



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 64_julio-diciembre 2022 | pp. 403-418
Santiago de Compostela, 2022
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.5001>
© Patricia Iglesias Rey
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O desafío do sector público
ante a aplicación da Directiva
de protección do informante.
As canles de denuncia

El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia

64 Regap

The challenge of the public
sector before the application of
the whistleblower protection
Directive. Complaint channels

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

PATRICIA IGLESIAS REY
Letrada de la Xunta de Galicia
Letrada Mayor del Consello de Contas de Galicia
piglesias@ccontasgalicia.es

Resumo: O pasado 23 de setembro de 2022 foi publicada no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* a configuración definitiva do Proxecto de Lei reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción. Esta iniciativa normativa realízase a instancia da UE e, máis en concreto, baixo a necesidade de dar cumprimento á transposición da Directiva 1937/2019 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2019, relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do dereito da Unión (a "Directiva") e que fixaba como prazo de transposición para os Estados membros ata o 17 de decembro de 2021. O texto do Proxecto de Lei de protección de denunciante supón un paso fundamental cara á integridade na xestión pública, e vai supor un auténtico "revulsivo" para as entidades do sector público incluídas no seu ámbito subxectivo de aplicación, ao teren que regular canles internas e externas de denuncias. Estas cuestións serán analizadas de forma sucinta neste artigo, centrando a análise na afectación das canles de denuncias no sector público. Finalizarán estas reflexións cunhas conclusións positivas.

Palabras clave: Directiva *whistleblowing*, Proyecto de Ley de protección del informante, sector público, canales de denuncia.

Resumen: El pasado 23 de septiembre de 2022 fue publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* la configuración definitiva del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta iniciativa normativa se realiza a instancia de la UE y, más en concreto, bajo la necesidad de dar cumplimiento a la transposición de la Directiva 1937/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (la "Directiva") y que fijaba como plazo de transposición para los Estados miembros hasta el 17 de diciembre de 2021. El texto del Proyecto de Ley de protección de denunciantes supone un paso fundamental hacia la integridad en la gestión pública, y va a suponer un auténtico "revulsivo" para las entidades del sector público incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, al tener que regular canales internos y externos de denuncias. Estas cuestiones serán analizadas de forma sucinta en este artículo, centrando el análisis en la afectación de los canales de denuncias en el sector público. Finalizarán estas reflexiones con unas conclusiones propositivas.

Palabras clave: Directiva *whistleblowing*, Proyecto de Ley de protección del informante, sector público, canales de denuncia.

Abstract: On September 23, 2022, the definitive configuration of the Draft Law regulating the protection of people who report regulatory infractions and the fight against corruption was published in the *Official Gazette of the Cortes Generales*. This regulatory initiative is carried out at the request of the EU, and more specifically under the need to comply with the transposition of Directive 1937/2019 of the European Parliament and of the Council, of October 23, 2019, regarding the protection of people who report violations of Union Law (the "Directive"), and which set the deadline for transposition for Member States until December 17, 2021. The text of the draft Law on the protection of whistleblowers represents a fundamental step towards integrity in public management, and it will be a real "revulsive" for public sector entities included in its subjective scope of application, by having to regulate internal and external channels of complaints. These issues will be analyzed succinctly in this article, focusing the analysis on the impact of the complaint channels in the Autonomous Communities (CC. AA.). These reflections will end with some forceful propositional ideas.

Key words: Whistleblowing Directive, Informant Protection Law Project, public sector, complaint channels.

SUMARIO: 1 Introducción: situación de partida antes de la publicación de la Directiva *whistleblowing*. 2 El papel protagonista de las CC. AA. en la lucha y prevención de la corrupción. 3 Ideas fuerza sobre el impacto de los canales de denuncia en el sector público. 4 Conclusiones propositivas.

1 Introducción: situación de partida antes de la publicación de la Directiva *whistleblowing*

Hasta los años noventa del siglo pasado, se pensó que la clave en la lucha contra la corrupción era fundamentalmente la mejora de las leyes penales, mediante el perfeccionamiento de los tipos penales relativos a la corrupción, la mejora del proceso penal y la creación de organismos de persecución especializados como, en el caso de España, la Fiscalía Anticorrupción¹.

¹ La Fiscalía Anticorrupción en España fue creada en 1995, en la época del Gobierno de Felipe González, a través de la Ley 10/95, de 24 de abril, siendo ministro de Justicia Juan Alberto Belloch y fiscal general del Estado el magistrado del Tribunal

No obstante, es cierto también que desde hace décadas los diferentes ordenamientos jurídicos advirtieron de la importancia de la figura del alertador y de la necesidad de protegerlo en la lucha contra la corrupción e irregularidades. Señaladamente, en Estados Unidos lo hizo con precisión la Ley de protección al denunciante (*Whistleblower Protection Act*) en 1988, tal y como advertía la doctrina laboralista de principios de los años noventa al señalar que “(...) considerar como muy positivo la proliferación de normas sobre este tema –denominado «whistleblowing»– que se ha dado en Estados Unidos en las últimas dos décadas, y que no sólo tiene una dimensión legal, sino también profundas implicaciones morales, filosóficas y sociales”².

