

Una oportunidad perdida: el control externo y la protección del informante en la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

JORGE FERRÁN DILLA

Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento 1.º de Fiscalización.
Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social

RESUMEN

El conjunto de medidas adoptadas para la protección de informante en la reciente ley 2/2023 ha supuesto la creación de un nuevo organismo para el desempeño de unas actividades que, por un lado, exceden notablemente del ámbito previsto en la Directiva que lo justifica, y por otro, en este momento y en su mayor parte, se desarrollan ya o podrían llevarse a cabo con muy escaso incremento de medios, por órganos ya existentes como el Tribunal de Cuentas.

PALABRAS CLAVE

Informante

Comunicación

Infracciones

Canales de Información

Competencia

ABSTRACT

The set of measures adopted for the protection of whistleblowers in the recent law 2/2023 has led to the creation of a new body for the performance of activities that, on the one hand, significantly exceed the scope provided for in the Directive that justifies it, and on the other hand, another, at this moment and for the most part, are already being developed or could be carried out with very little increase in means, by already existing bodies, such as the Court of Accounts.

KEYWORDS

Informant

Communication

Offenses

Information Channels

Functions

1. La sociedad democrática avanzada y la protección del Informante

El pasado 21 de febrero se publicaba en el BOE la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que **informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción**, mediante la que se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

El soporte constitucional de esta norma se encuentra dentro de las competencias exclusivas que atribuyen al Estado los apartados 1.^a, 6.^a, 7.^a, 11.^a, 13.^a, 18.^a y 23.^a del artículo 149.1 del texto constitucional, según se indica en la Disposición Final Octava. Esto es, en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; la legislación mercantil; la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas; la legislación laboral; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios; el procedimiento administrativo común; la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; y la legislación básica sobre protección del medio ambiente.

Ciertamente, las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son, a menudo, las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto y al informar sobre ellas desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad; pero ello no puede obviar que quienes podrían ofrecer esa información renuncien a hacerlo ante el temor a las consecuencias que podría conllevar esa actuación.

En una sociedad democrática avanzada el ciudadano no es mero sujeto pasivo de las decisiones del poder político sino, por el contrario, es sujeto activo que impulsa la acción pública resultando su colaboración indispensable para el correcto funcionamiento del Estado y de la sociedad en su conjunto, así como para la general aplicación de las normas; esa condición de ciudadano no se resuelve en el mero cumplimiento personal de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone, sino que la defensa del interés público exige compromiso personal para con el mejor funcionamiento de las instituciones públicas.

La Directiva 2019/1937 establece, para las empresas y entidades públicas afectadas por el ámbito material de la misma, recogido en su artículo 2, unos aspectos mínimos de los distintos cauces de información mediante los que una persona física conocedora en un contexto laboral de una infracción del Derecho de la Unión Europea, pueda denunciar la existencia de la misma, al considerar que es preferible que la información sobre prácticas

irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar rápidamente los posible daños. Además de estos canales internos, exige la Directiva la determinación de otros canales de información, denominados «externos», con el fin de ofrecer a los ciudadanos una comunicación con una autoridad especializada, que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia en su entorno.

En el mismo sentido y coincidiendo con el impulso del Derecho de la Unión Europea, algunas regulaciones sectoriales, de manera especial en el ámbito financiero o de defensa de la competencia, habían incorporado instrumentos específicos para que, quienes conocen de actuaciones irregulares o ilegales, puedan facilitar a los organismos supervisores datos e información útiles. Además, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, contempla la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión, en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable.

