



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 28 de septiembre de 2017, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE CREA LA OFICINA PARA LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

I. ANTECEDENTES.

1.- Con fecha 19 de junio de 2017, procedente de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), el Proyecto de Decreto por el que se crea la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, el Proyecto).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 27 junio de 2017, designó Ponente de este informe a la Vocal Dña. Pilar Sepúlveda García de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

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



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

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

III.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL OBJETO DE INFORME

6.- El Proyecto se articula en treinta y un artículos, divididos en siete capítulos, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales.

7.- El artículo 1 establece la creación de la Oficina para la Prevención de la Corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, la Oficina) como órgano administrativo de carácter especializado, adscrito a la Consejería competente en materia de Hacienda a través de la Viceconsejería y dotado de plena independencia funcional para cumplir con ecuanimidad y eficacia las funciones de control y prevención del fraude y corrupción.

8.- El artículo 2 determina las definiciones, a los efectos de la norma proyectada, de los términos corrupción, conflicto de intereses y prácticas fraudulentas.

9.- El artículo 3 delimita el ámbito subjetivo de actuación de la Oficina que viene constituido por las distintas entidades que integran el sector



público de la Junta de Andalucía (apartado 1) así como por «las empresas, entidades públicas o privadas y particulares que sean y hayan sido licitadores, contratistas, concesionarias o beneficiarias de subvenciones, o se les hayan otorgado créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda, beneficio o prestación o hayan obtenido permisos o licencias, de la Administración de la Junta de Andalucía y por las entidades referidas en el apartado 1» (apartado 3). En cuanto al ámbito objetivo de actuación, el precepto lo refiere a «cualquier tipo de acto u omisión» de los sujetos señalados «que implique la gestión de fondos o patrimonio públicos, contratos, concesión de licencias, permisos, concesiones, subvenciones o ayudas, y en general cualquier ejercicio de una potestad pública, así como actuaciones sometidas al derecho privado».

10.- El artículo 4 enumera las funciones de la Oficina que pueden dividirse en tres grandes ámbitos: de investigación (letras a, b y c), de propuesta de iniciación y de instrucción de procedimientos sancionadores y disciplinarios (letras d y e) y de prevención, asesoramiento y sensibilización (letras f a i [el texto por error concluye el listado con la letra g cuando debe ser la i]). Por su parte, el artículo 5, bajo la rúbrica «Delimitación de las funciones», establece los límites al ejercicio de las funciones de la Oficina con el fin de preservar las competencias de otros órganos autonómicos o estatales de control (Cámara de Cuentas de Andalucía, Tribunal de Cuentas, Intervención General de la Junta de Andalucía, etc.), así como de no interferir o menoscabar el ejercicio de funciones de la autoridad judicial, el Ministerio Judicial y la policía judicial (apartado 2 del artículo 5).

11.- El capítulo II, relativo al funcionamiento de la Oficina, regula el inicio de las actuaciones investigadoras (art. 6), el deber de colaboración (art. 7), la notificación de los acuerdos de iniciación (art. 8), las potestades de investigación e inspección (art. 9), la solicitud de adopción de medidas provisionales (art. 10), la confidencialidad de las investigaciones (art. 11), la iniciación e instrucción de procedimientos y actuaciones previas (art. 12), el resultado de las actuaciones llevadas a cabo por la Oficina (art. 13) y, finalmente, la protección de los datos personales objeto de tratamiento por la Oficina (art. 14).

12.- El capítulo III tiene por objeto la memoria anual elaborada por la Oficina y en él se regula su presentación (art. 15) y contenido (art. 16). La organización de la Oficina viene establecida en el capítulo IV que regula la dirección y la subdirección de la Oficina (art. 17 y 18) y establece el régimen de incompatibilidades y cese de los titulares de ambos cargos (art. 19 y 20). Dentro de las previsiones orgánicas del Proyecto, el capítulo V



regula la Comisión consultiva para la Prevención de la Corrupción, estableciendo su composición (art. 21), funciones (art. 22), presidencia (art. 23) y organización y funcionamiento (art. 24).



