley 11/2016, de su creación, se ha venido desarrollando, desde aquella fecha, con cargo a la creación de un nuevo programa presupuestario en los presupuestos de la Generalitat, dentro de la Sección 01 Les Corts Valencianes, con la numeración 01.03.00.111.00 Agencia Antifraude GV.

Dentro de este marco, similar al de las instituciones estatutarias y, en particular, al de la Sindicatura de Comptes y al del Síndic de Greuges – adscritos a Les Corts-, la vigencia y ejecución de las prescripciones contenidas en el proyecto de Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia, se podrán desarrollar en la medida que se incorporen, a dicho programa presupuestario, cada año, los créditos adecuados y suficientes, conforme al proyecto y a las bases de ejecución del presupuesto que diseñe, dentro de sus competencias, la persona titular de la dirección de la Agencia, que será trasladado a la Mesa de Les Corts a los efectos oportunos, e integrado con la debida independencia en el proyecto de presupuestos de la Generalitat”.

7.- Documento fechado el día 24 de septiembre de 2018, que recoge la relación de alegaciones efectuadas junto con la valoración de la Agencia, sin firmar.

8.- Informe sobre el impacto normativo en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres y de protección a la familia, la infancia y la adolescencia, de fecha 24 de septiembre de 2018, y también suscrito por el Director de la Agencia.

9.- Resolución de 3 de octubre de 2018, del Director de la Agencia, por la que se somete al trámite de información pública la propuesta de proyecto de Reglamento, junto con la publicación del texto en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana y en el Butlletí Oficial de Les Corts. Una copia de la mencionada Resolución fue remitida al President de Les Corts, Miembros de la Junta de Síndics de Les Corts, Comisión de Economía Presupuestos y Hacienda de Les Corts, M.H. President de la Generalitat, Vicepresidenta y Consellera de Igualdad y Políticas Inclusivas, Conseller de Hacienda y Modelo Económico, Interventora General de la Generalitat, Conseller de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, Presidente del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y

Buen Gobierno, Director General de la Agencia de Seguridad y Respuesta a las Emergencias, Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, Síndic Major de la Sindicatura de Comptes, Síndic de Greuges, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, Fiscal Superior de la Comunitat Valenciana, Presidente de la Confederación Empresarial Valenciana, y entidades relacionadas en los folios 250 y 251 de la documentación.

10.- Documento numerado como número 16, en el que se citan las reuniones celebradas con los grupos parlamentarios PSOE, Ciudadanos, No Adscritos (Agermanats), Partido Popular y Compromís, los días 29 y 30 de octubre de 2018.

11.- Relación de alegaciones formuladas por Intersindical Valenciana, Asociación Profesional de la Magistratura, Sector de Administración Autonómica y Justicia de la Federación de Servicios Públicos de UGT-PV, Alfonso Cuesta Aguado, Federación Valenciana de Municipios y Provincias, Subdirección General de Atención a la Ciudadanía, Calidad e Inspección de Servicios de la Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación y Fiscal Jefe de la Secretaria Técnica de la Fiscalía General del Estado.

12.- Acta de la reunión de 5 de diciembre de 2018, de la Mesa de Negociación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

13.- Documento fechado el día 31 de enero de 2019, atribuido a la Dirección de la Agencia, que recoge la relación de alegaciones y la valoración de la Agencia sobre su aceptación o rechazo.

14.- Acta de la Sesión del Consejo de Dirección de la Agencia celebrada el día 18 de febrero de 2019, aprobando el proyecto y dando cuenta de su contenido al personal de la Agencia.

Y hallándose el expediente en tal estado el Director de la Agencia remite copia de la documentación junto con la solicitud de nuestro dictamen.

II CONSIDERACIONES

Primera.- Sobre el carácter de la consulta y alcance del dictamen.

La Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana establece en su artículo 10.4 que

resulta preceptiva la consulta a esta Institución de los *“proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones”*.

Son varias las referencias que en el texto 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 Comunitat Valenciana, se hacen a la previsión de un desarrollo normativo. Así, en el artículo 2 (*“Régimen jurídico”*), el artículo 10 (*“Garantías procedimentales”*), que difiere al reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia la regulación del procedimiento para llevar a cabo las funciones inspectoras e investigadoras, o el artículo 14, sobre la creación de la Oficina Virtual del Empleado público.

Cabe decir, de otro lado, que no se trata tan solo de una Ley de creación, sino que la regulación material de la Ley ya establece de manera pormenorizada la normación sobre el objeto, régimen jurídico, ámbito de actuación, fines y funciones, procedimiento de investigación, régimen sancionador, resultados de su actividad, medios personales y materiales, de tal manera que en la evaluación del desarrollo normativo habrá que identificar si el desarrollo normativo se acomoda a la ejecución o bien la aprobación de un Reglamento incorpora referencias adicionales que pudieran vulnerar la reserva de ley.

Tal y como se desprende de lo anterior la consulta es preceptiva.

La redacción original del apartado 2 de la Disposición Transitoria 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 Comunitat Valenciana establecía lo siguiente:

“El director o directora de la agencia, en el plazo de seis meses desde su nombramiento, elaborará y presentará a las Corts Valencianes y al Consell de la Generalitat el proyecto de Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la agencia para su aprobación posterior”.

Dicha redacción fue modificada por el artículo 107 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, en el siguiente sentido:

“El director o directora de la agencia, en el plazo de seis meses desde su nombramiento, elaborará y presentará a les Corts Valencianes el proyecto de reglamento de funcionamiento y régimen interior de la agencia para su posterior aprobación por parte de la agencia. Este reglamento se publicará en el Butlletí Oficial de les Corts y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”.

Este procedimiento implica que el proyecto se presenta a Les Corts Valencianes para su posterior aprobación por parte de la Agencia.

No se indica mecanismo ni procedimiento parlamentario para que les Corts manifiesten de algún modo su declaración de voluntad sobre el proyecto, ni la toma de posición de Les Corts, ni tan siquiera el hecho de que les Corts lo aprueben.

Consta en el expediente que hasta en dos ocasiones el texto ha sido remitido tanto a la Presidencia, como a la Mesa, Junta de Portavoces, Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda, así como la referencia a unas reuniones con los Grupos Parlamentarios, sobre cuyo alcance o resultado no consta referencia alguna, y sin que conste tampoco la apertura de un procedimiento parlamentario para la toma en consideración del proyecto de reglamento.

Puede entenderse que con posterioridad a nuestro Dictamen, la Agencia remitirá dicho texto a Les Corts junto con nuestro Dictamen, para su posterior aprobación.

Segunda.- Procedimiento de elaboración del proyecto normativo.

Ha resultado contrastado que el largo y prolijo procedimiento de elaboración del proyecto se ha realizado con un enorme esfuerzo de participación y transparencia, traducido no solo en la publicación del texto, sino en la remisión del texto del borrador, en dos ocasiones, a una numerosa relación de entidades.

No obstante, cabe considerar que la dependencia orgánica de Les Corts, y el hecho de que al texto no le sean de aplicación algunos de los trámites previstos para el ejercicio de la potestad reglamentaria del Consell, se traduce en que el texto de la norma no ha contado con el Informe de la Abogacía General de la Generalitat, puesto que habiendo sido encomendada su tramitación a la Dirección de Asuntos Jurídicos, no consta en el expediente ningún informe jurídico singular, y la norma no ha tenido más análisis de esa naturaleza que el realizado por la Inspección General de Servicios.

Por esas mismas razones, de dependencia de Les Corts, ni consta, ni resulta exigible informe como el de la Dirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones sobre el impacto de la norma en dichas materias, y tampoco consta el informe de la Dirección General de Presupuestos, a pesar de que a lo largo de la tramitación, al haber sido remitido el texto a la Consellería de Hacienda y Modelo Económico, consta escrito de dicha Dirección asumiendo la necesidad del informe. No obstante,

al tratarse de una norma reglamentaria de un ente de derecho público, configurado por la Ley con dependencia de Les Corts, el informe previsto en el artículo 26 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones no resulta preceptivo. En cualquier caso, ello no obsta a que la Memoria Económica no es más que la plasmación por escrito de la afirmación obvia de que se pondrá en marcha mediante la dotación correspondiente de medios, cuando lo lógico es que se hubiera realizado un cálculo económico del impacto presupuestario de los medios personales y materiales para su implantación, y el hecho de que el ente dependa de Les Corts no impide a que fuera realizado, para que Les Corts pudieran efectuar una valoración de las consecuencias de la aprobación del Reglamento, pues de lo contrario, sin un procedimiento de validación en sede parlamentaria, la estructura de la Agencia solo depende de la valoración de su Dirección.

Estas mismas consideraciones podrían haberse realizado si la norma, aun cuando la emisión de los informes no fuera preceptiva, hubiera contado con el Informe de la Consellería de Hacienda y Modelo Económico, en materia de régimen económico y presupuestario; y de la Consellería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, sobre el régimen de personal de la Agencia, ya que en cuanto al ámbito de aplicación de la norma, el informe de la Dirección General de Función Pública, hubiera enriquecido la solidez de la norma proyectada.

