



La Ley 2/2023, de 20 de febrero¹: Una visión crítica desde las perspectivas jurídica, gestora y fiscalizadora

Lorenzo Pérez Sarrión

Secretario general Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana
Habilitado nacional -secretario y secretario-interventor- (excedente)
Abogado de la Generalitat Valenciana (excedente)

Revista Auditoría Pública nº 82

Julio - diciembre 2023. Páginas: 118-133

Resumen: El presente artículo aborda, con perspectiva crítica, la transposición efectuada por el legislador español 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, positivizada 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. Se enfatizan aspectos mejorables de la norma y se alerta, pese a las deficiencias detectadas, sobre la ineludible necesidad de su cumplimiento.

Palabras Clave: Sistema interno de Información; compliance; lucha contra la corrupción; integridad; protección del informante; auditoría pública; órganos de control externo (OCEX). Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

Abstract: This article addresses, from a critical perspective, the transposition made by the Spanish legislator of Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council, of October 23, 2019, regarding the protection of people who report on violations of Union Law, positivized in Law 2/2023, of February 20, regulating the protection of people who report on regulatory violations and the fight against corruption. Improvable aspects of the standard are emphasized and alert, despite the deficiencies detected, about the unavoidable need to comply with it.

Keywords: Internal Information System; compliance; fight against corruption; integrity; whistleblower protection; public audit; OCEX (acronym for Spanish regional public sector audit institutions). Audit Office of the Valencian Community.

1. 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. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>.



SUMARIO

1. Una regulación tardía y manifiestamente mejorable
2. Una norma poco realista, ajena a la compleja estructura asimétrica territorial española
3. “Más madera”. Otra ampliación del perímetro de compliance
4. La ley desde el punto de vista del sufrido gestor
5. La ley desde la perspectiva del jurista
6. La óptica del fiscalizador respecto del cumplimiento de la ley. ¿Habrá auditorías de infarto?
7. A modo de conclusiones

Aclaración previa

Esta ley era necesaria, nadie puede cuestionarlo: no solo porque así lo exigiera la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019² (en adelante, la Directiva), sino porque una verdadera política de integridad en las instituciones así lo precisa.

Que no quede duda, pues, acerca de la necesidad de proteger con todos los medios posibles al alcance del Derecho a las personas que informen sobre infracciones normativas o que contribuyan activamente en la lucha contra la corrupción, sea cual sea el ámbito de la administración pública u otras entidades de su ámbito subjetivo, a que se refiera dicha información o denuncia comunicada.

Pero las cosas se pueden hacer de otra manera.

Las siguientes reflexiones tratan de poner de relieve las dificultades de una aplicación efectiva y generalizada, en el

2. <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>.

ámbito del heterogéneo sector público que conocemos³ -a menudo pensaremos desde el tan olvidado minifundismo municipal-, de las obligaciones que la Ley impone; la oportunidad perdida por el legislador de facilitar su cumplimiento; cómo este hecho puede conllevar efectos perversos, por las consecuencias -o falta de ellas- de su incumplimiento; la inseguridad jurídica e incertidumbre administrativa que comporta; así como el previsible incremento de la conflictividad administrativa y jurisdiccional.

1. Una regulación tardía y manifiestamente mejorable

a. Las prisas son malas consejeras. Cumplir versus sanción UE

Sabemos que la Directiva establecía un plazo de trasposición a los derechos nacionales que en el caso español había sido superado, y que de no haberse adoptado con urgencia la tramitación de la ley que comentamos, habría derivado en un procedimiento sancionador contra España.

Por lo tanto, había prisa. Cuestión distinta es que no se conociera suficientemente, desde hacía cuatro años, esa necesidad regulatoria. Como tantas veces, o no se previó esa programación normativa o se frivolisó al no articular en tiempo y forma su tramitación.

b. De nuevo ¿se ha sobreactuado? El discurso “fácil” acerca de las cuotas de impunidad

El legislador europeo, a través de la Directiva objeto de trasposición al derecho nacional por la ley que comentamos, estableció un umbral subjetivo de aplicación en el sector público local en la cifra de 10.000 habitantes, si bien la exposición de motivos de la ley española, en su extenso apartado III aclara que no es esta su opción, justificándolo así: *“En consecuencia, atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes, de no facilitar resquicios que puedan dañar gravemente el interés general, se extiende a todos los*

municipios la obligación de contar con un Sistema interno de información.”

Es una opción a mi juicio desproporcionada tanto por los inevitables incumplimientos que generará como por la dudosa utilidad real de añadir el canal interno de información cuando existen otros, de carácter externo, que perfectamente podían cumplir esta función, al menos en pequeñas entidades.

c. Una ley poco participada por quienes podían haber aportado la experiencia del recorrido de instituciones autonómicas y locales que ya se dedicaban a ello

No es cabalmente asumible argumentar que las prisas por una regulación, ya extemporánea, hayan justificado el procedimiento exprés de regulación de la ley por el Estado, sin contar con la reflexión que un proceso participativo sosegado, con las autoridades creadas y en funcionamiento en diversas CCAA, podía haber aportado mediante propuestas regulatorias basadas en la experiencia real desarrollada.

