

Canales externos de la Ley 2/2023, para informar de irregularidades: ¿a cuál acudir?

La Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, obliga a todos los Estados miembros a establecer canales de denuncia externa, por lo que se designarán las autoridades encargada

por **Ignacio Sáez Hidalgo, Letrado de los Servicios Jurídicos de la Junta de Castilla y León**

1. Canales externos

Una de las exigencias que la Directiva (UE) 2019/1937 (LA LEY 17913/2019), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, impone a todos los Estados miembros, es la de establecer canales de denuncia externa. Con ello se pretende que todas las personas que en el contexto de su relación laboral hayan tenido conocimiento de infracciones, tengan a su disposición cauces «externos» para comunicarlas en aquellos casos en que no puedan acudir al canal interno de su propio organismo o entidad —por ejemplo, cuando éste no exista—, o simplemente no quieran hacerlo —por temor a represalias, porque no confíen que en el mismo sean tramitadas correctamente, o por cualquier otra causa—.

Sobre la base de lo anterior, los Estados miembros deben designar a las autoridades que se harán cargo de estos canales externos con plenas garantías de independencia, autonomía, confidencialidad y seguridad. El legislador español, a la hora de transponer la Directiva en la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), ha incorporado ese requerimiento, contemplando la existencia de canales externos en un doble nivel: estatal y autonómico.

a) A nivel estatal la ley dispuso que esas funciones serían asumidas por una autoridad de nueva creación: la «Autoridad Administrativa Independiente de protección del informante (A.A.I.)». Las líneas generales de dicha autoridad se establecían en dicha norma y posteriormente han sido desarrolladas por el Real Decreto 1101/2024 (LA LEY 24344/2024), que aprueba su Estatuto regulador.

b) A nivel autonómico corresponde a cada comunidad autónoma determinar qué autoridad asumirá tal cometido. A la fecha de la entrada en vigor de la ley, algunas ya habían creado organismos para la lucha contra el fraude y la corrupción en su ámbito territorial, como era el caso de Cataluña, Valencia, Navarra, Islas Baleares y Andalucía. Tras la aprobación de la norma estatal también han designado sus autoridades las Comunidades de Galicia, Castilla y León, Castilla-La Mancha y más recientemente las Comunidad de Madrid.

En este escenario, una de las cuestiones más importantes desde el punto de vista de las personas que quieran informar de aquellas irregularidades, será poder identificar con claridad el ámbito sobre el que opera cada uno, para así saber a qué canal acudir en cada caso.

2. Delimitación competencial

El artículo 24 de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) se ocupa de establecer esta delimitación, para lo cual parte de separar aquellas infracciones que afectan al sector público, de aquellas otras que afectan al privado.

a) Infracciones que afectan al sector público

El artículo 24 dispone que el canal externo de la autoridad estatal (A.A.I.) será el competente para conocer de las comunicaciones de infracciones que afecten a la Administración General del Estado, al resto de entidades que integran el sector público estatal, o a los órganos constitucionales y de relevancia constitucional.

Por su parte, si se trata de una infracción que afecte al sector público autonómico, al local o a las instituciones autonómicas, el canal externo competente será el autonómico del respectivo territorio.

b) Infracciones que afectan al sector privado

En relación con las que afectan al sector privado, el criterio viene determinado por el ámbito espacial en el que la infracción produzca sus efectos. De este modo, serán competencia de la autoridad estatal, aquellas que afecten o produzcan sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma, mientras que serán competencia de las autoridades autonómicas aquellas otras cuyos efectos no trasciendan de su territorio (1) .

3. ¿Canal estatal o canales autonómicos?

Como hemos visto, en el ámbito del sector público el criterio seguido por el legislador resulta bastante claro, de modo que las personas que desarrollan en su actividad laboral en el mismo van a poder tener, a priori, una idea clara de cual podría ser su «canal externo de referencia». Por poner un ejemplo, si se trata de una infracción que afecta a la Jefatura provincial de tráfico de Valladolid, el canal externo competente sería el de la Autoridad estatal (A.A.I.) y no el de la comunidad autónoma respectiva.

Sin embargo, quienes que trabajan en el sector privado, no lo van a tener tan fácil para determinar si acuden al canal estatal o a un canal autonómico, pues en estos casos será necesario hacer una valoración previa acerca de cuál pueda ser el ámbito de afección de la infracción.