Tercera.- Objeto y marco normativo del texto proyectado.

El objeto del proyecto normativo consiste, en esencia, y como su título indica, en la aprobación de un reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia creada mediante la Ley 11/2016, y con habilitación directa en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera, que después de la modificación efectuada por el artículo 107 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, preveía lo siguiente:

“El director o directora de la agencia, en el plazo de seis meses desde su nombramiento, elaborará y presentará a les Corts Valencianes el proyecto de reglamento de funcionamiento y régimen interior de la agencia para su posterior aprobación por parte de la agencia. Este reglamento se publicará en el Butlletí Oficial de les Corts y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”.

Este procedimiento implica que el proyecto se presenta a les Corts Valencianes para su posterior aprobación por parte de la Agencia, y tal y como resultó sugerido en el informe de la Inspección de Servicios, debía contar con el Dictamen de este Consell Jurídic Consultiu.

La Ley 11/2016 fue aprobada como consecuencia del ejercicio de la iniciativa legislativa de Les Corts, mediante una Proposición de Ley, lo cual supone que este Consell Jurídic Consultiu no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad del texto con el ordenamiento jurídico, si bien la norma no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional, por lo que la valoración de este órgano consultivo se limitará, como no podría ser de otro modo, a la estricta conformidad del proyecto de Reglamento en relación con la Ley que se desarrolla, y su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Cuarta.- Estructura de la norma proyectada.

La norma proyectada, acompañada de un índice, se compone de una parte expositiva, una parte dispositiva integrada por noventa y un artículos, estructurados en 12 Títulos, dedicados, respectivamente, a regular las Disposiciones Generales, la Dirección General de la Agencia, su estructura organizativa, el Consejo de Participación, la prevención, formación y documentación, el procedimiento de investigación, la protección de la persona denunciante, el procedimiento sancionador, el personal al servicio de la Agencia, su régimen presupuestario, económico y de contratación, la rendición de cuentas y la transparencia en las actividades de la Agencia, y por último los Registros de la Agencia, sede electrónica y buzón de denuncias; dos disposiciones adicionales (Primera, "*Adscripción de personal*"; Segunda, "*Concertación de seguro*"); dos Disposiciones transitorias ("*Carrera profesional*" y "*Adaptación de la relación de puestos de trabajo*"); una Disposición derogatoria única y dos Disposiciones finales (Primera, sobre "*Desarrollo y modificación de este Reglamento*", y Segunda, sobre la "*Entrada en vigor*").

El texto se acompaña de un Anexo en el que se identifican gráficamente los monogramas y logotipos para la identificación visual de la Agencia.

Quinta.- Observación general sobre el contenido del Reglamento de Organización y Funcionamiento en relación con la Ley.

Conforme a nuestra consideración primera, la Ley 11/2016 no fue tan solo una mera Ley de creación del órgano, que remitiera en todos sus extremos a un eventual desarrollo reglamentario. Una mera lectura de su estructura normativa contrasta que la norma regula de forma pormenorizada no solo el objeto, régimen jurídico, ámbito de actuación, fines y funciones, procedimiento de investigación, régimen sancionador, resultados de su actividad, medios personales y materiales, sino que lo hace con vocación de regulación integral, y además identificando con claridad en qué supuestos resulta habilitado el desarrollo reglamentario. Por tanto, la evaluación del

ámbito regulatorio de un Reglamento debe identificar si se acomoda al concepto de desarrollo, previsto en la Ley, o bien si con su aprobación se incorporan referencias adicionales, de tal manera que en la evaluación del desarrollo normativo habrá que identificar si éste se acomoda a la ejecución, o bien si la aprobación de un Reglamento incorpora referencias adicionales que pudieran vulnerar la reserva material de ley.

Tanto la redacción original del apartado 2 de la Disposición Transitoria de la Ley 11/2016, como su contenido modificado restringen el ámbito objetivo del Reglamento a que lo sea sobre el funcionamiento y régimen interior de la Agencia, lo que claramente no sucede en el proyecto normativo que se nos traslada. Tal y como se desprende de las numerosas consideraciones, calificadas como esenciales, que se realizan al contenido de los preceptos del Reglamento, la vocación de la norma no se proyecta sobre la materia orgánica y funcional de que trae su causa, sino que parece considerar que el Reglamento es una norma general que desarrolla integralmente la Ley, como si existiera una habilitación genérica, lo cual no resulta posible. Un Reglamento de funcionamiento y régimen interior ha de mantener su objeto en el ámbito para el que fue habilitado, y no puede convertirse en una norma de desarrollo integral de la Ley, remediando la falta de regulación de determinadas materias en la Ley de creación del órgano, cuya normación debería efectuarse mediante la aprobación de una ley que modificara o ampliara su contenido.

Siguiendo la distinción clásica entre reserva absoluta y reserva relativa de ley, en el primer supuesto el legislador tiene la obligación regulatoria de la totalidad de la materia, remitiendo al reglamento aquellas disposiciones de ejecución de los preceptos de la ley, mientras que en el segundo caso, la ley puede limitarse a regular las normas básicas, remitiendo al desarrollo reglamentario el resto de la normación a la materia, pero teniendo en cuenta criterios y directrices básicas, y la delimitación coherente del ámbito en que puede producirse dicho desarrollo. Tal y como señaló la STC 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de ley es su garantía esencial del Estado de Derecho, resultando posible que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero no de tal modo que hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley:

“Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente

subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esta doctrina constitucional introdujo la exigencia de que la habilitación legal de la potestad reglamentaria resultara restringida al complemento de la regulación legal, y no mediante cláusulas legales que operaran la deslegalización de la materia reservada con “*una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir*”.

Siendo, por tanto, la regulación de la Agencia, materia disciplinada con notable vocación integral, y restringido el ámbito de habilitación del desarrollo reglamentario a la materia orgánica y de funcionamiento, resulta claro que en buena parte de los preceptos del Reglamento que se nos traslada existe una clara extralimitación material que excede del contenido habilitado, integrable en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado 2 del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando predica la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas, no solo de las que vulneren las leyes, sino también de las que regulen materias reservadas a la Ley.

Atendiendo a dicha consideración, además de las consideraciones esenciales que se introducirán en relación con cada uno de los preceptos concretos, cabría plantear, como se realiza en la conclusión final, la necesidad de una completa reformulación del ámbito regulatorio de la norma.

Por ello, si bien esta observación general merecería, de por sí, la calificación de observación esencial, se procede al análisis de los distintos preceptos que conforman la norma proyectada, respecto de los que, como se ha dicho, se efectuarán las correspondientes observaciones **esenciales**.

Sexta.- Observaciones singulares al texto del proyecto de Reglamento.

Al título.

En la versión en castellano de la norma figura la denominación de la Comunidad Autónoma como “*Comunidad Valenciana*”, debiendo ser modificada por la única denominación oficial y estatutaria de “*Comunitat Valenciana*”.

Al Preámbulo.

Resulta apreciable que el texto del Preámbulo es, de un lado, muy

extenso y, de otro, ajeno a las características de un mero Reglamento de funcionamiento y régimen interior de un Ente, pues en el fondo reviste las características propias de una reiteración de los antecedentes que dieron lugar y justifican la creación de la Agencia, ya contemplados en el Preámbulo de la Ley 11/2016.

Asimismo, del Preámbulo deberían ser eliminadas todas las referencias a la fecha de publicación y número de los diarios oficiales en que se publicaron las normas.

Por otro lado, procede advertir que el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo dispone que *«En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las administraciones públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a estos principios»*.

Este párrafo recoge los principios de buena regulación aplicables a la potestad reglamentaria de las comunidades autónomas (STC de 24 de mayo de 2018), no así a la iniciativa legislativa de los gobiernos autonómicos.

Dado que nos encontramos ante una disposición reglamentaria debe procederse a justificar los principios de buena regulación, de forma que en la parte expositiva del texto proyectado se explique y se justifique que se adecua a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Se estima, en consecuencia, que la parte expositiva del texto proyectado tendría que completarse en la forma expuesta.

Esa observación es **esencial** a los efectos del artículo 77 del Reglamento de este Consell.

Al artículo 2. Naturaleza jurídica, régimen jurídico y finalidad de la Agencia.

Existiendo ya en la Ley 11/2016, un capítulo I que regula las disposiciones generales de aplicación a la Agencia, con la definición de su objeto, naturaleza, régimen jurídico, ámbito de actuación y fines y funciones, no resulta coherente que, siendo el objeto del Reglamento regular su funcionamiento y régimen interior, se reitere, matice o se reproduzca el tenor literal de la Ley, ya que en todo caso, cualquier clase de referencia adicional al respecto debería haber sido objeto de regulación en la Ley, y la que incide en lo ya normado por la Ley resulta innecesaria, incorrecta desde el punto de

vista de la técnica normativa, y posible causa de confusión.