No compartimos esta visión simplista de la cuestión, al menos con las medidas que (no) ha dispuesto el legislador para paliar su obvia carencia de medios y recursos para que la aplicación normativa en este tipo de administraciones resulte creíble o viable. Lo veremos más adelante.

d. Dos cuestiones puntuales acerca de la ley

i. La potestad sancionadora no se presupone, requiere de ley habilitante expresa, en el correspondiente ámbito territorial propio autonómico (art. 60 ss.)

No es este un punto menor de crítica a la norma que comentamos. Tanto por cuestiones formales como materiales.

En efecto, desde el punto de vista formal, *stricto sensu*, el legislador estatal no es el competente para atribuir competencias sancionadoras a órganos distintos de su -por constituirse- autoridad administrativa independiente

3. Obviamos, por el alcance específico al que ceñimos estas reflexiones, cualquier referencia al cumplimiento de la ley por otros sujetos, distintos de los del sector público, a que se refiere el art. 3 en relación con el capítulo III del título II de la Ley.

(AAI). Las agencias que ya funcionan en el ámbito territorial de algunas CCAA, o las que puedan crearse en otras donde aun no existen, ejercerán sus competencias de acuerdo con lo que establezcan sus propias y exclusivas leyes reguladoras (principio de reserva de ley), en el ámbito de su propia potestad de autoorganización, sin perjuicio del cumplimiento de las normas básicas que resulten de aplicación, en cuyo marco no parecen encajar muy bien las previsiones del regulador estatal.

Materialmente, el diseño del legislador estatal viene a consagrar, también en este punto de vista de cierre del cumplimiento del sistema interno de información, la desigualdad de trato en la materia regulada, en función del territorio -estatal, autonómico y local- lo que no se compadece muy bien con los propios objetivos de la Ley y la Directiva europea que la propicia.

Podemos concluir provisionalmente que el ejercicio real y efectivo de la potestad sancionadora, tal y como está recogido en el título IX de la ley, requiere de pronunciamientos normativos adicionales, lo que desde luego no ayuda a facilitar/exigir una aplicación integral de las previsiones de la propia ley, algo que no resulta ejemplar precisamente cuando hablamos de este concreto aspecto de la integridad pública.

ii ¿Es constitucionalmente cuestionable el art. 9.2. f?

Criticamos que el art. 9 no haya optado por imponer un procedimiento administrativo común para la gestión de las informaciones por las administraciones sujetas a contar con un sistema interno de información, obligando a diseñar cada uno sus propias normas procedimentales.

Pero el apartado "f" del punto segundo de dicho precepto nos genera una inquietud jurídica añadida, por cuanto dentro del contenido mínimo de esa regulación, exige que se regule el establecimiento de determinados derechos de la persona afectada, algo que no nos parece ni formalmente correcto, sin una exigencia mínima de rango reglamentario para dicha regulación; ni suficientemente garantista: de nuevo, aquí, las desigualdades de trato, también en este crucial aspecto, en función de las previsiones de cada una de las casi diez mil regulaciones que incomprensiblemente se exigen para tantas otras administraciones obligadas a hacerlo.

No es cuestión menor la regulación de derechos, aunque sea con sujeción a los principios constitucionales, y la Norma Fundamental se puede ver comprometida en determinadas regulaciones dispersas y poco alineadas con ese contenido.



2. Una norma poco realista, ajena a la compleja estructura asimétrica territorial española

Ilustraremos esta idea con tres referencias:

a. Consolidación de la desigualdad

Una ley básica estatal no debería introducir elementos de desigualdad -ya lo hemos apuntado-, más allá de respetar las peculiaridades de organizaciones y territorios, pero la ley 2/23, a mi juicio, ha provocado una heterogeneidad de situaciones de aplicación y cumplimiento que, de facto, se traduce en un carente de fundamento y asimétrico régimen jurídico, que en mi opinión se debería haber evitado. Un desigual trato que se manifiesta:

i. Entre niveles de administración

La norma, que entró en vigor después de la *vacatio legis* de veinte días tras su publicación en el BOE (DF 12^a), resulta de aplicación a partir del 13 de junio de 2023 para la gran mayoría del sector público, como establece su Disposición transitoria segunda respecto del plazo máximo para el establecimiento de sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes: 3 meses con carácter general para el sector público (apartado 1^o); y hasta el 1 de diciembre de 2023 para los municipios de menos de diez mil habitantes (apartado 2^o).

Por su parte, la Disposición final undécima prevé la regulación del Estatuto de la A.A.I., que se verificará en el plazo de un año desde la vigencia de la Ley (entendemos, por tanto, que al menos el mismo plazo regirá para crear dicha AAI en el ámbito de la administración del Estado).

