

COLECCIÓN
**SINGULARIDAD TECNOLÓGICA Y
BUENA ADMINISTRACIÓN**

— Estudios jurídico públicos —

COMPLIANCE Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

UNA NUEVA MIRADA A SU ESTATUTO
JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Directora

María Luisa Gómez Jiménez

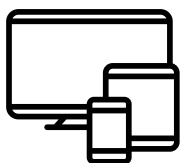




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



COLECCIÓN
SINGULARIDAD TECNOLÓGICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN
— Estudios jurídico públicos —

2

COMPLIANCE Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

**UNA NUEVA MIRADA A SU ESTATUTO
JURÍDICO-ADMINISTRATIVO**

COLECCIÓN
SINGULARIDAD TECNOLÓGICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN
— Estudios jurídico públicos —

Directora:

María Luisa Gómez Jiménez

Consejo editorial:

Línea Jurídica Pública

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUSANA DE LA SIERRA MORÓN

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla La Mancha

MERCEDES FUERTES LÓPEZ

Catedrática de Derecho Administrativo,
Universidad de León

SUSANA RODRIGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo de la
Universidad de la Universidad de León

HUMBERTO GOSALBEZ PEQUEÑO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

BEATRIZ BELANDO GARÍN

Catedrática de Derecho Administrativo
de la Univerisdad de Valencia

MARÍA LIDÓN LARA ORTÍZ

Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad Jaume I

Línea interdisciplinar

JOAQUIN FARIÑOS DASI

Catedrático de Geografía Universidad de Valencia

MARIOLA PALMA GARCÍA

Profesora Titular de Trabajo Social, Servicios
Sociales, Universidad de Málaga

FÉLIX LÓPEZ FIGUEROA

Catedrático de Ecología de la Universidad de Málaga

COLECCIÓN
SINGULARIDAD TECNOLÓGICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN
— Estudios jurídico públicos —

2

COMPLIANCE Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

**UNA NUEVA MIRADA A SU ESTATUTO
JURÍDICO-ADMINISTRATIVO**

Directora
María Luisa Gómez Jiménez

COLEX 2025

ESTUDIOS JURÍDICO PÚBLICOS

Proyecto TED2021-129635B-I00, «Propuesta Regulatoria para una Vivienda doméstica Adaptada» (PRO-VIDA), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR y Proyecto HUELL-IA Fondos FEDERJA.SEJ650.

Copyright © 2025

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© María Luisa Gómez Jiménez

© Susana E. Castillo Ramos-Bossini, Fernando García-Moreno Rodríguez, María Luisa Gómez Jiménez, Humberto Gosálbez Pequeño, Isabel Hernández San Juan, Luis Míguez Macho, Juli Ponce Solé

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

«El único poder legítimo que puede ejercer una sociedad sobre el individuo es prevenir el daño a otros». — ***Sobre la libertad (1859).***

Stuart Mill, John.

«Un verdadero líder no es aquel que busca el poder, sino aquel que está dispuesto a servir». — ***Discurso en Johannesburgo (1994).***

Mandela, Nelson.

SUMARIO

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN Y OBRA EN ELLA ENMARCADA

María Luisa Gómez Jiménez

I. La colección «Singularidad tecnológica y buena administración»	13
II. La estructura de la obra que presentamos.	14

DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y COMPLIANCE PÚBLICO: ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

Juli Ponce Solé

Derecho a una buena administración y compliance público: algunas reflexiones generales	17
I. Introducción	18
II. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración.	20
1. El Derecho Administrativo, frente a la mala administración y a la corrupción	23
2. Por un nuevo paradigma basado en el buen gobierno y la buena administración	27
3. Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración en la legislación y en la jurisprudencia	28
4. La paulatina concreción del derecho a una buena administración	34
III. El <i>compliance</i> público	40
IV. Reflexiones finales	50
V. Bibliografía	52

EL COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA INCIDENCIA DE LOS PLANES ANTIFRAUDE EN EL MISMO

Fernando García-Moreno Rodríguez

El <i>compliance</i> en el sector público y la incidencia de los planes antifraude en el mismo.	61
I. A modo de introducción: aproximación al fenómeno de la corrupción y al surgimiento del <i>compliance</i> como un posible y eficaz método para combatirla.	61
II. Definición y delimitación del <i>compliance</i> : breve referencia a su surgimiento y a los aspectos más destacados de su evolución hasta el presente.	70
1. Concepto y características más destacadas del <i>compliance</i> que ayudan a delimitarlo y contextualizarlo adecuadamente.	70

SUMARIO

2. Referencia sucinta al surgimiento y a los hitos más relevantes que han jalonado la evolución del <i>compliance</i> hasta el presente	75
III. Algunas notas sobre el <i>compliance</i> en el sector público que evidencian su complejo y muy limitado encaje	82
1. Una visión panorámica y generalista del <i>compliance</i> en el sector público	83
2. El <i>compliance</i> en las sociedades públicas mercantiles	87
IV. La evidente e incontestable superación del <i>compliance</i> en el sector público por los planes antifraude que cuestionan o ponen en tela de juicio el sentido de su subsistencia	93
V. Conclusiones	99
VI. Bibliografía	102

EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS EN LAS ENTIDADES LOCALES

Luis Míguez Macho

El sistema interno de información sobre infracciones normativas en las entidades locales	105
I. Introducción	106
II. El ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, y las entidades locales	107
1. Ámbito objetivo de aplicación	107
2. Ámbito subjetivo de aplicación	109
III. El sistema interno de información en las entidades locales	112
1. Obligación de implantación del sistema y modalidades	112
2. El canal interno de información	115
3. El responsable del sistema	116
4. El procedimiento de gestión de informaciones	118
5. El registro de informaciones	121
IV. El canal externo de información de las entidades locales y el régimen sancionador de la Ley 2/2023	121
V. Conclusiones	123
VI. Bibliografía	125

CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA Y PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

Canales externos de denuncia y protección de la integridad	127
I. Introducción	128
II. Canales externos de denuncia en la Administración general del Estado	130
1. El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude	132
2. La Oficina de Conflictos de Intereses	134
3. Agencia Independiente de Protección del Informante	136

SUMARIO

III. Canales externos de denuncia autonómicos: especial referencia a las agencias antifraude	139
1. La Oficina Antifraude de Cataluña	140
2. La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana	141
3. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares	142
4. La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra	143
5. La Agencia de Integridad y Ética pública de Aragón	144
6. La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción	146
IV. Conclusiones y propuestas	147
V. Bibliografía	151

COMPLIANCE AMBIENTAL DIGITAL

Isabel Hernández San Juan

<i>Compliance</i> ambiental digital	153
I. <i>Compliance</i>	153
II. El <i>compliance</i> ambiental	155
III. El arraigado incumplimiento del derecho ambiental	163
IV. Posibilidades de la digitalización para mejorar la capacidad institucional en el <i>compliance</i> ambiental	166
V. Bibliografía	168

PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS CANALES DE DENUNCIAS Y LOS DENUNCIANTES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937, DE 23 DE OCTUBRE, Y LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO

Humberto Gosálbez Pequeño

Principios y características generales de los canales de denuncias y los denunciantes en la directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, y la Ley 2/2023, de 20 de febrero	169
I. De la directiva comunitaria a la ley española: un cierto <i>excursus</i> sobre el camino administrativo	169
II. Los canales de denuncias: justificación y características generales.	173
1. Concepto y finalidad institucional.	173
2. Clases de canales y su (in)compatibilidad efectiva	175
3. La publicidad activa de los canales de denuncias	180
III. Los denunciantes	182
1. Concepto y delimitación.	182
2. El régimen protector de los denunciantes ante las represalias del denunciado.	186
IV. Bibliografía	191

**PRINCIPIOS PARA UNA BUENA ADMINISTRACIÓN
ALGORÍTMICA: LA PARADOJA DE LA EFICIENCIA DESDE EL
NUEVO SILENCIO ADMINISTRATIVO ALGORÍTMICO**

María Luisa Gómez Jiménez

Principios para una buena administración algorítmica: la paradoja de la eficiencia desde el nuevo silencio administrativo algorítmico	195
I. Implicaciones jurídicas de la automatización procedimental derivada de la utilización de IA	196
1. La regulación de la inteligencia artificial: una pequeña foto fija	198
2. Los ajustes regulatorios llevarán aparejados ajustes organizativos en el caso de la IA en la adopción de decisiones automatizadas	204
3. El Software como herramienta y actor: tipologías y funciones en la gestión administrativa	207
3.1. A vueltas con la diferente proyección de la automatización respecto de los actos reglados y discrecionales	210
3.2. La robotización de procesos administrativos como un tipo de automatización generalizada en su aplicación administrativa	213
3.3. Transparencia y «explicabilidad» algorítmica como imperativos legales y control humano significativo (<i>meaningful human control</i>) en la decisión automatizada	217
II. Silencio algorítmico: nuevas propuestas en torno a la institución del silencio administrativo	219
III. Del espejismo del avance tecno-jurídico a la paradoja de la Ineficiencia	222
IV. Conclusión	225
V. Bibliografía	227

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN Y OBRA EN ELLA ENMARCADA

María Luisa Gómez Jiménez

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Acreditada a Catedrática de Universidad*

I. La colección «Singularidad tecnológica y buena administración»

En un contexto de cambio permanente y evolución tecnológica que plantea innumerables cuestiones éticas y legales, yendo más allá de la inicial denominada IV revolución industrial, no parece descabellado pensar que alcanzaremos o estaremos alcanzando la singularidad tecnológica en breve. Esta previsión acorde con las inversiones realizadas en inteligencia artificial y la apuesta por una transición digital que nos sitúa ante escenarios que demandan respuestas jurídicas ordenadas a dotar de seguridad jurídica a los operadores públicos y privados ante los retos que la tecnología plantea. La Administración pública por su parte sigue inmersa en la necesidad de mejorar no sólo la gestión administrativa, sino la organización misma de la provisión de los servicios públicos en un marco regulatorio complejo y denso que integra tanto la necesidad de servir al interés general como la confluencia de actores y factores económicos de distinto peso que condicionan su propio desarrollo.

La apuesta por cambios que irán no sólo de la mano de propuestas regulatorias más o menos atinente, sino que abogarán por una formación especializada de los juristas en temas que combinen también la tecnología con el derecho nos mueve a iniciar esta colección editorial con la visión puesta en los desafíos que enfrentaremos y la ilusión por arrancar un debate siempre inacabado hacia la misma concepción de justicia material. Las obras que verán pues la luz en esta colección buscará aunar de un lado las cuestiones atinentes a la transición digital, pero también —y vinculada a ésta la transición ecológica, y con ello los retos vinculados a la emergencia climática— con mimbres interdisciplinares. Ello motiva la formulación de dos líneas complementarias de trabajos. Los aportes que se ubican en la *Línea de estudios transdisciplinares* integran esa visión integradora de la interdisciplinariedad, en un paso necesario para entender no sólo los condicionantes técnicos o

ambientales, sino las respuestas regulatorias conexas. En cambio, la línea en la que esta obra se enmarca es la *línea jurídico-pública*. En ella, con la visión anticipatoria de los cambios que los estudiosos nos muestran resulta especialmente relevante, el examen del derecho a una buena administración a una administración que proporcione certezas servicios y permita el libre desarrollo de la personalidad en el marco de las garantías constitucionales y jurisdiccionales que salvaguardan el ejercicio de los derechos constitucionales que en una transformación digital como la que asistimos pueden verse directamente afectados. Creemos que la combinación de ambas líneas de pensamiento y en sintonía de propuestas intelectuales vinculadas a ellas harán posible un mejor entendimiento de la realidad en la que nos movemos en escenarios cambiantes en los que no entender los cambios no es una opción para los operadores jurídicos, so pena de acabar socavando los derechos de los ciudadanos.

II. La estructura de la obra que presentamos

La obra que tiene en sus manos aún en esta primera oportunidad el examen de dos elementos que permiten entender la correlación necesaria entre el *compliance* público como parte del derecho a una buena administración, que supone entender cómo la regulación actual debe adecuarse a la necesidad de un cumplimiento normativo que no sólo prevenga la corrupción, sino que permita introducir herramientas precisas que aseguren que la regulación administrativa cumple el fin general al que va orientada. El *compliance* se proyecta además sectorialmente y supone una toma de conciencia de la necesaria asunción por las organizaciones públicas y privadas de obligaciones de cumplimiento normativo, a la par que a los operadores públicos les permite integrar la aplicación normativa en la realidad de la casuística del funcionamiento administrativo.

Para entender los mimbres en los que se inician estas reflexiones debemos acudir a la obra del Maestro PONCE SOLÉ, que abre la obra con reflexiones certeras sobre la relación entre el derecho a una buena administración y gobernanza. Elementos conectados y relevantes para entender el riesgo de una mala administración. Así las cosas, la presentación realizada por el autor aterriza en las pertinentes reflexiones del Catedrático de la Universidad de Burgos el Dr. GARCÍA-MORENO RODRIGUEZ que aborda en su trabajo la incidencia de los planes antifraude, desvelando esa línea delgada entre el examen de la lucha contra la corrupción en las dinámicas de *compliance* público. El detallado examen del Dr. GARCÍA-MORENO nos deja en la reflexión de una necesaria superación del *compliance* en su inmediata materialización en los planes antifraude.

Línea que nos sitúa en las brillantes reflexiones del Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela el Dr. MÍGUEZ MACHO. El autor desciende en un aspecto muy relevante del *compliance* en el ámbito local, cual sea el del examen del sistema de información sobre infracciones normativas. Tén-

gase en cuenta que justamente este es uno de los elementos clave de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Con ello se cubre con rigor y aspectos relativos a los sistemas de información y la proyección de éste en el mismo funcionamiento de la Administración Pública.

Así las cosas, la atención a los canales de información se complementa en la obra con la investigación desarrollada por la Profesora Dra. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, que se ocupa especialmente de los canales externos de denuncia y protección de la integridad y refleja con claridad y precisión una necesaria revisión de la regulación autonómica incluyendo códigos de buenas prácticas y examen de políticas anticorrupción.

En este examen riguroso, incide además el aporte que a continuación destila esta obra y que se ocupa de la atención del Catedrático de la Universidad de Córdoba el Dr. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, al centrarse en el examen detallado de los principios y características generales de los canales de denuncia y los denunciantes en el ámbito europeo y en la transposición realizada en el ordenamiento jurídico español. El aporte del Dr. GOSÁLBEZ, relevante y clave resitúa y reflexiona sobre los elementos clave del nuevo sistema descrito en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, cerrando con ellos reflexiones que dibujan un marco regulatorio relevante y digno de examen.

