

Cómo es y en qué consiste la futura Autoridad Independiente de Protección del Informante

Autor: **Javier Puyol**, magistrado en excedencia y exletrado del Tribunal Constitucional, es socio director de Puyol Abogados y uno de los grandes expertos en este campo.

Fuente: Confilegal

Como es un hecho conocido, por el Consejo de Ministros se acordó publicar el día 8 de marzo de 2022, el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, por la que se transpone 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. Un Anteproyecto que contempla la creación de una **Autoridad Independiente de Protección del Informante.**

El objeto de la Directiva es proteger a todas aquellas personas que informen sobre corrupción o fraudes y violaciones del Derecho de la Unión Europea y del ordenamiento jurídico interno, mediante el establecimiento de canales protegidos de comunicaciones y la prohibición de cualquier represalia contra ellos.

Con esta nueva regulación, **se pretende que se incremente la cultura anticorrupción**, la cultura de la transparencia y la cultura de la calidad democrática en los ámbitos de la administración y empresarial, y así, poder evitar que las represalias que se lleven a cabo contra las personas que denuncian queden literalmente impunes.

Además, se considera que con ello se va a crear específicamente un clima de confianza entre el informante y la Administración, que va a redundar siempre en beneficio de todos.

DOS SISTEMAS DE ACCESO PARA EL INFORMANTE

En este sentido, se ha indicado que la **futura ley establece dos sistemas de información** que garantizan la confidencialidad del informante.

Por un lado, un canal fundamentalmente interno en las organizaciones, en el que se permiten las denuncias de carácter anónimo, y, por otro lado, uno de tipo externo, para lo cual, y con relación a este último se crea la nueva figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que tendrá como función principal, el determinar si el hecho que se está denunciando supone efectivamente una infracción, y, si por ello, se hace necesario proteger al informante.

Consecuentemente con ello, y en aras de poder combatir efectiva y eficientemente la desconfianza de los potenciales informantes sobre el canal interno de denuncia, el Anteproyecto de Ley crea un canal externo complementario, independiente, a partir de la creación de una nueva figura, que es, precisamente, la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

Es en el Título VIII del citado Anteproyecto de Ley donde se regula la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

En lo que atañe al régimen jurídico de la misma, **en el Anteproyecto de Ley se regulan múltiples aspectos que han de presidir su funcionamiento.**

Dicha Autoridad podrá recibir comunicaciones de forma anónima o bajo el compromiso de confidencialidad.

Dichas comunicaciones podrán ser llevadas a cabo de manera escrita u oral; y estas últimas, de forma presencial o mediante grabación.

Y ello se apoya en el hecho de que en una sociedad democráticamente avanzada se ha de proteger adecuadamente a aquellas personas que, comunicando las irregularidades de las que, en su entorno laboral o profesional, tenga conocimiento, las publicite, permitiendo, de ese modo, a los poderes públicos puedan actuar, pudiendo poner fin a la actividad ilícita advertida cuando ésta afecte al interés general, constituyendo ello básicamente una cuestión de liderazgo, lo que representa avanzar en esa línea, como lo hace la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuya vía de la trasposición se ha iniciado mediante el Anteproyecto de Ley indicado anteriormente.

Hay que destacar que sólo habrá una adecuada protección del denominado «whistleblower» si, en primer lugar, existe no sólo el deber de comunicar conductas ilícitas de las que tenga conocimiento, sino además un sistema que permita canalizar las informaciones, lo que implica la implementación, por parte de las entidades públicas y privadas, de canales que permitan al que entra en contacto con la organización revelar la información de que dispone y que pueda constituir un ilícito susceptible de afectar al interés general.

GARANTIZA LA CONFIDENCIALIDAD DEL INFORMANTE

Ese canal interno de información al que hemos hecho referencia en párrafos anteriores debe garantizar, si queremos que salgan a la luz los comportamientos reprobables, la confidencialidad del informante, en todo caso, **siendo aconsejable prever, además, el anonimato del mismo.**

No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato, y por ello, garantizar una adecuada protección del informante exige, en cumplimiento de la Directiva 2019/1937, que España disponga de un completo marco normativo-institucional con el que dar respuesta eficaz a la necesidad de protección de quienes informan sobre infracciones del ordenamiento jurídico que afectan o menoscaban el interés general unido a una adecuada y eficaz respuesta normativa aconseja articular de manera conjunta, y por tanto, mediante la utilización del mismo instrumento normativo, el nuevo régimen jurídico aplicable a la protección del informante y el cauce institucional idóneo que garantice su plena operatividad.