Más recientemente, los escándalos de las emisiones (*Dieselgate, Luxleaks, Cambridge Analytica*) han llevado a la Unión Europea a la necesidad de regular esta figura y de fijar unos estándares mínimos para asegurar la protección de los denunciantes que alerten sobre materias clave para los intereses de la Unión, puesto que su valentía ayuda al mejor funcionamiento democrático y a luchar contra la corrupción, pero, obviamente, para ello necesitan un “*estatuto protector para quienes ponen en conocimiento público estos hechos*”³ que les proteja de represalias. El 81 % de los consultados en el *Eurobarómetro especial sobre corrupción*⁴ contestaron que no denunciarían actos de corrupción a los que hubieran tenido acceso. El motivo: el miedo a las consecuencias de esas denuncias.

En el ámbito del derecho comparado europeo, destaca la falta de homogeneidad en la regulación de protección del *whistleblower*. Solo diez países de la UE disponen de una ley que los proteja (Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido), lo que ha requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia.

El pasado 16 de diciembre de 2019 entró en vigor la directiva que fijaba como plazo de transposición para los Estados miembros hasta el 17 de diciembre de 2021. En el caso de las entidades jurídicas del sector privado de entre 50 y 249 trabajadores, se fija el 17 de diciembre de 2023 como fecha en la que deben estar en vigor las normas nacionales que den cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna⁵.

De hecho, en enero de 2022 la Comisión Europea, salvo honrosas excepciones⁶ por citar el caso maltés, inició un procedimiento de infracción contra España (INFR (2022)0073), si bien, de acuerdo con la propia Comisión, tras la respuesta de las autoridades españolas, la Comisión emitió un dictamen motivado en julio de 2022

Supremo Carlos Granados. Su primer fiscal jefe fue Carlos Jiménez Villarejo, nombrado en 1995, que ocupó el cargo hasta el año 2003.

² DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 100 y ss.

³ NIETO ROJAS, P., “*Whistleblowers*. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de octubre de 2019.

⁴ Acceso web: https://data.europa.eu/data/datasets/s2247_92_4_502_eng?locale=es (8 de noviembre de 2022).

⁵ IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. y Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁶ REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestructuras éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlântico*, 28 de septiembre de 2022. Acceso web: www.ecodixital.com.

en el que aceptaba el compromiso de garantizar la aplicación de la directiva de la UE sobre denunciantes. La transposición tardía podrá no acarrear sanciones, pero la Comisión evaluará con especial celo la forma en que se realiza la transposición⁷.

Aunque la directiva se configura como una norma de mínimos y, por consiguiente, los Estados miembros podrán ampliar su ámbito de aplicación introduciendo disposiciones más favorables para los denunciantes, su contenido permite aventurar cambios importantes en la, todavía escasa, regulación de los canales de denuncia en España. Y ello porque, como regla general, los canales de denuncia pasarán de ser una herramienta potestativa, como elemento clave en un sistema de integridad holístico⁸, a una medida preceptiva para muchas de las entidades de los sectores público y privado.

Hasta ahora, en el ámbito nacional no existía una disposición normativa que se haya ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico (al menos no en los términos a los que va a obligar la transposición de la directiva)⁹.

El pasado día 23 de septiembre de 2022 se publicó en el *Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales* el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción¹⁰. El texto tiene por objeto otorgar una protección adecuada frente a las represalias a las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere la propia ley.

El proyecto de ley, siguiendo las pautas de la directiva, contiene una serie de previsiones muy concretas en relación con diversos aspectos, siendo una de las más importantes (a la que vamos a acotar el alcance de estudio de este artículo) la obligación que se impone a todas las entidades y organizaciones, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que quienes mantienen una relación laboral o profesional con las mismas puedan informar o alertar de las

⁷ Puede consultarse la respuesta de la Comisión en el Parlamento Europeo a una pregunta al respecto. Acceso web: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-002602-ASW_EN.html.

⁸ El concepto holístico de integridad institucional es defendido por distintas instituciones públicas, nacionales e internacionales, como la OCDE, agencias anticorrupción creadas o el Consello de Contas de Galicia, órgano de control externo que desde el año 2015 ha asumido las competencias en materia de prevención de la corrupción; así como por la doctrina reputada en esta materia, contando con las aportaciones brillantes como JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional", *www.rafaeljimenezasensio.com*, 2020; VILLORIA MENDIETA, M., "El reto de la transparencia", *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41; CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020; LÓPEZ DONAIRE, M.ªB., "Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración", *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁹ En este sentido, cabe destacar que en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 20 de diciembre de 2019 (número 27-1) y de acuerdo con los artículos 97 y 126 de la Cámara se ordena la publicación de la 123/000003 "Proposición de Ley de protección integral de los alertadores". Antes, en septiembre de 2016, se llegó a presentar para su tramitación por el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, que hubiera supuesto un verdadero hito normativo en esta materia, con anterioridad, incluso, a la aprobación y publicación de la Directiva. No obstante, los avatares sobradamente conocidos de las últimas legislaturas paralizaron *sine die* su tramitación parlamentaria. A este respecto, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M.C., "Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.