La colaboración ciudadana se ha manifestado tradicionalmente en el deber de todo ciudadano de denunciar cuanto delito presencie, a lo que la legislación ha ido añadiendo esa especial colaboración respecto de actuaciones contrarias a la normativa urbanística, medioambientales o sobre el patrimonio histórico-artístico. Ahora, la Ley 2/2023 persigue extender la colaboración extendiendo la protección que dimana de la misma a quienes transmiten información no solo respecto de una pluralidad de materias que incluyen las infracciones del Derecho de la Unión Europea, en los términos de la Directiva 2019/1937, sino, con carácter general, a todas las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, incluyendo en todo caso aquellas que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Pese a que la propia ley se justifica por el riesgo personal que asume el ciudadano por la transmisión de la información, la nueva regulación adolece de ausencia de medidas que satisfagan, de alguna manera, el interés personal de quien asume el riesgo, lo que podría traer consigo convertir el sistema en una estructura burocrática vacía y carente de los efectos esperados respecto de la persecución de actividades delictivas y de las que conductas corruptas. El sistema propuesto se ha centrado en medidas pasivas, como el anonimato y la ayuda frente a posibles represalias, sean informativas, de apoyo jurídico o financiero, para olvidar medidas proactivas dirigidas a hacer partícipe a los ciudadanos de las ventajas que para el interés público va a suponer la información que comunican, en especial respecto de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, sea con las mejoras de ingresos que pueden obtener sea por la reducción o mejora de la eficiencia de los gastos públicos, además de que al atribuirle condición de interesado en la gestión de la información que transmite promueva una mayor exigencia en la consecución de un resultado que le beneficia a él y a la sociedad. Se promueve en el ciudadano la voluntad de colaborar exclusivamente por deber cívico, pero se olvida el beneficio e interés personal y con ello se le excluye no solo de los

beneficios que tendrá la explotación de la información para exclusivo beneficio del Estado sino de la posibilidad de participar como interesado, con las limitaciones que se estimen necesarias en beneficio de los terceros afectados, en el control de la actividad administrativa dirigida a explotar esa información, pues «No es por la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero por lo que contamos con alimentos, sino por el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio»¹.

El Consejo de Estado, en su informe 1361/2022, reconoce que la trasposición de la Directiva pudo haberse reducido a garantizar a los informantes de incumplimientos sobre las materias contempladas en la Directiva, o en su caso haber establecido regímenes distintos para esas y las restantes. Tampoco exige la Directiva la creación de un órgano especial e independiente al que se atribuyan las competencias necesarias para el desarrollo de las funciones a las que ella se refiere, resultando tal decisión una opción legal. En todo caso, no manifiesta el Consejo de Estado disconformidad sobre la opción por la que se decantó el Proyecto de Ley informado.

2. Finalidad y ámbito de aplicación de la ley

La finalidad de la Ley 2/2023 es doble: por un lado, proteger a los informantes frente a las represalias que puedan sufrir y, por otra, promover y fortalecer la cultura de la información, **o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público.**

A diferencia de la Directiva, la Ley prefiere emplear la expresión «informante» en vez de la de «denunciante o denuncia», que en la parte dispositiva de la norma solo se emplea en una ocasión en relación con quien proporciona información al amparo de la ley. Se elude la confusión de la situación protegida por esta norma con el procedimiento de incoación de un procedimiento sancionador o con el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa (Artículo 11 del real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora) o incluso penal, siendo que lo perseguido es regular un especial procedimiento dirigido a la recepción de información sobre la presunta comisión de infracciones o delitos que garantice el anonimato de quienes la transmiten y, en su caso, medidas de apoyo a quienes la efectúan.

El objeto del régimen de la protección creado por la Ley tiene en su centro al denominado Sistema de Información, dedicándose el Título II a regular el Sistema de Información Interno, sin que la Ley coherentemente con esa denominación se refiera a un Sistema de Información Externo, por el contrario dedica el Título III al Canal Externo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, o su réplica autonómica, lo que trae consigo cierta confusión como se observa a continuación dado el contenido del artículo 13.3 de la Ley.

1. *La Riqueza de las naciones*. Capítulo 2. Adam Smith.

Al Sistema Interno de Información (SII) se le dedica el Título II de la Ley configurándolo como el cauce preferente en todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma, para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia; además debe permitir que la información, verbal o por escrito, sobre las infracciones previstas en el citado artículo 2 se produzca con las exigencias contenidas en el artículo 5 de la Ley 2/2023, y, en todo caso, garantizando la confidencialidad y contando con un responsable del sistema información, entre otros requisitos en el precepto indicados.

El SII, por otra parte, se compone de 2 canales: un canal interno, a través del cual se tramitan la información relativa a los incumplimientos de la propia entidad o sus empleados; y, en los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación, «canales externos» para conducir las comunicaciones que reciba de los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias, tal y como se desprende del artículo 13.3 de la Ley.