Estas intervenciones previas, habiendo perfilado qué se entiende por *compliance* desde la atención de las últimas reformas regulatorias, se proyectan a continuación en dos aspectos clave, en ambiental y el digital. El primero, por su relevancia vinculada a la necesidad de atender la emergencia ambiental, y por ende la regulación del *compliance* ambiental, presentado atención a la necesidad de definir mecanismos que eviten el arraigado incumplimiento del derecho ambiental. Las valiosas reflexiones que encontramos en este capítulo vienen de la mano de la Dra. HERNÁNDEZ SAN JUAN, de la Universidad Carlos III de Madrid. Su aporte pone el dedo en la llaga, y revela cuan preciso es pensar en el *compliance* como una herramienta al servicio del cumplimiento de la normativa ambiental y porque no también en el ámbito digital. Abriendo entonces reflexiones que encuentran continuidad en el último aporte de la obra que trata de cerrar el círculo —conectando la transición digital con la automatización y ese desiderátum con el que arrancamos esta obra— pensando en alcanzar el derecho a una buena administración, que en palabras de la autora GÓMEZ JIMÉNEZ, deberá ser además una buena administración algorítmica.

La obra, ofrece pues una perspectiva actual e innovadora que destila ese espíritu clásico de las calificaciones institucionales que no dependen de modificaciones normativas para poner encima de la mesa la precisión de una temática, que ha emergido con carácter recurrente en el examen de la evaluación de las políticas públicas.

Finalmente, nótese que esta obra se terminó de redactar, con anterioridad a los episodios de lucha contra la corrupción que transitan nuestro país

en nuestros días, y que han condicionado el día a día de la política. Espacio de atención a la corrupción que ha dado lugar a la reflexión y debate continuo y desde la intervención administrativa a la definición de una hoja de ruta para la lucha contra la corrupción en nuestro país. Se ha preferido no obstante mantener la frescura y novedad de la obra, aunque en el contexto actual, hayan emergido otras iniciativas y propuestas que van en la línea de abordar el mal endémico de la corrupción y que se conectan directamente con las políticas de «compliance». Por último, la investigación es fruto de una línea de trabajo que se viene desarrollando en el marco del Grupo Paidi Pasos, Parámetros de sostenibilidad de las Tecnologías Habilitadores: y que ha permitido el desarrollo de la presente colección editorial en el contexto del Proyecto de Investigación TED2021-129635B-I00, «Propuesta Regulatoria para una Vivienda domótica Adaptada» (PRO-VIDA), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la «Unión Europea NextGenerationEU/PRTR», y del proyecto HUELL-IA financiado con cargo a fondos FEDER.

DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y COMPLIANCE PÚBLICO: ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

Juli Ponce Solé

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona

RESUMEN: El análisis parte de la constatación de como a nivel global, la preocupación por la calidad institucional, plasmada jurídicamente en el principio y derecho a una buena administración, ha adquirido carta de naturaleza en los ordenamientos jurídicos, también en el español. Tras el análisis de las concretas implicaciones del derecho a una buena administración, el estudio analiza el concepto de *public compliance*, importado acríticamente del sector privado, aunque organizaciones públicas y privadas tienen cometidos y objetivos distintos y las primeras están obligadas por la buena administración, por lo que la mera no violación del ordenamiento jurídico no supone un cumplimiento administrativo satisfactorio cuando existen espacios de discrecionalidad. Por ello, se reivindica abandonar la terminología del *compliance* y emplear la de la generación de marcos o infraestructuras de buen gobierno y buena administración, que permitan identificar los riesgos de mala administración negligente o dolosa y prevenir ésta.

PALABRAS CLAVE: Buena administración, *public compliance*, infraestructuras de buen gobierno, riesgos, corrupción.

ABSTRACT. The analysis is based on the observation that, at a global level, the concern for institutional quality, legally embodied in the principle and right to good administration, has become an integral part of legal systems, including the Spanish legal system. After analyzing the specific implications of the right to good administration, the study analyzes the concept of public compliance, uncritically imported from the private sector, although public and private organizations have different missions and objectives and the former are bound by good administration, so that mere non-violation of the legal system does not imply satisfactory administrative compliance when there is room for discretion. For this reason, the terminology of compliance should be abandoned in favor of the generation of frameworks or infrastructures of good governance and good administration, which make it possible to identify the risks of negligent or fraudulent mismanagement and to prevent it.

KEY WORDS. Good administration, public compliance, infrastructures of good government, risks, corruption.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BUENA GOBERNANZA, BUEN GOBIERNO, BUENA ADMINISTRACIÓN. 1. El Derecho Administrativo, frente a la mala administración y a la corrupción. 2. Por un nuevo paradigma basado en el buen gobierno y la buena administración. 3. Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración en la legislación y en la jurisprudencia. 4. La paulatina concreción del derecho a una buena administración. III. EL COMPLIANCE PÚBLICO. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Como ya hemos puesto de relieve en otras ocasiones, el fenómeno de la globalización está dando lugar a lo que parece ser una paulatina convergencia entre el Derecho administrativo de diferentes países en torno al desarrollo de técnicas para garantizar la calidad institucional en el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la persecución de los intereses generales, especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales.

Como es sabido, la emergencia de lo que ha sido denominado un Derecho administrativo global acompaña al paulatino incremento de diversas formas de regulación administrativa para afrontar las consecuencias de la interdependencia globalizada, mediante estructuras globales o transnacionales.

Una respuesta a tal globalización ha sido el desarrollo de regímenes intergubernamentales de mecanismos propios de Derecho administrativo. El Derecho administrativo global comprendería, entonces, las estructuras, procedimientos, reglas y principios que limitan y orientan la toma de decisiones de tales organismos intergubernamentales, en su variada tipología actual, en continua evolución y que a su vez influyen a su vez en los Derechos nacionales, al sujetarse éste a ordenamientos supranacionales (caso de estados miembros de la Unión Europea o de Derecho internacional de las inversiones extranjeras, así como permeando e impactando en las regulaciones y prácticas domésticas)¹.

Obviamente, la propia existencia y alcance de tal Derecho administrativo global está abierta a discusión. Parte de la doctrina administrativista europea, latino-americana y estadounidense ha sido sensible a esta evolución descrita, sin que falten intentos para conseguir que las tradiciones jurídicas nacionales, como la estadounidense, conformen la forma del Derecho administrativo global².

1. HERNÁNDEZ, J.I. «El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo Global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española», *AFDUC* 16, 2012, pp. 214 y 215.

2. Con más detalle y bibliografía, PONCE SOLÉ, J. (Coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010.

Esa convergencia que da lugar al Derecho Administrativo Global, como han puesto de relieve diversos autores, se expresa, por ejemplo, en la generalización de principios y/o de un derecho a una buena administración. En este sentido, el profesor CASSESE, un firme interesado en la evolución y posibilidades del concepto de buena administración ha señalado como «*si può dire che il nucleo essenziale del principio di buona amministrazione contituisca il nucleo principale del diritto amministrativo globale*»³.

En España, en el prólogo a la decimonovena edición de 2020 del clásico *Curso de Derecho Administrativo* de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ se señala como el derecho a una buena administración, «que hasta ahora no habíamos tomado demasiado en serio», está «llamado a abrir una nueva etapa en nuestro Derecho y en el Derecho Europeo en general», lo que ha llevado al profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ a subrayar también como el derecho a una buena administración supone ni más ni menos que:

«Una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo»⁴.

Como veremos, el reconocimiento de la buena administración como valor, principio jurídico y derecho subjetivo busca superar una visión de la actividad administrativa discrecional que, dando por supuesto que no puede ser arbitraria, sí todavía se acepta que pueda ser ejercida de cualquier modo y con cualquier resultado por el decisor administrativo.

Asimismo, la consagración constitucional y legal de principios de buen gobierno extiende, dentro del poder ejecutivo, una nueva visión del ejercicio del poder público, el cual ya no puede ser ejercido de cualquier modo para tomar cualquier decisión.

Todo ello en el marco de la búsqueda de una buena gobernanza, que permita prevenir la mala administración negligente y la corrupción y permita mejorar la calidad de la gestión pública al servicio de los ciudadanos, lo que supone una auténtica revolución conceptual y un cambio de paradigma.

A lo largo de estas páginas se presentan algunas reflexiones jurídicas y de gestión pública para hacer realidad el derecho de todas las personas a la buena administración y los principios de buen gobierno en una Democracia que, al serlo, debe enmarcarse en un Estado de Derecho donde las cuestiones de Buena Gobernanza, Buen Gobierno y Buena administración son cruciales.

3. CASSESE, S. «Il diritto a la buona amministrazione», *ERPL*, vol. 21, no. 3., 2009, p. 1039. En el mismo sentido, CASSESE, S., «New Paths for Administrative Law: A Manifesto», *Int J Constitutional Law*, 10 (3), 2012, p. 605.

4. Para más detalles, véase también FERNÁNDEZ, T.R., «El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo», en PONCE, J. y VILLORIA, M., *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 81 y ss.

En este sentido, por ejemplo, el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Principios para los servicios públicos que contribuyen a la estabilidad del régimen democrático»* (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia alemana) (2021/C 56/03) ha destacado como (el destacado es nuestro):

«2.1. En la UE, no existe una definición unívoca de “servicio público”. A los efectos del presente Dictamen, el CESE considera servicios públicos los distintos servicios públicos administrativos propios del Estado, incluidos los de carácter industrial y comercial prestados en aras del interés general a escala nacional, regional y municipal.

2.3. El término “estabilizadores automáticos” procede de la teoría económica. Por analogía con la definición económica de este término, los principios relativos a los servicios públicos se consideran estabilizadores automáticos que defienden los valores fundamentales de la democracia, sobre todo en tiempos de crisis.

4. Los servicios públicos como estabilizadores automáticos

Cuando todos los servicios públicos se adhieren sistemáticamente a los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad de trato y hacen efectivo el derecho a una buena administración, refuerzan tanto la confianza en el Estado de Derecho y la democracia como la resistencia de los ciudadanos frente a las promesas populistas»⁵.

El Derecho en general, y el Derecho administrativo en particular, creemos, tienen la responsabilidad de acompañar las necesarias mejoras y de innovar, en su caso, en la búsqueda del desarrollo sostenible para todos. En esa línea, como una modesta y pequeña aportación, intenta situarse este trabajo, concentrándose en el sector público y en el denominado *public compliance* o cumplimiento público.

II. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración

La existencia de un buen gobierno y de una buena administración se configura como una preocupación humana que hunde sus raíces en la noche de los tiempos, posiblemente desde que han existido comunidades donde alguien (un jefe de la tribu, un reyezuelo) ha ejercido un poder, esto es, desde que ha existido una autoridad pública (BONINA y DIANA, 2012). Esa preocupación milenaria, por su arraigo en la vida humana, ha trascendido el Derecho y la Ciencia Política y ha sido objeto de atención desde la Filosofía y el Arte.

5 Consultable en: <https://www.crisiscontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/02/Dictamen-del-Comite-Economico-y-Social-Europeo-sobre-Principios-para-los-servicios-publicos.pdf>

Salvo indicación en contra, todos los enlaces que se citen han sido visitados por última vez el día 13 de julio de 2023.

Respecto a la primera, la idea de que los gobernantes habían de estar sujetos a un «deber de buen gobierno» ya se halla en diversos autores clásicos (SOLÓN, con su poema «Eunomía», PLATÓN, SÓCRATES, ARISTÓTELES o CICERÓN, por ejemplo) y continúa a lo largo de los siglos posteriores. Sus reflexiones, con diversos matices, expresaron la convicción de que los gobernantes debían buscar la felicidad de todos sus gobernados, no de unos pocos, ordenando a tal fin lo conveniente (DE ASÍS ROIG, 1991: 269 y ss.)⁶.

Sin embargo, todos estos planteamientos aún se movían en niveles de gran abstracción, en su caso con apoyo en el Derecho Natural, pero sin base en normas jurídicas.

Es ya en el siglo XIX cuando diversos autores pusieron de relieve que la Administración no sólo debía actuar sin vulnerar el ordenamiento jurídico, sino que además debía actuar bien, conforme a «reglas de buena Administración», a las que ya se refería POSADA HERRERA (POSADA HERRERA, 1978:52)⁷. En la doctrina francesa, en palabras de HAURIU: «*L'Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile*» (HAURIU, 1893: 83), idea que el jurista francés desarrollará a lo largo de diversos trabajos, insistiendo en la idea de «*bonne administration*», si bien desde la perspectiva de la *moralidad administrativa*, por tanto, al margen de la existencia de auténticos deberes u obligaciones jurídicas (HAURIU, 1929: 7 y ss).

Pero es sólo a finales del siglo XX, y en de lo que llevamos del siglo XXI, que las ideas de buen gobierno y buena administración pasan de la *metafísica* a la concreta técnica jurídica (por utilizar la gráfica expresión de GARCÍA DE ENTERRIA, 1962: 161: respecto a cuál debe ser la función del moderno Derecho público)⁸, gracias a la labor de la doctrina, la jurisprudencia y diversas normas jurídicas, como a continuación comprobaremos. En esa línea, CASSESSE (2009:1037) se refiere ya al siglo XXI como el siglo de la buena administración, que no ha sido una preocupación prevalente en el pasado.

Durante siglos, el ideal de la doctrina iuspublicista se identifica con la existencia de potestades regladas y la eliminación de la discrecionalidad, con-

6 En el ámbito de los pensadores sobre lo público, en el marco de la Ilustración, PUFENDORF, señalaba en el siglo XVIII la existencia de deberes del Soberano, consistentes en cumplir las máximas de la Ciencia del Gobierno (PUFENDORF, 1734: 415-418). Por su parte, *El Federalista*, una de las obras más relevantes en el ámbito del análisis del poder público, subrayaba como «la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración» (HAMILTON, 1788, núm. 76).

7. «todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y a detener la marcha de su progreso, será contrario a las reglas de buena administración».

8. Como señala este autor: «Así, todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierta para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales».

siderada, como mínimo, un «caballo de Troya» en el Estado de Derecho (en expresión de HUBER, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962: 167).

El comportamiento administrativo, en la tradición liberal, debía ser cierto y predecible, consistiendo en la mera aplicación automática de normas preexistente. Pero ante la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad, la doctrina reconoció, como mal inevitable ésta y procedió de forma brillante a ir limitándola, mediante la identificación y el posible control judicial de los elementos reglados y de la vulneración de los principios generales del Derecho.

En España, por ejemplo, esta tarea fue impulsada magistralmente por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre todo a partir de una importante conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en marzo de 1962, objeto luego de publicación el mismo año en la *Revista de Administración Pública* y posteriormente como libro (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962 y 1974), con el expresivo título de *La lucha contra las inmunidades del poder*⁹.

Así, por decirlo en la terminología de KUHN en relación a las ciencias (KUHN, 1981), la *lucha contra las inmunidades del poder* marca en el siglo XX los *paradigmas* del Derecho administrativo español, con gran influencia en Hispanoamérica y en la línea de los desarrollos en otros países europeos.

Ahora bien, pese a su innegable calidad e influencia, estos desarrollos hicieron que el Derecho administrativo alcanzara sus cotas más altas, pero, a la vez, establecieron limitaciones al mismo, al que colocaron una *camisa de fuerza* epistemológica y metodológica, y que, por ello, en nuestra opinión, está sufriendo una crisis de identidad en las últimas décadas, de la que confiamos saldrá reforzado con nuevos paradigmas, como los que aquí pretenden exponerse.