Las obligaciones "a la carta" se completan con la Disposición adicional cuarta, relativa a la Administración de los Territorios Históricos del País Vasco, con una remisión genérica a la respectiva normativa autonómica.

Desde luego, no estamos ante un modelo uniforme de exigencia de cumplimiento, y tampoco modulado sobre

la disponibilidad heterogénea de medios en los distintos niveles de administración.

ii. Entre territorios

Sin entrar en las dudas razonables que sugieren la inexistencia a nivel estatal de una A.A.I. (art. 42 ss. Ley) cuando la ley -y sus obligaciones, con sus correspondientes sanciones- ya resulta aplicable para el resto de administraciones, tampoco se entiende que sean solo algunas CCAA las que tengan creadas y en funcionamiento las respectivas estructuras organizativas de prevención del fraude y de lucha contra la corrupción, que debemos entender como AAI en los respectivos territorios donde ejercen sus competencias, con diversas denominaciones.

Poco que añadir: resulta difícilmente comprensible, a nivel jurídico, esa desigualdad de trato en la prevención del fraude y la lucha contra la corrupción según el ámbito territorial en que esta o aquel tengan lugar.

Y valga lo dicho para las obligaciones derivadas de esta ley, por muy básica del art. 149 CE que se autoproclame (Disposición final octava, relativa a los títulos competenciales invocados): desigual trato de las AAPP (y por lo tanto de sus ciudadanos) según estén en Catalunya, Comunitat Valenciana, Baleares, Andalucía o Navarra, o bien en el resto de CCAA y Ciudades autónomas. Queda apuntado.

iii. Corolario de los distintos plazos de cumplimiento

Por si fuera poco, no podemos pasar por alto la Disposición adicional quinta⁴, referida a la "Estrategia contra la corrupción", que nos sorprende con una importante declaración que compromete el cumplimiento de diseñar esa Estrategia contra la Corrupción, en el tiempo récord de 18 meses, pese a que, no lo olvidemos, ni el Estado ni todas las CCAA tienen creada y en funcionamiento sus agencias anticorrupción con las que, como dice la disposición, se debe contar para su diseño. La verdad, cuesta de entender y crearlo. No sabemos con qué información de soporte ni con qué datos pretende hacerlo.

4. Disposición adicional quinta. Estrategia contra la corrupción.

El Gobierno, en el plazo máximo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, y en colaboración con las Comunidades Autónomas, deberá aprobar una Estrategia contra la corrupción que al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley, así como las medidas que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo.

b. ¿Quién piensa en el pequeño gestor/aplicador de la norma, en plena vorágine de procesos electorales en curso? Reaparece de nuevo un sentimiento de resignada impotencia entre el gestor, que efectivamente quiere cumplirla

Nada mejor que adoptar la sufrida visión local de las numerosas entidades de nuestro mapa territorial para sentirse abrumado por otra obligación legal más (compliance, en el moderno lenguaje administrativo al uso, importado del ámbito de la gestión privada). No olvidemos la coincidencia del calendario electoral local, previsible según la LOREG⁵, y el de algunas CCAA, a fin de disponer lo necesario para poner en marcha el sistema de información y canal de denuncias que la ley exige. No era el mejor momento.

El mero hecho de tener que designar una persona como responsable tal y como prevé el art. 8 de la ley, con la cualificación necesaria y la independencia de ejercicio resulta un objetivo inalcanzable en muchas corporaciones locales que apenas cuentan con un funcionario para atender toda la gestión local, y que a veces es compartido entre varias entidades.

Es materialmente imposible cumplir -como en lo referido a otras disposiciones- cuanto dispone esta norma.

c. Cumplir una ley (otra más) puede provocar otros incumplimientos

No es infrecuente que a veces exista cierta antinomia entre normas de diferentes ámbitos y procedencias. En el caso de la ley 2/23, aparte de que modifica diversas normas (entre otras la de la jurisdicción contenciosa, la de defensa de la competencia, o sobre todo la de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), está íntimamente imbricada con este aspecto de los datos personales, en cuyo campo hay zonas de confluencia o interferencia que requerirá ajustes interpretativos entre ambas regulaciones que las

hagan coherentes y complementarias en su regulación, por lo que habrá que estar atento al estricto cumplimiento de cuanto dispone la ley 2/23, pero sin entrar en conflicto con regulaciones de orden superior -rango de ley orgánica en tanto que reguladora de derechos fundamentales- como lo constituye la LOPD 3/2018 de 5 diciembre⁶. De nuevo, una dificultad añadida para el aplicador del derecho, en el complejo marco multisectorial de nuestro ordenamiento jurídico actual.

3. “Más madera”. Otra ampliación del perímetro de deberes y obligaciones

a. Las condiciones previas -y necesarias- para su cumplimiento: ¿Hemos hecho los deberes en materia de ENS, ENI, protección de datos, gestión y calificación documental, administración electrónica o transparencia?