La Ley, como se ha dicho, no prevé un Sistema de información Externo, sino el denominado Canal Externo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AIPI) Autoridad Administrativa Independiente, o autoridades u órganos autonómicos correspondientes, a los que se encarga la supervisión y control de las infracciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley que constituye la pieza angular del sistema de información

La creación de SII en el ámbito privado resulta obligatoria para aquellas personas físicas o jurídicas que tengan contratados a **más de 49** trabajadores; a las que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente a que se refieren las partes I.B y II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019; así como a los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. Las personas jurídicas del sector privado que no estén obligadas a crear un SII podrán voluntariamente establecerlo, pero deberá cumplir, en todo caso, los requisitos previstos en esta ley.

Las personas jurídicas privadas que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores y que así lo decidan, podrán compartir entre sí el Sistema interno tanto si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado, en todo caso respetando las garantías previstas en la ley.

En el ámbito público la obligación de implantar un SII se extiende a todas las entidades que integran el sector público, los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas a los anteriores. En aquellos organismos públicos con funciones de comprobación o investigación de incumplimientos sujetos a esta norma, se distinguirá, al menos, entre un canal interno referente a los propios incumplimientos, del organismo o de su personal, y el canal externo referente a las comunicacio-

nes que reciba de los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias.

Excepcionalmente, podrán compartir el SII, los municipios de menos de 10.000 habitantes, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas de su ámbito autonómico; y con la Administración de adscripción las entidades pertenecientes al sector público que cuenten con menos de cincuenta trabajadores. En todo caso, deberá garantizarse que los sistemas resulten independientes entre sí y los canales aparezcan diferenciados respecto del resto de entidades u organismos, de modo que no se genere confusión a los ciudadanos².

Pues bien, ese canal interno de información en el ámbito de las empresas u organismos 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 por un canal ajeno al de la empresa u organismo y que le garantice la protección frente a represalias o perjuicios de todo tipo y proceda a investigar su fechoría y, en su caso, traslade los hechos al Ministerio Fiscal o al organismo competente para poner fin a la infracción sin identificar al comunicante, creando la ley el citado «canal externo de la AIPI».

Las infracciones normativas cuya comunicación queda amparada por el manto de protección que brinda la Ley alcanzan a cualesquiera acciones u omisiones que, en primer lugar, puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea que, en los términos indicados en la Directiva 2019/1937, afecten a los intereses financieros de la UE o al mercado interior; y, en segundo lugar, a todas aquellas que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave incluyendo, en todo caso, aquellas que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Las medidas de protección del informante previstas en el título VII de la Ley tales como el anonimato, la prohibición de represalias, o el apoyo jurídico y en su caso financiero, se aplicarán no solo al informante sino, en su caso, a quienes en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, le asistan en el proceso, así como a compañeros de trabajo o familiares del informante. Por último, la ley incluye entre los beneficiarios de medidas de protección a personas jurídicas para las que trabaje el informante o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa (artículo 3.4).

Los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley deberán aprobar el procedimiento de gestión de informaciones, estableciendo las previsiones necesarias para que el Sistema interno de información y los canales internos de información existentes cumplan con los requisitos establecidos en esta ley. Asimismo, el órgano de Gobierno de cada entidad

2. Según la memoria de impacto normativo del proyecto de ley, se estima que la adopción de las medidas tenga para el sector público un coste que asciende a 204,9 millones euros como coste único y a 319,9 millones de euros en concepto de costes anuales. Para el sector privado (medianas y grandes empresas) el coste total previsto asciende a 542,9 millones de euros como coste único y a 1.016,7 millones de euros en concepto de costes anuales.

queda obligado a disponer de un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad previstos en esta ley, de forma que únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente podrá accederse total o parcialmente al contenido del referido registro.

Los datos personales relativos a las informaciones recibidas y a las investigaciones internas a que hubiera habido lugar solo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con esta ley, sin que pueda superar los 3 meses, transcurridos los cuales se procederá su supresión, salvo aquellos aspectos necesario para acreditar el funcionamiento del sistema. De apreciarse falta de veracidad en la información comunicada se procederá, salvo que se apreciara carácter delictivo en ella, a su inmediata supresión. En ningún caso podrán conservarse los datos por un período superior a diez años. (artículos 26.2 y 32.3 y .4 d).

En relación con el régimen de sanciones por las infracciones previstas en la ley, resulta reseñable su elevado importe en comparación con los previstos por los incumplimientos de las obligaciones de rendición de cuentas por las entidades del Sector Público o de colaboración con el Tribunal de Cuentas. Así, para las personas físicas se prevén sanciones desde 1.000 € en las infracciones leves hasta 300.000€, importe superior para las infracciones muy graves, horquilla que para las personas jurídicas se amplía hasta 1.000.000 de euros para las infracciones muy graves. Además, en el caso de infracciones muy graves, se podrán imponer la prohibición de contratar con el sector público durante 3 años o de «obtener subvenciones u otros beneficios fiscales» durante 4 años.