¹⁰ Proyectos de ley - Congreso de los Diputados. Último acceso el 8 de noviembre de 2022.

irregularidades de que hayan tenido conocimiento en el contexto de dicha relación, y todo ello con plenas garantías de que no van a ser objeto de represalias por tal motivo¹¹.

La aprobación del proyecto en nuestro ordenamiento jurídico va a suponer, sin duda, un gran avance en el fortalecimiento de los sistemas de integridad institucional en el sentido proclamado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹², al otorgar un nuevo estatuto al denunciante de infracciones del derecho de la Unión y de sus normas de transposición o ejecución que hayan sido cometidas tanto por empresas como por administraciones. Analizamos a continuación el papel de las comunidades autónomas (CC. AA.) en la prevención y lucha contra la corrupción respecto a la regulación de los canales de denuncia antes de la Directiva.

2 El papel protagonista de las CC. AA. en la lucha y prevención de la corrupción

El panorama existente en nuestro ordenamiento jurídico antes de la publicación de la directiva, en materia de protección de los “denunciantes” o *whistleblowers*, es ciertamente heterogéneo, si bien no existía hasta el proyecto de ley en tramitación una disposición normativa que se haya ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico (al menos no en los términos a los que va a obligar la transposición de la Directiva).

De hecho, las agencias anticorrupción han nacido en España vinculadas a la Administración autonómica, ante la ausencia de un órgano estatal.

En los últimos años hemos asistido a la eclosión de las agencias anticorrupción autonómicas y en menor medida locales. En el momento actual, las agencias autonómicas creadas están en Cataluña, Galicia, Valencia, Aragón, Baleares, Navarra, País Vasco, Asturias, Canarias, Castilla y León, así como la más recientemente creada agencia andaluza y dos agencias locales en Madrid y Barcelona¹³.

La mayoría de las autoridades antifraude o anticorrupción autonómicas creadas antes de la entrada en vigor de la directiva son, de acuerdo con las leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos, entidades adscritas que ejercen sus funciones con personalidad jurídica propia y con plena independencia de las administraciones públicas. Estas autoridades y órganos autonómicos tienen una experiencia importante, desde el ámbito público, que debería ser respetada por el legislador estatal en el proyecto de ley de protección del informante que se tramita en el Congreso de los Diputados, por cuanto no puede constituir motivo para reducir el nivel de protección

¹¹ SÁEZ HIDALGO, I., “Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas”, *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (también en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).

¹² En palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) “*la integridad pública se refiere al constante alineamiento y apropiación de valores éticos, principios y normas compartidas, para proteger y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público*”. (OCDE, 2017). Acceso web: <https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-highlights-en.pdf> (8 de noviembre de 2022).

¹³ IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.

ya garantizado dentro de los diferentes territorios propios del Estado español en los ámbitos en los que la propia Directiva regula, como son los canales de denuncia y la protección de las personas denunciantes.

En España, la primera agencia, la Oficina Antifraude de Cataluña, data de 2008. Durante casi una década fue la única existente. En 2015, al órgano de control externo gallego (OCEX), el Consello de Contas de Galicia (CCG)¹⁴, se le atribuye la competencia en materia de prevención de la corrupción, así como la de colaborar con las entidades del sector público en la elaboración de instrumentos internos de gestión de riesgos, en el diseño e implantación de los sistemas de prevención de la corrupción y en la evaluación de manera sistemática de los planes de prevención de riesgos. La irrupción se produce poco después entre 2016 y 2018, apostando claramente por el modelo catalán en lugar del gallego, a salvo de la Audiencia de Cuentas de Canarias, que emula al OCEX gallego, asumiendo la competencia de prevención de la corrupción. El primero compagina las labores preventivas con investigación, mientras que en el CCG la competencia es puramente preventiva, aparte de ubicarse en el OCEX autonómico, que conserva, además, su función clásica de fiscalización y control *ex post* del sector público gallego.

En las agencias autonómicas¹⁵ creadas en primer grupo puede catalogarse de actividades relacionadas con la autorregulación y el fortalecimiento del control interno para prevenir el fraude y la corrupción. Así, por ejemplo, se establecen competencias como el asesoramiento y la colaboración a las instituciones bajo su control en la adopción de medidas de prevención (Galicia, Baleares, Cataluña), la evaluación de las medidas de prevención (Navarra), la supervisión de la contratación pública (Navarra), la elaboración de un código ético general y la gestión del código (Navarra), la supervisión del sistema de prevención y las propuestas de mejoras (Galicia), realizar análisis de riesgos generales o sectoriales (Galicia, Valencia, Baleares, Navarra) y la formación de funcionarios (Valencia, Baleares, Galicia).