A diferencia del sector privado, quienes desarrollen su actividad laboral en el sector público pueden tener una idea clara de cuál será su canal de referencia

Sea cual fuere la solución, si llegado el caso concluimos que la competencia corresponde a la autoridad autonómica —al amparo del artículo 24—, podemos encontrar otro problema añadido, puesto que el «mapa de autoridades» presenta a fecha actual demasiadas incertidumbres. Y es que, como es sabido, no todas las comunidades autónomas han concretado cuáles serán las autoridades que, dentro de su ámbito competencial, actuarán como canales externos. Es más, incluso aquellas que ya lo han fijado, sólo en contadas ocasiones han llegado a establecer con claridad en su normativa reguladora sobre qué categorías de infracciones van a proyectar esa actividad investigadora (2) .

Así podemos establecer tres grupos de comunidades autónomas:

3.1. Comunidades que antes de la aprobación de la Ley 2/2023 ya disponía de oficinas o agencias en esta materia

Dentro del primer grupo estarían aquellas que, incluso antes de la aprobación de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) disponían de oficinas o agencias en esta materia.

Es el caso de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra y Andalucía. En todos estos casos sus funciones incluían la investigación de irregularidades, pero únicamente asociadas a la lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito público (instituciones públicas y, en el mejor de los casos, fondos públicos).

3.1.1. Cataluña

En Cataluña la Ley 14/2008 (LA LEY 16082/2008), de creación de la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC) extendía la actuación de su oficina a todo el sector público de la Comunidad (3) , admitiendo incluso hacerla extensiva a las actividades de particulares, empresas y entidades privadas contratistas del sector público catalán, concesionarias de servicios públicos o perceptoras de subvenciones públicas en relación con las obligaciones que asumen y el destino de los fondos que reciben.

Sin embargo, la norma catalana al referirse de forma específica a su función de «investigar o inspeccionar», restringía su ámbito en exclusiva al sector público de la Generalidad y al de las universidades públicas. Así, en relación con la administración local, las funciones de esta oficina se limitaban a supervisar que su actuación se desarrollara dentro de sus competencias y, en el caso de que en ejercicio de ese cometido detectase posibles irregularidades, instar a la Administración local respectiva para que las investigase informando posteriormente a la OAC de sus resultados.

La competencia de la OAC para investigar irregularidades también estaba restringida respecto de las que afectaban al Parlamento y otras instituciones autonómicas, ya que en estos casos se limitaba a su actividad administrativa y de gestión patrimonial y tan sólo cuando así se solicitara expresamente desde tales instituciones. De este modo, al amparo de dicha norma, si la OAC recibiese una comunicación de una infracción en el ámbito de tales instituciones, debería remitírsela a la afectada para que ella decidiera qué hacer al respecto. De este modo, si ésta optara por enviarla a la OAC para que la investigara, esta oficina autonómica ya no estaría actuando en puridad como un «canal externo» para los trabajadores de dichas instituciones (más bien estaría ejecutando un encargo de tal institución).

Tras la aprobación de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), en Cataluña se dictó la Ley 3/2023 (LA LEY 3216/2023)(4) , la cual atribuye a la OAC las funciones que, de acuerdo con la Ley estatal,corresponden a las instituciones u órganos competentes de las comunidades autónomas. Con ello, a día de hoy cabría preguntarse en qué medida el ámbito de las actuaciones de investigación de la OAC se ha visto alterado y si, en su caso, alcanzaría también a las denuncias sobre irregularidades de la administración local, de las instituciones autonómicas y, fundamentalmente, de las entidades del sector privado. Si nos atenemos estrictamente al tenor literal de la norma, las funciones que la ley estatal atribuye a las autoridades de las comunidades autónomas como canal externo son todas las previstas en el artículo 24.2 de la ley estatal, lo que incluiría todas las comunicaciones de infracciones del sector público autonómico y local de su territorio, las de sus instituciones autonómicas y las de las entidades del sector privado, cuando el incumplimiento se circunscriba a su ámbito territorial.