Cumplir con las obligaciones que esta ley dispone en cuanto a contar con un canal de información ciertamente complejo (art. 7: diversidad de modalidades, y, sobre todo, la posibilidad de anonimidad en la presentación de comunicaciones), exige el previo cumplimiento de otras, anteriores, sin las cuales no se entiende factible su operatividad con garantías.

Nos referimos a cuanto tiene que ver con los requerimientos técnicos exigibles tanto por las normas previstas por el Esquema Nacional de Seguridad⁷ (ENS) y las específicas de interoperabilidad⁸ (ENI); las exigencias en materia de protección de datos⁹ (LOPD) y las de los respectivos registros de actividades de tratamiento (RAT) o las propias de protección informática en materia de ciberseguridad, tanto hacia el exterior como en el propio ámbito organizacional de la administración electrónica donde opera cada entidad que ha de implantar su canal interno.

5. Art. 42.3 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672&p=20230609&tn=1#primero>.

6. Véase, recientemente el informe a la consulta ref. 54/2023 en relación con la interpretación que la Agencia Estatal de Protección de Datos realiza del artículo 5.1 de la Ley 2/23 en lo que se refiere al responsable del tratamiento de los datos personales al órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley. https://www.aepd.es/es/buscador?f%5B0%5D=tipo_de_documento%3A608&search=&page=

7. Aprobado por Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-7191>.

8. Aprobado por Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-1331>.

9. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

No hablamos de meros cumplimientos formales, sino de verdaderos planes de implantación que requieren la dedicación de numerosos recursos, y sin los cuales, peligra el propio sistema interno de información, con el efecto derivado de otros incumplimientos normativos y de asunción de riesgos sin la exigible evaluación previa y las necesarias medidas correctivas.

No conocemos un mapa actualizado del estado de nuestras AAPP en esta matriz de *compliance*, pero intuimos que los resultados, como mínimo desiguales, no justifican una visión optimista en este aspecto.

b. Falta de recursos: más humanos que económicos o tecnológicos. El síndrome del “Ya no puedo más”

De nuevo es este un terreno abonado para los lamentos, al menos para las numerosas entidades que deben cumplir con una obligación más, sin saber muy bien con qué recursos puede contar, o, peor, siendo consciente de los que no

dispone para ello. Un tema entre el voluntarismo militante del servidor público, el azar administrativo o la ruleta rusa disciplinaria y sancionadora.

No es de extrañar que nos resulte tristemente familiar aquella expresión del “*Ya no puedo más*”¹⁰ que se escucha a más de un funcionario público.

No creo que lo dicho resulte exagerado, si analizamos la realidad del minifundismo municipal español y su atávica falta de recursos, aparejada a la dificultad de mantener vivas, a duras penas, unas precarias estructuras de soporte administrativo que las haga seguir funcionando.

Cuántas entidades locales hay sin un funcionario de habilitación nacional al frente, no ya de carrera, ni siquiera interino, o que, cuando existe, se tiene que desdoblar entre varias que sufragan conjunta y a menudo de forma insuficiente, ese puesto de trabajo que evita milagrosamente mitigar el progresivo despoblamiento de la España deshabitada, manteniendo un cierto nivel de servicios mínimos a la ciudadanía que habita en esos lares.



10. <https://www.administracionpublica.com/el-sindrome-del-ya-no-puedo-mas/>.



Pero se ve que el legislador de 2023 es de todo punto ajeno a ello, y con la imposición de nuevas y complejas obligaciones adicionales, como las que derivan de la ley que venimos comentando, se convierte en cómplice activo, o al menos en cooperador necesario de ese perturbador statu quo. Daría para escribir un libro.

c. De nuevo el artículo 157 de la Ley 40/2015: la transferencia de tecnología entre Administraciones. Buenas y malas prácticas

Excede del ámbito de estas reflexiones el extendernos sobre la necesidad de verificar el cumplimiento de lo que prevé este precepto, antes de acudir al mercado privado de soluciones tecnológicas, pero la lectura de su apartado tercero es obligada, como obligado es su cumplimiento en función de

la viabilidad de las soluciones a disposición en el Centro de Transferencia de Tecnologías¹¹.

En este sentido, un caso de buenas prácticas, entre otros variados ejemplos, por lo que se refiere a la solución tecnológica con que dar cumplimiento al canal interno de información del sistema previsto en la ley 2/23 es, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, el de la Agència Valenciana Antifrau, que ha puesto a pública disposición de quien la precise, vía convenio, la solución tecnológica que tiene implantada desde hace años, y de funcionamiento operativo contrastado y con garantías¹². Un ejemplo a seguir y que modestamente contribuye a un mayor cumplimiento normativo.

4. La ley desde el punto de vista del sufrido gestor

a. ¿No sería más eficiente un procedimiento administrativo común que 10.000 procedimientos distintos?

Uno de los puntos críticos de la ley es, a mi juicio, como ya apuntamos, la previsión de su art. 9, que exige que cada entidad “debe” aprobar un procedimiento de gestión de informaciones, de cuya “tramitación diligente” deberá responder, por cierto, el responsable del sistema nombrado al efecto.