El apartado 1 define la Agencia como “*entidad con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines*”. Sin embargo el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 11/2016, la define como “*entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines*”. La redacción del apartado 1 del presente precepto debe respetar la literal definición de la Agencia que efectúa la Ley, sin eliminar la referencia al derecho público.

El apartado 2 del artículo 1 de la Ley definió su actuación en el siguiente sentido:

“La agencia actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Consell, los gobiernos locales y el resto de instituciones valencianas conforme establece esta ley”.

Si se pretende que la redacción del presente Reglamento mantenga estas referencias, ajenas por otra parte al contenido material de un reglamento de organización y funcionamiento, debe respetar dicha redacción, pues el apartado 3 del artículo 2 la define del siguiente modo:

“Para el cumplimiento de los fines legalmente establecidos, se configura como una entidad independiente de las administraciones públicas y de las autoridades y de las personas jurídicas y físicas que integran su ámbito de actuación”.

La diferencia es, a la par que innecesaria, muy relevante, ya que la Ley no dice, como pretende la redacción del Reglamento, que la Agencia sea una entidad independiente, sino que actúa con independencia en el ejercicio de sus funciones.

Ese mismo matiz, confuso e innecesario, debe mantenerse respecto de la redacción del apartado 4, sobre el régimen jurídico:

“El régimen jurídico aplicable a la Agencia es el establecido en su Ley de creación, en el presente Reglamento y demás normativa de desarrollo, y en las disposiciones que le sean de aplicación según la legislación vigente”.

Debe recordarse que la redacción del artículo 2 de la Ley 11/2016, sobre el régimen jurídico es la siguiente:

“La agencia se registrará por lo que dispone esta ley. Con respecto a todo lo que no esté previsto en esta ley y en su normativa de desarrollo, será de aplicación la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo común”.

Se advierten diferencias notorias en la redacción, no siendo posible que un Reglamento de funcionamiento y régimen interior sea la norma que delimita el régimen jurídico, por ser materia reservada a la Ley que creó el órgano. Las consideraciones anteriores avalan la necesidad de que el artículo 2 se limite, si se considera imprescindible dicha opción normativa, a la reproducción de la redacción exacta del contenido de la Ley.

El mantenimiento de la redacción avala la calificación de esta consideración como **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 3. Definición de corrupción y ámbito de actuación de la Agencia.

Consideraciones similares deben ser realizadas respecto de buena parte del contenido del artículo 3, que realiza una serie de definiciones tendentes a delimitar el ámbito de actuación de la Agencia, que en realidad no se corresponden con el objeto orgánico y de funcionamiento de la Agencia, y deberían ser materia de definición y encaje en el contenido de la Ley 11/2016.

El ámbito de actuación subjetivo de la Agencia y la definición de los hechos y conductas susceptibles de ser incluidas debe desprenderse de la propia Ley de creación de la Agencia, sin que quepa, como pretende el texto de la norma proyectada, que, a los efectos del Reglamento, la propia norma enuncie, defina o interprete su alcance, efectos o limitaciones, tal y como sucede en los apartados 1 y 3.

El artículo 3 de la Ley 11/2016 ya efectúa una completa y detallada definición del ámbito de actuación de la Agencia, siendo por tanto innecesario que un Reglamento de funcionamiento y régimen interior interprete el artículo 3 para considerar que la Administración General del Estado o la Administración de Justicia no están incluidos en dicho ámbito.

De otro lado, tanto el apartado 1, que define el concepto de corrupción, como el apartado 3, que en realidad realiza una detallada tipología de los hechos y conductas susceptibles de ser integradas en la calificación de corrupción, fraude, irregularidad o conducta reprochable, por su asimilación al principio de tipicidad, no pueden ser objeto de regulación reglamentaria, y en todo caso, correspondería su regulación mediante una modificación de la Ley 11/2016, pues sin ello, la calificación y delimitación del ámbito de actuación de la Agencia ha resultado hurtado a la definición del legislador, habiendo sido definido, sin más por parte de la propia Agencia, a través de una norma destinada a regular su funcionamiento y régimen interno.

Además, en relación con el apartado 7, la norma proyectada no puede imponer a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, o al Tribunal de Cuentas, el deber de informar “periódicamente” a la Agencia, ni siquiera en relación con las actuaciones iniciadas a instancia de esta, pues del deber de informar por parte de dicho órganos o Instituciones se encuentra regulado por la normativa estatal correspondiente.

El precepto debería ser suprimido, en su integridad, por la vulneración de la reserva de ley y la falta de habilitación legal en cuanto al contenido del desarrollo.

Esta observación tiene carácter **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 4. Funciones y medios.

El mismo tipo de consideraciones, o similares, a las que se han efectuado con anterioridad respecto del artículo 2, deben incorporarse a la redacción del presente precepto, respecto de la delimitación de las funciones de la Agencia, en una norma reglamentaria cuyo objeto es regular el funcionamiento y régimen interior, no el régimen jurídico del ente, reservado a la ley.

El tenor literal del apartado 1 del precepto las define del siguiente modo:

“Son funciones de la Agencia las previstas en el artículo 4 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, así como cualquier otra que se derive de lo previsto en dicha Ley, en el presente Reglamento o que pueda establecerse en la normativa vigente”.

A este respecto resulta claro que es el artículo 4 de la Ley 11/2016, el que efectúa una completa y detallada relación de fines y funciones de la Agencia, con hasta 15 apartados en los que se enumera la actividad que constituye función de la Agencia, con un cláusula de cierre, la letra o), que declara taxativamente que son *“Todas las demás atribuciones que le asigne la ley”*.

Por tanto, no resulta posible que el presente Reglamento, destinado a ser una norma que regula el funcionamiento y el régimen interno de la Agencia, pueda ser utilizado para incrementar las funciones de la Agencia, pues ello constituye materia reservada a la Ley.

De otro lado, el apartado 2 incorpora, como parte de los recursos económicos de la Agencia para su funcionamiento, el importe de las sanciones previstas en la Ley 11/2016 *“y en el presente Reglamento”*. Esta redacción no

resulta posible, por cuanto la tipicidad de las infracciones sancionables, su calificación y sus sanciones son las previstas en el artículo 18 de la Ley 11/2016, sin que este Reglamento las pueda prever.

De otro lado la expresión normativa vigente resulta incorrecta, pues parece optar por funciones atribuidas en exclusiva por la normativa vigente actual, impidiendo que la normativa futura pueda incrementar las funciones de la Agencia.

La actual redacción del apartado 1 avala la calificación de esta consideración como **esencial**, a los efectos de lo previsto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 7. Sede.

El precepto, sin más, establece que la Agencia tiene su sede en la ciudad de València.

La fijación de la sede debiera haber sido objeto de su regulación en la Ley de creación, al igual que se ha realizado en la modificación del artículo 16 de la Ley 1/2017, de 1 de febrero, de la Generalitat, por la que se crea la Agencia de Valenciana de la Innovación, realizada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, que determina *ex lege* la sede institucional y operativa de la Agencia en la ciudad de Alicante; o en el artículo 3 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, de la Generalitat, del Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, que fija su sede en la ciudad de Castelló.

El alcance simbólico de la fijación de la sede y su impacto desde el punto de vista territorial hubieran requerido el pronunciamiento expreso del legislador, y no una decisión de la propia Agencia.

Esta consideración tiene carácter **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 9. Confidencialidad.

De la redacción de la Ley 11/2016 se desprende con toda claridad la definición de la naturaleza y estatuto de la persona denunciante; sin embargo, resultaría aconsejable que en el propio texto del Reglamento, al igual que se realiza respecto de otras definiciones, se delimite con exactitud en qué consiste la naturaleza de la persona “*informadora*” y de la persona “*alertadora*”, pues con dicha expresión parece introducirse una nueva categoría jurídica, distinta de la persona denunciante.

Al artículo 12. La directora o director.

El artículo 26 de la Ley 11/2016 regula el estatuto personal de la dirección de la Agencia, como bien refleja el apartado 2 del presente artículo cuando se remite a la determinación del estatuto personal a dicho precepto. El apartado 1 del artículo 26 lo define del siguiente modo:

“La agencia estará dirigida por un director o directora, que ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad en el desarrollo de las funciones y en el ámbito de las competencias propias de la agencia, y actuará siempre con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El director o directora tendrá la condición de autoridad pública y estará asimilado a un alto cargo con rango de director general”.

Al margen de la fortuna de dicha opción de técnica normativa, en lugar de reproducir dicho tenor literal, el apartado 1 del presente precepto introduce una innecesaria mención a que *“no recibe instrucciones de ninguna autoridad”*. Un Reglamento de organización y funcionamiento no es norma válida para la regulación, definición y alcance del régimen jurídico del estatuto del director de la Agencia, efectuando una observación que excede de lo que permite el ordenamiento estatal o autonómico.

Esta observación tiene carácter **esencial** a los efectos del artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 13. Funciones del director o directora.