13.- El capítulo VI regula la cooperación con la Oficina y la cooperación institucional. En su sección 1ª se prevén los instrumentos de colaboración con la Oficina de otros órganos de la Administración de la Junta de Andalucía como la asistencia técnica (art. 25), los informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía (art. 26), así como la posibilidad de que la Oficina pueda sugerir a otros órganos la reformulación de procesos. En la sección 2ª de este capítulo se regula la cooperación de la Oficina con otras instituciones (art. 28) y se prevé la promoción de la creación, a través de un convenio, de un órgano de cooperación interadministrativa contra la corrupción en el que participaría el Consejo General del Poder Judicial (art. 29).

14.- El último de los capítulos del Proyecto, el VII, tiene por objeto el régimen de personal y medios materiales al servicio de la Oficina (arts. 30 y 31). Finalmente, la disposición adicional primera habilita al titular de la dirección de la Oficina para dictar las normas de actuación y de régimen interior de la Oficina; la disposición adicional segunda regula el procedimiento de aprobación de la estructura de la Oficina y su relación de puestos de trabajo; la disposición final primera contiene la habilitación normativa en favor del titular de la Consejería competente en materia de hacienda para dictar las disposiciones de desarrollo; por último, la disposición final segunda dispone la entrada en vigor del Decreto al día siguiente al de su publicación en el diario oficial.

IV.- CONSIDERACIONES GENERALES AL PROYECTO

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



aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada o, en general, conductas contrarias a la integridad. El primer organismo de este tipo fue la Oficina Antifraude de Cataluña creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, y con posterioridad se ha creado la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, y la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre.

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

17.- Sobre ese fondo común, sin embargo, los tres organismos anticorrupción presentan algunas diferencias sobre la amplitud de las funciones que les son encomendadas. En particular, debe destacarse que mientras la Oficina Antifraude de Cataluña carece en absoluto de potestad sancionadora, a la Agencia valenciana y a la Oficina de Illes Balears las respectivas leyes de creación les atribuyen poder sancionador en relación con aquellas conductas que suponen infracción del deber de colaboración con el ejercicio de las funciones de investigación e inspección (arts. 17 a 21 Ley 11/2016; arts. 27 a 36 Ley 16/2016).

18.- En comparación con el modelo sucintamente descrito que se desprende de las leyes autonómicas que han creado organismos de lucha



contra la corrupción, el Proyecto ha optado por una configuración de la Oficina con rasgos propios.



19.- El artículo 1.1 del Proyecto invoca como norma legal habilitadora el artículo 15 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Este precepto dispone que, por decreto del Consejo de Gobierno, podrán crearse servicios administrativos con gestión diferenciada por razones de especialización funcional, para la identificación singular del servicio público ante la ciudadanía u otros motivos justificados, que carecerán de personalidad jurídica independiente y estarán, en todo caso, adscritos a una Consejería. Su denominación, estructura y competencias se definirán en el correspondiente decreto de creación de los mismos.

20.- De acuerdo con este precepto legal, el Proyecto configura la Oficina como un órgano administrativo especializado, dotado de independencia funcional y adscrito a la Consejería competente en materia de Hacienda (art. 1 del Proyecto). La persona titular de la dirección de la Oficina será nombrada por la persona titular de la referida Consejería, previa celebración de un proceso selectivo objetivo y transparente que garantice la capacidad e idoneidad de las personas candidatas (art. 17.2 del Proyecto), su mandato será de cinco años, renovable por una sola vez (art. 17.2 del Proyecto, y goza de independencia e inamovilidad, tasándose la causas de su cese (art. 20.1 del Proyecto). En todo caso, se garantiza que la dirección de la Oficina no recibirá instrucciones de ninguna autoridad en el ejercicio de sus funciones y actuará con sometimiento a la ley y el ordenamiento jurídico (art. 17.4 del Proyecto).