¿No hubiera sido más garantista, en términos de ejercicio de derechos y eficiente uso de los recursos públicos disponibles, que hubiera un único procedimiento aplicable, uniforme, más allá de las peculiaridades administrativas de funcionamiento de cada entidad, a la hora de tramitar la gestión de las informaciones derivada del funcionamiento del canal interno de información, que obligar a cada administración a tramitar, negociar, aprobar y publicar el suyo propio?

Creo que la pregunta se contesta por sí misma y la solución adoptada por el legislador estatal, no resulta ni eficaz ni eficiente en este punto.

11. Artículo 157.3 de la Ley 40/2015: *Las Administraciones Públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el directorio general de aplicaciones, dependiente de la Administración General del Estado, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.*

En este directorio constarán tanto las aplicaciones disponibles de la Administración General del Estado como las disponibles en los directorios integrados de aplicaciones del resto de Administraciones.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones Públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarla se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

12. Esta es la solución por la que ha optado, entre otras, la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana a la hora de implantar su propio canal interno que forma parte de sus Sistema de información. <https://www.sindicom.es/canales-de-denuncia>

b. Algunas dudas razonables sobre el régimen de responsabilidad de las personas físicas designadas RSII y la obligación de ejercitar las funciones tras su nombramiento

Un aspecto inédito, por no haberse aun abordado, es el que rodea a la persona física individual que debe ser designada en el seno de cada administración¹³ (responsable del sistema interno de información -RSII-), y a quien corresponde ejercitar sus funciones con sujeción a la detallada -pero no en los aspectos que comentaremos- regulación del art. 8.

En efecto, son varias las cuestiones, todas ellas inquietantes para quienes resulten designados con tales nombramientos, que nos limitaremos a enumerar y no por generar incertidumbre sino por el desatino que supone no haber hecho previsiones explícitas al respecto antes de que se produzcan -que tarde o temprano se producirán- situaciones conflictivas en que decidir administrativa o judicialmente al respecto:

- ¿Existe un catálogo mínimo de requisitos, técnicos y de conocimiento exigibles a la hora de efectuar esos nombramientos?
- La designación del responsable por el respectivo órgano de gobierno, más allá de ser un acto administrativo recurrible por el designado, ¿es inmediatamente ejecutivo y de obligado cumplimiento para quien recibe tal privilegio y honor de ser nombrado para ello?
- Es más, ¿Se puede negar a su desempeño?
- Y, en su caso, ¿puede ello comportar responsabilidades disciplinarias para el funcionario que eventualmente se niegue, aun cuando no se prevean esas nuevas funciones en el puesto que desempeña según la Relación de puestos de trabajo que esté vigente en la respectiva entidad?

13. Y comunicado su nombramiento en el plazo de diez días a la Autoridad independiente de protección del Informante (cabe entender que esa comunicación debe hacerse a las AAI ya creadas y en funcionamiento en diversas CCAA), bajo amenaza de sanción económica, en caso de no hacerse: de 1.001 a 10.000 € por infracción leve, -si se entiende que la obligación de comunicar corresponde a una persona física-; o hasta un máximo de 100.000€ si se entendiera que la obligación de comunicar (incumplimiento) corresponde a una persona jurídica, de acuerdo con la redacción del art 65.



- El desempeño de las funciones como responsable del SII, ¿puede o debe ser retribuido?
- En su caso, ¿en qué cuantía, condiciones y límites?
- ¿A quién debe corresponder asumir responsabilidades derivadas de eventuales incumplimientos, o de cumplimiento defectuosos de sus obligaciones?, ¿a la persona física designada o a la jurídica en la que le presta sus servicios?
- ¿Con qué límites?
- ¿Hace falta acuerdo expreso para que dicha eventualidad sea recogida en las pólizas de responsabilidad civil que a tal efecto se suscriban, bien por el interesado a su costa, o por la administración que lo ha nombrado?

No son pocas ni irrelevantes cuestiones las que se suscitan a partir del art. 8 de la ley, máxime si se relaciona con el contundente régimen sancionador de sus arts. 60 a 68, y que por el bien de todos los actores en juego que moviliza esta Ley 2/23, deberían ser objeto de una regulación clara que despejara dudas, preocupaciones e incertidumbres.

c. ¿Buscar soluciones prácticas? ¿De la derivación a terceros por la falta de medios para investigar?

Así las cosas, las notables dificultades de llevar a cabo investigaciones en condiciones respecto de asuntos que se planteen ante entidades carentes de los medios mínimos para ello de un lado, y, de otro, los impredecibles riesgos que puede comportar una investigación deficiente en apenas tres meses, cuando la ley de enjuiciamiento criminal¹⁴, prescribe un plazo superior -doce meses, prórrogas aparte- y, desde luego con medios más profesionales y especializados para ello, pueden derivar en soluciones defensivas de supervivencia que lleven a algún RSII a derivar ab initio, con ocasión del trámite de admisión cualquier cuestión que se plantee, o bien a las autoridades administrativas con competencia sancionadora para ello, o bien incluso a la fiscalía o a los órganos jurisdiccionales, aplicando analógicamente lo que el marco legal habilita, en el art. 18.4. "c" y "d" título III de la ley para las comunicaciones referidas al canal externo de la información.