La letra p) del precepto asigna la siguiente atribución:

“Elaborar y aprobar motivadamente el proyecto de presupuesto y sus modificaciones para el funcionamiento de la Agencia, y remitirlo a la Mesa de Les Corts para que sea integrado con la debida independencia en el proyecto de presupuestos de la Generalitat, así como establecer las directrices y los procedimientos para su ejecución”.

Esta redacción cuenta con diferencias significativas respecto de la redacción de la Ley 11/2016.

De un lado, el apartado 2 del artículo 30 de dicha Ley establece lo siguiente:

“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”.

De la redacción de la ley ha desaparecido la mención a su remisión a la Mesa de Les Corts “*a los efectos oportunos*”, y la referencia a la normativa reguladora en materia presupuestaria, de tal manera que una lectura apresurada del precepto podría hacer pensar que la aprobación y remisión a la Mesa supone su integración inmediata, ipso facto, en el proyecto de presupuestos de la Generalitat, cuando la debida independencia solo cabe entenderse en el sentido previsto en el apartado 1 del artículo 30, como dotación de una partida independiente en los presupuestos, y no una independencia de tal manera que el presupuesto aprobado sea integrado sin valoración en el proyecto de presupuestos. De manera adicional, el precepto atribuye a la persona directora de la Agencia la capacidad de establecer las directrices y los procedimientos para su ejecución.

Para que la actual redacción resulte conforme con el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada solo en la medida en que ello no vulnere o sea incompatible con el tenor del apartado 5 del artículo 30 de la Ley que establece que el presupuesto de la agencia se rige, y por tanto también en cuanto a las directrices y procedimientos para su ejecución, “*por la normativa reguladora de las entidades del sector público de la Generalitat Valenciana*”.

Se sugiere por tanto, que el precepto se acomode en su literalidad a lo previsto en la Ley 11/2016.

Una consideración diferenciada, y con reparo, debe realizarse respecto del apartado 2 del precepto, que en todo caso debería ser un precepto independiente y singular, pues en nada se asemeja la regulación de las funciones de la persona directora de la Agencia a lo que se regula en el artículo, sobre la representación y defensa en juicio de la Agencia. Dicho apartado 2 cuenta con la siguiente redacción:

“La representación y defensa en juicio de la Agencia corresponderá a su personal funcionario, con licenciatura en derecho o titulación universitaria oficial de grado más máster universitario que habilite para ejercer dicha actividad, dependiente de la dirección de Asuntos Jurídicos, o a cualquier otro funcionario o funcionaria que preste servicios en la Agencia, que posea dicha titulación y se designe en función de las circunstancias del caso. No obstante, de forma motivada, podrá encargarse dicha representación y defensa a profesionales externos, cuando las circunstancias así lo requieran”.

No existe referencia alguna en la Ley 11/2016 a la representación y defensa en juicio de la Agencia, de tal modo que con independencia de la ubicación del precepto, esta redacción no resulta conforme con el apartado 3 del artículo 1 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de la Generalitat, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, del siguiente tenor:

“Esta ley no será de aplicación al asesoramiento en derecho de las Cortes Valencianas, de la Sindicatura de Cuentas, del Síndico de Agravios y del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, que estará encomendado a sus propios órganos, de acuerdo con su normativa específica. Asimismo, esta ley tampoco será de aplicación a la representación y defensa en juicio de las Cortes Valencianas, de la Sindicatura de Cuentas y del Síndico de Agravios, la cual corresponderá a los letrados de las Cortes Valencianas, salvo que sus órganos de gobierno la encomienden a la Abogacía General de la Generalitat para algún proceso concreto o clase determinada de los mismos”.

Siendo que fue voluntad del legislador que la Ley no se aplicara a la representación y defensa en juicio de Les Corts, de la Sindicatura de Comptes y del Síndic de Greuges, en tanto que instituciones dependientes directamente de Les Corts, encomendándola a los letrados de Les Corts, o con posibilidad de encomienda a la Abogacía General de la Generalitat, por asimilación en cuanto a su naturaleza como ente dependiente de Les Corts, y en ausencia de regulación legal alternativa al artículo 1 de la Ley 10/2005, no resulta posible que la propia Agencia se atribuya dicha capacidad representativa, ni prevea su encomienda a la Abogacía, pues ello tendría que haber sido objeto de regulación en su Ley de creación.

De forma adicional, el apartado 2, en clara extralimitación competencial y vulneración del ordenamiento, define los requisitos que permiten la representación y defensa en juicio, cuando esta circunstancia resulta reservada a la ley, que incluye además otros requisitos de colegiación no incorporados a la norma.

Esta consideración sobre el apartado 2 resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 15. Suplencia.

La redacción del Reglamento regula el régimen de suplencia aplicable a los supuestos de vacante, ausencia y enfermedad de la persona titular de la dirección de la Agencia, identificando la suplencia en función del orden de aparición en el Reglamento de las direcciones funcionales.

Tratándose de un órgano unipersonal, la suplencia debería estar identificada claramente, sin necesidad de interpretación, para evitar cualquier asomo de inseguridad jurídica.

Al artículo 17. Consejo de Dirección.

La redacción del apartado 1, que detalla la composición del Consejo de Dirección, hace incomprensible el tenor del segundo apartado del precepto,

que establece, en el tiempo verbal del presente, que mediante resolución del director o directora de la Agencia, publicada en el Butlletí Oficial de Les Corts “*se regula la composición, funciones y reglas de funcionamiento del Consejo de Dirección de la Agencia*”, cuando probablemente lo que se quiere expresar es que la Resolución de la Dirección, además de regular las funciones y reglas de funcionamiento del Consejo, incluirá la comunicación de las personas que lo componen.

Esta referencia a que la persona directora de la Agencia sea la que regule la composición y la ausencia de referencia alguna al hecho de que la composición deba atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres avalan que la consideración sea esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al Título III. Estructura organizativa.

La ausencia de una Memoria Económica acerca de los costes de implantación de las unidades administrativas que conforman la estructura organizativa de la Dirección General de la Agencia, impide la evaluación de su impacto en el gasto público, más allá de la referencia que se realiza en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 11/2016, a que la Agencia deba disponer de los recursos económicos necesarios y adecuados para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas.

Al artículo 24. Definición y funciones.

La Ley 11/2016 no preveía ningún órgano de participación cuya estructura, naturaleza, funciones y composición hubieran tenido que ser valoradas por el legislador. De este modo, con la aprobación de la norma Les Corts hubieran podido determinar qué tipo de órganos y entidades requerían ser representadas en ese tipo de órganos, y con qué funciones, pues en caso contrario, y como se verá respecto de la redacción del artículo 25, sobre la composición, es la propia Agencia, o si se prefiere, el propio órgano unipersonal en que se constituye su Dirección, que asume la propuesta de aprobación de la norma, la que elige con su única voluntad, de qué manera, y quién resulta capacitado para el ejercicio de la participación.

En el mismo sentido que hemos mantenido respecto de la redacción del artículo 17, la redacción del apartado 3 del precepto, que detalla de manera pormenorizada las funciones del Consejo de Participación, y de la totalidad del artículo 25, que detalla, asimismo, la composición, también hace incomprensible el tenor del apartado 2 que establece, también en tiempo verbal del presente, que mediante resolución del director o directora de la Agencia, a publicar en el Butlletí Oficial de Les Corts y en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, “*se regula la composición, funciones y reglas de funcionamiento del Consejo de Participación de la Agencia*”. Deberá

modificarse la redacción, ya que las funciones y reglas de funcionamiento ya se encuentran previstas en los artículos 25 y 26, y su composición detallada en el artículo 25, no pudiendo ser entendida la referencia a la resolución salvo que se predique de la comunicación de las personas que componen el Consejo de Dirección.

Por las mismas razones que se han expuesto a propósito de la redacción del artículo 17, y también la ausencia de referencia alguna al hecho de que la composición deba atender a la obligación de presencia equilibrada de mujeres y hombres, avalan que la consideración sea esencial a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 25. Composición.

La composición del Consejo de Participación de la Agencia que se desprende del precepto supone que su composición final resulta condicionada por la voluntad de la persona directora de la Agencia, que acuerda su composición y sus posibles modificaciones sin atender a criterios objetivos, no previstos en la Ley, pues su existencia no estaba prevista en la norma legal.

Una vez creado el órgano, la estructura de su composición debe atribuirse a la voluntad del redactor del presente Reglamento, y su composición final resultan vicarias de criterios de paridad, territorialidad y representatividad social que no resultan especificados ni explícitos, salvo el caso de la paridad, y que son decididos por dicha persona.

De esta forma, las vocalías previstas en el apartado c) cuentan con un máximo de 12 vocales, correspondiendo a la Dirección de la Agencia su elección final, y las vocalías previstas en el apartado d) son directamente elegidas mediante resolución de la Dirección de la Agencia, correspondiendo a dicha persona titular del cargo elegir quien se haya destacado por su compromiso en defensa de la ética, la lucha contra el fraude y la corrupción.