21.- Frente al modelo de órgano independiente de adscripción parlamentaria por el que han optado las leyes autonómicas dictadas en este ámbito, la configuración por la que ha optado el órgano proponente del Proyecto se sitúa dentro del espacio de libre autoorganización que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ostenta la competencia exclusiva respecto de «la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía» (art. 47.1.1ª Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo). La opción organizativa por la que se ha decantado el Proyecto, si bien configura un órgano administrativo cuyo titular es de designación gubernamental, garantiza en todo caso la inamovilidad en el desempeño del cargo, al tasarse las causas de cese y dota de una serie de garantías de índole funcional en el desarrollo de su actividad, sustrayéndola del sometimiento a instrucciones, directivas u órdenes gubernamentales. La previsión de estas garantías de carácter orgánico y funcional permite



conferir a la Oficina un nivel de autonomía en el ejercicio de sus funciones que, si bien no alcanza el grado de intensidad de otras instituciones autonómicas parangonables, creadas por Ley y adscritas al Parlamento, es el adecuado y suficiente a juicio del órgano autonómico proponente, en ejercicio de sus competencias estatutarias.



22.- El Proyecto atribuye a la Oficina una función relevante que va más allá de la investigación e inspección de los eventuales casos de corrupción y que no tiene parangón en la regulación de las leyes autonómicas señaladas más arriba. En efecto, de acuerdo con el artículo 4.1.d del Proyecto la Oficina puede proponer a los órganos competentes la iniciación de procedimiento sancionador o disciplinario, cuando así resulte procedente a la vista de las actuaciones desarrolladas por la Oficina y, en virtud de la letra e del mismo precepto, esta puede instruir los procedimientos sancionadores y disciplinarios remitiendo su propuesta de resolución al órgano competente. En esta línea, el artículo 5.4 del Proyecto dispone lo siguiente: «La Oficina será competente para instruir cualquier procedimiento sancionador o disciplinario que guarde relación con su finalidad. En aquellos casos en los que asuma la instrucción de estos procedimientos, cuando afecten al ámbito de actuación de otro órganos, la Oficina lo pondrá en conocimiento de los mismos, absteniéndose estos de continuar con la tramitación del procedimiento hasta que reciban la propuesta de resolución». Por otro lado, el artículo 8 del Proyecto prevé que los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación del Proyecto deben comunicar a la Oficina el inicio de un procedimiento sancionador, disciplinario o de reintegro de subvenciones o ayudas, pudiendo la Oficina solicitar que el nombramiento de la persona instructora se realice entre su personal (art. 8.2 del Proyecto). El artículo 12 del Proyecto regula el inicio e instrucción de procedimientos sancionadores o disciplinarios y dispone que si la Oficina aprecia en su investigación indicios de infracciones administrativas o disciplinarias, la dirección propondrá al órgano competente la incoación del procedimiento correspondiente, el cual, a su vez, requerirá a la dirección de la Oficina para que designe de entre su personal a la persona encargada de realizar la instrucción (apdo. 1). Una vez instruido el procedimiento sancionador o disciplinario la persona instructora elevará la propuesta de resolución a la dirección de la Oficina que la remitirá al órgano competente para resolver el procedimiento (apdo. 3).

23.- Las anteriores previsiones determinan la atribución a la Oficina de la potestad instructora de procedimientos sancionadores y disciplinarios que