3. La Autoridad Independiente de Protección del Informante, Autoridad Administrativa Independiente (AIPI)

La Directiva 2019/1937 dedica sus artículos 11 y 12 a regular los canales externos y los procedimientos mediante los que en ellos se podrán llevar a cabo las denuncias de las infracciones a las que se refiere la Directiva

El Artículo 11 impone a los Estados miembros la obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguir las denuncias, designar a las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas, y las dotarán de recursos adecuados. Además, velarán por que las Autoridades designadas establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos para la recepción y el tratamiento de la información sobre infracciones; para que acusen recibo de la denuncias en los siete días siguientes a su presentación, salvo que el denunciante solicite otra cosa o se considere razonablemente que comprometería la protección de la identidad del denunciante; sigan las denuncias diligentemente; den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados; comuniquen al denunciante el resultado final de toda investigación desencadenada por la denuncia, de conformidad con los proce-

dimientos previstos en el Derecho nacional; transmitan en tiempo oportuno la información contenida en la denuncia a las instituciones, órganos u organismos competentes de la Unión, según corresponda, para que se siga investigando, cuando así esté previsto por el Derecho de la Unión o nacional.

La Directiva prevé que las autoridades competentes, tras examinar debidamente el asunto, puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento; archivar el procedimiento por lo que respecta a denuncias reiteradas y ya resueltas que no contengan información nueva y significativa. Por último, en caso de un elevado número de denuncias, la Directiva faculta a las autoridades competentes para que puedan seguir prioritariamente las denuncias de infracciones graves o de infracciones de disposiciones esenciales que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, sin perjuicio de que en todo caso se dé respuesta en el plazo de los 3 o 6 meses antes indicados.

Para la consecución de las finalidades antedichas, el legislador español ha optado por la creación de un órgano específico para ello. Así, el sistema establecido para la protección del informante en la Ley 2/2023 por su parte, tiene como elemento clave a la denominada Autoridad Independiente de Protección del Informante (AIPI) Autoridad Administrativa Independiente y a las autoridades u órganos autonómicos correspondientes que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley, resultan a efectos del título III de igual condición que la AIPI.

El sistema establecido por la Ley no prevé un solo órgano, sino que la propia ley exige su replicación en los ámbitos autonómicos de forma que la regulación del Canal Externo de Información en el Título III de la ley, hubiera resultado más claro denominarlo Sistema Externo de Información, expresamente prevé en su artículo 16.2 que las referencias contenidas a la AIPI se entenderán hechas, en su caso, a las autoridades autonómicas competentes.

La Autoridad Independiente de Protección del Informante, es un ente de derecho público de ámbito estatal, de los previstas en el artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, esto es, se configura como una «autoridad administrativa independiente»³.

No obstante, de acuerdo con la Disposición Adicional Octava de la Ley 2/2023, el ámbito de aplicación del título VIII de esta ley, precisamente el dedicado a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, se limita a la Administración General del Esta-

3. Artículo 109 Ley 40/2015 de 1 de octubre:

1. Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas **funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas**, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.
2. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

do y resto de entidades del sector público estatal lo que dificulta notablemente la comprensión de la naturaleza atribuida al órgano dado que, en su caso, las funciones de regulación o supervisión propias de aquella sobre sectores económicos o actividades determinadas al parecer quedarían limitadas al ámbito del sector público estatal, en su sentido más restrictivo.

La AIPI goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, actuando con plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno⁴, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos, sin que ni el personal ni los miembros de los órganos de la AIPI puedan solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. De acuerdo con el artículo 42.2 de la Ley 2/2023, la AIPI queda vinculada al Ministerio de Justicia, a través del cual se relaciona con el Gobierno.

Se atribuye a la AIPI la gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III; la adopción de las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41; informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla; tramitar los procedimientos sancionadores e imponer sanciones por las infracciones previstas en el título IX, en su ámbito de competencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61; y el fomento y promoción de la cultura de la información.