Efectivamente, si bien estos desarrollos doctrinales establecieron brillantemente la *ciencia normal* en la que se basó la doctrina, la enseñanza universitaria y la formación de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces encargados de controlar a la administración, simultáneamente fijaron la *indiferencia* del Derecho en relación al núcleo de las potestades discrecionales¹⁰.

9. Este estudio fue una obra de gran éxito e influencia, que la doctrina de habla hispana ha ensalzado y reconocido como una de las obras más influyentes en la historia del Derecho Público (MUÑOZ MACHADO, 2009, la considera «un ensayo muy influyente», mientras DE CARRERAS, 2013, se refiere a su «célebre conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona» a la que asistió y de la que «comprendí muy poco» pero que estaba «socavando las bases de la dictadura y sentando los principios de un Estado de Derecho»).

10. Así, se indica que la discrecionalidad es una «libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extra-jurídicos» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962: 174, 179); es «esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque

Por ello, en la doctrina tradicional, fuertemente arraigada, comprobado judicialmente el respeto de los elementos reglados y la no vulneración —visión en negativo—, pues de los principios generales del Derecho, entonces el núcleo de la decisión discrecional, al estar fundada en criterios no jurídicos (económicos, artísticos, etc.) era algo de lo que el Derecho administrativo no tenía que ocuparse, al no ser controlable judicialmente, puesto que una intervención judicial en ese núcleo supondría la vulneración del principio de separación de poderes y el denominado gobierno de los jueces.

Se produce aquí una identificación entre el papel del Derecho administrativo y el control judicial de la administración, con la que no podemos coincidir. Si los jueces no pueden substituir el núcleo de oportunidad de la discrecionalidad, se viene a decir, entonces el Derecho administrativo no tiene ya interés en el mismo, que le es indiferente. Pero el Derecho administrativo es algo más amplio y diferente que el mero control judicial de las decisiones administrativas, sin por ello desconocer la importancia que este control tiene en un Estado de Derecho (PONCE, 2014).

Sin embargo, en las últimas décadas, distintas *anomalías* en la ciencia del Derecho Administrativo, vinculadas con numerosos casos de mala administración y corrupción que lo convierten cada vez más en impotente para incidir en el comportamiento público, orientado ahora más por la ciencia económica o la ciencia política (RETJMAN, 2013) (y cada vez más arrinconado en favor de la reacción penal en el caso español, por ejemplo) han de hacernos reflexionar sobre la crisis de la indiferencia de la discrecionalidad para el Derecho y la necesidad de completar los paradigmas existentes, destacando el interés que el Derecho ha de tener en ese núcleo discrecional. Veámoslo.

1. El Derecho Administrativo, frente a la mala administración y a la corrupción

En las sociedades democráticas, la ciudadanía cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes

la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración», cabiendo, por tanto, en el ejercicio de una potestad discrecional «una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho», GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 1993, pág. 456, por ejemplo. En la jurisprudencia, por todas, STS de 1 de junio de 1987, que señala que la discrecionalidad es la:

«potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo».

e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (en la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de un tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía¹¹.

Esta mala administración es paulatinamente mejor conocida, gracias a los avances en materia de transparencia (así, por ejemplo, como en otros países, téngase en cuenta toda la legislación en materia de transparencia, en España: ley estatal 19/2013 y leyes autonómicas de desarrollo, PONCE 2013 a) y a los esfuerzos en la medición de la corrupción, desarrollados desde la academia (en España, véase VILLORIA y JIMÉNEZ, 2012), organizaciones internacionales, como la Unión Europea (así, UNIÓN EUROPEA, 2014) o Transparencia Internacional¹².

¿Cuál es el papel del Derecho administrativo en relación con esta mala administración y esta corrupción? Si acudimos a la *ciencia normal*, basada en los paradigmas mencionados, el Derecho administrativo tiene poco que decir al respecto. Respecto a la mala administración negligente (esto es, por ejemplo, un mal uso, por antieconómico, por ineficiente, por ineficaz, de recursos públicos referidos a infraestructuras¹³), una injerencia jurídica supondría entrar de lleno en el núcleo de la discrecionalidad, que ya nos consta debería ser indiferente para el Derecho.

En el caso de la mala administración dolosa, esto es la corrupción, aquí el Derecho administrativo ha tenido algo más que decir, puesto que estamos ante la persecución de una finalidad distinta a la marcada por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la potestad (una desviación de poder, en la terminología legal administrativista clásica española), que constituye, a parte de las posibles responsabilidades penales, una clara ilegalidad. En su caso, si hubiera impugnación por parte de un interesado (o, si existiere acción pública, por cualquier ciudadano) el control judicial podría detectar ésta y declarar la invalidez de la decisión (la adjudicación del contrato, la regulación urbanística, etc.).

Ahora bien, la prueba de la desviación de poder no es siempre fácil, como es sabido, y, por otro lado, la intervención judicial se producirá una vez adoptada la decisión, con una anulación que (dejando ahora de lado la posibilidad de las medidas cautelares) es probable que se adopte mucho tiempo (años en el caso español) después de la toma de la decisión.

11. En relación a los costes de la corrupción y el bienestar, véase, por ejemplo, LAPUENTE, 2011, p. 5.

12. Véase, <http://www.transparencia.org.es>.

13. En el caso español, puede consultarse la serie de reportajes «La España del despilfarro» del diario español *El Mundo*, por ejemplo, al respecto: <https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=zvuMSnhdTAOM.kgWOP2cmzePg>

Esta inoperancia del Derecho Administrativo ha llevado en España a la preponderancia del control judicial penal, el cual se ha referido a la misma en términos notablemente crudos. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 (núm. 1127/2009, recurso de casación núm. 1539/2009) en relación con la corrupción urbanística objeto de atención mediática en la población de Andratx (Mallorca), señalando que:

«(...) la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como *Última Ratio* (...)».

Sin embargo, no se puede pedir al control judicial penal, siendo fundamental su existencia y buen funcionamiento, que despliegue una estrategia preventiva de la mala administración (si bien, en parte, las penas tengan esa finalidad preventiva). Esta tarea predominantemente preventiva le corresponde al Derecho administrativo. Pero el mismo no podrá llevar a cabo esta función si no se libera de enfoques reduccionistas que limitan su papel.

La transparencia que permite la participación y la evaluación por los ciudadanos de la actividad pública (en tal sentido art. 71.4 de la Ley del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por ejemplo) supone un arma importante para el buen uso del poder público. Si como KLITGAARD (1988) ha señalado la corrupción depende del monopolio en el uso del poder, al que se añade la existencia de discrecionalidad, sin rendición de cuentas, entonces un Derecho administrativo basado en nuevos paradigmas debe abandonar su *indiferencia* por el uso de la discrecionalidad e interesándose por ella promocionar la participación y la transparencia en favor de la orientación de la necesaria discrecionalidad (donde sea precisa), hacia un buen gobierno y una buena administración¹⁴.

14. Como ha sido señalado (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 347 y ss.):

«Discrecionalidad no significa “libertad de elección”. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (...). Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido “correctamente” no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la “corrección” de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios. Parámetros jurídicos de orientación en positivo de la discrecionalidad que son “orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia» (como las ofrecidas por la proporcionalidad, la buena administración, la igualdad, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima).

Esto es, si

C/M (Corrupción/Mala administración negligente)

=

M(monopolio) +D (discrecionalidad) -R (rendición de cuentas o accountability)

entonces el logro de reducir la corrupción y la mala administración negligente y avanzar hacia el buen gobierno y la buena administración debería basarse en esta otra ecuación alternativa que proponemos:

D (reduciéndola donde sea posible, pero aceptando su papel)

+

B(deberes y obligaciones jurídicas de buen gobierno y buena administración)

+

T(transparencia)

+ Gobierno Abierto

P(participación)

En consecuencia, la transparencia y la participación son importantes para la prevención de la corrupción y el logro de un buen gobierno y una buena administración, que es el objetivo último de todo poder (así, véase la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de abril de 2012, relacionando el acceso a archivos y registros con la buena administración).

Como señala el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura».

En definitiva, consideramos que la *vocación del Derecho administrativo* del siglo XXI, usando el título de un conocido trabajo de Alejandro NIETO (NIETO, 1975) debe ser prevenir y controlar las ilegalidades administrativas y contribuir a orientar la actividad pública hacia la toma de las mejores decisiones posibles en su servicio al interés general. Hemos de pasar, pues, *de la mera lucha contra las inmunidades del poder a una auténtica batalla por el buen gobierno y la buena administración* en garantía de los derechos de los ciudadanos y para evitar el fracaso de los países (ACEMOGLU y ROBINSON, 2012, MUNGIU-PIPIDI, 2015). En este contexto, la generación de infraestructuras de buen gobierno y buena administración (diseños procedimentales, organizativos, etc.) es fundamental.

2. Por un nuevo paradigma basado en el buen gobierno y la buena administración

Como hemos argumentado, los paradigmas dominantes en el Derecho administrativo clásico han declarado la indiferencia del núcleo discrecional para éste y se han concentrado tradicionalmente en la decisión final adoptada (el acto administrativo, sobre todo) más que sobre el modo de ejercicio de la potestad discrecional administrativa (esto es, el procedimiento administrativo: existe consenso al respecto, por todos, GARCÍA DE ENTERRIA, 1978: 256 y 257).

Históricamente se partió del ideal de la potestad administrativa reglada y de la sentencia como modelo de referencia para el acto administrativo (MERKL, 1980, que fue traducido al castellano por primera vez en 1935:190, quien influyó notablemente en España y el resto de Europa, como destaca ISAAC, 1968:101)¹⁵.

En consecuencia, abogamos decididamente por un nuevo paradigma en el Derecho administrativo del siglo XXI: el paradigma del buen gobierno y la buena administración. La buena gestión pública es, debe ser, también un tema de reflexión para la doctrina administrativista, el legislador y el control judicial, como veremos. No existe indiferencia respecto a la buena gestión pública y el Derecho administrativo, en colaboración con otras ciencias, debe modificar su epistemología y su metodología, sin perder su rigurosidad téc-

15. En esa línea, se intentó construir un Derecho administrativo basado en la *certeza*, pudiendo acudir aquí de nuevo a la imagen de la física newtoniana que inspiró a la Ilustración y en definitiva al Derecho administrativo surgido con aquella. La decisión administrativa, como la sentencia, debiera ser el resultado de la aplicación automática de la norma y la Administración, la boca que pronuncia las palabras de la ley (en la conocida expresión, referida al juez, de MONTESQUIEU).

Sin embargo, mientras los paradigmas de la física han evolucionado con las aportaciones de la mecánica cuántica, los jurídicos se han quedado anclados todavía en un mundo mecánico, hecho de certezas y mecanismos previsibles. Como es sabido, frente a la supuesta certeza científica, la física cuántica ha introducido la noción de *incertidumbre*, de la mano del conocido principio de incertidumbre de HEISENBERG. De acuerdo con éste, es imposible para un observador conocer a la vez la posición y la velocidad de una partícula subatómica, puesto que al observar se influye en lo observado (LINDLEY, 2010).

Siguiendo con posibles metáforas, el Derecho administrativo debería acostumbrarse a la incertidumbre (discrecionalidad) que no es algo malo e inevitable, sino una oportunidad para la buena gestión pública.

En este sentido, y realizando un paralelismo con el principio de incertidumbre mencionado, el «observador» de la conducta administrativa (esto es el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo normas y principios generales) puede y debe influir en lo «observado», esto es, la futura decisión administrativa que pueda producirse, no sólo limitándola mediante los elementos reglados y los principios generales del derecho sino influyendo también sobre el núcleo discrecional para orientar el *output*. Que éste sea inmune al control judicial por tener un fundamento extrajurídico (cfr. Art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa española de 1998) no quiere decir, ni mucho menos, que sea indiferente para el Derecho administrativo: éste ha de ser *sensible*, no indiferente, a la guía en positivo de la toma de la decisión, para que ésta no sólo no sea una mala decisión (corrupta, en su caso), si no la mejor decisión posible (SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 347 y ss.).

nico-jurídica, para contribuir a la misma, previniendo la corrupción y promoviendo las mejores políticas públicas posibles.

Esta necesidad ha sido identificada ya por parte de la doctrina, como hemos visto, y por el legislador y la jurisprudencia, que lentamente, en distintos países, avanzan en la construcción y desarrollo de dicho paradigma (así, véase OCDE, 2010, señalando como tras el *new public management* ahora es el momento de la calidad en la gestión pública).

Por su parte diversas sentencias del Tribunal Supremo español acogen este enfoque, como la de 7 de octubre de 1999, preguntándose respecto al ejercicio de la discrecionalidad si: «*en un Estado de derecho puede admitirse la existencia "a priori" de algo "indiferente jurídicamente"*» o la de 26 de febrero de 1990 indicando como el Derecho administrativo «ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos».

Pues bien, la falsa indiferencia del Derecho ante el ejercicio de la discrecionalidad y la aspiración al buen gobierno y a la buena administración han tenido su articulación técnica en las últimas décadas en el surgimiento de principios jurídicos de buen gobierno y de un derecho de buena administración que establecen obligaciones jurídicas al poder ejecutivo, como vamos a comprobar enseguida. En esencia, el derecho a una buena administración, como veremos, supone la necesidad del análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado de los hechos e intereses relevantes en cada toma de decisión.

3. Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración en la legislación y en la jurisprudencia

La idea de *buen gobierno* se refiere al modo cómo una parte del poder ejecutivo, el gobierno, desarrolla sus funciones, mientras la *buena administración* hace referencia al modo cómo el poder ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos. En este sentido, pues, el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma (En este sentido, identificando *good governance* y *good government*, por ejemplo, ADDINK, 2014: 23 y ss.).

En la Constitución española, por ejemplo, existen tanto principios de buen gobierno como principios de buena administración.

a) Respecto a los primeros cabe tener en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en

las decisiones, el principio de no discriminación, art. 14 CE, y de persecución de la igualdad material, 9.2 CE, el principio de proporcionalidad y, por tanto, de actuación no desproporcionada (derivado por la jurisprudencia del art. 1 CE, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) o el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE).

Por otro lado, diversas leyes de buen gobierno, comenzando por la estatal 19/2013 (arts. 25 y ss.) y siguiendo por las autonómicas, y otras regulaciones (por ejemplo, Ley estatal 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y equivalentes autonómicas) establecen ahora concretos deberes jurídicos de buen gobierno.

En definitiva, de todas estas leyes españolas cabe concluir que los Gobiernos (estatal, autonómicos y locales) en España al desarrollar su función de gobierno tienen, pues, obligaciones jurídicas de no vulnerar principios constitucionales, de cumplir los deberes en positivo que se derivan (racionalidad, justificación, igualdad (material), persecución del interés general, generación de alternativas, selección de la menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, balance costes-beneficios, eficiencia, economía, equidad), de no vulnerar los principios legales, de persecución del interés general con objetividad (permite controlar con ida de desviación de poder así como con el subprincipio de adecuación del principio de proporcionalidad, etc.), de cumplir los deberes en positivo que se derivan (ej. actuación diligente, prevista en la jurisprudencia y en ley estatal 19/2013 y legislación autonómica), de respetar los elementos reglados y los derechos fundamentales (como explicita el art. 2 de la Ley española de la jurisdicción contenciosa de 1998).