tengan por objeto infracciones que resulten subsumibles en los conceptos de corrupción, conflicto de interés y prácticas fraudulentas definidos en el artículo 2 del Proyecto y en relación con los cuales se determina el objeto de las funciones de control y prevención de la Oficina (art. 1.1 del Proyecto). Más allá de la novedad que representa la atribución de estas funciones instructoras en relación con el panorama normativo existente sobre la materia, cabe señalar, por un lado, la conveniencia de que en el apartado 3 del artículo 1 del Proyecto se identifique expresamente esa función instructora que es conceptualmente distinta de la de «investigar posibles casos concretos de corrupción», pues esta se sitúa en una fase previa a la incoación de un procedimiento sancionador o disciplinario, y de la de «prevención general a través de recomendaciones, sensibilización y formación», pues la instrucción es una función normativamente procedimentalizada cuyo resultado final, la propuesta de resolución, delimita el ámbito de ejercicio del poder sancionatorio por parte del órgano competente. Por otro lado, las previsiones del Proyecto sobre la atribución de la instrucción de los procedimientos sancionadores y disciplinarios a la Oficina tienen, en principio, un efecto horizontal que se proyecta sobre la normativa general y sectorial de la Junta de Andalucía en materia de infracciones administrativas y disciplinarias, lo cual puede comportar que la efectiva aplicación de los preceptos del Proyecto en este punto encuentre un límite en aquellos casos en que las funciones instructoras sean atribuidas expresamente a determinados órganos por normas con rango de ley. Asimismo, la falta de predeterminación de cuándo será competente la Oficina para instruir, al no establecerse en el Proyecto un catálogo de infracciones respecto de las que quepa atribuir la función instructora a la Oficina, puede generar confusión o dudas en las personas afectadas incompatibles con la necesaria seguridad jurídica en este ámbito. En la misma línea, con el fin de alcanzar la certeza deseable, cabe señalar que el deber de colaboración previsto en el artículo 7 del Proyecto deber ir referido al ejercicio de la función de investigación de la Oficina en lugar de la genérica referencia en el texto al «ejercicio de las funciones que le corresponden» (art. 7.1), pues cuando la Oficina ejerza la funciones de instrucción de un procedimiento sancionador o disciplinario los deberes de colaboración con la potestad instructora vendrán determinados por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento.

24.- Tal y como se ha expuesto, el artículo 9 del Proyecto atribuye a la Oficina el ejercicio de potestades inspectoras y de investigación consistentes en el acceso a dependencias administrativas o centros afectos a un servicio público y el examen de documentación (art. 9.3.a), el acceso a información de cuentas corrientes y a la contabilidad de las entidades y organismos



integrados en el ámbito de aplicación (art. 9.3.c y e) y la realización de entrevistas personales, que tendrán carácter voluntario para las «personas físicas o representantes de personas jurídicas, de carácter privado o de entidades públicas no incluidas en el artículo 3.1» (art. 9.3.b). En principio, la intervención inspectora de la Administración precisa la cobertura de una norma con rango de Ley. La atribución de potestades inspectoras implica la imposición a los sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo de esas potestades del deber de soportar el ejercicio de estas sobre el propio ámbito jurídico. Esta limitación de la libertad requiere en nuestro sistema constitucional un previo apoderamiento legal, tal y como desde el principio ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional: «el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal» (STC 83/1984, 24 de julio, FJ 3).

25.- De acuerdo con lo anterior, la previsión en una norma reglamentaria de potestades inspectoras a favor de la Oficina que se proyectan sobre la propia administración no resulta disconforme con el principio de legalidad en la medida en que el ejercicio de esas potestades se desenvuelve en un ámbito estrictamente doméstico o *ad intra*. Ahora bien, la norma proyectada adolece de insuficiencia de rango en la medida en que la sujeción a las potestades inspectoras de la Oficina se extiende a particulares como licitadores, contratistas, concesionarios o beneficiarios de subvenciones, créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda (art. 3.3 del Proyecto), cuya esfera jurídica, en consecuencia, se ve limitada. Ciertamente, estos particulares mantienen con la Administración una relación especial a diferencia de la generalidad de los ciudadanos, que permitiría aceptar una cierta flexibilización de la exigencia del principio de legalidad en relación con la inspección del cumplimiento de los deberes propios de la relación jurídica en la que ocupan la posición de contratista, concesionario, receptor de subvenciones, etc. Pero, no es menos cierto que la Oficina es ajena a esas concretas relaciones jurídicas y que su función («investigar posibles casos concretos de corrupción y la prevención general a través de recomendaciones, sensibilización y formación», art. 1.3 del Proyecto) tiene un alcance más general y es claramente distinta a la que corresponde a los entes administrativos en un relación jurídica contractual, concesional o subvencional. Por ello, la proyección de las potestades inspectoras de la Oficina *ad extra*, fuera del ámbito doméstico de la Administración de la Comunidad Autónoma, debería contar con el necesario previo apoderamiento legal.