Se trata de competencias que tienen que ver fundamentalmente con la supervisión y el apoyo a medidas de prevención que han de adoptar las entidades sujetas a su supervisión. Es importante señalar, por ello, que las agencias autonómicas españolas parten, al menos implícitamente, de que existen dos planos distintos en la prevención de la corrupción. La actividad principal en materia de prevención debe desarrollarse en cada organización pública, como autorregulación y fortalecimiento del control interno¹⁶ (primer estadio), mientras que la labor de la agencia consistiría en supervisar y apoyar el desarrollo de esta autorregulación preventiva (segundo estadio).

¹⁴ Ley 8/2015, de 7 de agosto, de reforma de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas, y del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, para la prevención de la corrupción. No obstante, el Consello de Contas de Galicia carece de competencias de investigación de irregularidades e infracciones y no es un órgano receptor de denuncias como canal externo, como sí sucede en otras agencias antifraude creadas, por ejemplo las de Cataluña, Valencia o Baleares.

¹⁵ NIETO MARTÍN, A., "Las agencias anticorrupción", Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

¹⁶ En la Estrategia en materia de prevención de la corrupción aprobada por el CCG, se considera que el control interno es una parte esencial para conducir las actividades hacia el logro de objetivos y metas institucionales de cualquier organización. Además, la existencia de un control interno sólido constituye uno de los elementos clave en la prevención de la corrupción. Entre los modelos de control interno de mayor reconocimiento internacional, destaca el publicado por el Comité de Organiza-

El segundo núcleo duro de su actividad es la investigación de casos de irregularidades. La mayoría de las regulaciones distinguen entre dos tipos de procedimientos de investigación: el destinado a realizar recomendaciones a la organización que ha sido investigada y un procedimiento sancionador propiamente dicho, cuyo objetivo es la imposición de las sanciones administrativas que se prevén en algunas regulaciones, pero no en todas. Por ejemplo, la ley navarra constriñe la actividad de investigación a supuestos de conflictos de interés de autoridades, altos cargos y personal al servicio de las administraciones públicas o fundaciones y empresas públicas; al uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público y el aprovechamiento en beneficio particular o de terceros de bienes y recursos públicos; y a la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público, incluyendo fundaciones y empresas públicas.

Por otra parte, en el 2018 se creó la Red Estatal de Oficinas y Agencias Anticorrupción de España de la que forman parte las Agencias autonómicas y locales existentes, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA), la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon). En la última reunión semestral, celebrada el 30 de septiembre de 2022¹⁷, la red ha presentado la Declaración institucional conjunta fruto del XI encuentro. El texto recomienda que el proyecto de ley en tramitación de protección del informante reconozca las demandas y propuestas de las autoridades y órganos, autonómicos y locales, que realizan ya funciones de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y el fomento de buenas prácticas.

En definitiva, las entidades autonómicas firmantes que cuentan con una regulación legal propia en materia de prevención, persecución de la corrupción y canales de denuncia instan a que el Gobierno central respete en el Proyecto de Ley de protección al denunciante el sistema de distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas y que ya cuenten con un engranaje institucional propio de protección de las personas alertadoras; todo ello sin perjuicio de la previsión de los mecanismos necesarios de relación entre autoridades estatal y autonómicas, sobre todo en relación con la necesaria coordinación, colaboración, el intercambio de informaciones y experiencias o la recogida de datos previstos en la directiva europea (arts. 14 y 27).

Sin embargo, seguramente debido al carácter ecléctico de competencias de las agencias que forman parte de la Red, la Declaración institucional sobre el Proyecto de

ciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO) en 1992, actualizado en mayo de 2013 sobre la base de experiencias observadas desde su primera emisión. Acceso web al documento de la Estrategia: http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/static_content/plan_extratexico/Plan_Estrat%C3%A9xico_2019_2022_C.pdf.

¹⁷ La Declaración institucional conjunta fruto del XI encuentro celebrado el 22 de septiembre de 2022 recomienda que el proyecto de ley en tramitación de protección de los informantes reconozca las demandas y propuestas de las autoridades y órganos, autonómicos y locales, que realizan ya funciones de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y el fomento de buenas prácticas. Las autoridades antifraude autonómicas (Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Andalucía y Navarra), de acuerdo con las leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos, son entidades adscritas que ejercen sus funciones con personalidad jurídica propia y con plena independencia de las administraciones públicas. Estas autoridades y órganos tienen una experiencia importante, desde el ámbito público, que debe tener en cuenta el legislador, recoge la declaración conjunta. Acceso web: <https://www.antifrau.cat/es/red-estatal-agencias-oficinas-antifraude-recomienda-proyectorley-transposicion-directiva-proteccion-alertadores-reconozca-demandas-autoridades-contra-corrupcion>.