Existe la posibilidad de diseños institucionales y procedimentales para garantizar el buen gobierno, como luego analizaremos, puesto que éste, como vimos, no le es indiferente al Derecho. Los miembros del gobierno deben servir al interés general (ley española 19/2013, por ejemplo) con objetividad (como señala ahora la ley española 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su preámbulo y en sus arts. 3 o 11, referido a los conflictos de intereses y a la abstención).

b) En cuanto a los principios de buena administración, éstos no son desconocidos en el ámbito del denominado *Derecho Administrativo Global*, en vinculación con el debido procedimiento¹⁶, como tampoco lo son en el ámbito estadounidense, en el que si bien no es común en esa tradición jurídica refe-

16. Téngase en cuenta a la Organización Mundial del Comercio y su *Appellate body*, que resolvió el caso de los *Schrimp products* (camarones), en 1998, en el que el órgano de apelaciones señaló que los EE. UU. no habían proporcionado a ninguno de los Estados, cuyas exportaciones de camarones prohibieron mediante regulaciones administrativas internas, las garantías básicas de un procedimiento administrativo, como la oportunidad de ser oído, o alegar contra los cargos imputados. Puede consultarse en español esta decisión en: http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm

rirse a dicho derecho, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial de *hard look*, también conocida como el estándar del «procedimiento razonado» (*reasoned decision making*) es ampliamente empleada por la jurisprudencia y muestra como en el moderno Derecho público de los Estados Unidos «el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo» (LEVIN y GELLHORN, 2007, 103: que es exactamente lo que ha ocurrido en el ámbito español y en otros países, PONCE, 2008, 2010).

Asimismo, un *derecho subjetivo* a una buena administración puede hallarse en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

«Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente

b. el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c. la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Así como en diversa legislación española (como en recientes Estatutos de Autonomía españoles, por ejemplo el catalán de 2006, art. 30, y en la legislación estatal, ley 19/2013, y autonómica de transparencia y buen gobierno, así, ley catalana 19/2014 o ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, por citar sólo dos de las más recientes), así como en otras Constituciones (art. 97 de la italiana, refiriéndose al *buon andamento*¹⁷⁾ y leyes de diversos países europeos¹⁸.

17. Dos ejemplos de la abundante jurisprudencia del tribunal constitucional italiano sobre este precepto:

- *Sentenza* N. 172, 2005 «...atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici».

- *Sentenza* N. 262, 1997 «...che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico».

18. Téngase en cuenta el Informe oficial AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*,

Ese derecho a una buena administración es defendido en la jurisprudencia del TEDH (que se refiere a la «buena gobernanza»)¹⁹.

También en la jurisprudencia del TJUE (que ya cuenta con centenares de sentencias desde 1955 al respecto, MANCILLA, 2014), del Tribunal Supremo español (por ejemplo, STS de 30 de enero de 2012, refiriéndose a la motivación y la buena administración)²⁰, y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC. AA. (PONCE, 2010)²¹.

En cuanto al Tribunal Supremo español, destacan sentencias como la de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2019 (rec. 4442/2018), que sienta la siguiente doctrina casacional:

«... reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por

2005. Consultable en <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf> el mismo establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea, concluyendo que:

«la idea general tras la legislación sobre buena administración es que, si la administración pública sigue procedimientos adecuados, la probabilidad de tomar buenas decisiones se incrementa notablemente. El diseño de procedimientos que aseguren que la autoridad administrativa considera todos los hechos relevantes, pondera todos los intereses relevantes y asegura que todas las partes puedan hacerle rendir cuentas durante el proceso mediante procedimientos transparentes y mediante la exigencia de que declare explícitamente el fundamento de su decisión asegurará un nivel mínimo de reflexión racional» (pág. 78).

19. Así, de las decisiones *Cazja contra Polonia*, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy contra Ucrania*, de 20 de octubre de 2011, u *Öneryildiz contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública con unas determinadas características recogidas en las sentencias que implican, entre otras cuestiones, una debida diligencia.
20. «En ese sentido, debe recordarse la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación de los actos administrativos, que se expone en la sentencia de 23 de mayo de 2005, en la que dijimos:
(...) El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarzar en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones».
21. Un recopilatorio detallado de toda esta jurisprudencia puede hallarse en el artículo de PONCE SOLÉ, J., «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», publicado en la *newsletter* del INAP el 19 de enero de 2017 y consultable aquí: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>

tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable»²².

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019 señala que:

«Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto».

También puede citarse la STS de 15 de octubre de 2020 (rec.1652/2019) que establece lo siguiente como doctrina casacional:

«Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, **un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente** y —como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones— no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un

-
22. La relevancia del derecho a una buena administración no ha pasado inadvertida tampoco para la doctrina, legislación y jurisprudencia iberoamericana. Así, la doctrina ha llamado la atención sobre su importancia, (por ejemplo, MOSCARELLO, 2012, 2013, a quien como conocedor de la realidad argentina debo remitirme) y el CLAD ha impulsado como *soft law* el Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 y la Carta iberoamericana de derechos y deberes de los ciudadanos ante la administración pública de 2013, la cual contiene numerosas referencias a la buena administración. En el ámbito legislativo, la República Dominicana, por ejemplo, ha incluido la referencia al derecho a la buena administración en la ley 107-3. Finalmente, la jurisprudencia iberoamericana ha hecho también referencias al concepto, bien de forma implícita, como en el caso costarricense, bien de forma explícita, como en el caso de la Corte Constitucional dominicana y peruana o en el caso del Consejo de Estado colombiano.

correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos».

Más concretamente, la buena administración y la obligación jurídica de debida diligencia o debido cuidado tienen o pueden tener impacto transversal, en ámbitos tan relevantes como por ejemplo el entendimiento de la discrecionalidad administrativa, que ya no puede ser considerada como una libertado de elección entre indiferentes jurídicos, como dijimos, y su control judicial, en el derecho al adecuado desarrollo del procedimiento administrativo para elaborar reglamentos (que no pueden violar los principios de buena regulación, STS de 4 de junio de 2020 (n.º recurso. 33/2019)), actos administrativos y el resto de las decisiones administrativas —«derecho al procedimiento administrativo debido, que se corolario del deber de buena administración» (STS de 14 de abril de 2021, recurso n. 28/2020), procedimiento la caducidad del cual tiene que ser declarada formalmente antes de iniciar otro [STS de 3 de diciembre de 2020 (recurso N.º 8332/2019)]—, en la correcta motivación de las decisiones administrativas, el derecho a comprenderla —con relación lógica de su contenido con el expediente y la decisión adoptada—, en las notificaciones, que hay que desplegar con la debida diligencia (STC 160/2020), en los recursos administrativos —no siendo posible dictar providencia de constreñimiento sobre el patrimonio si no se han contestado, STS de 28 de mayo de 2020, (recurso n.º 5751/2017)—, en el inicio de la revisión de oficio de actos administrativos (STSJ de Cataluña d'1 de octubre de 2020), en la inactividad administrativa - STS de 8 de octubre de 2020 (recurso. n.º 91/2020), sobre insuficiencia de medidas públicas de protección en sanitarios durante la pandemia de Covid-19...

En conclusión, los principios de buena administración implícitos en la Constitución, como dice MARTÍN REBOLLO se relacionan con «un derecho implícito en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de una Administración cuya función es servir (arte. 103 CE)»²³.

El derecho a una buena administración (con la correlativa obligación de actuar teniendo en cuenta los elementos relevantes en cada caso —Derecho, hechos, intereses, derechos— y descartando los irrelevantes, de acuerdo con los principios antes mencionados y la diligencia debida o debido cuidado) supone una preocupación creciente por una actuación administrativa que sirva efectivamente a los ciudadanos.

Tanto el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como las consagraciones implícitas o explícitas en los Derechos nacionales, como España en la CE, los Estatutos y varias leyes aplicadas por la jurisprudencia, pueden decirse, pues, que consagran:

23. MARTÍN REBOLLO, L., «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración pública*, n.º 150, 1999, p. 363, trabajo disponible en abierto en el web de la Revista de Administración Pública.

- Un derecho subjetivo²⁴ y, a la vez,
- Un principio general del Derecho, implícito a la CE y que limita al poder ejecutivo y al legislador, impidiendo que este pueda dictar normas jurídicas que generen mala administración, y
- Un valor jurídico, porque cuando la CE afirma «como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», está consagrando la buena administración implícitamente como valor, dado que ninguno de los explícitamente afirmados es posible con una mala administración y un mal gobierno²⁵.

4. La paulatina concreción del derecho a una buena administración

Como hemos visto, el interés por el buen gobierno y la buena administración ha pasado de la jurisprudencia, donde nace originariamente, a las normas, como constatamos en el ejemplo del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o de algún país iberoamericano y donde esta tendencia es posible que se afiance en años venideros.

Consideramos que tras una primera fase ya superada, donde las apelaciones a la buena administración han sido muy genéricas (por todos, téngase en cuenta los meritorios trabajos de RODRIGUEZ ARANA, por ejemplo, 2015, 582 y

-
24. Puede trazarse aquí un paralelismo con la igualdad, que la jurisprudencia y la doctrina entienden que implica tanto un principio general del Derecho como un derecho subjetivo (y un valor).

Para el caso español, téngase en cuenta el conocido y relevante voto particular a la STC 75/1983, de 3 de agosto, firmado por los Magistrados Gloria Begué Lado, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Francisco Tomás y Valiendo, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Antonio Truyol Serra, en el cual se afirma que:

«El art. 14 de la Constitución contiene tres figuras distintas: a) un principio general del derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una estricta interpretación restrictiva; b) un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los tribunales la tutela y protección para que la igualdad eructa sea restablecida, y c) una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades».

Así, pues, la buena administración puede considerarse, tanto a nivel europeo como nacional, como un derecho subjetivo (reconocido en la legislación y la jurisprudencia), que permite obtener de los tribunales la tutela y protección para que la buena administración no cumplida pueda ser restablecida. Este derecho, implica las obligaciones correlativas de debida diligencia y debido cuidado a las que dedicaremos más atención enseguida.

25. De nuevo un paralelismo es útil aquí, en este caso con el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional español ha afirmado que el principio de proporcionalidad es inherente en el Estado de Derecho (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, o STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4) y que hay que deducirlo del valor Justicia del art. 1.1 CE (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2 o STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7), algo que fácilmente es trasladable a la buena administración.

ss.) estamos, desde hace tiempo, en una nueva fase mucho más pragmática y concreta, en la que la doctrina, el legislador y la jurisprudencia están interactuando y contribuyendo a articular técnicas concretas para hacer realidad la buena administración y controlar la mala administración. Por tanto, es imprescindible ya conocer y citar esa jurisprudencia y las concretas técnicas legales utilizadas y no quedarse con meras aproximaciones retóricas.

En este sentido, el derecho a una buena administración no es algo ligado a una moral o ética etérea que esté más allá del Derecho: forma parte de éste, que quiere una gestión de calidad y abre la posibilidad de reacción jurídica contra la mala administración (culposa o dolosa, es decir, la corrupción).

Por otro lado, el derecho a una buena administración no es sólo un *para-guas* que se limita a englobar un conjunto de principios y derechos relativos al procedimiento administrativo debido o justo.

La idea de una buena administración incorpora, por sí misma, la necesidad de que al ejercerse poder público (por el gobierno o la Administración) dicho ejercicio se vehicule mediante un procedimiento de toma de decisión que permita garantizar *el análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado* de los hechos, derechos e intereses relevantes y la no consideración de los irrelevantes, como ya reconoce la jurisprudencia aludida, que en el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, se refiere a un deber específico de *due diligence* o *due care*²⁶.

Este deber de diligencia debida o debido cuidado forma parte esencial del derecho a una buena administración. Constituye un estándar de conducta exigible a la Administración y el Gobierno. Precisamente su uso ha llevado en Holanda a la condena judicial a reducir los gases con efecto invernadero en un 20 % a partir de 2020. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019 ha señalado la obligación de reducción mencionada, subrayando que:

«6.5 (...) el tribunal puede evaluar si el Estado con respecto a la amenaza de un cambio climático peligroso está obligado a hacerlo () sobre la base del art. 2 y 8 TEDH para cumplir con la debida diligencia e implementar una política apropiada y consistente (good governance). Esta obligación también puede, bajo ciertas circunstancias, resultar en la obligación de tomar medidas de cierto tamaño o contenido».

En España, el Tribunal Supremo español también se ha referido a este componente esencial del derecho a una buena administración. En la STS de 19 de noviembre de 2017, se señala que:

26. Véase la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, T-217/11, sala cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea, ponente KREUSCHITZ, con una interesante descripción de la obligación jurídica de diligencia debida que implica este derecho.

«En otra línea, la decisión adoptada —a la vista de la previsión de riesgo que la Sala deduce en la valoración probatoria— se sitúa en el ámbito de los principios de cautela y de acción preventiva, que, siguiendo una larga tradición, el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reitera, en su artículo 191, apartado 2, como elementos que han presidido la política ambiental de casi todos los Estados Miembros de la Unión Europea. Efectivamente, una especial relevancia parece cobrar —dada su preferente cita— el denominado principio de precaución (ahora, de cautela), potenciando la aplicación del citado principio de precaución, el actuar por si acaso llegan a aparecer daños no previstos, a veces ni siquiera imaginados. Aun cuando no se esté seguro de las consecuencias de determinadas actividades, éstas podrían ser tan nocivas que se considera necesario tomar medidas para evitarlas. Es la política que da lugar a las prevenciones en torno a los productos transgénicos y a muchas novedades científicas o tecnológicas cuyos efectos no se conocen todavía. Igualmente cuenta con pujante relevancia el denominado principio de acción preventiva, que se trata de un principio más integral y globalizador, puesto que abarca todos los modos de contaminación, todos los componentes del elemento del medio ambiente, tanto los físicos-naturales como los sociales y económicos, y, a la vez, son una gran cantidad y variedad de actividades las que han de ser sometidas al proceso evaluatorio. Dicho principio no es exclusivo del ámbito medioambiental por cuanto ya estaba asentado en la idea de la “diligencia debida” de los sujetos de Derecho internacional, que implicaba una especial obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción con la finalidad de asegurarse que, en condiciones normales, no se causaran perjuicios de tipo transfronterizo. Hoy, en mismo el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 dedica su artículo 41 al denominado “Derecho a una buena Administración”. Tal precepto se integra hoy en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, que en su artículo 6 señala que, en su artículo 6 dispone que “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. **Se trata, dicho sea en síntesis, de la tradicional idea del “buen gobierno” en la gestión pública, adelantándose a los hechos, ante la duda de que de una determinada actividad puedan deducirse ciertos riesgos, siendo preferible el error en la previsión de futuro a la pérdida de seguridad; obviamente, como en el supuesto de autos, aun no se ha producido un daño —lo cual, sin duda alguna, condicionaría la libertad discrecional propia del planeamiento urbanístico—, pero existen datos que acreditan que no existe certeza científica absoluta, sino por el contrario evidencias de que el mismo puede llegar a producirse; ante tales situaciones la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración.** Por otra parte, numerosos documentos internacionales adoptados en el ámbito de la

Organización de las Naciones Unidas (ONU), hacen referencia directa o indirecta al principio, comenzándose, partir de mediados de la década de los 80 a incluirse al “principio de precaución” en instrumentos internacionales en materia ambiental: Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972), Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Agenda 21 (1992), Convención de Londres sobre Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954) sustituida por la Convención de Londres sobre la Prevención contra la Contaminación por Buques (1973), Convención sobre Cambio Climático (1992), Convención sobre Biodiversidad. En todo caso, debe recordarse como documento internacional que más ha avanzado en la configuración de la obligación de cautela a nivel universal, lo constituye el Protocolo de Montreal sobre Bioseguridad (2000), adoptado en el marco de la citada Convención sobre Biodiversidad. Lógicamente, la precaución, la cautela, la previsión contienen una vertiente probatoria que obligaría a la Administración a justificar la existencia de razones científicas o técnicas que acreditaran la ausencia de riesgo».