Esta manera de regular la composición, arbitrando y esgrimiendo en la decisión final criterios de territorialidad y representatividad social no motivados ni objetivos, dista mucho de poder conformar un auténtico modelo de participación.

De forma adicional, y como también sucedía en el caso del Consejo de Participación, la redacción del precepto no incluye referencia alguna a la composición equilibrada de mujeres y hombres.

La actual redacción permite calificar la consideración como **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 26. Funcionamiento.

El apartado 3 cuenta con la siguiente redacción:

“En lo no previsto en el presente Reglamento, el Consejo de Participación se regirá por las disposiciones relativas a los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas, recogidas en los artículos 15 a 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, o normativa que la sustituya”.

El contenido del precepto revela una incorrecta apreciación de la aplicación de la Ley 40/2015, al asignarle un carácter supletorio en lo no previsto por el Reglamento. Su contenido, por tanto, debe suprimirse, tanto por su carácter superfluo e innecesario, como por el hecho de prescribir la aplicación con carácter supletorio (*“en lo no previsto en el presente Reglamento”*), de disposiciones normativas de rango superior y de aplicación directa en todo caso, pues los artículos 15 a 24 resultan de aplicación y exigencia directa, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 40/2015:

“El régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en la presente sección, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran”.

Esta redacción justifica la calificación de **esencial** de nuestra consideración, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

De otro lado, el apartado 3 prevé como excepción a la no percepción de retribuciones por parte de las personas vocales por su asistencia al Consejo de Participación, el abono de los gastos derivados de los desplazamientos y estancias que correspondan. La redacción debería precisar de manera explícita que los desplazamientos y las estancias deben corresponderse con el funcionamiento y la asistencia al Consejo de Participación, y no a otro tipo de estancias y desplazamientos con causa en las actividades y funciones de la Agencia.

Al artículo 27. Actuaciones de prevención.

El apartado 2 prevé lo siguiente:

“En el marco de la función de asesoramiento y de realizar propuestas y recomendaciones en su ámbito de actuación, la Agencia puede formular consideraciones y alegaciones en los procesos de elaboración de normas”.

Dicha posibilidad no resulta recogida en la Ley 11/2016. Como tal posibilidad, resulta posible que la Agencia se pronuncie trasladando alegaciones, pero eso no significa que de ello se derive la preceptividad de su informe, para lo cual, debería modificarse la Ley en dicho sentido, ya que el procedimiento para la elaboración de las normas está regulado en la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, y en el Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, sin que sea posible que un Reglamento de organización y funcionamiento de una entidad, elaborado y aprobado por ella misma pueda condicionar el mecanismo de elaboración de dichos proyectos normativos.

Esta consideración resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 28. Actuaciones de formación.

El apartado 1 incorpora la relación de colectivos que pueden ser objeto de la formación de la Agencia, e incluyendo, entre aquellos, determinados colectivos de alumnado, que ni son todos, ni corresponde a un Reglamento de organización y funcionamiento proceder a considerarlos susceptibles de ser formados.

Al artículo 30. Principios de actuación.

El artículo 7 de la Ley 11/2016 (“*Deber de colaboración*”) regula todo lo referido al régimen y consecuencias que se derivan del deber de colaboración. Sin embargo, el apartado 5 *in fine* del Reglamento proyectado concluye en lo siguiente:

“A estos efectos, si una visita de inspección es obstaculizada contraviniendo la legalidad, la Agencia podrá requerir el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Esta posibilidad de auxilio policial no se encuentra recogida en el citado artículo 7 de la norma legal, constituyendo materia objeto de una eventual modificación de la Ley, y su habilitación no corresponde ser realizada por un Reglamento de funcionamiento, al tratarse de una materia propia de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Esta consideración resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

A los artículos 33, 34 y 35.

Con causa en la capacidad del desarrollo reglamentario del procedimiento de investigación, en la redacción de los preceptos debería incorporarse lo que se desprende de la redacción de los artículos 11 y 12, sobre el acuerdo de la persona directora de la Agencia en relación con el inicio de actuaciones, inicio del procedimiento o archivo.

Al artículo 37. Desarrollo del procedimiento de investigación.

La redacción del precepto asume que las investigaciones serán realizadas por el personal de la Agencia que designe el director o directora. Cabe considerar que la estructura organizativa de la Agencia, tal y como se desprende de la norma, está formada por una Dirección de Prevención, Formación y Documentación (artículo 19), una Dirección de Análisis e Investigación (artículo 20), una Dirección de Asuntos Jurídicos (artículo 21), un Gabinete de Relaciones Institucionales, Comunicación y Participación (artículo 22), y un Área de Administración, Recursos Humanos y Gestión Económica (artículo 23).

El artículo 22 a) establece que es función de la Dirección de Análisis e Investigación *“Dirigir, coordinar y supervisar el funcionamiento y la organización de las unidades y equipos de análisis e investigación dependientes”*.

Esto debe ponerse en relación con el hecho de que, según el apartado 2 del artículo 60, *“Los funcionarios y funcionarias de la Agencia que tienen atribuidas funciones inspectoras gozan de la condición de agentes de la autoridad”*.

Se sugiere una redacción mucho más precisa, que determine con claridad que las unidades y equipos de análisis e investigación dependen de dicha Dirección de Análisis e Investigación, y es a los funcionarios y funcionarias de dicho ámbito a los que corresponde atribuir funciones inspectoras.

Al artículo 39. Informe final de investigación.

El apartado 2 determina que el informe final de investigación será *“suscrito por la Agencia”*. De la redacción de la Ley 11/2016 y de su estructura orgánica se desprende con toda claridad que no existe otro órgano previsto que no sea unipersonal en la persona que ocupa su Dirección. La referencia genérica a la suscripción por la Agencia no resulta adecuada a los efectos de un Reglamento que ha previsto una estructura orgánica más compleja, de tal forma que se sugiere la sustitución de esa referencia a la Agencia por la del

Director o Directora de la Agencia.

Al artículo 41. Definición de persona denunciante.

Las mismas consideraciones anteriores pueden predicarse de la redacción del apartado 3 de este precepto que identifica que corresponde la calificación y por tanto el otorgamiento consiguiente de protección a la Agencia, cuando lo adecuado sería anudarla a la Dirección General de la Agencia como órgano singular.

Al artículo 42. Deber de reserva y protección de la persona denunciante.

El apartado 1, in fine, establece que en ningún caso la Agencia revelará los datos e información sobre la persona denunciante.

Esta afirmación no resulta posible y vulnera directamente el ordenamiento jurídico, pues como consecuencia de un mandato jurisdiccional resulta evidente que la Agencia estará obligada a revelar lo que se deduzca de dicho mandato, sin posibilidad de reserva, de tal forma que la redacción no resulta posible con dicho imperativo, inmune a un pronunciamiento jurisdiccional.

Esta consideración también resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto por el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 43. Derechos de la persona denunciante.

Con causa y motivación en la observación general ya formulada a la totalidad del proyecto, el artículo 14 de la Ley ya regula el Estatuto de la persona denunciante, y al menos las letras d), e) y g) del apartado incorporan derechos que en modo alguno o de manera parcial pueden considerarse amparados por la regulación del artículo 14. Un Reglamento de organización y funcionamiento no es norma capaz de crear derechos, fijar su alcance, límites y efectos, pues ello resulta reservado a la Ley.

En relación con el derecho a la indemnidad laboral, la pretensión de que la calificación de persona denunciante comporte la declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos, resoluciones y decisiones no es posible, y supone ampliar a la Agencia competencias de naturaleza jurisdiccional.

En relación con el derecho a la indemnización, eso supone un procedimiento contradictorio, con participación de este Consell Jurídic Consultiu, que en modo alguno presenta los rasgos de automatismo que se desprenden de la redacción del apartado e).

En relación con el derecho fundamental a su seguridad personal y familiar, la redacción del apartado g) comporta un derecho a la protección policial automática, que no responde a la redacción del artículo 14.

El tenor literal del artículo proyectado asigna el otorgamiento de derechos por resolución directa con causa en la presentación de la denuncia, en abierta incompetencia material, y falta de habilitación por ser efectos que deberán ser realizados por el órgano competente, en cada caso, y de acuerdo con sus atribuciones.

Esta consideración resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 44. Procedimiento para la concesión del estatuto de la persona denunciante.

Por razones idénticas a las expuestas en nuestra consideración sobre el precepto anterior, la redacción también carece de habilitación competencial en relación con la concesión de derechos, que no corresponden ser fijados y regulados por un Reglamento de organización y funcionamiento, y por tanto la consideración merece la misma calificación de **esencial**, según lo dispuesto por el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 46. Prohibición de represalias contra las personas denunciantes.

El párrafo 5 del apartado 3 del precepto incorpora la prohibición de lo que califica como reacciones con motivo de la denuncia y al amparo de su mera presentación, declarando como prohibida la suspensión, despido, pérdida de la condición de funcionario; imposición de medidas disciplinarias, coacciones, intimidaciones, o discriminación; degradación o denegación de ascensos; denegación de formación o de otros derechos; evaluaciones negativas; no conversión de los contratos en permanentes o no renovación o rescisión anticipada; o inclusión en lo que se califica como listas negras.