Ley del informante no ha sido rubricada por todas entidades que la integran. Sólo han firmado la Declaración la Oficina Antifraude de Cataluña, la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, la Agencia Valenciana Antifraude, la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, la Oficina Andaluza Antifraude y la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

Dicho lo cual, el avance de las enmiendas del proyecto de ley nos mostrarán si el contenido de última Declaración institucional firmada el 30 de septiembre de 2022 por algunas de las entidades que componen la Red de Agencias Anticorrupción será o no la antesala de un futuro conflicto constitucional cuando entre en vigor la futura ley de protección del informante en relación con la posible invasión competencial del Estado respecto a la regulación de las especialidades derivadas de la propia organización autonómica en relación con las agencias anticorrupción autonómicas ya creadas (art. 149.1.18 de la CE).

3 Ideas fuerza sobre el impacto de los canales de denuncia en el sector público

La lucha contra la corrupción ocupa un puesto muy destacado en la agenda institucional de todo el mundo. Una de las herramientas más importantes entre la batería de medidas que se están estudiando, proponiendo e implantando es la que tiene que ver con el *whistleblowing*, y que hace referencia a la señal de alarma que alguien lanza dentro de una organización cuando se detecta que algo funciona mal¹⁸.

En los últimos años, particularmente desde la obligatoriedad impuesta por la ley norteamericana de 2002 *Sabarnes-Oxley Act*, se ha venido desarrollando e implantando en diferentes organizaciones y empresas a nivel internacional una herramienta conocida como Canal de Denuncias o Canal Ético, con el objetivo de proporcionar a los empleados, y en su caso a terceros, un medio para reportar e informar de posibles conductas que puedan ser constitutivas de delito, acoso o contrarias a los principios y valores de la organización. A aquellas personas que, a través del canal o de cualquier otro medio reportan e informan de las conductas descritas, se las conoce como denunciantes, informantes o con el ya conocido término anglosajón *whistleblowers*, algunos de los cuales renuncian a reportar infracciones por miedo a las represalias. Por este motivo, era absolutamente necesario contar con un marco normativo uniforme entre los Estados miembros que garantice una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes.

Dentro de la Unión Europea, países como el Reino Unido (desde 1998), Holanda, Bélgica, Italia y Hungría cuentan con disposiciones legales que contemplan la figura del *whistleblowing*. En el año 2015 el Defensor del Pueblo Europeo hizo público su malestar con las instituciones continentales por el retraso en la implantación de

¹⁸ BENÍTEZ PALMA, E., "El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)", *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf.

canales de denuncias, incumpliendo un mandato acordado un año antes, en enero de 2014. Sólo dos de las instituciones europeas (el propio Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas) disponían de los mencionados canales internos de denuncias o habían adoptado medidas en línea con las propias obligaciones reconocidas.

No obstante, la dispersión normativa y los heterogéneos niveles de protección en cada país (prácticamente carente de regulación específica en España y en muchos países de la Unión Europea) han requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia¹⁹.

El proyecto de ley, siguiendo las pautas de la Directiva, contiene una serie de previsiones muy concretas en relación con diversos aspectos, siendo una de las más importantes la obligación que se impone a todas las entidades y organizaciones, tanto públicas como privadas, de establecer internamente sistemas que permitan que quienes mantienen una relación laboral o profesional con las mismas puedan informar o alertar de las irregularidades de que hayan tenido conocimiento en el contexto de dicha relación, y todo ello con plenas garantías de que no van a ser objeto de represalias por tal motivo.

Del mismo modo, tanto la directiva como el proyecto regulan los cauces para formalizar dos tipos de denuncias, internas y externas, y, cuando concurren determinadas condiciones, otorgan también protección a la revelación pública de las infracciones.

Respecto a las ideas fuerza sobre impacto de los canales de denuncia en el sector público, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos extraer las siguientes:

1.- Canales internos: su aplicación en el sector público

Por canal interno de denuncia se entiende la comunicación, verbal o por escrito, de información sobre infracciones dentro de una entidad jurídica perteneciente al sector privado o al público.

Si la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas supuso la generalización de los sistemas de *compliance penal* en el sector privado y en las sociedades mercantiles públicas, quizás el proyecto de ley suponga una ventana de oportunidad para que el resto de entidades del sector público puedan avanzar en un ámbito inexplorado para muchas de ellas, como es la integridad institucional y la lucha contra la corrupción.

Tanto la directiva como el proyecto de ley instan a promover que las denuncias se cursen preferentemente por los canales de denuncia interna, por considerar que en ellos se garantiza que la información va a llegar rápidamente a quienes estén más cerca de la fuente del problema y tengan más posibilidades de resolverlo, sin perjuicio

¹⁹ La necesidad de protección del denunciante es la principal razón de ser de la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, que, en su considerando primero, advierte: "[...] los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes".

de que, por diversos motivos, puedan acudir directamente a los canales externos que los poderes públicos están obligados a establecer²⁰.

2.- ¿Qué entidades del sector público están obligadas a crear canales internos?

Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de los canales de denuncia internos, el proyecto de ley realiza una proyección más ambiciosa si lo comparamos con la directiva, ya que elimina los umbrales que establece la norma europea como ámbito mínimo de aplicación. Y es que, a pesar de que en su artículo 8.9, la norma europea permite a los Estados eximir de la implantación del canal interno a los municipios de menos de 10.000 habitantes o entidades del sector público de menos de 50 trabajadores, el proyecto, al enunciar el ámbito de aplicación en su artículo 13, por el momento prescinde de esta opción.

Por tanto, las entidades que integran el sector público, independientemente de su tamaño, deberán contar con este canal de denuncias²¹.

No obstante, no todas las entidades públicas tienen las mismas características (así, por ejemplo, no es comparable la situación de partida de una Administración autonómica con la de un municipio de menos de 5.000 habitantes), de modo que también resultará necesario hacer, cuando menos, un primer diagnóstico de la situación de cada cual, sus posibilidades y sus necesidades en orden a plantearse el compartir los canales y los recursos con otras entidades (art. 8.9 de la Directiva y 14 del proyecto de ley) o, en su caso, de acudir a la gestión a través de un tercero externo (art. 15 del proyecto de ley).

En este ámbito, las comunidades autónomas y, sobre todo, las diputaciones provinciales, deberían también ir diseñando las actuaciones posibles para ayudar a su puesta en marcha, a través de subvenciones o de asistencia, prestando especial atención a los municipios más pequeños²².

3.- Requisitos garantistas de los canales internos

En el proyecto de ley se regula cómo han de configurarse los procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, que han de incluir, entre otros elementos, los siguientes:

- Internamente, deben establecerse, con carácter previo, estrictos protocolos de seguridad. Los canales para recibir denuncias de una forma segura que garantice la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero

²⁰ LOZANO CUTANDA, B., "La directiva de protección del denunciante", *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.

²¹ Salvo en el ámbito de las sociedades mercantiles públicas, que ya avanzaron de forma notable en esta materia como consecuencia de la extensión a las mismas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 quinquies del Código penal tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo), no son muchas las entidades del sector público que disponen actualmente de estos sistemas, a salvo de los canales de denuncias en el marco de los planes antifraude a que se refiere la Orden HFP 1030/2021, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pues se recomienda a las entidades decisoras o ejecutoras o que participen en la ejecución de las medidas del PRTR la creación de un comité antifraude y de canales de denuncias.

²² Como defiende, y comparto su opinión, SÁEZ HIDALGO, I., "Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas", cit.

mencionado en la denuncia. El artículo 5.2.b) del proyecto de ley impone que el sistema garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, la protección de datos, impidiendo el acceso de personal no autorizado. Se debe permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos (art. 5.2.c).

- En su diseño, es necesario que estos canales aparezcan diferenciados y sean independientes respecto de los canales o sistemas internos de información de otras entidades u organismos. Esta cuestión es importante tenerla en cuenta para determinados canales de denuncia que ya tienen establecidos algunas administraciones públicas, y que, a fecha actual, dan servicio a otros organismos o entidades de su propio ámbito. En el caso de existir diferentes canales internos de denuncia, estos deberán integrarse y estar disponibles de manera unificada en la página principal del espacio web de la entidad, en una sección separada y fácilmente identificable. Además, el canal de denuncias y su funcionamiento deben ser transparentes, obligando a publicar información de forma clara y fácilmente accesible sobre el uso de todo canal interno de información que hayan implantado, así como sobre los principios esenciales del procedimiento de gestión (art. 5.2.d).
- En el plano tecnológico, los canales no sólo deben permitir que las alertas sobre infracciones se presenten de forma anónima, sino que deben garantizar que ese anonimato se proteja. La mayoría de las entidades del sector público no disponen de experiencia en canales confidenciales, pues todos los procedimientos administrativos existentes hasta la fecha exigían una identificación previa del interesado, y los espacios administrativos en los que opera la confidencialidad a menudo son relativos a información procedente de terceras personas con respecto a otros terceros.
- En cuanto a sus destinatarios, deberá garantizarse que puedan acudir a estos canales, al menos, las personas a las que se refiere el artículo 3 del proyecto de ley, y que, a través de estos canales, estos puedan alertar o informar sobre todo el catálogo de irregularidades previstas en la norma de transposición siempre que hayan tenido conocimiento en el contexto laboral o profesional.
- Un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses; en esta respuesta se informará al denunciante de las medidas previstas o adoptadas para seguir la denuncia, sin perjuicio de que con posterioridad deba ser informado de todos los avances y del resultado de la investigación.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- Se impone la obligación de realizar consulta previa con los sindicatos y representación legal de los trabajadores (empleados públicos), a quienes se les reserva por tanto un papel relevante en la configuración del canal (art. 5.1).
- Debe existir un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas.

El proyecto de ley propone, en definitiva, una serie de requisitos mínimos que deberán cumplir los canales internos, pero lo cierto es que, aun así, presenta dudas interpretativas en su articulado sobre cómo debe garantizarse, por ejemplo, el carácter de confidencialidad de los canales internos, lo que comportará no pocos problemas en la práctica.