Varias decisiones del Tribunal de Cuentas han dado alguna pista complementaria sobre este nivel de diligencia de los servidores públicos, en relación, específicamente, al manejo de caudales públicos. Un análisis de las decisiones del Tribunal de Cuentas recaídas en procedimientos de reintegro permite detectar decenas de sentencias referidas al nivel de diligencia exigible a un servidor público en el manejo de caudales públicos, que es superior a la del gestor de un patrimonio privado.

El Tribunal de Cuentas ha señalado que la diligencia exigible a un gestor público es superior a la del gestor privado, puesto que se trata de una diligencia cualificada, puesto que «el gestor de fondos públicos está obligado a una diligencia cualificada en la administración de los mismos, que se superior a la exigible al gestor de un patrimonio privado». Siendo necesario el que se ha denominado como «agotar la diligencia»²⁷.

27. Valga por todas, sobre este tema, la sentencia n.º A8/13 año 2014:

«La sentencia de la Sala de Apelación de 14 de marzo de 2007 acota los requisitos de dolo o negligencia grave, es decir, la generadora de responsabilidad contable, al señalar que, “para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño a los caudales o efectos públicos sea contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, se necesario, como ha venido declarando reiteradamente esta Sala, que lo agente haya actuado consciente de que su comportamiento provocaba o podía provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo y manejo, sin adoptar las medidas para evitarlo, o al menos, que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia —culpa o negligencia—, entendiéndose que esta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que se negligente quien no previene debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento. Igualmente si lo resultado dañoso fue conscientemente querido, con lo propósito cierto de producirlo, estaríamos ante una actuación dolosa,» especificando sentencia de 31 de marzo de 2008, que, en el ámbito contable, tiene que exigirse al gestor de fondos públicos “una especial diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de custodia, justificación y rendición de

Desde una perspectiva general, analizando toda la normativa aludida y la jurisprudencia, cabe inducir que el derecho a una buena administración implica que los altos cargos y los empleados públicos en cumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno y buena administración deberán actuar:

- Con la diligencia de un cuidadoso servidor público (art. 26 LTAIBG: «*Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos*»), agotando la diligencia en el caso de manejo de caudales públicos y afectación de derechos constitucionales.
- Actuando solo en ausencia de conflictos de intereses,
- Con la información necesaria,
- Teniendo en cuenta los factores relevantes y
- Otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante,
- Motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente.

Ahora bien, *¿cuál es el estándar de buena administración*, es decir de debido cuidado en la toma de decisiones administrativas en general?

La normativa en el ámbito privado acostumbra, como es sabido, a apelar a estándares abiertos, como por ejemplo la diligencia de un buen padre de familia o de un ordenado empresario, expresiones clásicas de la legislación civil y mercantil en España.

La determinación del nivel de diligencia debida o debido cuidado necesario para satisfacer el derecho a una buena administración pública depende también, en definitiva, de cada caso, si bien, con lo que se ha dicho hasta ahora, se puede intentar avanzar una fórmula general para determinarlo de roma más precisa circunstanciadamente.

Determinación necesaria tanto por parte del legislador (al diseñar los requisitos de la actuación administrativa) y de la propia administración (a la hora de decidir cómo utilizar la discrecionalidad en su actuación, por ejemplo, para pedir o no un informe complementario no preceptivo o para desplegar una actividad de protección en un servicio público como por ejemplo el penitenciario) como de los órganos de control, incluidos los judiciales (éstos para controlar el cumplimiento de la obligación de buena administración y considerar violado o no el derecho del ciudadano a una buena administración).

El **punto óptimo de cuidado**, que implica la diligencia debida en cada actuación administrativa (es decir, el nivel de cuidado que se tiene que desplegar para el cumplimiento de la obligación de buena administración a la

cuentas, en cuanto su incumplimiento da lugar a una conducta, generadora de daños y perjuicios, que puede considerarse socialmente reprobable»).

vista de las circunstancias del caso concreto) sería aquel que permite cumplir la siguiente condición²⁸:

$$c = p \times D$$

Y, en cambio, **se violaría la obligación jurídica de buena administración** propia de este derecho cuando se omita por el decisor administrativo una medida de cuidado si

$$c < p \times D$$

La *c* representa el coste de la medida adicional de buena administración considerada.

Una respuesta más detallada a las alegaciones presentadas por los interesados o los ciudadanos, la apertura o no de un trámite de prueba, una vigilancia más estricta de un preso que podría suicidarse, etc.

La *p* representa cuánto se reduce la probabilidad de tomar una decisión desacertada cuando se adopta la medida adicional de buena administración considerada.

Por ejemplo, una respuesta más cuidadosa a alegaciones implica una mayor ponderación de estas y puede suponer la reducción de la probabilidad de no considerar problemas o alternativas relevantes, mayor atención para evitar que un preso disponga de un instrumento por auto lesionarse....

D es el perjuicio derivado de tomar una decisión desacertada.

La muerte de un preso por suicidio por no haber adoptado el cuidado necesario en su seguridad, el derroche de dinero público en una infraestructura innecesaria —una autopista, un aeropuerto, un equipamiento cultural—, que no es utilizada por los ciudadanos por no haber ponderado alternativas y datos relevantes o la falta de agua en un nuevo desarrollo urbano, por no haber pedido un informe que advirtiera de este hecho...

La magnitud o gravedad de este perjuicio puede depender de varios factores, entre los que nos parecen destacables los siguientes:

- La afectación de la esfera personal y patrimonial del ciudadano.
- El riesgo derroche de caudales públicos.
- El número potencial de afectados por la decisión.

Esta gravedad será máxima, pues, cuando afecte a derechos constitucionales fundamentales, de una pluralidad indeterminada de personas y suponga uso de caudales públicos (el que implicará un nivel equivalente del debido cuidado o debida diligencia a desplegar) e irá disminuyendo (y con ella, el grado de debido cuidado exigible a la Administración) cuando afecte

28. Se hace aquí una adaptación de la regla llamada de Hand, juez norteamericano que estableció una fórmula del cálculo de la negligencia, para establecer la violación o no del deber de cuidado en casos de responsabilidad.

a derechos constitucionales no fundamentales, a simples derechos legales o a meros intereses legítimos, suponga o no gastada de caudales públicos y tenga trascendencia solo individual (ej. acto administrativo o contrato) o de cariz general (ej. reglamento o plan).

Entonces, $p \times D$ representa el beneficio que se obtiene al adoptar la medida adicional de buena administración. Este beneficio tiene dos ingredientes: la reducción de la probabilidad de cometer una equivocación y el mal derivado de cometer una equivocación.

Hay que señalar finalmente que la probabilidad de cometer una equivocación puede depender de varios factores, además del nivel de diligencia o cuidado adoptado, por ejemplo: de la incertidumbre que pueda existir en cada caso sobre cuál es la decisión más acertada, así como de los incentivos o desincentivos que tenga el decisor para buscar la buena administración (así, por ejemplo, si la carencia de diligencia le provoca o no repercusiones personales desfavorables, como por ejemplo una posible sanción disciplinaria o la necesidad de resarcir el daño causado con su patrimonio personal).

Cuanto mayor sea la incertidumbre existente y más débiles los incentivos de las autoridades administrativas para tomar decisiones acertadas (discrecionalidad), más grande será la probabilidad que estas se equivoquen y, por lo tanto, mayor será el beneficio derivado de exigir medidas adicionales de buena administración. De aquí la importancia adecuados diseños organizativos, procedimentales y de función pública para incentivar la buena administración estableciendo las medidas adecuadas.

La efectividad técnica del derecho a una buena administración, además del comportamiento del poder ejecutivo, también depende de los diseños organizativos y procedimentales que realicen los legisladores (regulación de los conflictos de intereses, de los grupos de presión, de la evaluación de políticas públicas, etc.) y del control judicial que se haga del respeto del mismo.

III. El *compliance* público

Es en el contexto descrito en que surge en los últimos años referencias al ***compliance*** (literalmente, cumplimiento), y más concretamente al *public compliance*, esto es, esto es al cumplimiento normativo por parte de las AA. PP., con semejanza al desarrollo en el sector privado de programas de *compliance*, en este caso específico con la voluntad de evitar o rebajar responsabilidades penales que puedan derivarse del comportamiento de las sociedades mercantiles, en aplicación del art. 31 del Código Penal.

Sin embargo, por decirlo de modo directo y llano, un Ayuntamiento o una Comunidad Autónoma no es la Coca-Cola: sus objetivos son muy diversos (servicio a los intereses generales frente a ánimo de lucro) y un *compliance* en ambos casos también es diferente (servicio a los intereses generales de

acuerdo con las obligaciones de buena administración frente a desarrollo del ánimo de lucro sin violar el ordenamiento jurídico).

El *compliance* ha ganado notoriedad en el ámbito privado desde la incorporación a nuestro Código Penal (CP) de los preceptos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis a quinquies, más art. 33), como un medio de evitar esta, si se demuestra que se «ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (art. 31, bis del CP).

Sin embargo, en el ámbito público, como es sabido, ha tenido mucha menos relevancia, de momento, debido al hecho de que esos preceptos del código penal no son de aplicación a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales. Sólo lo son para el caso de «Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general» y con una pena delimitada por el art. 33.7 del CP. Recordemos al respecto que el art. 31 quinquies en su apartado que:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal»²⁹.

29. Por su parte, el art. 33.7 al que se remite este precepto, señala que:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acree-

Es posible cuestionar esta decisión legislativa, que, como explica HERNÁN-

dores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

Sobre la responsabilidad penal de sociedades mercantiles de capital público, téngase en cuenta la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015:

«En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados “organismos reguladores”) y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a “aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» permite incluir todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales, mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5.º, habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el ya citado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, mostraba su preocupación porque las sociedades estatales pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras *rescatadas* por el Estado a través del FROB, alertando de que “en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales” y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas “ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Si bien la ejecución y prestación de tales políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales (Ley 6/1997 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre), no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio

DEZ SÁNCHEZ³⁰ es distinta de la empleada en EE. UU. o, añadimos nosotros,

público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS n.º 277/2015, de 3 de junio).

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, *General presupuestaria*). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de contratos del sector público* [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado.

En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial (Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06). Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, aunque una vez escogida por el Legislador la técnica del listado hubiera sido muy oportuna su incorporación al mismo.

Lo dicho es extensible a las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, “por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participen en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística”. Tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas».

30. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.M., «Hacia una posible evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica: la persona jurídica pública y los compliance programs», *Legal Today*, 28 de noviembre de 2016.

Francia, donde existe responsabilidad penal de los municipios, por ejemplo³¹. Este autor considera que esta inaplicación del 31 bis a las AA. PP. «es un elemento que eventualmente debe desaparecer en tanto en cuanto toda la legislación, tanto a nivel nacional como en el ámbito del derecho comparado, se muestra tendente a la inclusión de la cultura de cumplimiento», siendo planteable una «posible imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas públicas —que debe aparejar asimismo la incorporación de los correspondientes programas de cumplimiento normativo para estas entidades—, en aplicación de esa intención integradora de la cultura del cumplimiento en todos los aspectos de la sociedad» **si bien debería modularse y diferenciarse claramente las penas que podrían serle impuestas a una persona jurídica pública y a una privada** (al igual que determinados delitos especiales acarrear únicamente penas de inhabilitación especial, como el 447 o 448 CP); es un sinsentido que claramente atenta contra el Estado de Bienestar y contra la sociedad civil la idea de que la pena a imponer sea la de disolución, la prohibición de operar en determinado territorio o la pena de multa, por razones obvias (no ya por desproporcionada sino por razones de utilidad pública). Sin embargo, **no resulta ser tan sinsentido la imposición de una pena de intervención judicial en la cual un miembro del Ministerio Fiscal asuma la competencia de asegurar el efectivo cumplimiento normativo reportando al juez que imponga la medida los progresos que produzcan**, de cara a que este pueda suspender la pena, una vez que el fin perseguido sea un hecho. Por tanto, puede ser un fiscal quien actúe —a semejanza del *compliance officer* empresarial— dentro de la entidad en la que se ha producido el ilícito aparejado a un defecto organizativo, de cara a normalizar la situación y que ese ente público concreto pase de ser incumplidor, a cumplidor».

En nuestra opinión, convendría reflexionar sobre este aspecto, de singular relevancia cuando existe una **mala administración sistemática** en una administración pública. Entendemos por ésta **la violación repetida del derecho a una buena administración de los ciudadanos, por un defectuoso diseño institucional, sea organizativo sea procedimental, que esté generando vulneraciones repetidas de la buena administración en casos muy similares a muy distintos ciudadanos**, (ej. no consideración de los márgenes de error de radares en sanciones de tráfico, ni inclusión de los mismos en la notificación automatizada que se realiza al presunto infractor: mala administración que se repite *ad nauseam*). Algo que ocurre en la realidad y a lo que la jurisdicción contenciosa no ofrece una respuesta eficaz. En otro momento, he expuesto la necesidad de explorar las posibilidades por explotar de la LJCA³², por ejem-

31. En Francia, desde 1994, el art 121-2 del Código penal señala que «*les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants*». Véase por ejemplo: Dossier thématique : la responsabilité pénale des élus locaux (irma-grenoble.com).

32. PONCE SOLÉ, J. «La buena administración y el buen gobierno. La crisis de la Covid-19 y las

plo, las abiertas por el artículo 77 LJCA que se refiere a la mediación intra-procesal. Un ejemplo en este sentido lo tenemos en el auto de 8 de febrero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual, en ejecución de sentencia, aceptó la mediación que dio lugar no sólo a medidas concretas en el caso, sino también a la obligada elaboración de un protocolo administrativo de buenas prácticas urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, para evitar que en el futuro se repitieran situaciones como la suscitada en el concreto proceso y pudieran afectar a más ciudadanos. El mismo contiene una sección titulada muy expresivamente «II.- *Medidas orientadas a la mejora de los servicios y el acierto de las decisiones administrativas*»³³.