Mediante real decreto se aprobará el Estatuto de la AIPI, por el que se desarrollará su estructura, organización y funcionamiento interno. La Ley 2/2023, regula sucintamente aspectos del régimen jurídico, de personal, económico patrimonial y contable, de la contratación, de la representación en juicio, de la actividad normativa, la potestad sancionadora y los recursos contra las decisiones del organismo.

Asimismo, la ley regula los órganos de la AIPI, la Presidencia y la Comisión Consultiva de Protección del Informante.

La persona titular de la Presidencia tendrá rango de subsecretario, nombrada por real decreto a propuesta del titular del Ministerio de Justicia, por un período de cinco años no renovable ni prorrogable, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de las materias competencia de la Autoridad. De acuerdo con el artículo 53.2, la persona propuesta comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y, dentro del mes siguiente a la comunicación de su nombramiento y por mayoría absoluta de la Comisión correspondiente, el Congreso deberá ratificarlo.

4. El coste ordinario de la Autoridad Independiente de Protección del Informante se estimaba en la memoria del impacto normativo del Ministerio de Justicia en 3,88 millones de euros, sin perjuicio de que, a medida que el organismo se ponga en funcionamiento, pueda financiarse mediante las sanciones impuestas. En el mismo documento y respecto a la dotación de personal, se prevé una plantilla formada por un total de 28 personas: un presidente, con rango de Subsecretario, 3 directores de división, 1 coordinador de área, 6 jefes de área, 5 jefes de servicio, 6 personas de apoyo administrativo y 3 puestos de secretarías de alta dirección y 3 puestos de secretarías de director de división.

A la Presidencia corresponde la representación legal de la AIPI, la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Consultiva de Protección del Informante, dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos de la AIPI, disponer los gastos y ordenar los pagos, celebrar los contratos y convenios, desempeñar la jefatura superior del personal de la AIPI, nombrar a las personas titulares de los órganos directivos, resolver los procedimientos en materia sancionadora y las demás funciones que le atribuyen esta ley, su Estatuto y el resto del ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la Comisión Consultiva, esta asistirá a la persona titular de la presidencia de la API, quien la presidirá y quedará integrada por otras 13 personas, con rango de director general o asimilado, en representación respectivamente del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado, del Ministerio de Hacienda y Función Pública perteneciente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Dos (2) designados por el Ministerio de Justicia, y un representante de las personas informantes a nivel nacional de la asociación o asociaciones más representativas.

La Comisión se reunirá, al menos, semestralmente para examinar aquellas cuestiones que plantee el Presidente, y sus decisiones no serán vinculantes.

A la AIPI le corresponde, cabría decir que exclusivamente respecto del sector público estatal, la gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III, la adopción de las medidas de protección al informante, informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla, la tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX, en su ámbito.

En resumen, se ha creado un órgano cuya función justificativa, la recepción de información y anonimización de los autores de las mismas, queda circunscrita al ámbito del sector público estatal y, en su caso, a promover la coordinación y la «cultura de la información».

En el estado actual, el Tribunal de Cuentas queda incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, tal y como expresamente señala su artículo 13.3, respecto de la obligación de dotarse de un Sistema Interno de Información que le permita conocer de las irregularidades e infracciones cometidas por el propio organismo y por el personal a su servicio. Pero, además, por las peculiaridades de la función fiscalizadora que sin duda incluyen actividades de comprobación o investigación, el Tribunal de Cuentas debe disponer de un canal externo que le permita recibir las informaciones de terceros sobre incumplimientos de las entidades cuya investigación le corresponde.

4. La Información y el Tribunal de Cuentas: una oportunidad desaprovechada

La organización del Estado en una sociedad democrática avanzada no se reduce a garantizar formal y materialmente la «separación de poderes» sino que incorpora una estructura institucional que en los ámbitos del asesoramiento jurídico, monetario, socioeconómico, y de control económico, permitan que el ejercicio de esos poderes se realice con mejor grado de conocimiento de las materias sobre las que deben pronunciarse, minorando la comisión de errores y permitiendo un mejor control de las decisiones adoptadas.

Dentro de ese ámbito institucional se encontraría el Tribunal de Cuentas, como órgano de relevancia constitucional, al que se le asigna el control de la gestión económico financiera del sector público mediante el ejercicio de la «función fiscalizadora» dirigida, precisamente, a la verificación de la regularidad del actuar administrativo y de la eficacia de su operativa en la gestión económico financiera del sector público, todo ello íntimamente vinculado a la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los gastos, la recaudación de ingresos y a los fondos o activos públicos.