No será lo deseable, pero puede resultar comprensible esta suerte de "huida hacia adelante" como mecanismo de los RSII

en entidades carentes de recursos, para "salvar los muebles" derivando a terceros estos asuntos que les compete investigar, con garantías y sin medios, en tiempo récord.

5. La ley desde la perspectiva del jurista: un nicho de oportunidades para el sector privado e incremento de la conflictividad: administrativa y jurisdiccional - contenciosa y penal-

Qué duda cabe que todas las exigencias de *compliance* en el sector privado -ya se vio, sobre todo en materia de protección de datos personales- generan un gran volumen de actividad en el ámbito de la consultoría jurídica y de servicios asociados, así como en el consumo de tecnologías especializadas.

Pero las obligaciones que se generan en el ámbito del sector público, sobre todo para aquellas que disponen de escasos recursos cualificados para su implementación, también van a activar respuestas, desde el sector privado, de acompañamiento y soluciones *llave en mano* para garantizar y acreditar esos cumplimientos exigibles.

a. Consultoría y asesoramiento garantizados (también en la tecnología precisa)

Efectivamente, en muchos casos, las entidades van a dar respuesta a la puesta en marcha del respectivo sistema interno de información a través de formulas de colaboración público-privada, mediante contratos de consultoría, con cargo a las partidas presupuestarias del capítulo II.

Estamos pues, ante un legítimo nicho de oportunidades de negocio para despachos, bufetes y empresas consultoras, que pueden ofrecer soluciones integrales, tanto jurídicas, como tecnológicas y de gestión, debidamente adaptadas a los requerimientos y especialidades impuestas por la ley 2/23 que venimos comentando, y que a menudo operan de forma complementaria en el sector público, dada la imposibilidad material de este de asumir el asesoramiento y el acompañamiento que toda la variedad de entidades públicas requiere, pese a los loables esfuerzos de determinadas administraciones denominadas superiores en ese sentido.

14. Art. 324 del texto vigente de la Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido al plazo máximo de desarrollo de la investigación judicial. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20230428&tn=1#a324>



Nos limitaremos a recordar, de nuevo, el a veces olvidado artículo 157 de la Ley 40/2015, referido a la reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración y el 158, que prevé la transferencia de tecnología entre Administraciones, propiciando el uso de la reutilización de soluciones compartidas, en el marco de la colaboración para el desarrollo de aplicaciones, programas y soluciones públicas.

b. Las previsible discrepancias según las perspectivas jurisdiccionales: contenciosa y penal

Como venimos comentando, hay numerosos aspectos en la ley que generan dudas, preocupación e interpretaciones dispares, y que inevitablemente darán lugar a conflictos hermenéuticos que deberán ser resueltos finalmente, en unos casos por jueces y tribunales y, en otros por las administraciones con competencias sancionadoras en materias afectadas por las comunicaciones e informaciones que a ello se refieran utilizando el canal interno de información que la ley impone.

Dada la peculiaridad de la actividad de investigación que van a generar las denuncias o informaciones, en ocasiones esta pivotará entre cuestiones de procedimiento y el marco de garantías típicas del ordenamiento jurídico administrativo. En otras, se acercarán a ámbitos de posibles responsabilidades penales, afectando tanto a las personas denunciadas o informantes, como a las personas afectadas por esas

comunicaciones, y, en última instancia, a los RSII, en el medio de esos polos contrapuestos, y por lo tanto, también expuestos a exigencia de responsabilidades.

En el límite, habrá supuestos que requerirán pronunciamientos en distintos órdenes jurisdiccionales y que pueden entrar en conflicto interpretativo a la hora de valorar, desde las propias perspectivas, contenciosa o penal, las consecuencias derivadas de esos procedimientos tramitados -o su omisión- con motivo de la puesta en marcha de los sistemas internos de información que la ley impone.

La lectura de esos hipotéticos y futuros pronunciamientos guiará el rumbo interpretativo de la ley y, en última instancia, exigirá operar en esta los cambios precisos.

c. Los costes que comporta el sistema

En todo caso, de nuevo podemos colegir que, generalizar las obligaciones de cumplimiento que la ley exige comporta notables costes económicos directos, indirectos y de oportunidad en las entidades comprometidas:

- **Directos** porque esos deberes, o bien se harán con cargo al capítulo I del presupuesto, caso de disponer de los recursos humanos debidamente cualificados para hacerlo sin ayuda externa, o deberán acudir a colaboraciones externas vía procedimientos de contratación a cargo del capítulo II.



- **Indirectos**, cuando la solución comprometa a otros actores públicos -véase Diputaciones provinciales o entidades supramunicipales, mancomunidades, etc.-.