3.1.2. Valencia

Valencia también disponía de su propia Agencia Valenciana Antifraude (AVAF), creada por la Ley 11/2016 (LA LEY 18522/2016) (5) , para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción en el ámbito de las instituciones públicas valencianas. En este caso, la regulación permitía que la oficina investigase irregularidades que afectasen a todo su sector público e instituciones autonómicas —estas últimas tan sólo con relación a su actividad administrativa y presupuestaria, aunque sin necesidad de solicitud expresa de las mismas—, corporaciones de derecho público, asociaciones y las actividades de concesionarias de servicios o perceptoras de ayudas o subvenciones públicas, contratistas y subcontratistas del sector público autonómico (con relación con las obligaciones que asumen y el destino de los fondos que reciben). La regulación valenciana incluía, además, de forma expresa, los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales y cualquier entidad financiada mayoritariamente por las administraciones públicas o sujeta al dominio efectivo de las mismas.

En junio de 2024 se introdujo una reforma en su ley reguladora (6) incluyendo por primera vez la referencia a sus funciones como canal externo en los términos de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023). En este caso simplemente se dijo que el canal externo de denuncias del sector público de la Agencia y su procedimiento de información se regirá por su normativa propia, por la Directiva (UE) 2019/1937 (LA LEY 17913/2019), así como por la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023). Como vemos, tal redacción tampoco acababa de concretar en qué medida resulta afectada la situación preexistente, sobre todo en relación con las infracciones del sector privado que afecten de forma exclusiva a su ámbito territorial, si bien partiendo de lo establecido en el artículo 24.2 y no existiendo previsión en otro sentido, la competencia debería ser asumida en primera persona por la autoridad autonómica.

3.1.3. Navarra

Navarra creó su Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción (OANA) por Ley Foral 7/2018 (LA LEY 8158/2018). Su labor de investigación de conductas irregulares también se proyectó desde su inicio respecto de todo el sector público navarro, en una delimitación similar a la contemplada en la norma valenciana. Sin embargo, en relación con las irregularidades que afecten a las instituciones autonómicas, la regulación contenía una previsión más próxima a la catalana, al disponer que la OANA solo podría investigarlas si así se lo solicitaba de forma expresa el Parlamento.

Una Resolución de la propia OANA dictada en junio de 2023 (7) estableció que dicha oficina actuaría a partir de ese momento como canal externo de denuncia o información previsto en el artículo 10 y siguientes de la Directiva y en el artículo 16 de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), reproduciendo en su tenor literal todo el ámbito subjetivo de la Ley 7/2018, sin hacer ninguna referencia a las infracciones del sector privado, y omitiendo también la remisión que antes hacía a las posibles investigaciones sobre irregularidades en el ámbito del Parlamento navarro.

3.1.4. Andalucía

En el caso de Andalucía, la Oficia contra el fraude y la corrupción (OAAF) fue creada por la Ley 2/2021 (LA LEY 15044/2021) para prevenir y erradicar el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses de todo el sector público andaluz, también siguiendo en líneas generales el modelo valenciano.

Tras la aprobación de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), la oficina también dictó una Resolución (8) por la que acordó crear en Andalucía el canal externo previsto en el artículo 16 de la norma estatal, omitiéndose una vez más cualquier mención adicional sobre si, a partir de este momento, en este canal asumiría directamente —como canal externo— las informaciones sobre irregularidades del sector privado que afectasen únicamente al ámbito territorial Andalucía por aplicación del artículo 24, o si se intentaría gestionar de otro modo.

3.1.5. Islas Baleares

Islas Baleares también creó en su momento una Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en su ámbito territorial, pero posteriormente fue suprimida por la Ley autonómica 2/2024 (LA LEY 8641/2024) (9) .

3.2. Comunidades autónomas que no disponía de oficinas con competencias específicas en esta materia, pero ahora han designado autoridades para asumir sus canales externos

Dentro de un segundo grupo estarían aquellas comunidades autónomas que no disponían de oficinas con competencias específicas en esta materia, pero que tras la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) han designado autoridades para asumir sus respectivos canales externos.