El Tribunal de Cuentas se configura constitucionalmente bajo el principio de independencia y ajenidad a la estructura administrativa y empresarial, lo que lo convierte en organismo idóneo para la recepción anónima de denuncias, comunicaciones o información de relevancia económica, máxime cuando la mayor parte de esta información sería de interés en el desarrollo de su función fiscalizadora, de control sobre de la gestión económica financiera del sector público.

Para la Real Academia de la Lengua Española la actividad fiscalizadora consiste en «criticar y traer a juicio las acciones y obras de otro», y, por extensión vigilar los resultados de una actuación respecto de las previsiones que de ella se habían hecho. El Preámbulo de la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, aprobado por INTOSAI en 1998, estableció que los objetivos específicos de la fiscalización deben ser «la apropiada y eficaz utilización de los fondos públicos, la búsqueda de una gestión rigurosa, la regularidad en la acción administrativa y la información, tanto a los poderes públicos como al país, mediante la publicación de informes objetivos».

La doctrina se refiere a la actividad fiscalizadora que llevan a cabo los órganos de control externo como aquella función de control, ejercida de forma permanente y a posteriori, sobre la actividad administrativa, la composición económica y la gestión de los entes y órganos que conforman el sector público de un país. Esta actividad tiene como finalidad la verificación de la documentación contable relativa a la utilización de los fondos públicos, la búsqueda de una gestión pública rigurosa, así como la regularidad de la acción administrativa, que deberá atenerse a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía, convirtiéndose, de este modo, en una actuación profesionalizada, técnica, y proyectada sobre la actividad económico-financiera de la Administración Pública⁵. Su desarrollo supone reco-

5. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C: «Función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*. Vol. I Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982; pág. 61.

ger, investigar y analizar los hechos producidos, con la finalidad de comprobar si la situación de hecho justificada es la realmente existente y si se corresponde con aquello previsto o proyectado.

El artículo 10.1 de la Declaración de Lima (IX Congreso de INTOSAI reunido en Lima en 1977) dispone que «las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones y el derecho a pedir de los órganos del departamento controlado todos los informes, de forma oral o escrita, que les parezcan necesarios».

La jurisprudencia se ha encargado de delimitar y precisar el significado del concepto de fiscalización. El Tribunal Constitucional, en Sentencias 187/1988, de 7 de octubre y en la 18/1991, de 31 de enero de 1991, elaboró una definición jurisprudencial sobre el concepto de fiscalización de las cuentas públicas al afirmar que «la actividad fiscalizadora se centra en el examen y comprobación de la actividad económico-financiera del Sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficiencia y economía, y el resultado de la misma se recoge en los Informes o Memorias anuales que el Tribunal debe remitir a las Cortes, en los que propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del Sector público, y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado...».

En todo caso fiscalizar supone «conocer», y ello exige recabar y obtener información sobre la actividad y sobre la entidad sujeta a control, sea escuchando a quienes gestionan las organizaciones fiscalizadas o a quienes con ello se relacionan, sea pidiendo y recibiendo de los órganos fiscalizados la documentación necesaria para conocer el reflejo contable de las operaciones económicas realizadas y la justificación de su necesidad, preparación, desarrollo y ejecución que permita contrastarla con la legalidad vigente. Es este aspecto el que resulta fundamental para llevar a cabo la actividad fiscalizadora que tiene encomendada el Tribunal de Cuentas y que no puede restringirse al mero examen formal de las Cuentas llamadas a reflejar la actividad económica del Estado, siendo la recepción de información sobre la gestión examinada, por ejemplo a través de las entrevistas con el personal de la entidad, uno de los medios utilizados para el desempeño de la función fiscalizadora, como se pone de manifiesto en los Manuales de Procedimiento elaborados por el propio Tribunal sea para la fiscalización de regularidad o para la fiscalización operativa o de gestión.

La Ley Orgánica 2/1982 de 15 de mayo, del Tribunal de Cuentas, vincula la función fiscalizadora con el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, ampliando esta sumisión a partir del año 2015, a los principios de transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género. Precisa la Ley Orgánica que el Tribunal fiscalizará, en particular, los contratos celebrados por el sector público la situación y las variaciones del patrimonio del Estado y demás Entidades del sector público, y los créditos extraordinarios y suplementarios, así como las modificaciones de los créditos iniciales.