4.- Órgano o *unidad responsable del seguimiento del canal interno*

Según el proyecto de ley, este puede ser una persona física u órgano colegiado, si bien en este caso se deberán delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación (art. 8).

Evidentemente, en el proyecto se exige que este órgano o persona responsable goce de la suficiente autonomía funcional con respecto al resto de órganos de gobierno, aunque de nuevo esta circunstancia podrá presentar problemas de aplicación, y más aun teniendo en cuenta la estructura orgánica administrativa muy jerarquizada, que dificultará la consecución del objetivo de independencia al quedar la elección del órgano o unidad de seguimiento en la elección de cada entidad pública.

En determinados casos, además, se prevé la posibilidad de externalizar el servicio de gestión del sistema interno de información para su gestión por un tercero externo, muy limitado para el sector público, al establecer que la gestión externa comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental. Esto evita que la externalización del canal pueda derivar en un ejercicio de potestad o de autoridad pública por actores privados (art. 15).

5.- *Posibilidad de cooperación interadministrativa para la gestión de los canales internos*

El proyecto posibilita la cooperación interadministrativa para la gestión conjunta o la delegación de la gestión de un canal interno a otra Administración. Se habilita con carácter general a externalizar el sistema de denuncias siempre que se justifique que no existen medios propios suficientes para su gestión; el artículo 14, que aborda la posibilidad de gestionar de manera conjunta un canal de denuncias entre varias administraciones, limita su uso a municipios de menos de 10.000 habitantes y a otras entidades del sector público con menos de 50 trabajadores. Así, se desprende *a sensu contrario* que, por encima de este umbral no será posible “externalizar” el canal de denuncias a otra Administración.

6.- *Denuncias externas*

Por *denuncia externa* se entiende la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones ante las autoridades competentes.

El propio texto del proyecto establece, como ya hace la Directiva, que los canales internos de información deben ser complementados con un canal externo, esto es, con la posibilidad de que quien conozca el hecho susceptible de ser comunicado pueda acudir a una autoridad pública que, con todas las garantías, tenga constancia del hecho informado y proceda a investigarlo y, en su caso, pueda colaborar con el Ministerio Fiscal cuando aprecie que el hecho objeto de la comunicación es constitutivo de delito.

Según la Directiva, los Estados deberán establecer canales de denuncia externa, para lo cual designarán a las autoridades competentes, las dotarán de los recursos apropiados y formarán a su personal para tratar adecuadamente las denuncias. En cuanto a estas autoridades competentes, deberá garantizarse lo siguiente:

- que establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos, de forma que garanticen la integridad y confidencialidad de la información y permitan su almacenamiento duradero para que puedan efectuarse nuevas investigaciones;
- que sigan las denuncias diligentemente;
- que den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o seis meses en casos debidamente justificados;
- que comuniquen al denunciante el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia, según los procedimientos previstos en el derecho nacional;
- que trasladen la información contenida en la denuncia a los organismos de la Unión para que se siga investigando cuando así esté previsto en el derecho comunitario o nacional.

7.- La Autoridad Independiente de Protección del Informante

Los Estados miembros pueden designar como autoridades competentes a organismos muy diversos, según explica la directiva en sus considerandos: autoridades judiciales, entidades de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.

Entre las diferentes alternativas que ofrece nuestro ordenamiento interno, el legislador considera idóneo acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante Autoridad) como el núcleo gordiano del sistema institucional en materia de protección del informante, ya que entiende que “*el carácter específico de la materia hace aconsejable que las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes sean ejercidas por una Autoridad de nueva creación sin posibilidad de acudir a otras ya existentes dentro del sector público*”.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Autoridad se configurará así como un ente de derecho público con personalidad jurídica propia dotado de autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Ejecutivo y del sector público, y en su configuración jurídica se distingue, por un lado, un régimen jurídico general y, por otro, ciertas singularidades, como la posibilidad de elaborar circulares y recomendaciones que establezcan los criterios y prácticas adecuadas para el cumplimiento de la ley, así como la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora.

8.- Posibilidad de que las CC.AA. regulen sobre los canales externos y de que su llevanza se encomiende a una Autoridad autonómica independiente

Como no podía ser de otro modo, por el respecto al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA., como pauta el artículo 149.1.18 de la CE, el proyecto de ley permite la posible implantación de canales externos de información por parte de las comunidades autónomas. La llevanza de dichos canales externos será asumida por autoridades independientes autonómicas análogas a la Autoridad Independiente de Protección del Informante Estatal, cuya competencia podrá extenderse tanto a las informaciones sobre infracciones que sean cometidas en el ámbito de las entidades del sector público autonómico y local del territorio de la correspondiente comunidad autónoma, como a las relativas a incumplimientos imputables a entidades del sector privado que produzcan efectos únicamente en el territorio de dicha comunidad autónoma.