26.- Cabe poner de manifiesto que el artículo 4.1.a del Proyecto, en relación con la investigación de conductas que supongan conflicto de intereses o uso de información para fines particulares, habilita a la Oficina para «comprobar e investigar la justificación de las variaciones en forma de incremento del patrimonio de los cargos públicos». Asimismo, el artículo 9.3.c del Proyecto dispone que la Oficina «podrá solicitar a las personas físicas o jurídicas privadas información sobre sus cuentas corrientes en relación con los asuntos investigados». En uno y otro supuesto nos encontramos ante una pretensión administrativa de acceso a información de carácter económico que incide sobre el ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE, pues como ha establecido el Tribunal Constitucional, «[e]n relación con la inclusión de los datos con trascendencia económica (y, por ende, tributaria) en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido es doctrina consolidada de este Tribunal la de que los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad. Así lo han puesto de relieve, claramente, las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 9; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7; y 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8.» (STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4).

27.- La compatibilidad de ambas previsiones con la reserva de ley que rige la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) depende bien de que la restricción del derecho a la intimidad en lo referido a las justificaciones de variación del patrimonio de cargos públicos y a la información de cuentas corrientes de particulares esté prevista en una norma rango de ley de la que el Proyecto es mera aplicación, bien de que el acceso por parte de la Oficina a la información patrimonial o de las cuentas corrientes se funde en la estricta voluntariedad de la persona afectada.

V.- CONSIDERACIONES PARTICULARES AL PROYECTO

28.- En el análisis del Proyecto merece poner especial atención sobre las normas que delimitan el ámbito de ejercicio de las funciones de la Oficina en relación con la actuación de la autoridad judicial, así como sobre aquellas reglas que disciplinan la colaboración de la Oficina con el ejercicio de la función jurisdiccional.

29.- La regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal deriva del principio de reserva de jurisdicción



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

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

31.- Examinado el contenido del Proyecto cabe apreciar la suficiencia de las salvaguardas de la exclusividad de la jurisdicción que se contienen en sus preceptos.



32.- El artículo 5.2 del Proyecto dispone que la Oficina no podrá realizar funciones correspondientes a la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y la policía judicial, ni podrá investigar los mismos hechos que sean objeto de sus investigaciones. El precepto ordena expresamente que, en caso de apertura de un proceso penal sobre los mismos hechos investigados por la Oficina, esta deberá suspender las actuaciones, aportar toda la información de que disponga y proporcionar el apoyo necesario a la autoridad competente. Asimismo, el artículo 13.1 del Proyecto establece que cuando del resultado de la investigación se constate que han tenido lugar conductas o hechos presumiblemente delictivos, la dirección de la Oficina «deberá comunicarlo de forma inmediata al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, remitiéndole copia de la documentación pertinente».

33.- En el Proyecto se contienen otras normas que tienen por objeto garantizar que la actuación de la Oficina no menoscabe o perturbe el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, el deber de denuncia a favor de la Oficina previsto en el artículo 6.2 del Proyecto se establece sin perjuicio del deber de denuncia previsto en el artículo 262 LECrim; la confidencialidad de la identidad del denunciante prevista en el artículo 6.3 del Proyecto tiene como excepción el que su revelación sea objeto de requerimiento por la autoridad judicial; y la confidencialidad y reserva máxima que deben presidir toda la actuación investigadora de la Oficina, de acuerdo con el artículo 11.1 del Proyecto, tienen como finalidad preservar los intereses de las personas afectadas (denunciantes, testigos e investigados) y salvaguardar «la eficacia del procedimiento jurisdiccional o administrativo que pueda iniciarse a consecuencia de dichas actuaciones».

34.- La previsión como causa de incompatibilidad para el cargo de director y de subdirector de la Oficina de «[e]l ejercicio en activo de las carreras judicial y fiscal» (art. 19.2.e del Proyecto) es coherente con la causa de incompatibilidad para Jueces y Magistrados prevista en el artículo 389.3º LOPJ.

35.- Especial atención merece la previsión de un órgano de cooperación interadministrativa contra la corrupción contenida en el artículo 29 del Proyecto. El precepto tiene el siguiente tenor:

«Artículo 29. Órgano de cooperación interadministrativa contra la corrupción.»