Sobre esta noción de la función fiscalizadora se han ido acumulando, entre las actividades del Tribunal de Cuentas, la gestión de ámbitos notables de información vinculados con la gestión pública y distintos a la recogida en las cuentas públicas, precisamente con aquellos aspectos que presentan mayores riesgos para la hacienda pública, y aun privados como son los que recaen sobre los partidos Políticos y sus fundaciones vinculadas, o sobre quienes formalizan contratos, suscriben convenios o perciben subvenciones, precisamente por su vinculación con las funciones que le son propias.

No se trata de la remisión anual de la Cuenta General del Estado, de la de cada Comunidad Autónoma o Corporación Local (con las peculiaridades propias de los diversos ámbitos autonómicos) sino del envío de información ajena a esta documentación estrictamente contable. Así, pueden destacarse los casos siguientes:

Información sobre Contratos, Convenios y Encargos

La propia Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas incidió en este aspecto al imponer a todos los Centros, Organismos o Entidades que hubieran celebrado contratos de los indicados en el artículo 39, la obligación de enviar anualmente al Tribunal una relación de los mismos, con la documentación que se menciona, sin perjuicio de remitir al Tribunal cualesquiera otros que aquél les requiera; a lo que se sumó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 335 impone a los órganos de contratación el envío al Tribunal de Cuentas de diversa documentación vinculada a los contratos que superen unos determinados importes, tal y como en términos similares habían exigido las anteriores leyes sobre contratación pública.

En ejecución de la ley, el Pleno del Tribunal aprobó unas Instrucciones Generales sobre remisión telemática de contratos al Tribunal de Cuentas respectivamente por el sector público estatal y autonómico y el sector público local, en las que, tras vincular las sucesivas Instrucciones adoptadas por el Tribunal de Cuentas con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales de rendición, se pone de manifiesto la conveniencia mantener la remisión de información al Tribunal de los contratos de compra-venta, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, regidos por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, al igual que los convenios de colaboración y los convenios con personas sujetas a derecho privado, así como la remisión de información sobre encargos a medios propios personificados, lo cual facilita al Tribunal de Cuentas el ejercicio de su función fiscalizadora en relación con los diversos negocios jurídicos obligacionales llevados a cabo por el Sector Público.

A fin de llevar a cabo esta Instrucción se adoptaron una serie de sistemas y procedimientos telemáticos, las denominadas Plataformas de remisión de contratos, merced a las que se facilita el envío de la información sobre contratos, convenios y encargos de forma rápida y segura.

Información sobre Acuerdos municipales contrarios a los reparos de la Intervención

En el ámbito local, la modificación del artículo 218 del T. R. de la Ley de Haciendas Locales por la ley 27/2013 de 27 de diciembre, impuso al órgano interventor la obligación de remitir anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos lo que ha dado lugar a la adopción de unos sistemas telemáticos que permitan su envío y facilitan la explotación de la información en ellas contenida, y así el Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2019, aprobó la Instrucción sobre remisión de información relativa al ejercicio del control interno de las Entidades Locales a partir del ejercicio 2019, así como a la comunicación de hechos comprobados por el órgano de Intervención que pudieran ser constitutivos de responsabilidad contable.

Información sobre la gestión económica de los Partidos Políticos

Desde la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, modificada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, se atribuyó al Tribunal de Cuentas el control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, aspecto este que ha pasado a incluirse dentro de las competencias y funciones del Tribunal de Cuentas recogidas en el artículo 1 de su Ley Orgánica, que la extiende a los partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, así como la de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos. Esta inclusión en el ámbito competencial del Tribunal de Cuentas se ha producido pese a que ya el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, los calificaba como entes privados de naturaleza asociativa y por tanto ajenos al sector público.

Este control se extiende a la fiscalización de la legalidad de los recursos públicos y privados de los partidos políticos, así como a la regularidad contable de las actividades económico-financieras que realicen y a la adecuación de su actividad económico-financiera a los principios de gestión financiera que sean exigibles conforme a su naturaleza. Asimismo, le corresponde al Tribunal de Cuentas verificar el cumplimiento de la normativa en materia de ingresos y gastos en los procesos electorales y la representatividad de la contabilidad electoral presentada con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; ello dio lugar a la elaboración de sistema telemático para la rendición de las cuentas de las asociaciones políticas y sus entidades vinculadas así como el envío de la información económica que debe acompañarlas.