9.- Revelación pública de las infracciones

Las personas que pongan la información a disposición del público (por ejemplo, mediante plataformas web o redes sociales, o acudiendo a medios de comunicación, cargos electos u organizaciones de la sociedad civil) podrán acogerse a las medidas de protección del proyecto de ley si cumplen alguna de las condiciones siguientes:

- que hayan denunciado primero por los canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas en los plazos fijados por el proyecto;
- que tengan motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente y manifiesto para el interés público o, en el caso de denuncia externa, cuando exista un riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

4 Conclusiones propositivas

1. En el ámbito del derecho comparado europeo, la falta de homogeneidad en la regulación de protección del *whistleblower* ha requerido la intervención legislativa a nivel comunitario para fijar un mínimo común en esta materia.

2. En España no existía antes del Proyecto de Ley de protección del informante una disposición normativa que se hubiese ocupado de regular, desde un punto de vista integral, la figura del denunciante y su estatuto jurídico, al menos no en los términos a los que obligaba la transposición de la Directiva.

3. Las agencias anticorrupción han nacido en España vinculadas a la Administración autonómica, ante la ausencia de un órgano estatal.

4. El proyecto de ley en tramitación regula los cauces para formalizar dos tipos de denuncias, internas y externas, y, cuando concurran determinadas condiciones, otorga también protección a la revelación pública de las infracciones.

5. Todas las entidades del sector público, incluidas las que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades están obligadas a crear canales de denuncias internos.

6. El proyecto de ley regula también los canales de denuncia externa, para lo cual prevé la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, si bien posibilita que las CC. AA. regulen sobre sus propios canales externos y que su llevanza se encomiende a una Autoridad autonómica independiente. Tanto la Autoridad estatal como las autonómicas deben ser dotadas de los recursos apropiados y formarán a su personal para tratar adecuadamente las denuncias.

7. Tanto en el caso de denuncias internas como externas, los canales de denuncia deben permitir denunciar por escrito (por correo, usando un buzón físico destinado a recoger denuncias o mediante una plataforma en línea) o verbalmente; en este segundo caso, podrá hacerse por vía telefónica o mediante sistemas de mensajería de voz, o, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial en un plazo razonable.

8. Las personas que pongan la información a disposición del público, podrán acogerse a las medidas de protección de la Directiva si cumplen determinadas condiciones previstas en el proyecto de ley.

Bibliografía

- BENÍTEZ PALMA, E., “El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia)”, *Revista Española de Control Externo*, n. 20(59), 2018, pp. 11-42. Acceso web: https://www.tcu.es/repositorio/2388e0c6-5eaf-4f9f-8b0b-b6a1a4b52c1b/R59_01_BenitezPalma_CEyWB.pdf.
- CAMPOS ACUÑA, M.C., “Modificación de la Ley de Transparencia en la Propuesta de Ley de Lucha Integral contra la corrupción y protección de los denunciantes”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”, *V Seminario de contratación pública. Formigal*, septiembre de 2014.
- GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»”, *Actualidad Administrativa*, n. Extra 1, Sección Actualidad, 2019.
- IGLESIAS REY, P., “La regulación autonómica”, López Donaire, B. y Gimeno Beviá, J. (dirs.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- IGLESIAS REY, P., “La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 22, 2022, pp. 70-87.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Los Códigos de conducta: nuevas formas de autorregulación como fundamento para la integridad y ejemplaridad institucional”, www.rafaeljimenezasensio.com, 2020.
- LÓPEZ DONAIRE, M^a.B., “Marcos de integridad y los canales de denuncia. El derecho a la buena administración”, *La Protección de Denunciantes: Propuesta de Regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LOZANO CUTANDA, B., “La directiva de protección del denunciante”, *Diario La Ley*, n. 950, Sección Tribuna, 10 de enero de 2020.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., ABRIL MARTÍNEZ, J., RODRÍGUEZ CELADA, E. y REYES RICO, L.I., “La protección del Whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 53, 2019, pp. 24-68.
- MIRANZO DÍAZ J., “El proyecto de Ley de protección de protección del denunciante y su incidencia en la contratación pública”, *El Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es), 13 de octubre de 2022.
- NIETO MARTÍN, A., “Las agencias anticorrupción”, Campos Acuña, M.C. (dir.), *Guía práctica de compliance en el sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- NIETO ROJAS, P., “Whistleblowers. Aspectos laborales de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la UE”, *El Foro de Labos*, 17 de octubre de 2019.
- REGO VILAR, S., “De alertadores e infraestructuras éticas globais: aplicación práctica”, *ECO. Revista do Eixo Atlántico*, 28 de septiembre de 2022. Acceso web: www.ecodixital.com.
- SÁEZ HIDALGO, I., “Claves para la implantación en el sector público de los canales de denuncias internas”, *Actualidad Administrativa*, n. 5, Sección Actualidad, 2022 (También en: *Diario La Ley*, n. 10084, Sección Tribuna, 22 de abril de 2022).
- VILLORIA MENDIETA, M., “El reto de la transparencia”, *Anuario de Transparencia Local*, n. 1, 2018, pp. 15-41.