1. La Oficina promoverá la creación de un Órgano de cooperación interadministrativa contra la corrupción, en el que



participará la Administración de la Junta de Andalucía a través de la propia Oficina y, en su caso, los órganos que se establezcan, y la Administración General del Estado, con presencia del Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

2. El Órgano de cooperación interadministrativa contra la corrupción tendrá como funciones:

- a) La coordinación e intercambio de información en materia de lucha contra la corrupción.
- b) El fomento de actuaciones de formación conjunta dirigida al personal de la Junta de Andalucía, miembros de la judicatura y la Fiscalía, y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en materia de lucha contra la corrupción.
- c) Cualquier otra que se le atribuya en el correspondiente convenio interadministrativo de creación.»

36.- El contenido normativo del precepto citado ha de entenderse circunscrito al establecimiento de un mandato a la Oficina para promover la constitución de un órgano de colaboración interadministrativa que pueda contar con la participación, entre otros, del Consejo General del Poder Judicial. Este es el único efecto que está al alcance de la norma autonómica pues fuera del ámbito institucional propio de la Comunidad Autónoma no cabe dirigir mandatos o establecer obligaciones para sujetos integrados en el ordenamiento jurídico estatal, como la Administración General del Estado, o para órganos como el Consejo General del Poder Judicial que es un órgano constitucional del Estado (art. 122.2 CE). Por ello no resulta procedente predeterminar la composición del órgano de colaboración y establecer su ámbito funcional, de manera especial sobre materias como la formación de los miembros de la Carrera Judicial que es una competencia exclusiva del Consejo General del Poder Judicial (art. 566.7ª LOPJ en relación con los arts. 307 y 433 bis LOPJ).

37.- Tal y como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el principio de cooperación es un principio implícito en la forma de Estado configurada por nuestra Constitución cuyo desarrollo pivota sobre dos premisas necesarias: el carácter irrenunciable de las competencias y la idea de voluntariedad en la configuración y adopción de las fórmulas cooperativas (por todas, STC 53/2017, de 11 de mayo, FJ 8.B). De acuerdo con lo anterior, el artículo 29 del Proyecto debería limitarse a expresar un mandato a la Oficina de promover las fórmulas cooperativas oportunas sin



prejuzar su carácter (orgánico o de actividad), ámbito funcional y entes participantes.

VI. CONCLUSIONES



PRIMERA.- El Proyecto ha optado por configurar la Oficina para la prevención de la corrupción en la Comunidad Autónoma de Andalucía como como un órgano administrativo especializado, dotado de independencia funcional y adscrito a la Consejería competente en materia de Hacienda, lo que constituye un modelo con rasgos propios que se diferencia del existente en otras Comunidades Autónomas que han creado Oficinas o Agencias de prevención de la corrupción configuradas como órganos independientes de adscripción parlamentaria. La opción del órgano promovente del Proyecto se sitúa, en todo caso, dentro del espacio de libre autoorganización que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ostenta la competencia exclusiva respecto de «la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía» (art. 47.1.1ª Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo).

SEGUNDA.- Desde el punto de vista de técnica normativa, la atribución a la Oficina de la potestad de instruir procedimientos sancionadores o disciplinarios que se contiene en distintos preceptos del Proyecto, debería incorporarse expresamente como función en el artículo 1.3 del Proyecto que define el objeto de la Oficina, dado que la función instructora es conceptualmente distinta de la de «investigar posibles casos concretos de corrupción», pues esta se sitúa en una fase previa a la incoación de un procedimiento sancionador o disciplinario, y de la de «prevención general a través de recomendaciones, sensibilización y formación», pues la instrucción es una función normativamente procedimentalizada cuyo resultado final, la propuesta de resolución, delimita el ámbito de ejercicio del poder sancionatorio por parte del órgano competente. 23.- La anteriores previsiones determinan la atribución a la Oficina de la potestad instructora de procedimientos sancionadores y disciplinarios que tengan por objeto infracciones que resulten subsumibles en los conceptos de corrupción, conflicto de interés y prácticas fraudulentas definidos en el artículo 2 del Proyecto y en relación con los cuales se determina el objeto de las funciones de control y prevención de la Oficina (art. 1.1 del Proyecto). Más allá de la novedad que representa la atribución de estas funciones instructoras en relación con el panorama normativo existente sobre la