3.2.1. Galicia

Galicia fue la primera en hacerlo, en la Ley 10/2023 (LA LEY 36201/2023) (10) . A través de la misma se creó la Autoridad Gallega de Protección de la Persona Informante (AGPI), asumiendo funciones de gestión del canal externo en relación con la administración general e institucional de la Comunidad, administración local, universidades e instituciones autonómicas. Esta regulación autonómica es la primera que reconoce expresamente que sus funciones como canal externo se extienden también a las infracciones de las entidades del sector privado en la medida en que las informaciones o hechos comunicados se circunscriban de modo exclusivo al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

3.2.2. Castilla y León

Castilla y León también ha creado recientemente la Autoridad Independiente en materia de corrupción (Ley 4/2024 (LA LEY 11019/2024)) (11) . Su competencia para actuar como canal externo se extiende en relación con las irregularidades de todo el sector público autonómico y local de Castilla y León y respecto del Procurador del Común, el Consejo Consultivo, Consejo de Cuentas y Consejo Económico y Social de la Comunidad. Sin embargo, en relación con las irregularidades de las Cortes de Castilla y León, su actividad de investigación se limita a la actividad administrativa y de gestión patrimonial y tan solo en aquellos supuestos en que el propio Parlamento de lo solicite de forma expresa (igual que ocurría en Cataluña y en Navarra).

Más allá de lo anterior, cabe observar que, frente a lo que ocurría en Galicia, la norma de Castilla y León excluye de forma expresa la posibilidad de que su autoridad actúe como canal externo en relación con las comunicaciones de irregularidades del sector privado (12) .

3.2.3. Castilla-La Mancha

Castilla-La Mancha también se ha ocupado de la cuestión (13) encomendando las funciones a un órgano ya existente, en concreto al Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de la comunidad (creado por la Ley 4/2016 (LA LEY 20547/2016)) (14) . La delimitación de sus funciones se hace por referencia a la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), disponiendo que serán las que dicha norma atribuye en su artículo 43 a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.. Este precepto es el que atribuye a la autoridad estatal la gestión del canal externo regulado en el Título III para la recepción e investigación de infracciones tanto de entidades del sector público como de las del sector privado, con lo que no existiendo previsión en otro sentido, parece que el ámbito de actuación de la Autoridad de Castilla— La Mancha se extendería a todas ellas.

3.2.4. Madrid

La Comunidad de Madrid ha sido, al día de la fecha, la última en designar qué autoridad se encargará de las funciones de canal externo, encomendándose al Consejo de Transparencia y Protección de Datos de la propia Comunidad (15) . En cuanto a la delimitación de sus funciones al igual que ocurría en el caso de Castilla-La Mancha, se hace por remisión a las que el artículo 43 de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) atribuye a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., lo que apunta en el sentido de que dicha autoridad autonómica asumiría las comunicaciones de irregularidades, tanto de entidades del sector público, como de las del sector privado (16) .

3.3. Comunicades Autónomas que a esta fecha han manifestado que no tienen intención de designar ninguna autoridad autonómica para asumir funciones de canal externo

Un tercer grupo de comunidades autónomas estaría conformado por aquellas que, a esta fecha, han manifestado de forma expresa que no tienen intención de designar ninguna autoridad autonómica para asumir las funciones de canal externo que les atribuye el artículo 24.2 de la Ley.

Es el caso de Murcia y de Extremadura. Ambas han exteriorizado su voluntad de suscribir un convenio con la Autoridad estatal (A.A.I.) para que sea ésta quien asuma tales cometidos al amparo de lo establecido en el artículo 24.1.c y Disposición adicional segunda (17) .

3.4. Resto de Comunidades Autónomas que aún no se han pronunciado al respecto

Por último, quedarían el resto de Comunidades que aún no se han pronunciado sobre cómo afrontarán las responsabilidades que, en materia de canal externo, les atribuye la ley estatal.

4. Incertidumbres y retos

A esta fecha, tan sólo ocho comunidades autónomas han designado qué autoridades asumirán las funciones de canal externo previstas en la Directiva 2019/1937 (LA LEY 17913/2019) y en la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023), y ni siquiera todas llegan a estar, hoy en día, plenamente operativas. Tampoco la autoridad estatal ha empezado a desarrollar los cometidos que le corresponden.