Más allá de la loable vocación que pueda merecer la introducción de mecanismos de protección o de prohibición de represalias de la que trae su causa el actual tenor, la Agencia no resulta competente para calificar y vincular los efectos a la denuncia, y a la capacidad declarativa de su resolución para los efectos de declaración del despido como nulo, y del resto de consecuencias que se prevén en el precepto, ya que muchas de ellas corresponderán ser declaradas por los órganos jurisdiccionales competentes, por lo que la redacción, justificada por una necesaria vocación protectora que se anuda a la denuncia, no respeta las decisiones que deberán tomar otros

órganos jurisdiccionales, en un procedimiento contradictorio.

Esta consideración tiene la calificación de **esencial** a los efectos de lo previsto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 47. De la responsabilidad de la persona denunciante.

El apartado 2 anuda a la Resolución la posible conclusión de que tras la averiguación de los hechos, no solo no se trata de irregularidades, malas prácticas “*o hechos constitutivos de ilícito penal*”. Además de la abierta falta de habilitación material en una norma orgánica y de funcionamiento, la redacción pretende que la resolución adoptada determine o concluya que un hecho no resulta constitutivo de ilícito penal, en notoria calificación que corresponde en exclusiva a jueces y magistrados según lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución. Esta redacción solo podría ser salvada con una expresión de un tenor similar a “*hechos que revistan la posibilidad de ser constitutivos de ilícito penal*”.

En cualquier caso, la extralimitación material del Reglamento habilita la calificación de **esencial** de esta consideración, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 48.

Esta misma consideración sobre la calificación de ilicitud realizada con anterioridad debe predicarse de la referencia a la calificación de la información como falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita, y de los efectos que pretenden derivarse en materia disciplinaria, penal y civil, pues ello corresponde a la legislación civil y penal.

La consideración efectuada, también resulta **esencial** a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 52. Medidas de carácter provisional.

Este precepto reitera lo establecido en el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sobre procedimiento administrativo, en materia de medidas provisionales. Como ha expresado este Órgano consultivo en dictámenes precedentes, la reproducción de normativa estatal básica no constituye una técnica normativa adecuada, especialmente si se tiene en cuenta la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional (SSTC 40/1981, 26/1982, 162/1996, 150/1998, entre otras) acerca de la posible inconstitucionalidad de estas prácticas legislativas por inadecuadas dentro de sistema de fuentes establecido en la Constitución.

En virtud de los riesgos y la confusión normativa que puede originar este tipo de técnica legislativa, se estima que debe suprimirse la reproducción de la normativa estatal básica, o efectuar remisiones expresas al correspondiente precepto de la norma básica. Así, los apartados 5 y 6 del artículo 3 del Decreto 24/2009, sobre forma la y estructura de los proyectos normativos, señala que *“No se reproducirán otras normas salvo en los supuestos de delegación legislativa o que la coherencia o mejor comprensión del texto lo exija”,* y que *“Cuando se deban reproducir, conforme a lo señalado en el punto anterior, preceptos de una ley, decreto legislativo o decreto-ley en un proyecto de disposición de carácter general, se transcribirán literalmente y se indicará el precepto que se reproduce”.*

Esta consideración resulta **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 64. Carrera profesional.

La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, prevé en sus artículos 16 y 17, el derecho a la promoción profesional de los funcionarios de carrera, permitiendo que las Leyes de Función Pública, dictadas en desarrollo del Estatuto, regulen la carrera profesional aplicable en cada ámbito, que puede consistir en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de sus modalidades, como la carrera y la promoción en sus modalidades horizontal y vertical.

El artículo 17, en concreto, habilita que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto regulen la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, de conformidad con las siguientes reglas:

“a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”.

El artículo 76 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, habilitó la existencia de retribuciones complementarias, entre las que se encuentra el complemento de carrera administrativa, *“que dependerá de la progresión alcanzada por el personal funcionario dentro del sistema de carrera horizontal establecido”.* Esta Ley

resultaba de aplicación supletoria ex artículo 3.6 al personal al servicio de Les Corts y de las Instituciones de la Generalitat.

Mediante Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, del Consell, se reguló el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de la Administración de la Generalitat, en cuyo artículo 3 constaba el siguiente ámbito de aplicación:

“1. Esta norma será de aplicación al personal funcionario de la Administración de la Generalitat, cuya gestión corresponde a la dirección general competente en materia de función pública. Igualmente, en los términos previstos en la disposición adicional tercera, se aplicará al personal funcionario de carrera de otras administraciones públicas que, mediante cualquier sistema de provisión, ocupe puestos de trabajo de la Administración de la Generalitat.

2. No será de aplicación al personal funcionario al servicio de:

a) Les Corts

b) Las instituciones de la Generalitat previstas en el artículo 20.3 de l'Estatut d'Autonomia.

c) La Administración de Justicia

d) Las universidades públicas de la Comunitat Valenciana

e) Las administraciones locales situadas en el territorio de la Comunitat Valenciana”.

En dicho Decreto por el que se reguló el sistema de carrera profesional, el Consell reguló para el ámbito de aplicación de la norma la definición de la carrera, su acceso al sistema, los grados, requisitos, tiempo de permanencia, áreas de valoración de los distintos subgrupos, procedimiento de acceso, sistema para la evaluación del desempeño, procedimiento y comisiones de seguimiento, coordinación y gestión del sistema.

Nada obsta a que la Agencia pueda implantar el complemento de carrera profesional para su personal, así como para permitir que los servicios prestados en otras administraciones, o el complemento reconocido previamente permitan su encuadre inicial en el de la Agencia, pero resulta evidente que dicha implantación revela un déficit normativo notorio, pues de la lectura del artículo 46 solo se colige una mínima definición, y tan solo la consideración de que el ascenso al GDP superior, y la progresión en grado deberá ser objeto de evaluación por parte de la dirección de la Agencia, dejando a una resolución de la Dirección de la Agencia, lo que para la Administración del Consell ha exigido un Decreto del Consell.

En tales condiciones, la implantación de la carrera profesional no cuenta con los requisitos necesarios como para ser calificada conforme con el ordenamiento jurídico, vulnerando el ordenamiento jurídico la remisión a la Dirección de la Agencia, mediante una mera Resolución, la definición de los elementos objetivos que permitirían dicha implantación.

Esta consideración resulta **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

En coherencia con dicha calificación como esencial, y de acuerdo con los argumentos que la motivan, acerca de la implantación de la carrera profesional, su alcance se proyecta asimismo sobre la Disposición Transitoria única, y de su cómputo por tanto desde la fecha de ingreso en la Agencia.

Esta consideración tiene el carácter **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 72. Expediente disciplinario.

El apartado 3 permite, en su actual redacción, que la persona instructora del expediente pueda ordenar cualquier tipo de actuación y la práctica de cualquier prueba que considere conveniente, en esclarecimiento de los hechos objeto del expediente disciplinario. Al respecto, el precepto proyectado, en línea con la observación efectuada al artículo 52 proyectado, debe limitarse a remitirse a los trámites de instrucción establecidos en la normativa reguladora del procedimiento disciplinario.

Esta consideración resulta **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento

Al artículo 74. Gestión económica.

El tenor literal del precepto es el siguiente:

“La Agencia ajustará su gestión económica a las bases de ejecución presupuestaria que apruebe su director o directora para cada ejercicio, que se publicarán en el Butlletí Oficial de Les Corts, y a las normas que se dicten en desarrollo de aquéllas”.

La literalidad del precepto debe entenderse única y exclusivamente conforme con el ordenamiento jurídico en la medida en que dichas bases de ejecución resulten de conformidad con el apartado 5 del artículo 30 de la Ley 11/2016, que exige que el presupuesto de la Agencia, y por tanto su ejecución, se rija por la normativa reguladora de las entidades del sector público de la Generalitat.

Al artículo 80. Régimen patrimonial y de contratación.

El contenido resulta claramente innecesario, pues el régimen patrimonial y de contratación ya se deduce del contenido del artículo 30 y de la Disposición Adicional única de la Ley de creación, no correspondiendo por tanto que sea un Reglamento de organización y funcionamiento el que realice ni su definición, alcance, carácter supletorio o no de la normativa o capacidad de la Agencia para acceso a sistemas de adhesión a sistemas de contratación, al margen de lo que ya disponga la legislación en materia de contratos y patrimonio.

Al artículo 81. Memoria anual, informes especiales o extraordinarios, recomendaciones y comparecencias en comisiones parlamentarias.