materia, cabe señalar, por un lado, la conveniencia de que en el apartado 3 del artículo 1 del Proyecto se identifique expresamente esa función instructora que es conceptualmente distinta de la de «investigar posibles casos concretos de corrupción», pues esta se sitúa en una fase previa a la incoación de un procedimiento sancionador o disciplinario, y de la de «prevención general a través de recomendaciones, sensibilización y formación», - pues la instrucción es una función normativamente procedimentalizada cuyo resultado final, la propuesta de resolución, delimita el ámbito de ejercicio del poder sancionatorio por parte del órgano competente. Por otro lado, las previsiones del Proyecto sobre la atribución de la instrucción de los procedimientos sancionadores y disciplinarios a la Oficina tienen, en principio, un efecto horizontal que se proyecta sobre la normativa general y sectorial de la Junta de Andalucía en materia de infracciones administrativas y disciplinarias, lo cual puede comportar que la efectiva aplicación de los preceptos del Proyecto en este punto encuentre un límite en aquellos casos en que las funciones instructoras sean atribuidas expresamente a determinados órganos por normas con rango de ley.

TERCERA.- La falta de predeterminación de cuándo será competente la Oficina para instruir, al no establecerse en el Proyecto un catálogo de infracciones respecto de las que quepa atribuir la función instructora a la Oficina, puede generar confusión o dudas en las personas afectadas incompatibles con la necesaria seguridad jurídica en este ámbito. En la misma línea, con el fin de alcanzar la certeza deseable, cabe señalar que el deber de colaboración previsto en el artículo 7 del Proyecto deber ir referido al ejercicio de la función de investigación de la Oficina en lugar de la genérica referencia en el texto al «ejercicio de las funciones que le corresponden» (art. 7.1), pues cuando la Oficina ejerza la funciones de instrucción de un procedimiento sancionador o disciplinario los deberes de colaboración con la potestad instructora vendrán determinados por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento.

CUARTA.- La norma proyectada adolece de insuficiencia de rango en la medida en que la sujeción a las potestades inspectoras de la Oficina se extiende a particulares como licitadores, contratistas, concesionarios o beneficiarios de subvenciones, créditos, avales o cualquier otro tipo de ayuda (art. 3.3 del Proyecto), cuya esfera jurídica, en consecuencia, se ve limitada. Por ello, la proyección de las potestades inspectoras de la Oficina ad extra, fuera del ámbito doméstico de la Administración de la Comunidad Autónoma, debería contar con el necesario previo apoderamiento legal.



QUINTA.- Los artículos 4.1.a y 9.3.c del Proyecto contemplan dos supuestos de pretensión administrativa de acceso a información de carácter económico relativa a personas que incide sobre el ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE, por lo que la compatibilidad de ambas previsiones con la reserva de ley que rige la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) depende bien de que la restricción del derecho a la intimidad en lo referido a las justificaciones de variación del patrimonio de cargos públicos y a la información de cuentas corrientes de particulares esté prevista en una norma rango de ley de la que el Proyecto es mera aplicación, bien de que el acceso por parte de la Oficina a la información patrimonial o de las cuentas corrientes se funde en la estricta voluntariedad de la persona afectada.

SEXTA.- Los artículos 5.2, 6.2 y .3, 11.1 y 13.1 del Proyecto contienen normas de delimitación de las funciones de la Oficina en relación con la autoridad judicial que establecen salvaguardias suficientes de la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos presuntamente constitutivos de una infracción penal que tiene su fundamento en el principio de reserva de jurisdicción consagrado en el artículo 117.3 de la Constitución.

SÉPTIMA.- La previsión del artículo 29 del Proyecto de constitución de un órgano de cooperación interadministrativa con participación del Consejo General del Poder Judicial debería limitarse a expresar un mandato a la Oficina de promover las fórmulas cooperativas oportunas sin prejuzgar su carácter (orgánico o de actividad), ámbito funcional y entes participantes.

Es todo lo que tiene que informar este Consejo.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 28 de septiembre de 2017.



Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General