Asimismo, esa lucha contra una violación del derecho a una buena administración repetida similarmente en muchos casos diversos —afectando no sólo al ciudadano litigante sino a otros muchos potenciales afectados por una mala administración institucional, por una mala administración *sistémica*— también puede pasar por la comprensión adecuada del alcance de las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, puesto que si no se aprovechan sus posibilidades, los riesgos de nuevas malas administraciones que afecten a otras personas en el futuro y sea un calco de las anteriores que afectaron al propio litigante, permanecerán, obligando a suscitar nuevos litigios sobre la misma cuestión, especialmente si pensamos en actos masa.

En este sentido, el art. 31.2 LJCA recordemos que señala que:

«También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda».

De ahí, que el recurrente pudiera incluir entre sus pretensiones la de obtener una orden judicial dirigida a la Administración para que ésta proceda a subsanar la fuente institucional, sea organizativa, sea procedimental, de la mala administración sistémica, con el objeto de evitar repetición de litigios costosos y futuros, que contribuirían, además, a sobrecargar a la jurisdicción contenciosa.

Pero más allá de estos mecanismos propios del Derecho Administrativo, la evitación de malas administraciones sistémicas podría alentarse mediante el reconocimiento de responsabilidad penal de las Administraciones públicas y la posibilidad de evitar ésta con programas de cumplimiento normativo, en modo similar, si bien adaptado a las peculiaridades públicas, a como se efectúa en el sector privado actualmente.

nuevas tendencias en el Derecho administrativo y en el control judicial del poder ejecutivo», *Jueces para la democracia*, N.º 102, 2021, págs. 5-20.

33. Consultable en: 2019_0000002012 (dicoruna.es).

En cualquier caso, lo cierto es que la consecuencia en la práctica de la ausencia de responsabilidad penal pública ha sido que los gestores públicos no han considerado preciso construir sistemas de *compliance*, puesto que se entienden que no son precisos, al no poder concurrir responsabilidad penal pública y, por tanto, no tener la utilidad de eximir de ésta.

Tal conclusión, innecesariedad de *public compliance* ante el diseño elegido por el Código Penal vigente, es profundamente errónea, en nuestra opinión, y va a tener que cambiar forzosamente en breve, por imposición forzosa legal, debido a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la UE, realizada mediante 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.

Esta ley impone canales de denuncia internos en todas las AA. PP. y, por tanto, exige *compliance* pública, a ejercer por el «Responsable del Sistema interno de información», art. 8, que abre una ventana de oportunidad para que las entidades públicas incorporen un auténtico *public compliance officer* encargado de la totalidad del *compliance* y no sólo de esta parcela de los canales de información.

Está por ver, en el despliegue de la ley, la calidad de dicha *compliance*, y su limitación a ser vinculada con la mera presentación de denuncias, en vez de ser aprovechada como una ventana de oportunidad para establecer un auténtico sistema de cumplimiento normativo, con responsables al cargo del mismo (*public compliance officers*), aunque no exista responsabilidad penal pública en nuestro sistema.

Sistema de cumplimiento que, además, a diferencia de la empresa privada, como avanzamos, **debería incorporar garantías de cumplimiento del derecho a una buena administración de los ciudadanos.**

Merece detenernos un momento en este punto.

Efectivamente, **en un sistema de cumplimiento público, el objetivo no puede ser sólo no violar las normas jurídicas y no incurrir en delitos, como en el caso privado**, sino que la peculiar posición de las Administraciones Públicas —que sirven a los intereses generales (art. 103 CE) y deben hacerlo de acuerdo con una serie de principios constitucionales (objetividad, coordinación, interdicción de la arbitrariedad, eficacia, eficiencia, economía, etc., arts. 9.3, 31.2, 103.1 CE)— las sitúa en una situación diferente a la de los privados.

Posición que exige de ellas no sólo meramente no violar normas, sino, en positivo, el cumplimiento de las obligaciones de buena administración, derivadas del principio de buena administración constitucional.

Por ello, existiendo dichas obligaciones de buena administración, la *discrecionalidad* no es, no puede ya ser, como históricamente se ha entendido, una *libertad* de elección entre *indiferentes* jurídicos (STS de 7 de octubre

de 1999: en un Estado de Derecho no puede existir algo indiferente para el Derecho a priori), sino un margen de apreciación entre alternativas distintas existentes, que deben ser, conforme a lo que hemos visto exige el Derecho, cuidadosamente ponderadas, con la debida diligencia, teniendo en cuenta los elementos (hechos, intereses, derechos, Derecho) relevantes, y fundadas y justificadas adecuadamente y congruentemente, mediante el expediente y las memorias y motivaciones de las mismas.

Es entonces, en este marco, **donde el cumplimiento adquiere una extraordinaria relevancia** y es preciso desarrollar **una visión sobre cómo construir un sistema de cumplimiento, que pueda evitar la comisión de delitos vinculados con la corrupción, sí, pero también de casos de mala administración negligente** que supongan el desarrollo de infraestructuras públicas ineficientes y antieconómicas y el perjuicio a derechos e intereses de los ciudadanos, incluido, claro, el derecho mencionado a una buena administración.

Se debería así deshacer *la maldición* lanzada por la sala de lo penal del TS, en la sentencia de 27 de noviembre de 2009 (núm.1127/2009, recurso de casación núm. 1539/2009) **en relación con un caso de corrupción urbanística, en la que afirmó que:**

«(...) la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante **la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Última Ratio** (...).».

En definitiva, creemos que más que de *compliance público*, acogiendo acríticamente terminología inglesa importada del sector privado, deberíamos hablar, como ya se hace a nivel internacional, de la **generación de marcos de buen gobierno y buena administración que permitan identificar riesgos de mala administración y prevenirlos**.

Parece preciso señalar ahora que, si bien la aplicación de la normativa ya existente y la dotación de los precisos recursos para la prevención y represión penal de la mala administración y la corrupción son imprescindibles, lo cierto es que, en nuestra opinión, ello no basta para lograr el buen gobierno y la buena administración, porque diversas lagunas jurídicas o malas regulaciones impiden éstas. Por tanto, colmar las lagunas aún existentes y mejorar la regulación incentivadora del buen gobierno y la buena administración, con adecuación a las necesidades de cada país, nos parece también fundamental.

Esta infraestructura, que pretende facilitar una buena gestión ética, estaría compuesta por un conjunto de elementos (véase la figura siguiente, OCDE, 1996), entre los que se suelen mencionar varios elementos de control, varios elementos de orientación (como un fuerte liderazgo político, códigos de comportamiento que expresen valores, principios y normas de conducta, y actividades éticas), principios y normas de conducta, y actividades de mejora profesional como la educación y la formación), y elemen-

tos de gestión (en forma de políticas de recursos humanos y condiciones adecuadas para los empleados públicos que permitan una buena gestión ética, y diseños organizativos específicos que permitan una coordinación eficaz de toda la infraestructura ética).

Así la OCDE señala los siguientes elementos (la traducción del francés es mía, OCDE, 1996):

Infraestructura ética
Compromiso público y supervisión
COMPROMISO
LIDERAZGO POLÍTICO
CONTROL
MARCO LEGAL
RESPONSABILIDAD Y CONTROL
GUÍA
CÓDIGOS DE CONDUCTA
ADAPTACIÓN PROFESIONAL
GESTIÓN
ÓRGANO DE COORDINACIÓN
CONDICIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Existen numerosos mecanismos técnicos para poder construir ese marco o infraestructura y hacer realidad tanto la prevención de la mala administración como el cumplimiento de la buena administración. En otro lugar nos hemos ocupado de ellas y a él debemos remitirnos para los detalles³⁴.

Baste señalar aquí y ahora que entre los mismos se encuentran destacadamente la mejora de la regulación del contenido de la motivación exigible, para incluir una justificación de los aspectos extrajurídicos decididos, pues la necesidad de explicar éstos y de conectarlos con el expediente administrativo y la concreta decisión adoptada tienen que ver no sólo con la transparencia, sino con la garantía de la debida diligencia o debido cuidado propio de la buena administración; el impulso del derecho a comprender; la mejora de la regulación de las Cartas de Servicio, para hacerlas necesarias y exigibles por la ciudadanía; la mejora de la regulación de la evaluación de políticas públicas; la mejora de la regulación de los *lobbies*, incluyendo no sólo su posible registro y la existencia de códigos de conducta, sino también la de su

34. PONCE SOLÉ, J., *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, UAH-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2019.

huella normativa y de la negociación reglamentaria³⁵; la mejora en la regulación de los códigos éticos de conducta, imprescindibles para mantener la integridad como prerequisite de la buena administración, y la previsión de auténticos *public compliance officers*, como se dijo antes, mediante un adecuado diseño organizativo de la infraestructura ética pública; la mejora de la regulación de los conflictos de intereses, con una visión no restringida de su significado³⁶; la mejora de la regulación de los *sandboxes*³⁷; el uso de indicadores en la gestión; la correcta realización de evaluaciones de impacto normativo *ex ante*, pero también *ex post* para lograr la mejora de la regulación o *better regulation*; la exploración de las aportaciones conductuales y el uso de acicates (*nudges*); la mejora de la regulación de la inteligencia artificial, la cual mediante el uso de algoritmos y *Big Data* puede contribuir al manejo de grandes cantidades de información que contribuyan a la buena administración (sin olvidar sus riesgos potenciales de mala administración por errores de programación o sesgos, por ejemplo); la regulación de los denunciantes/alertadores/*whistleblowers*, de obligada aprobación por la Directiva de la UE

-
35. El Tribunal General de la Unión Europea en su sentencia de 12 de junio de 2014, *Intel/Comisión*, T-286/09, ECLI:EU: T:2014:547, ha destacado que una obligación derivada del derecho a una buena administración es la de dejar constancia por escrito de estos encuentros al margen de los trámites formales de audiencia o información pública. Varias normas autonómicas así lo prevén explícitamente, exigiendo una «huella normativa» del contacto que conste por escrito en el expediente. Por ejemplo, véase el art. 54 de la Ley asturiana 8/2018, de 14 de septiembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.
36. En relación con éstos, deben considerarse una situación de aparente o real colisión entre el interés general y el interés privado, en la que debe participar un servidor público, haber una convivencia entre interés general e intereses privados y una colisión entre ellos, aparente o real, de tal manera que los intereses privados influyen indebidamente en el deber de ejercer de forma imparcial y objetiva los intereses generales.
Por tanto, cuando hablamos de la regulación de los conflictos de intereses, no hablamos sólo de incompatibilidades, sino de aspectos como éstos:
1. Regulación de Mecanismos de Prevención
 - 1.1 Deber de información sobre actividades, bienes y derechos.
 - 1.2 Incompatibilidades.
 - 1.3 Abstención.
 - 1.4 Limitaciones en participaciones societarias y gestión de valores y activos financieros.
 - 1.5 Prohibición de recibir regalos.
 - 1.6 Prohibición de contratar.
 - 1.7 Puertas giratorias.
 - 1.8 Información y formación.
 2. Regulación de Mecanismos de Reacción.
 - 2.1 Invalidez decisión adoptada.
 - 2.2 Sanción.
 - 2.3 Delito, 441 CP (y otros, tráfico de influencias).
37. Téngase en cuenta la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero y el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica: Bancos de pruebas regulatorios.

que así lo impone y cita a la buena administración en sus considerandos y a la diligencia debida diversas veces en su articulado³⁸; o la regulación para la despolitización de la Administración, en relación con el nombramiento discrecional de altos cargos, por ejemplo³⁹. Ciertamente las conexiones entre buena administración y diversos aspectos del funcionamiento administrativo es intensa, así como la caja de herramientas que se puede desplegar para hacer efectivo este derecho de los ciudadanos.

IV. Reflexiones finales

Precisamente, para hacer operativa la disciplina administrativa en el urbanismo y en el resto de campos de actividad administrativa, es importante enfatizar la importancia del **concepto de riesgo** de mala administración, negligente o dolosa (corrupción). El mismo se sitúa en el centro del sistema para su gestión de forma tecnificada con metodologías rigurosas y con instrumentos operativos aplicables a la práctica, como el mapa o matriz de riesgos, que se erige en pieza central del sistema de *compliance* público.

Se intenta hacer realidad así, en definitiva, lo que señaló la STS Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1990 indicando como el Derecho administrativo: «ya no aspira solo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos», en este caso urbanísticos.

Así, por ejemplo, acudiendo al sector urbanístico como ejemplo, **queremos destacar como muchas anulaciones de planes de urbanismo**, la invalidez *radioactiva*, que tanto preocupa en España —y que probablemente dará lugar a modificaciones futuras de la legislación procesal para restringir el control judicial del planeamiento urbanístico— **podrían haberse evitado con un sistema de cumplimiento adecuado**, que hubiera permitido desarrollar buenos procedimientos de toma de decisión.

Sin embargo, nuestros conocimientos y atención estaban, están aún, enfocados en otro punto: el control judicial. La perspectiva del Derecho administrativo debe enriquecerse y diversificar nuestro punto de vista, haciéndolo más fino y sofisticado y contribuyendo a futuras modificaciones normativas.

38. 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. Véase los trabajos y recomendaciones incluidos en, PONCE, J. y VILLORIA, M. (Dirs.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.

39. España, de acuerdo con la OCDE muestra un alto grado de politización de su Administración Pública y de correlativa falta de profesionalización, en comparación con países de nuestro entorno: <https://www.expansion.com/economia/Política/2018/08/08/5b69f679268e3e>

Incluso desde la citada limitada perspectiva del control judicial, hay que señalar que los procedimientos no son siempre sólo *formales y subsanables o convalidables* en vía judicial, como parece afirmarse en numerosas ocasiones, sino que en muchas supuestos son problemas de mala administración vinculados con el fondo de la decisión, esto es, con el defectuoso ejercicio de la discrecionalidad, afectando a ésta, al no poderse saber cómo de distinta hubiera sido si hubiera respetado el derecho a una buena administración (así, volviendo al ejemplo urbanístico, al **no ponderar elementos relevantes**, como los aportados por la **participación ciudadana** o por informes referidos a la **igualdad**, también de género, por ejemplo STS de 6 de octubre de 2015, por la (meramente formal pero no auténtica) **evaluación de impacto ambiental**, STS de 28 de octubre de 2015, por el análisis, inexistente, del **impacto económico del plan**, STS de 30 de marzo de 2015 o por la (no) toma en consideración de los **recursos hídricos** en el marco de un **desarrollo urbano sostenible**, STS de 12 de junio de 2015, etc.).