Con independencia de ello, dicho canal interno de información debe ser complementado con un canal externo, es decir, con la posibilidad de que quien conozca el hecho susceptible de ser comunicado con arreglo a esta norma pueda acudir a una autoridad pública que, con todas las garantías, tenga constancia del hecho informado y proceda a investigarlo y, en su caso, y pueda colaborar con el Ministerio Fiscal cuando aprecie que el hecho objeto de la comunicación es constitutivo de delito.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley se hace mención al artículo 64 de la Directiva 2019/1937, la cual deja al prudente criterio de los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la misma y seguir adecuadamente las denuncias, consecuentemente con ello, dicho Anteproyecto señala que entre las diferentes alternativas que ofrece nuestro ordenamiento interno se ha considerado idóneo acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante como pilar básico del sistema institucional en materia de protección del informante.

En este caso, atendiendo a su particular naturaleza y encaje institucional en el sector público va a permitir canalizar satisfactoriamente el conjunto de funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes de cada Estado miembro.

Y por ello, entre las diversas posibilidades abiertas en el reto de afrontar eficazmente la transposición de la Directiva, el carácter independiente y la autonomía de que gozan este tipo de entes del sector público se considera la mejor forma de instrumentar el engranaje institucional de la protección del informante, excluyendo otras alternativas con menor independencia del poder ejecutivo y permitiendo, en definitiva, que sea una entidad de nueva creación la que garantice la funcionalidad del sistema, una entidad independiente de quien la nombra y de la Administración Pública, que atienda, en el ejercicio de sus funciones, a criterios de naturaleza técnica.

En este mismo sentido y tomando en consideración el carácter específico de la materia ha hecho, tal como se justifica en dicha Exposición de Motivos, que sea 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.

QUÉ ES LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

La Autoridad Independiente de Protección del Informante es una autoridad administrativa independiente, con un cierto parecido, por ejemplo, a la figura de Presidente/a de la Agencia Española de Protección de Datos, constituyendo un ente de derecho público de ámbito estatal, y sometido al régimen jurídico de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público,

La Autoridad Independiente de Protección del Informante **tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar tanto pública, como privada.**

Debe destacarse que la misma tiene que actuar en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía e independencia lo que no es del todo cierto, ya que en el ejercicio de las funciones atribuidas puede adoptar aquellas decisiones que entre el ámbito de su competencia, pero finalmente debe rendir cuentas de su gestión tanto en el Congreso de los Diputados, como en el Senado, tal como se establece en el artículo 59 del Anteproyecto, donde se determina que la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante comparecerá anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado.

La **autonomía y la independencia** que se predica **se establece tanto con el carácter orgánico y funcional respecto del Gobierno**, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Es importante señalar que dicha Autoridad Independiente tiene expresamente prohibido solicitar en el ejercicio de las funciones que tiene legalmente atribuidas instrucciones o aceptar las mismas de alguna entidad pública o privada.

FUNCIONES

Dicha Autoridad Independiente tiene como principales funciones, las que se indican seguidamente:

1º. Gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III.

2º. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en la presente ley.

3º. Participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la ley reguladora de sus funciones

4º. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el Título IX del citado Anteproyecto.

En lo que se refiere a la normativa que le es de aplicación, dicha Autoridad Independiente se regirá por lo dispuesto en la futura ley, en su Estatuto que tiene que ser aprobado en futuro próximo por el Consejo de Ministros, mediante el correspondiente Real Decreto, donde se determine su estructura, su organización y su funcionamiento interno, y, en las leyes reguladoras de los sectores sometidos a la supervisión de dicha Autoridad Independiente.

Al mismo tiempo, debe tenerse presente que, de manera supletoria, en cuanto sea compatible con su plena independencia que se atribuye a dicha Autoridad Independiente, la misma se ha de regir también por las normas citadas en el artículo 110.1º de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

QUIEN TRABAJA EN ESTA AUTORIDAD

En lo que se refiere al personal adscrito a dicha Autoridad, puede ostentar tanto la condición de funcionario, como de personal laboral, rigiéndose por lo dispuesto, Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y, en su caso, por la normativa laboral.

Inicialmente dicho nuevo Organismo, tal como se señala en la Memoria Técnica del citado Anteproyecto, tiene una dotación inicial de 28 personas adscritas al mismo, con un presupuesto que supone un desembolso para el erario público, y ello sin perjuicio de que por parte de la misma se tenga la capacidad de elaborar y aprobar su propia relación de puestos de trabajo.