El artículo 22 de la Ley (“Memoria anual”) realiza una regulación de la dación de cuentas de la actividad de la Agencia mediante la elaboración de una memoria anual, dentro de los primeros tres meses del ejercicio, respecto de las actuaciones desarrolladas en el ejercicio anterior, que ha de contar con los elementos previstos en el apartado 1, las garantías del apartado 2, y con la previsión de traslado a Les Corts previa comparecencia de su director o directora, su difusión pública y envío a los órganos e instituciones consignados en el apartado 3.

El precepto del Reglamento realiza un confuso, parcial e innecesario desarrollo del precepto, por cuanto:

1.- No consta en el apartado 1 la referencia del apartado 1 del artículo 22 de la Ley, que prevé explícitamente que la Agencia debe dar cuenta de la actividad realizada anualmente y dentro de los tres primeros meses del año respecto de las actuaciones desarrolladas en el ejercicio anterior.

2.- Del apartado 2 solo se desprende que la Memoria Anual se presenta a Les Corts, en los términos establecidos en el artículo 22 de la Ley, mediante la previa comparecencia del Director o Directora de la Agencia en la Comisión correspondiente, con la previsión de la difusión pública en la web y en el Butlletí Oficial de Les Corts, “*y a través de las presentaciones adicionales que se consideren oportunas*”, cuando del apartado 3 del artículo 22 se desprende que la Memoria debe ser enviada también al resto de entidades y organismos relacionados en el artículo: Consell, Sindicatura de Comptes, Síndic de Greuges, Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, Ministerio Fiscal, Audiencias Provinciales y Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana.

3.- Y por último, el apartado 5 del artículo habilita, in fine, a que el

Director o la Directora de la Agencia no solo pueda acudir a las Comisiones Parlamentarias cuando sea convocado a ello, sino que *“podrá solicitar, cuando lo crea conveniente, comparecer”*. Esta referencia a la capacidad para comparecer *motu proprio*, cuando lo crea conveniente, no está prevista en ninguno de los preceptos del capítulo IV de la Ley 11/2016, de forma que solo puede ser entendida como una solicitud, a reserva de la manifestación de voluntad que pueda asumir la Cámara en aplicación del principio de autonomía parlamentaria.

No es ese el caso de otras instituciones como el Síndic de Greuges, pues el apartado 1 del artículo 33 de la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges sí permite que el Síndic pueda solicitar, cuando lo crea conveniente, la comparecencia ante las Comisiones Parlamentarias. Por tanto, el contenido del precepto previsto para el régimen orgánico y de funcionamiento de la institución habilita un régimen diferenciado de las relaciones entre la Agencia y Les Corts, no sustentado en la Ley.

Esta consideración resulta **esencial**, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77 de nuestro Reglamento.

Al artículo 90. Buzón de denuncias.

Al margen del contenido del precepto, por el que se crea un canal telemático seguro para la presentación de denuncias, al que se denomina Buzón de Denuncias, debe señalarse que, tratándose de una norma de desarrollo del funcionamiento y régimen interior de la Agencia, no exista ninguna regulación de un canal telemático seguro que sí está previsto en el artículo 14.2 de la Ley, la oficina virtual del empleado público *“que permitirá a este personal señalar de forma confidencial los expedientes administrativos que juzguen irregulares”*.

A la Disposición Adicional primera. Adscripción de personal.

El tenor literal del precepto es el siguiente:

“La Agencia podrá solicitar del Consell la adscripción a su servicio de personal perteneciente a la policía de la Generalitat, para el desempeño de tareas relacionadas con la seguridad y con las funciones y fines de aquélla”.

En relación con el contenido de la precitada Disposición, debe advertirse que la posibilidad de adscribir personal perteneciente a la policía de la Generalitat a la Agencia dependerá del órgano competente para efectuar dicha adscripción así como, fundamentalmente, de las competencias y funciones que corresponde a dicha policía reguladas en las oportunas disposiciones normativas, por lo que debe suprimirse la citada Disposición en los términos en que se encuentra redactada, pudiendo prever, en su caso, la

posibilidad de solicitar al órgano competente de la Generalitat la eventual adscripción de personal perteneciente a la policía de la Generalitat, de acuerdo con lo dispuesto en las normas que regulan las funciones y competencias de dicha policía.

Esta observación es **esencial** a los efectos del artículo 77 del Reglamento de este Consell.

Por otro lado, el artículo 30 del Decreto 24/2009, de 13 de febrero, del Consell, sobre la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, prevé que las Disposiciones adicionales tengan el siguiente contenido, e incluyan, por este orden, los siguientes aspectos:

“1. Los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el articulado.

2. Las excepciones, dispensas y reservas a la aplicación de la norma o alguno de sus preceptos, cuando no sea posible o adecuado regular dichos aspectos en el articulado.

3. Los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas.

4. Los preceptos residuales que no quepan en ningún otro lugar del proyecto normativo”.

El carácter residual que cabe atribuir al contenido de la Disposición para su calificación como disposición adicional no resulta justificado, ya que resultaría más adecuado que se incluyera en el artículo 4, sobre las funciones y los medios de la Agencia.

Se han efectuado observaciones **esenciales** a la parte expositiva de la norma, a los artículos 2, 3, 4, 7, 12, 13.2, 17, 24, 25, 26, 27, 30, 42, 43, 46, 47, 48, 52, 64, 72, 81, Disposición Adicional Primera y Disposición Transitoria única.

III CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que tras el examen de la norma proyectada, el texto proyectado

resultaría conforme con el ordenamiento jurídico, si se atendieran las observaciones **esenciales** efectuadas, si bien su elevado número, y el tenor de nuestra consideración general realizada en torno al principio de reserva de ley, que el texto del Reglamento, en su redacción actual, justificaría una nueva formulación de su alcance, con estricta limitación a la habilitación reglamentaria de aprobación de un texto sobre el funcionamiento y régimen interior de la Agencia.

V.I., no obstante, resolverá lo procedente.

València, 24 de abril de 2019

LA LETRADA MAYOR

(artículo 40.e) del Reglamento del Consell Jurídic,
aprobado por Decreto, del Consell, 37/2019, de 15 de marzo)

LA PRESIDENTA

**ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA
CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT
VALENCIANA.**

VOTO PARTICULAR

Que formula el Consejero Enrique Fliquete Lliso al Dictamen 266/2019, expediente 167/2019, aprobado por el Pleno del Consell de fecha 24 de abril de 2019, relativo al Proyecto de Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria del Pleno, respecto a las observaciones realizadas a los arts. 17, 24 y 25 de la norma, y que se cualifican como **esenciales**. Las observaciones requiere incorporar una mención expresa al principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres en la composición del Consejo de Dirección y del Consejo de Participación que en tales preceptos se regulan. El fundamento de mi discrepancia es el mismo que ya expuse en previos Votos particulares, por todos, el que se incorporó al Dictamen 778/2017, aprobado por el Pleno de este Consell el 20 de diciembre de 2017, que plantea idéntica cuestión al que motiva el presente, y que, por ello, se pasa a reproducir:

“(...) motiva mi discrepancia, no el hecho de la necesidad de incorporar el principio de composición equilibrada, sino en la cualidad de esencial que se irroga a tal observación, que la convierte en una obligación jurídica, cuya inobservancia determinaría que el proyecto normativo se aprobase “Oído el Consell Jurídic Consultiu”.

Para el correcto enfoque de la cuestión, se debe partir del significado de la esencialidad de las observaciones que puede realizar este Consell. El Reglamento del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana,

aprobado por Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Gobierno valenciano, establece, en su artículo 73, que “En los dictámenes sobre proyectos normativos se podrán formular observaciones y sugerencias de distinta entidad. La inobservancia de aquellas calificadas como esenciales comportará que la resolución que se adopte deba seguir la fórmula «Oído el Consell Jurídic Consultiu».” Las observaciones esenciales son, por ello, el óbice jurídico de mayor intensidad que puede plantear este Consell a un proyecto normativo. Las observaciones esenciales implican el reparo de este Consell a aquellos preceptos cuya redacción pudiese comprometer la plena observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del Ordenamiento jurídico.

En consecuencia, cuando se efectúa una observación esencial, se está advirtiendo de la existencia de alguna disconformidad entre el proyecto normativo y el resto del ordenamiento jurídico, cuya inobservancia sería causa de una infracción de éste. Disconformidad que vendrá establecida por contravención de normas de rango superior (principio de jerarquía) o del mismo rango (principio de competencia).

Así, establecer como esencial la aplicación del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en la composición de la Comisión de Evaluación implicaría la existencia de un mandato, en norma superior, que exigiría de forma imperativa tal aplicación, de tal forma que su no incorporación al proyecto supondría una infracción de ordenamiento jurídico. Sin embargo, no existe tal mandato imperativo que convierta la aplicación del principio en una obligación jurídica inexcusable.

El análisis de la normativa sobre igualdad tiene que partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En tal norma, artículo 14.4, se establece como “criterio general de actuación de los poderes públicos”: “La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones”. Dicho

“criterio general”, como su propio nombre indica, supone un principio de actuación, cuya dimensión no es la de una imposición de una obligación directa, sino que determina una pauta que deberán seguir los poderes públicos, cuya concreción se efectúa en otros preceptos de la propia Ley.