Por ello, las legislaciones foráneas de nuestro entorno consideran invalidantes vicios procedimentales que afecten al fondo discrecional de la decisión, **al conformar ésta y ser determinantes para su mal ejercicio, contrario a la buena administración.**

Esos vicios no son meros vicios *formales* (téngase en cuenta lo que es en realidad la forma, art. 36 LRJPAC, a no confundir, como es frecuente, con el procedimiento de adopción de decisiones) sino casos de mala administración y violaciones del derecho a una buena administración al no seguirse el **procedimiento debido** (expresión de la buena administración, STS 14 de abril de 2021).

Por ello, no podrán nunca quedar como meras irregularidades (¿?) no invalidantes o defectos *subsanables o convalidables*... **Deberemos ser cuidadosos con reformas legales anunciadas, que podrían por un mal cálculo pasarse ahora al otro extremo: perjudicar a la buena administración y al principio de legalidad del Estado de Derecho confundiendo forma y procedimiento debido y teniendo un efecto indeseado de aumento de la mala administración y la corrupción...**

Existe un riesgo real de ello, pues como nos advirtió el recordado maestro García de Enterría, el procedimiento administrativo en España es visto, a diferencia de otros países, como una mera forma, como un engorro del Derecho administrativo que: «viene a ser, como se decía en nuestra época clásica, el pecador arrepentido que había fundado un hospicio para acoger a los pobres que él mismo había despojado previamente, parece preferible que ese despojo previo no se produzca aunque la generosidad posterior tenga luego menos ocasión de lucirse»⁴⁰.

40. Véase «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)», *RAP*, núm. 85, 1978, pp. 256 y 257 y en *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 174, nota 21.

Por ello, no sólo debiera pensarse en modificar la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 vigente, puesto que parece algo limitado atacar el problema de fondo... negando o reduciendo, simplemente, la impugnación de planes de urbanismo (¿contribuirá ello a la buena administración urbanística?).

Debería también, o quizás antes y ante todo, procederse a una revisión procedimental de la legislación en general, y de la urbanística en particular, como ejemplo sectorial aquí utilizado, para intentar identificar, reducir y eliminar, si es posible, trámites innecesarios y cargas indebidas, **estableciendo además un sistema obligatorio y completo de *compliance público*, ahora inexistente en España**, que garantizara la buena administración y el respeto de la legalidad y fuera un instrumento de prevención de la mala administración y de la corrupción.

V. Bibliografía

(Los enlaces de internet citados han sido visitados por última vez el día 13 de julio de 2023).

ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J., *Why Nations Fail*, Crown Business, Nova York, 2012.

ADDINK, G.H. «Three legal dimensions of good governance. Some recent developments», en CASTRO, A., (Editor), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima, 2014, pp. 23 y ss.

AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*, 2005.

AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001.

ALDEGUER, B. «Ética pública y gobierno local en un contexto de crisis económica», *BARATARIA; Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 15, 2013, pp. 15 y ss.

ANDRÉS JOVANI, J.M., «Ética, corrupción y el paradigma del "Homo Economicus"», *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 14, N.º 40, 2012, págs. 8-18

ARGANDOÑA, A., «La dimensión ética de la crisis financiera», Documento de Investigación DI-872, julio, 2010, IESE

ARRUÑADA, B., «Protestants and Catholics: Similar Work Ethic, Different Social Ethic», *The Economic Journal*, 120(547), 2010, 890-918.

AUBY, J-B and PERROUD, T. (Eds.), *Regulatory Impact Assessment*, INAP, GLP, 2013.

BAKAL, J., *Capitalismo caníbal. La corporación*, Robinbook, Barcelona, 2009.

- BECCARIA, C.**, *De los delitos y de las penas*, primera edición de 1764, citado por la edición de Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- BONINA, N. y DIANA, N.** *La deconstrucción del Derecho administrativo*, Editorial Nova, México, 2012.
- BULLINGER, M.**, «La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial», *La Ley*, año VIII, núm. 1831, 30 de octubre de 1987.
- CAMPS, V.**, «Introducción. La ética del cuidado en la administración pública», en VILLORIA, M. (Dir.), *Ética pública en el siglo XXI*, INAP, Madrid, 2021.
- CARLEE, R.**, «Ethics in local government: it's more than not doing bad things», *Public Management*, vol. 86, 6, 2004.
- CASSESE, S.**, «New Paths for Administrative Law: A Manifesto», *Int J Constitutional Law*, 10 (3), 2012.
- CASSESE, S.**, «Il diritto a la buona amministrazione», *ERPL*, vol. 21, 2009, no. 3., p. 1039.
- CASSESE, S.**, «Il diritto a la buona amministrazione», *European Review of Public Law*, vol. 21, núm. 3, otoño, 2009, pp. 1037 y ss.
- CERRILLO, A. y PONCE, J.**, (Coords), *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya: Comentaris sobre la Llei 19/2014*, de 9 de desembre, UOC-EAPC, 2015.
- CERRILLO, A.**, «La gobernanza hoy: introducción», en CERRILLO, A (Coord), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005.
- CERRILLO, A.**, *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2014.
- CRAIG, P.P.**, *Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, 3.^a ed, 1994.
- CURTÓ, F.**, *Govern Local i governança ètica*, Diputació de Barcelona, 2011.
- CHINCHILLA, C.**, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- DE ASÍS ROIG, R.**, *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.
- DE CARRERAS, F.**, «Enterría y la Constitución», artículo publicado en el periódico *La Vanguardia* el día 25 de septiembre de 2013 y luego recogido en Consejo Editorial Civitas, *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, Thomson Reuters, 2014.
- DIEGO BAUTISTA, O.**, *Institucionalización de la ética en el ámbito de Gobierno*, UAEM, 2009.

- FERNÁNDEZ AJENJO, J.A.** *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ, T.R.**, «El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo», en PONCE, J. y VILLORIA, M., *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 81 y ss.
- FERNÁNDEZ, T.R.**, «El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo», en Ponce, J. y Villoria, M., *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2020*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 81 y ss.
- FERNÁNDEZ, T.R.**, «Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto, 2014, pp. 209 y ss.
- FERNÁNDEZ, T.R.**, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- FIELDMAN, M.S.**, «Social Limits to discretion: an organizational perspective», a HAWKINS, Keith (Ed.), *The uses of discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- FOSTER, N.** «The Journal of Comparative Law: A New Scholarly Resource», *JCL* 1, 2006, <http://thejcl.com/pdfs/foster.pdf>
- FOSTER, N.**, «The Journal of Comparative Law a New Scholarly Resource», *The Journal of Comparative Law*, first issue. (JCL - The Journal of Comparative Law), 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.** *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.** «Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)», *Revista de Administración Pública*, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Thompson Reuters, Aranzadi, 4ta edición. Reimpresión, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.**, y **FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol.I, Civitas, Madrid, 1993.

- GARCÍA-MORENO, B.**, «Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas», en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M (Drs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla –La Mancha, 2014, pp. 43 y ss.
- GIANNINI, M.S.**, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 3.ª ed, 1993.
- GREENWOD, J.** y **WILSON, D.**, *Public Administration in Britain today*, London, 2.º ed, 1989.
- HAURIOU, M.**, prólogo al trabajo de R.F. DE VELASCO *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.ª edición, 1929.
- HAURIOU, M.**, *Précis de Droit Administratif*, 2.ª ed., 1893.
- HERNÁNDEZ, J.I.** «El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo Global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española», *AFDUC* 16, 2012, pp. 214 y 215. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12007/AD_16_2012_art_10.pdf?sequence=1
- HERNÁNDEZ, J.I.**, «El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho de la América española», *AFDUC* 16, 2012, pp. 197 y ss.
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.M.**, «Hacia una posible evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica: la persona jurídica pública y los compliance programs», *Legal Today*, 28 de noviembre de 2016.
- INAP**, Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la Comisión, abril 2005, INAP.
- ISAAC, G.**, *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie generales de droit et jurisprudence, Paris. 1968.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.**, «El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su posible impacto sobre los Gobiernos locales», a *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicación digital 2/2012.
- JIMÉNEZ, F.**, «¿Se puede prevenir la corrupción?», *Claves de Razón Práctica*, núm. 213, 2011.
- KAHNEMAN, D.**, *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate, Madrid, 2012.
- KLITGAARD, R.** *Controlling Corruption*. University of California Press, 1988.
- KUHN, T.**, *La estructura de de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981.

- LAPUENTE GINÉ, V.** «El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades modernas avanzadas», D.A. *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, 2010.
- LAPUENTE GINÉ, V.**, «Por qué la corrupción no se castiga», *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas.
- LEON, C.J.; ARAÑA, J.E., and DE LEON, J.**, «Valuing the Social Cost of Corruption using Subjective Well Being Data (SWB) and the technique of Vignettes», *Applied Economics*, vol. 45, n. 27, 2013, pp. 3863-3870.
- LEVIN, R.M, Y GELLHORN, E.**, *Administrative law and process in a nutshell*, 2007, 5.ª edición.
- LEY, J.S.**, «Ethics Management in Government: Experience in American Government», *Performance Matters*, vol. 2, issue 1, october 21, 2010.
- LINDLEY, D.**, *Incertidumbre*, Ariel, Madrid, 2010.
- MADISON, J., HAMILTON, A. y JAY, J.**, *El Federalista. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segona l'ha acordada la Convenció Federal de 17 de setembre de 1787*, IEA, 2009.
- MANCILLA, F.** *La recepció a Catalunya del Dret a una bona administració*, IEA, 2014.
- MARTÍN REBOLLO, L.**, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999.
- MATARELLA, B.G.**, *Le regole d'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- MERKL, A.**: *Tratado General de Derecho Administrativo*, se cita por la edición México, Editora Nacional, 1980.
- MERLONI, F.**, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli editore, 2012.
- MIGLIARI, W Y PONCE, J.**, «El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas» publicado en el *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 22 de octubre de 2015, consultable en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/#more-2232>
- MLODINOW, L.**, *Subliminal: cómo el inconsciente gobierna tu comportamiento*, Barcelona, Crítica, 2013.
- MONTESQUIEU**, *El espíritu de las leyes*, citado por el texto, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906.

- MOSCARIELLO, A.R.**, «Buena Administración y buen gobierno en el derecho argentino. El rol del abogado del Estado», *Ars Iuris* N.º 48. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia. Universidad Panamericana de México, 2021.
- MUNGIU-PIPPIDI, A.**, «Good governance powers innovation», *Nature*, 19/2, vol. 518, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S.** «Libros esenciales para entender el Derecho administrativo y el Derecho público general», *InDret*, 1/2009.
- NIETO MARTÍN, A.**, «De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas», en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M (Drs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla –La Mancha, 2014, pp. 17 y ss.
- NIETO, A.**, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9 y ss.
- OBHOLZER, L.**, «A call to members of the European Parliament. Take transparency seriously and enact the “legislative footprint”», *CEPS Policy Brief*, núm. 256, 2011.
- OCDE**, «Ethics in the Public Service: Current Issues and Practice», *Public Management Occasional Papers*, núm. 14, 1996.
- OCDE**, *L'Ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals*, EAPC-Diputació Barcelona, 1998.
- OCDE**, *Transparency and Integrity in Lobbying*, 2013.
- PERRY, J.L.**, «Whistleblowing, Organizational Performance and Organizational Control», en G. Ferderickson (Ed.), *Ethics and Public Administration*, Sharpe, Nova York, 1993.
- POLLIT, C.**, *Public Management Reform during Financial Austerity*, Stakontoret, 2010.
- PONCE SOLÉ, J** (coord.) *Empleo Público, Derecho a una Buena Administración e Integridad*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- PONCE SOLÉ, J.** (Coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010.
- PONCE SOLÉ, J.**, «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de administración pública*, N.º 180, 2009, pp. 201-243.

- PONCE SOLÉ, J.**, «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 11, 2014.
- PONCE SOLÉ, J.**, «El Derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública, en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas en Cataluña*, Iustel, 2012, pp. 225 i ss.
- PONCE SOLÉ, J.**, «Good Administration and Administrative Procedures», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volumen 12, número 2, 2005, pp. 551 a 589.
- PONCE SOLÉ, J.**, «La defensa de los derechos de los ciudadanos y de la buena administración en el ejercicio privado de funciones públicas: el papel del ombudsman en el marco de una sociedad decente», en *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*, Síndic de Greuges, 2014, pp. 39 y ss.
- PONCE SOLÉ, J.**, «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 173, 2016.
- PONCE SOLÉ, J.**, «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)» en *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2013, págs. 93-140.
- PONCE SOLÉ, J.**, «*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales», comunicación presentada al IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014 y publicada ahora en las Actas del mencionado congreso.
- PONCE SOLÉ, J.**, «Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración», *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Suplemento 2008-IV, Abeledo Perrot, 2008, p. 2-51
- PONCE SOLÉ, J.**, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PONCE SOLÉ, J.**, *La (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

- PONCE SOLÉ, J.**, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, UAH-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2019.
- PONCE SOLÉ, J.** «La buena administración y el buen gobierno. La crisis de la Covid-19 y las nuevas tendencias en el Derecho administrativo y en el control judicial del poder ejecutivo», *Jueces para la democracia*, N.º 102, 2021, págs. 5-20.
- PONCE SOLÉ, J., MONTOLÍO DURÁN, E., & ROZÁS VALDÉS, J. A.** (2021). «Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas». *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas*, (25), 58-72. <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10869>
- PONCE SOLÉ, J.**, *Negociación de normas y Lobbies*, Thomson Reuter Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PONCE, J., MOLTÓ, J.M., CAPDEFERRO, O.** *Dret, Juristes i Gestió Pública a Catalunya. Lectures de dret públic català amb motiu del centenari de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya*, EAPC, Barcelona, 2012.
- POSADA HERRERA, J.** *Lecciones de Administración*, vol. I, INAP, 1978.
- PRIETO, C.**, «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2012, pp. 315 i ss.
- PUFENDORF, S.**, *Le Droit de la Nature et des Gens*, Amsterdam, 1734.
- RAGUÉS I VALLÈS, R.**, «Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*Whistleblowers*) como estrategia político criminal», *InDret*, 364, Julio 2006.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.**, «Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *InDret*, 2015.
- ROTHSTEIN, B. and TEORELL, J.**, «What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions», *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 21, No. 2, April 2008, pp. 165-190.
- SARMIENTO, D.**, *El soft law adminisrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- SCHMIDT-ASSMANN**, *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- THALER. R. AND SUNSTEIN, C.**, *Nudge. The Final Edition*, Penguin Books, 2021.
- TIPLER, F.J.**, «The Obama-Tribe 'Curvature of Constitutional Space' Paper is Crackpot Physics», disponible en SSRN 1271310, 2008.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA *Sistema de integridad nacional de España: Resumen Ejecutivo. El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, 2012.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, *Una evaluación del Lobby en España: Análisis y Propuestas*, 2014

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Legislative Footprint*, 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Lobbying in Europe*, 2015.

TRIBE, Laurence H. «The curvature of constitutional space: What lawyers can learn from modern physics». *Harvard Law Review*, 1989, p. 1-39.