Dentro de su régimen jurídico, debe tenerse presente que los contratos que celebre están sujetos a la legislación sobre contratación del sector público, y en lo que atañe a su régimen patrimonial tiene un patrimonio propio e independiente del que corresponde a la Administración General del Estado.

La defensa jurídica de la Autoridad Independiente de Protección del Informante corresponde a la Abogacía General del Estado, a través del Servicio Jurídico del Estado.

En lo que atañe al régimen de los recursos, expresamente se señala que los actos y resoluciones del Presidente de la Autoridad Independiente ponen fin a la vía administrativa, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición previsto dentro del ámbito del propio Anteproyecto de Ley, concretamente en su artículo 20.

El Anteproyecto prevé expresamente la atribución a dicha Autoridad Independiente de potestades de regulación, así como la posibilidad de elaborar circulares y/o recomendaciones dictar disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes de la persona titular del Ministerio de Justicia, en materia de protección del informante, siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello.

El ejercicio de la potestad de regulación se encuentra orientada a la determinación de los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las finalidades y funciones previstas en dicho Anteproyecto de Ley, y, en un futuro próximo, con relación a las normas que desarrollen la Ley que finalmente establecerá y determinará con carácter definitivo su régimen jurídico.

Es de destacar, que en el ejercicio de dichas potestades de regulación llevan consigo, de manera implícita, la **elaboración de los informes técnicos y jurídicos** que fueran necesarios para la correcta elaboración de dichas normas, así como la preceptiva audiencia a los interesados en las mismas, en cada caso.

Las circulares serán obligatorias una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

RÉGIMEN SANCIONADOR

Es importante, asimismo, tener en cuenta el régimen sancionador que se prevé en el artículo 52 del Anteproyecto, en relación con el Título IX del mismo, en el que se hace referencia al ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones que se prevén en el mencionado Título IX.

Al hilo de ello, es interesante tener en cuenta, que el régimen económico de la Autoridad Independiente de Protección al Informante se va a nutrir del importe de las sanciones que dicho Organismo imponga, lo que necesariamente debe dotar al mismo de un régimen reforzado de control de su actuación desde el punto de vista jurídico, a los efectos de que por razones económicas no se produzca una actuación expansiva sancionadora, al estar directamente interesada la misma en el ejercicio de dicha potestad, por las indicadas razones económicas a las que se ha hecho referencia.

El titular de la Autoridad Independiente de Protección del Informante tendrá rango de Subsecretario, y tiene que ser nombrado mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio Justicia, por un período máximo de permanencia en el cargo de cinco años, no siendo renovable dicho cargo por nuevos mandatos, ya que en ninguno de los casos el mismo puede ser objeto de prórroga.

El Presidente de la Autoridad Independiente **tiene que ser nombrado entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional** en el ámbito del cumplimiento normativo, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados que será con toda probabilidad, la de Justicia.

En este caso, el Congreso de los Diputados, a través de la Comisión correspondiente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá ratificar el nombramiento en el plazo de un mes desde la recepción de la correspondiente comunicación.

COMISIÓN CONSULTIVA

La Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante va a estar asesorada, de conformidad con dicho Anteproyecto, por una Comisión Consultiva que se integrará por los siguientes miembros:

a) Un representante del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

b) Un representante de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

c) Un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

d) Un representante del Banco de España.

e) Un representante de la CNMV.

f) Un representante de la CNMC.

g) Un representante de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

h) Un representante de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado.

i) Un representante del Ministerio de Hacienda y Función Pública perteneciente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

j) Dos representantes designados por el Ministerio de Justicia por un período de cinco años entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional.

A dicha Comisión Consultiva de Protección del Informante le corresponde emitir el correspondiente informe en todas aquellas cuestiones que le someta la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, y, asimismo, podrá formular propuestas en temas relacionados con las materias de competencia de ésta.

Finalmente, deben tenerse presente, de conformidad con lo previstos en el artículo 58 del Anteproyecto de Ley, las causas por las que se establece el cese del Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, el cual puede cesar por expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Consejo de Ministros, en los siguientes casos, así previsto y que son los que se indican seguidamente:

- Por incumplimiento grave de sus obligaciones.
- Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función,
- Por incompatibilidad,
- Por condena firme por delito doloso.

Consecuentemente con ello, en los tres primeros supuestos citados, en el Anteproyecto se indica, además, que para que dicha separación del ejercicio del cargo sea posible, es necesaria la correspondiente ratificación por mayoría absoluta de los miembros que integren la Comisión competente del Congreso de los Diputados.