E inevitablemente, de oportunidad, pues los recursos invertidos para ello necesariamente se detraen de otras funciones y actividades que también los requieren.

En ese sentido, se echa de menos una previsión económica de los costes que compromete la entrada en vigor de la ley y que entendemos debe preceptivamente acompañar a cada proyecto normativo¹⁵.

6. La óptica del fiscalizador respecto del cumplimiento de la ley. ¿Habrá auditorías de infarto?

Si la ley debe cumplirse, más allá de la vigilancia ciudadana y de la revisión administrativa o jurisdiccional a que en cada caso dé lugar la implantación -o su omisión- del sistema interno de información en los distintos niveles de las administraciones obligadas a su puesta en marcha, así como la actividad derivada de la información e investigación consecuencia de las comunicaciones generadas en su seno a través de los correspondientes canales internos, alguien deberá aportar datos fiables que acrediten los distintos niveles de su cumplimiento.

Qué mejor que esa función pública se lleve a cabo por quienes son competentes para ello: el Tribunal de Cuentas (TCU) y los órganos con función análoga (OCEX) en las CCAA.

a. El antecedente de las Auditorías de los planes antifraude exigibles en el marco de los fondos europeos

Aun reciente, se cuenta ya con una cierta experiencia en la fiscalización del cumplimiento de la obligación que la Unión Europea ha impuesto a las entidades beneficiarias de fondos destinados a la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR).

Esta innovadora actividad auditora se concibe, a la vez, como una auditoría de cumplimiento, así como operativa o de gestión. Es de cumplimiento en la medida en que tiene como finalidad verificar si las entidades ejecutoras de las medidas del PRTR

15. Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (art. 2.1.d) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-13065&p=20210331&tn=1#a1>

han dispuesto de los planes de medidas antifraude previstos en la normativa aplicable. También es operativa en cuanto a que se valoran los sistemas y procedimientos adoptados por las entidades para la aprobación, implantación y seguimiento de los planes antifraude en relación con los cuatro elementos clave del "ciclo antifraude," esto es, su prevención, detección, corrección y persecución¹⁶. Esta actividad coordinada y colaborativa es fruto de la cooperación entre el TCU y los OCEX en 2022 y puede resultar un antecedente de mucha utilidad de cara a recabar la información precisa a los efectos exigidos por la D.A. 5ª de la ley, dando un paso más por lo que respecta a los grados de implantación del sistema interno de información que esta ha dispuesto en las entidades que conforman el sector público en sus distintos niveles.

b. Las necesarias Auditorías coordinadas de cumplimiento formal de las nuevas obligaciones derivadas de la ley

En coherencia con lo señalado en el apartado anterior, resultaría necesario promover un acuerdo de similares características entre el TCU y los OCEX.

El texto literal de la D.A. 5ª es justificación suficiente para ello. Y la experiencia previa demuestra que puede ser un recurso viable y confiable a tal fin.

Cuestión distinta será los resultados que dichas auditorías aporten, y las sorpresas que se constaten a partir de las aritméticas de cumplimiento de la norma en cuestión. En todo caso, información valiosa de contexto, a partir de la cual construir esa estrategia ordenada por el legislador al gobierno y, en su caso, promover las modificaciones legales oportunas alineadas con dicho objetivo.

c. ¿Se ha contado con los OCEX para documentar con datos esa futura Estrategia contra la corrupción recogida en la D. Adicional 5ª?

Una lógica secuencial para diseñar nada menos que una Estrategia (y por lo tanto ¿global?) contra la corrupción, parece razonable que parta de datos e información fiable.

Y si no se ha previsto así, debería plantearse, más pronto que tarde.



16. Véase, como un ejemplo de ello, entre otros, el caso de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana: <https://www.sindicom.gva.es/fiscalizacion-sobre-los-planes-antifraude-aprobados-por-las-entidades-locales-de-la-comunitat-valenciana-que-participan-en-la-ejecucion-de-las-medidas-del-plan-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia>.



Efectivamente, para ello resulta imprescindible la aportación de su trabajo por parte de los entes encargados de su fiscalización y auditorías de cumplimiento: el TCU y los OCEX -trasunto de éste en los respectivos territorios de las CCAA con arreglo a lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía-, a fin de que constaten, revisen y documenten, en evidencias confiables, el grado de cumplimiento de la ley 2/2023, debidamente sectorizado, a partir de cuya información pueda articularse una estrategia de integridad coherente con el ecosistema del sector público.

Esos trabajos deberían estar terminados, con referencia al ejercicio de 2023 en que la norma entra en vigor y, con su desigual aplicación subjetiva temporal, a más tardar, en el primer semestre de 2024, algo ciertamente exigible pero complicado, si se quiere diseñar la aludida estrategia con información relevante tal y como quiere el precepto¹⁷.