Por otra parte, como hemos visto, las comunidades autónomas que antes de la aprobación de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023) ya disponían de agencias y oficinas con competencias para recibir e investigar denuncias como canal externo, tras la entrada en vigor de la norma estatal tampoco han alcanzado a delimitar normativamente su ámbito de actuación con total claridad, sobre todo en lo relativo a las infracciones del sector privado. En el extremo contrario, Galicia y Castilla y León serían las que se han pronunciado más claramente sobre esta cuestión: la primera para incluirlas, y la segunda para excluirlas de forma tajante.

Las CCAA que previamente a la Ley 2/2023 ya disponían de agencias como canal externo, tampoco han delimitado su ámbito de actuación con total claridad

No incorporar dentro del ámbito de actuación de las autoridades autonómicas las infracciones del sector privado que afecten en exclusiva a su ámbito territorial, deja en el aire la pregunta sobre qué autoridad asumirá esas funciones. Como ya hemos adelantado, parece que la solución en estos casos quedaría a expensas de un posible convenio con la autoridad estatal, posibilidad que a esta fecha tampoco está suficientemente clara, puesto que el Estatuto regulador de la A.A.I. nada contempla en relación con los términos y condiciones en que dicha autoridad pueda estar dispuesta a suscribir estos acuerdos con las comunidades autónomas. Otro tanto de lo mismo podríamos decir en relación con las comunidades que han rechazado de forma tajante nombrar sus propias autoridades, supeditando todo a esos posibles convenios (como es el caso de Murcia y Extremadura).

Con todo ello, el panorama actual para aquellas personas que han tenido conocimiento de una irregularidad en su contexto laboral y quieran acudir a un canal externo para comunicarla puede resultar desalentador. La Ley de protección de informantes (LA LEY 1840/2023), a pesar de su buena intención, no debería haberse puesto en marcha sin que la autoridad estatal (A.A.I.) encargada de hacerla cumplir, estuviese plenamente operativa. El trabajo conjunto de dicha autoridad con las autonómicas que ya existían —y que atesoraban ya una dilatada experiencia en la materia—, podría haber resultado fundamental para adelantarse al problema, ofreciendo criterios claros en algunas cuestiones esenciales:

- Criterios sobre cómo se determinará el ámbito (territorial) de afección de las infracciones del sector privado, algo esencial para poder saber si la autoridad competente será, en cada caso, la estatal o la autonómica.
- Criterios para determinar qué autoridad será competente en irregularidades en las que estén afectados al mismo tiempo el sector público y el sector privado, o cómo llegar a determinarlo.
- Criterios de actuación para las propias autoridades, en aquellos casos en que estén investigando de una infracción del sector privado que, en principio parecía afectar sólo a su ámbito territorial, pero que posteriormente se detecta que sus implicaciones desbordan el mismo.
- Criterios o mecanismos para solucionar posibles conflictos positivos y negativos de competencia entre la autoridad estatal y las autoridades autonómicas, o de éstas entre sí.
- Criterios para determinar en qué términos la autoridad estatal estará dispuesta a suscribir convenios para asumir, como canal externo, las competencias autonómicas en aquellos casos en que éstas no creen sus propias autoridades o en aquellos en que, creadas éstas, no lleguen a asumir todas las competencias a que se refieren las letras a), b y c) del artículo 24.2 de la Ley 2/2023 (LA LEY 1840/2023).

Mientras no se resuelvan estas cuestiones, no podrá empezar a consolidarse con garantías el sistema de protección que exige la Directiva. Los informantes no sabrán a ciencia a cierta a qué autoridad acudir y hasta las mismas autoridades podrán tener dudas acerca de su propia competencia en determinados casos. Podrá ocurrir que una misma infracción sea investigada por dos autoridades distintas que se consideren competentes, o incluso —y esto sería más grave—, que una irregularidad se quede sin ser investigada si ninguna admite su competencia, al no disponer de criterios ni mecanismos para solucionarlo.

Con todo ello, llegado este momento, es necesario ponerse cuanto antes manos a la obra para acabar con esta situación de inseguridad. La falta de claridad genera desconfianza en el sistema, algo que no nos podemos permitir, ya que debilita nuestra capacidad para avanzar hacia una sociedad más transparente y justa en la que no tenga cabida el fraude y la corrupción.

Fuente: https://diariolaley.laleynext.es/

LINK DE LA NOTICIA