Es el artículo 16 de la Ley, intitulado “Nombramientos realizados por los Poderes Públicos”, el que establece la concreción del criterio general del art. 14, respecto a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones, en el particular referido a nombramientos de cargos de responsabilidad por los poderes públicos. Y textualmente indica: “Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”.

Igualmente, la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, en su artículo 10, establece idéntica literalidad en cuanto a la acción de “procurar” ordenada a los Poderes Públicos para representación paritaria de mujeres y hombres: “Les Corts Valencianes y el Consell de la Generalitat procurarán en el nombramiento o designación de personas, para constituir o formar parte de órganos o instituciones, que exista una presencia paritaria de mujeres y hombres.”.

Por una parte, el art. 14 advierte que el criterio general de actuación no determina un mandato imperativo, pues, en su concreción respecto a los nombramientos de cargos de responsabilidad, tal criterio se convierte en un “procurarán atender”, y no en un “deberán atender”. Desde el criterio general, no se extrae la obligación jurídica de aplicar inexcusablemente el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, sino que su contenido se determina en otros preceptos de la propia Ley, y, en su caso, en sus normas de desarrollo. En el caso de los nombramientos de cargos, el mandato a los Poderes Públicos es: “procurarán atender al principio de presencia equilibrada

de mujeres y hombres”. Y “procurar”, en la primera acepción del término (RAE), significa “Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”, esto es, actuar ordenado a que algo ocurra, agotándose la obligación en el intento, y no en la realización efectiva, que sería la propia de un mandato imperativo.

La obligación de “procurar atender”, significaría que los poderes públicos deberán esforzarse para atender al principio de presencia equilibrada, si bien la acción que debe conseguirse, finalidad de la acción de “procurar”, es “atender” al principio, y no su aplicación imperativa. Transformar el término “procurar” en un deber, supone alterar el significado pretendido por el legislador orgánico que, si bien pudo establecer como obligación el atender al principio de presencia equilibrada, no lo determinó como tal. En consecuencia, serán los Poderes Públicos los que deben establecer, desde criterios de oportunidad, cuáles son las actuaciones encaminadas a atender al principio de presencia equilibrada, cuáles son los esfuerzos que deberán realizar en tal sentido, sin que sea dable exigir que todas y cada una de las actuaciones de éstos deban responder al citado principio, sino sólo aquellas que se consideren útiles a tal fin.

Ad exemplum, la legislación valenciana pone en evidencia la necesidad de una efectiva materialización del criterio general, y del “procurar atender” en el nombramiento de cargos de responsabilidad, pero también advierte que se requiere de una actuación aplicativa del criterio general, en el cual se concrete el “procurar”. Así, la reciente Ley 12/2017, de 2 de noviembre, de la Generalitat, materializa la acción de “procurar atender” el principio de presencia paritaria de hombres y mujeres mediante “la modificación de las leyes reguladoras de las instituciones recogidas en el capítulo VI del Estatuto de autonomía para garantizar de manera efectiva la composición representativa entre mujeres y hombres de sus órganos y garantizar la igualdad de oportunidades” (de su Preámbulo). Y califica el principio de

presencia paritaria como “principio de actuación”. O también la previsión que contiene el Reglamento de Les Corts, artículo 178: “El procedimiento, la elección y la designación de personas por el Pleno de Les Corts se realizarán de la siguiente manera: 1. Cada grupo parlamentario podrá proponer un número máximo de candidatos o candidatas que corresponda a los puestos a cubrir. Las propuestas deberán garantizar una composición paritaria de mujeres y hombres.”

Ello evidencia que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo no contiene un mandato imperativo, sino que requiere de la acción del Poder Público en el cual se plasme de manera efectiva el criterio general de actuación, y que materialice la obligación de “procurar”, pues resultaría ocioso que se aprobase una ley para dotar de virtualidad a un mandato que ya fuese exigible por Ley orgánica o autonómica previa.

“Criterio general de actuación” y “procurarán atender” como concreción de dicho criterio en los nombramientos de cargos públicos, no suponen, a juicio de este Consejero, un mandato imperativo, sino un principio que debe inspirar la acción de los Poderes Públicos. Y por ello, la sugerencia que este Consell pueda realizar a los proyectos normativos para que se considere por parte del proponente de la norma la aplicación del principio de presencia equilibrada en la designación de cargos para formar parte de órganos colegiados -como es el caso-, no puede ir más allá del ámbito de la recomendación, quedando la decisión última en manos del poder que crea la norma, el cual determinará si en la acción normativa concreta es idónea para el cumplimiento al meritado criterio general de actuación, atendiendo a criterios de oportunidad, como ya se ha dicho.

Y, en consecuencia, siendo admisible que este Consell recomiende que los proyectos normativos cumplan el principio de presencia equilibrada en la designación de cargos que las normas prevean -a lo cual no plantea óbice

alguno este Consejero, más allá del que supone hacer sugerencias de oportunidad-, en la medida que pretende hacer cumplir la previsión establecida en la Ley Orgánica de Igualdad como un “criterio general”, no cabe cualificar tal sugerencia como “observación esencial”, puesto que la inobservancia de la misma no sitúa a la norma propuesta en situación de infracción del ordenamiento jurídico.

Por último, debe destacarse que el argumento esgrimido por la mayoría del Pleno para poder elevar el reproche de la observación a la categoría de esencialidad, no se advierte adecuado. Los Dictámenes de este Consell recomiendan, desde hace tiempo, que se materialice en las normas que se someten a su consideración, el principio de presencia equilibrada. Y hasta este momento, tal recomendación se realizaba sin la cualidad de esencial, pues resultaba pacífica la interpretación sobre la ausencia de contenido imperativo del criterio general de actuación, y el significado de la acción de “procurar”, establecidos en la Ley Orgánica. Y así se advierte de los numerosos Dictámenes en los que, efectuada tal sugerencia, éstos han sido aprobado por unanimidad y sin discrepancia en ese particular.

Sin embargo, en el presente Dictamen, se transforma tal sugerencia en observación esencial, justificada en un nuevo criterio de “obligatoriedad” fundado en “(...) el tiempo transcurrido desde la aprobación de las Leyes citadas -Ley 9/2003 de la Generalitat y Ley Orgánica 3/2007- y el hecho de que, con total normalidad, y con carácter general, otras normas de contenido y objeto similar ya la incorporen”, lo cual acreditaría, a juicio de la mayoría del Pleno, “que tal composición no puede continuar exenta de obligatoriedad”.

Por una parte, el tiempo de vigencia de las normas no supone mutar su contenido -salvo que se acompañe de interpretaciones jurisprudenciales que determinen un sentido dispar y que en este caso no se advierten-. El “criterio general de actuación” no deja de ser lo que explicita la norma, y “procurará

atender” no se convierte, por el mero paso del tiempo, en “deberá atender”. Pero y, por otra parte, que existan otras normas en el ordenamiento las cuales incorporan el principio de presencia equilibrada conduce a la conclusión contraria a la planteada por la mayoría del Pleno: corresponde al legislador determinar en qué normas considera oportuno materializar dicho principio, y qué normas no implican a tal oportunidad. Con ello se refuerza el carácter de sugerencia de cumplimiento facultativo que ha efectuado este Consell en reiterados Dictámenes, pero no, por el contrario, convertiría tal sugerencia en una obligación insoslayable cuya falta de observancia determinaría una infracción del ordenamiento (que conlleva la esencialidad de la observación).

Así, ante la ausencia de criterios que justifiquen la génesis de la nueva “obligación” -más allá del paso del tiempo o la existencia de otras normas que asuman el principio-, o de pronunciamientos jurisdiccionales en los que se interprete el criterio general de actuación como una obligación de carácter imperativo -ya que en la Sentencia transcrita en el Dictamen no se plasma el paso de criterio general a exigibilidad imperativa-, convertir la recomendación en obligación -como nueva doctrina de este Consell- no estaría, desde mi punto de vista, justificado.

Y no puede adicionarse como argumento de la mayoría del Pleno, que por no atender a las sugerencias ya efectuadas por este Consell nazca de ello una ilicitud autónoma ni, por tanto, que la reiteración de la sugerencia, y la falta de asunción de la misma por la autoridad normativa, pueda así convertirse en un plus de contravención del ordenamiento jurídico. Ya que reiterar una actuación que, en sí misma, no es infractora, no permite convertir tal reiteración en una suerte de nuevo ilícito que cualifique la esencialidad de la sugerencia efectuada.”

Por todo ello, este Consejero considera que, si bien la sugerencia que se dirige a la autoridad normativa para que aplique el principio de equilibrio de

hombres y mujeres en la composición del Consejo de Dirección y del Consejo de Participación resulta admisible, ésta no puede establecerse como **esencial**, pues su inobservancia no supone una contravención el ordenamiento jurídico.

En Valencia, a veinticuatro de abril de dos mil diecinueve

Enrique Fliquete Lliso
Consejero