O mucho nos equivocamos, o de excesivamente optimista puede calificarse la previsión normativa de la Disposición Adicional 5ª, que fija para su aprobación un límite de dieciocho meses desde su entrada en vigor, es decir, antes del 13 de diciembre de 2024, máxime si no tiene fecha fija de inicio de funcionamiento, en producción real, la AAI, prevista a nivel estatal en el Título VIII de la ley.

Por otra parte, será deseable que, esta vez sí, y no como ha ocurrido con la apresurada tramitación parlamentaria de la ley, que ha obviado a los interlocutores autonómicos¹⁸ con competencias y sobrada experiencia en la materia, que éstos sean consultados debidamente tal y como exige dicha DA 5ª.

De esta manera, con la información agregada que aporten, de un lado las agencias antifraude y órganos similares en las diferentes CCAA, así como la derivada de las auditorías operativas y de cumplimiento que puedan programarse forma coordinada por el TCU y los OCEX, se podrá trabajar coordinadamente en el diseño de una estrategia global contra la corrupción, cohesionada y congruente en el marco de integridad exigible al sector público.

7. A modo de conclusiones

Recuerdo lo dicho al principio de estas reflexiones, que no pretenden resultar alarmantes ni pesimistas. La ley era necesaria, pero es poco realista. Y resulta inoportuna en el contexto temporal en el que se ha impuesto su obligatorio y generalizado cumplimiento.

17. La D. A. 5ª, *in fine*, señala expresamente: "al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley así como las medidas que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo".

18. "...en colaboración con las CCAA..." reza dicha DA5ª



El legislador básico estatal olvida la aportación de valor de las CCAA en esta materia, especialmente las que cuentan con experiencia específica en el campo de la lucha contra el fraude y la prevención de la corrupción, a través del funcionamiento de sus agencias con un funcionamiento riguroso y contrastado.

Tampoco el diseño garantiza un sistema anticorrupción estandarizado en todo el territorio español. Al contrario: genera injustificadas desigualdades de trato que en nada benefician a un sistema de integridad compacto y coherente.

La ley propone unas reglas iguales para entidades públicas con capacidades diversas, en numerosos casos manifiestamente insuficientes para atisbar, razonablemente, un cumplimiento generalizado de la norma.

Resulta inviable un régimen sancionador que planea con innecesaria incertidumbre jurídica, sin tener plenamente articulada la arquitectura territorial de soporte para el cumplimiento efectivo de los objetivos que persigue la norma.

La ley no prevé los recursos necesarios para hacer efectivo el régimen jurídico que propone, con lo cual puede convertirse en mera legislación de escaparate, asumiendo resignada y tácitamente su incumplimiento, por la falta de mecanismos de reacción proporcionales y adecuados para garantizar su cumplimiento.

Las leyes que olvidan el contexto al que se dirigen, como esta que comentamos, más allá de la mejorable calidad en lo que a técnica normativa se refiere, no resultan deseables. Como tampoco resulta alentador, a nivel de cumplimiento, que haya un régimen desigual -o que directamente no se ejerza- en el que la potestad sancionadora, pese a que debe ejercerse de oficio, caiga en la inaplicación por la denostable fuerza de lo fáctico.

Ello sin contar que esa potestad sancionadora efectiva requerirá, por exigencias del principio constitucional de legalidad formal vigente para el ejercicio de la potestad sancionadora, de las correspondientes adaptaciones de los marcos jurídicos de los respectivos ámbitos autonómicos.

Además, lo que la ley no soluciona expresamente, en función del rango exigible, es posible que exceda del ámbito reglamentario de la delegación prevista en la Disposición Final 7ª.

No resulta aventurado pensar pues, que vendrán, más pronto que tarde, nuevas modificaciones de la ley, si se quiere contar con un bloque normativo que proporcione garantías suficientes de cumplimiento de esta modalidad de compliance que ha supuesto la ley 2/23.

O quizás vengan antes las sentencias de diversos órdenes: penal, contencioso-administrativo, civil, constitucional o europeo -esperemos que con escasas contradicciones entre ellas-, que requerirán una armonización para aportar seguridad jurídica integral al sistema interno de información, pieza vital en el esquema de integridad del conjunto de las administraciones públicas. Lo iremos viendo. Lo seguiremos de cerca. Lo iremos contando.

Y el Tribunal de Cuentas y los OCEX deberán hacer su trabajo, revisando los grados de cumplimiento de esta nueva ley que ha impactado transversalmente, como no podría ser de otra manera, en todos los actores públicos comprometidos en los objetivos de la Ley y la Directiva europea de la que trae causa.

Mientras tanto, no podemos hacer otra cosa que intentar cumplir este nuevo catálogo de obligaciones que la ley impone, con los medios que dispongamos en cada una de nuestras instituciones, superando el síndrome del "Ya no puedo más." Y tratar de hacerlo con garantías, aplicando los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico público. Y el sentido común, lo que a menudo no es poco en el actual mundo del Derecho, si no queremos que éste se vuelva del revés. En ello estamos y estaremos.