Sorprendentemente, pues no se le atribuye esa función respecto de la contabilidad pública, el legislador atribuyó al Tribunal de Cuentas la elaboración del Plan específico de cuentas para las formaciones políticas (Disposición Adicional Octava Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de Partidos Políticos) siendo el Acuerdo del Pleno de 26 de septiembre de 2013, el que da aprobación al Plan de Contabilidad Adaptado a las Formaciones Políticas, el cual ha sufrido diversas modificaciones, la última por Acuerdo del Pleno de 7 de marzo de 2019.

El Tribunal de Cuentas puede y podía desarrollar las funciones que la Ley asigna a la AIPI en su artículo 43, pues dispone de una notable y acreditada capacidad para la gestión de información relativa a la gestión llevada a cabo por el sector público en su integridad y el tratamiento de grandes volúmenes de información a través de sus diversas plataformas. Además, ofrece, para la protección de la identidad del informante, iguales si no mayores garantías de independencia de las que le pueda ofrecer un organismo en todo caso vinculado a un Ministerio, cuyo presidente es nombrado por el Gobierno.

El Tribunal ya cuenta con la función de informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla; pero también lleva a cabo actuaciones de tramitación y resolución de procedimientos sancionadores e imposición de sanciones o de multas coercitivas por las dilaciones en la tramitación/cumplimiento de requerimientos.

El Tribunal de Cuentas lleva a cabo, por expresa imposición legal, funciones de coordinación y cooperación con los órganos de control externo, por lo que ni la función ni el desempeño en esta materia resultan ajenos a las funciones del Tribunal de Cuentas ni, por extensión, al control externo español.

La íntima vinculación del control externo con la cultura de la información convierte el fomento y promoción de dicha cultura en beneficiosos para el desempeño de ambas funciones.

Por último, pero no menos importante, cabe recordar que en el seno del Tribunal de Cuentas se integra la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, órgano de Ministerio Fiscal cuya participación en la tramitación de las informaciones permitiría una mayor agilidad, rapidez y eficacia para que cuando resulten indiciarias de conductas delictivas sean trasladadas a los órganos competentes del Ministerio Fiscal para su investigación.

En conclusión:

La asunción por el Tribunal de Cuentas de la gestión de los Sistemas de Información y protección de los informantes, de las funciones asignadas a la AIPI, hubiera estado plenamente justificado por razones de eficacia, eficiencia y economía, tal y como ha ocurrido con la asunción de otras materias en los términos antes expuestos, que además evidencian una cierta experiencia del órgano en la gestión de canales o sistemas de Información, vista la profusión de Plataformas dirigidas precisamente a la remisión de información.

Además, atendida su configuración constitucional, ninguna duda cabe acerca de la independencia del órgano y de quienes en él desempeñan sus funciones, quedando ambos y respecto de la información que conocen en el ejercicio de esas funciones sujetos a secreto, lo que reiteraría la protección del anonimato de los informantes y se completaría por la protección adicional que esta asignación al Tribunal de Cuentas hubiera aportado y a la que nos referimos a continuación. En efecto, la inmensa mayoría de las materias cuyas infracciones están incluidas en el ámbito de la Ley son también materias susceptibles de

examen en la actividad fiscalizadora a desarrollar por el Tribunal de Cuentas y respecto de las que las informaciones aportadas resultarían idóneas para un mejor desempeño de esa función fiscalizadora.

Por último, la función fiscalizadora propia del Tribunal de Cuentas permitiría que en el desarrollo de la labor investigadora de las informaciones recibidas pudiera ocultarse no ya al informante que la provoca sino al propio origen, la información, de la actuación del Tribunal de Cuentas pues, al resultar indistinto si la misma proviene de una información o se realiza de oficio por el Tribunal como un acto preparatorio, redundaría en una mayor seguridad para el informante, a diferencia de lo que ocurre cuando la actividad investigadora es desarrollada por la AIPI, pues en este caso necesariamente cabe colegir que media una denuncia.

El legislador ha optado por la creación de un órgano específico para la gestión de la información y por extender el ámbito material de la norma, sea el sistema o la protección, a la información sobre delitos y cualesquiera infracciones que merezcan el calificativo de grave y muy grave; pero también, por contrario imperio, puede en el futuro buscar una solución menos gravosa para las arcas públicas, tan eficaz y segura como la adoptada, atribuyendo la función a órganos que ya venían realizando funciones similares eliminando con ello duplicidades innecesarias.