UNIÓN EUROPEA *Informe anticorrupción*, 2014: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm

UNODC, *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*, UN, 2009, http://www.unodc.org/documents/corruption/Technical_Guide_UNCAC.pdf >

VÁZQUEZ-PROTOMEÑAE SEIJAS, F., «Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones sobre el llamado “cohecho de facilitación” (art. 422 CP)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 6, 2011, pp. 151 i ss.

VILLORIA, D., *Bon govern, transparència i integritat institucional al govern local*, Diputació de Barcelona, 2015

VILLORIA, M. *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2002.

VILLORIA, M. y **JIMÉNEZ, F.**, «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *Reis*, 138, abril-junio, 2012, pp. 109 y ss.

WHITTON, H., «Implementing Effective Ethics Standards in Government and the Civil Service», *Transparency International*, February 2001

ZAMAGNI, S. *La Avaricia. Pasión por tener*, Machado, 2013.

EL COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA INCIDENCIA DE LOS PLANES ANTIFRAUDE EN EL MISMO

Fernando García-Moreno Rodríguez

*Catedrático de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. Universidad de Burgos*

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Y AL SURGIMIENTO DEL *COMPLIANCE* COMO UN POSIBLE Y EFICAZ MÉTODO PARA COMBATIRLA. II. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL *COMPLIANCE*: BREVE REFERENCIA A SU SURGIMIENTO Y A LOS ASPECTOS MÁS DESTACADOS DE SU EVOLUCIÓN HASTA EL PRESENTE. 1. Concepto y características más destacadas del *compliance* que ayudan a delimitarlo y contextualizarlo adecuadamente. 2. Referencia sucinta al surgimiento y a los hitos más relevantes que han jalonado la evolución del *compliance* hasta el presente. III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL *COMPLIANCE* EN EL SECTOR PÚBLICO QUE EVIDENCIAN SU COMPLEJO Y MUY LIMITADO ENCAJE. 1. Una visión panorámica y generalista del *compliance* en el sector público. 2. El *compliance* en las Sociedades Públicas Mercantiles. IV. LA EVIDENTE E INCONTESTABLE SUPERACIÓN DEL *COMPLIANCE* EN EL SECTOR PÚBLICO POR LOS PLANES ANTIFRAUDE QUE CUESTIONAN O PONEN EN TELA DE JUICIO EL SENTIDO DE SU SUBSISTENCIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. A modo de introducción: aproximación al fenómeno de la corrupción y al surgimiento del *compliance* como un posible y eficaz método para combatirla

Es una realidad incontestable que la corrupción es un problema histórico e intrínseco de nuestra sociedad, pero no sólo de la sociedad occidental, dentro de la cual se incardina geográfica, cultural y simbióticamente la socie-

dad española, sino, en general, de toda sociedad, sin prácticamente excepción alguna¹. Además, aquella, la corrupción, con este nombre o bajo las más diversas acepciones o denominaciones, como especulación, tráfico de influencias, malversación, fraude, colusión, entre otros muchos más calificativos a los que podría hacer referencia, ha perdurado en todas las sociedades y dentro de ellas, por supuesto, en la occidental, con independencia de las diversas etapas por las que ha pasado la misma, sin que a tal efecto haya influido mucho la existencia de una u otra ideología reinante (liberalismo, socialismo, conservadurismo, etc.) o el tránsito por periodos especialmente convulsos y difíciles, o por el contrario, de cierta tranquilidad y estabilidad, ya que de una forma u otra y en mayor o menor medida la corrupción siempre ha estado presente. En virtud de tal hecho, a mi modo de ver, irrefutable, puede afirmarse con toda rotundidad que la corrupción, por desgracia, es un fenómeno atemporal y universal².

La corrupción, por otro lado, ha afectado y afecta a todos los estratos sociales, sin distinción de categoría, clase o condición, así como a prácticamente todos los ámbitos de la vida, como por ejemplo y entre otros muchos que podría especificar: al ámbito político, al ámbito social, por supuesto al ámbito económico, que, lógicamente, es donde más incidencia tiene, al ocio, e incluso, al ámbito deportivo. Sobra decir que la afección tanto subjetiva como objetiva de la corrupción a la que me acabo de referir acontece prácticamente igual en las sociedades del primer mundo que en las sociedades de países en vías de desarrollo o subdesarrollados, si bien es cierto que cuanto más atrasado económica, social y culturalmente es un país más se acentúa aquella y por lo general, más desigual es, en claro perjuicio de las clases más desfavorecidas y beneficio de las más acomodadas y opulentas. Es precisamente como consecuencia de tal realidad, insisto, innegable, por lo que resulta, no sólo necesario, sino imperativo, que la propia sociedad se pertreche de instrumentos, medidas, sistemas, métodos, o como con parecidas o similares palabras quiera denominarse, para tratar de protegerse de tan nocivo y pertinaz fenómeno, con el fin último, si no de erradicarlo, lo que, ciertamente, resulta un tanto utópico, sí de aminorarlo y

-
1. El fenómeno de la corrupción es claramente poliédrico, en el sentido de que se presenta bajo muy diversas caras y apariencias y precisamente por ello, bajo los más dispares nombres y acepciones, como por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad: especulación, soborno, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, información privilegiada, usura, etc.... representando todo lo contrario a la integridad, honradez, honestidad, moralidad, decencia, decoro o ética, en definitiva, a lo que debiera ser un actuar modélico y ajustado a la legalidad vigente. De ahí, precisamente, que tanto en el pasado, pero sobre todo en el presente y más de hace unos pocos años a la actualidad, se empleen cada vez más medios y recursos para tratar de erradicar, o cuando menos, atenuar tan denostado fenómeno.
 2. En este mismo sentido se manifiesta FERRÉ OLIVÉ, J. C., «*Compliance anticorrupción*», *Revista Penal de México*, núm. 22, 2023, pág. 66, en donde analiza en particular dicho autor la corrupción como un fenómeno constante, histórico e internacional.

reconducirlo a extremos que cuando menos puedan considerarse aceptables o razonables³.

Si desciende uno más dentro del entramado que conforma toda sociedad, puede observar, a nada que se fije en ello y sea un poco perspicaz, que la corrupción lo inunda todo, se encuentra omnipresente, lo que quiero resaltar no tanto desde un aspecto cuantitativo sino más bien cualitativo, es decir, no tanto ya por la mayor o menor incidencia que tiene, en algunos casos, ciertamente, escasa, sino porque es raro, es más, excepcional, la materia, competencia o función en que no tenga presencia aquella, ya sea de manera destacada o en escasa medida. No debe extrañar por ello que, si uno se centra en analizar la tradicional dicotomía existente entre lo público y lo privado, compruebe que tanto en el ámbito del sector público como en el ámbito del sector privado se presenta el mismo problema, a saber, la corrupción.

Tal y como he apuntado en el párrafo anterior, resulta innegable, efectivamente, que ambos sectores, público y privado, no sólo se encuentran bajo la sombra de la amenaza de la corrupción y de la realización de actos que presentan una evidente ausencia tanto de moralidad (la cual, en la actualidad, no es condición suficiente para propiciar como reacción frente a ella actuación punitiva alguna), como de legalidad (la cual, se establece como condición *sine qua non* para que pueda tener lugar la respuesta punitiva proporcional a tal infracción), sino que, por desgracia, se encuentran plenamente inmersos en la misma. Es cierto que no puede aseverarse tal extremo con generalidad, pues hay campos dentro de uno y otro sector en donde la corrupción puede considerarse casi, casi, como anecdótica, atendiendo a su escasa irrelevancia e incidencia, si bien tal aserto no falta a la verdad, si lo que se quiere decir con él, como es el caso, es que la corrupción se encuentra presente y no precisamente, puntualmente, tanto en el sector público como en el sector privado.

Dando un paso más dentro de esta introducción que ahora me ocupa, considero oportuno llamar la atención sobre el hecho de que los motivos y fines que llevan al ser humano a la realización de estas conductas corruptas son innumerables, al igual que las vías de ejecución de tales conductas⁴.

3. Para tener una visión omnicomprensiva de lo que implica la corrupción y de cómo la sociedad trata de poner coto a la misma, en particular, desde el *Compliance*, resulta de obligada lectura el trabajo que coordina GÓMEZ BERRUEZO, I., *Compliance & anticorrupción: Visión práctica de la normativa internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pág 25 y ss.

4. Es evidente que con independencia de resultar necesaria la persecución de conductas corruptas desde y por el ordenamiento jurídico vigente en cada país, también juega un papel fundamental la ética, dado que muchas conductas corruptas no son sino el resultado postrero de una falta palmaria de valores morales básicos. Véase en este sentido el trabajo de DIEGO BAUTISTA, Ó., «El control de conductas corruptas mediante el fortalecimiento de valores éticos», en *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2010, pág. 413 y ss.

Por lo que a los motivos y fines que llevan a los hombres a cometer conductas corruptas, debo señalar, que, no en todos los supuestos son aquellos necesariamente espurios y maliciosos, pues en algunas ocasiones se cae en dichos comportamientos, innegablemente reprobables, sin ser plenamente consciente de ello quien lo comete y menos aún, con la intención de causar o infligir un mal a terceros, como, por ejemplo, cuando se lleva a cabo tal o cual acción con la única motivación o fin de ayudar o de favorecer a alguien, ya sea esta una persona física o jurídica. Es decir, hay ocasiones en que los comportamientos que desembocan en la corrupción no proceden de una querencia de querer hacer el mal, o de posicionamientos netamente egoístas, sino, muy por el contrario, de actitudes o comportamientos altruistas, dadivosos o empáticos de una persona en favor de otra u otras, aunque ello, evidentemente, siempre termina perjudicando, aunque no se termine sabiendo o sea esa la intención inicial, a otra u otras. En cualquier caso y aún en este último supuesto a que he hecho referencia, no hay lugar a dudas de que tales acciones deben encasillarse, porque realmente lo son, como corruptas.

Por lo que a las vías de ejecución o materialización de tales conductas corruptas se refiere, con independencia, como he señalado con anterioridad, de la peor o mejor voluntad que las guía, lo que a efectos de su calificación bien poco importa, he de señalar que estas son múltiples. Así, pueden ir desde una simple recomendación que implique favoritismo en beneficio de una persona, pasando por permitir prácticas colusorias, facilitar información privilegiada sobre alguna cuestión, no ceñirse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vulnerar la debida legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, participación nacional o el principio de no discriminación en el procedimiento de que se trate, faltar al deber de abstención a pesar de darse la causa de amistad íntima o enemistad manifiesta, hasta llegar a comportamientos perfectamente tipificados por el Código Penal, como prevaricación, cohecho, malversación de caudales, etc. En definitiva, con ello no pretendo sino llamar la atención sobre el hecho, incontestable, de que la corrupción tiene múltiples caras y vías de materialización, manifestándose en unas ocasiones de manera más ostensible, mientras que en otras lo hace de manera más sutil, incluso, casi imperceptible, aunque todas y cada una de ellas son corruptelas o si se prefiere, modos, formas o tipos de corrupción.

Es precisamente por todo lo manifestado en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, por lo que no solo resulta necesaria, sino imperativa la implantación de mecanismos de control tanto dentro del sector público como dentro del sector privado, para, en un primer momento, tratar de prevenir dichas conductas en todos los organismos, instituciones, entidades, sociedades o agentes que operan en uno y otro sector, en beneficio, evidente y lógico, de la sociedad, en definitiva, de los ciudadanos en su conjunto, que es en última instancia a quienes terminan perjudicando tales comportamientos y acciones corruptas, indiferentemente de su proceden-

cia del sector público o del sector privado. No obstante, no solo debe ser el único propósito de la implantación de este tipo de mecanismos, controles e instrumentos, prevenir los comportamientos corruptos, con ser sumamente importante tal finalidad, sino también y además de tal labor preventiva, en segundo lugar y con carácter de permanencia, la de supervisar, para tratar de erradicar, o cuando menos y en su defecto, aminorar en todo momento lo máximo posible tales conductas y comportamientos espurios⁵. Lo mejor y más deseable, sin lugar a dudas de ningún género, es la prevención, las acciones preventivas, en la medida en que, al menos teóricamente, impiden el que puedan llegar a darse comportamientos corruptos, si bien y más allá de la teoría, la realidad es tozuda y muestra con machacona insistencia como tales acciones no impiden la existencia de la corrupción, por lo que conjuntamente con las mismas se imponen las acciones correctivas, que sólo pueden tener lugar y darse, de perpetuar en el tiempo tales mecanismos, controles e instrumentos que posibilitan y permiten detectar la corrupción.

Otra cuestión digna de ser comentada sin abandonar todavía la dicotomía a que me he referido en el párrafo anterior entre sector público y sector privado tiene que ver con la mayor o menor incidencia de la corrupción en uno u otro sector. Antes de pronunciarme sobre el particular, lo primero de todo que considero necesario precisar es que, como en casi todos los ámbitos de la vida, no se puede generalizar, pues de hacerlo hay muchas probabilidades de incurrir en errores, a veces, mayúsculos. No se puede así, de antemano, aseverar que hay una mayor corrupción en el sector público que en el privado, o viceversa, ya que tal aserto, de no ser debidamente matizado y concretado, es, lisa y llanamente, falso, o cuando menos y en el mejor de los casos, impreciso por no ajustarse a la realidad de los hechos. También quiero hacer referencia en este punto a que tales precisiones o matizaciones que he hecho no sólo son aplicables o deben ser tenidas en cuenta en relación con el sector público y privado español, dado que sirven también y por tanto, son igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, a prácticamente la totalidad de países, si bien es de justicia reconocer que en algunos tiene menor incidencia la corrupción en el sector público que en el privado, fundamentalmente, en los del primer mundo, en los denominados países desarrollados, mientras que la balanza se inclina en sentido contrario en los países en vías de desarrollo o subdesarrollados⁶.

5. En este mismo sentido apuntado en el texto *ut supra* se manifiestan FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L., y CAMACHO IBÁÑEZ, J., «Ética y Compliance ante la corrupción: prevenir, detectar y gestionar», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm. 29, 2018, pág. 51 y ss.
6. Con la finalidad de profundizar más en las particularidades que en lo atinente a la corrupción acaece en los países en vías de desarrollo, que, en cierta medida, es aplicable también a los países subdesarrollados, me remito por entero al trabajo de RILEY, S., y DOIG, A., «La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, 2001, pág. 117 y ss.

Dicho esto, e insisto, con las precauciones debidas, lo cierto es que tradicionalmente, e incluso, en el presente, se ha considerado y considera que es dentro del sector privado en donde aparentemente más presencia ha tenido y tiene la corrupción, o al menos, donde más se ha podido constatar su existencia o de manera más evidente y notoria se ha mostrado⁷, lo que, fíjese bien, no necesariamente quiere decir que realmente haya sido y sea mayor que la que tiene lugar en el sector público. Sea como fuere, el caso es que esta percepción, juicio o parecer que con mayor o menor razón se tiene del sector privado y que, indudablemente, ha afectado a su reputación y consiguiendo descrédito, ha sido contemplado con preocupación por la sociedad, por los ciudadanos, como no puede ser de otra forma, y como consecuencia de ello, por los poderes públicos, lo que ha propiciado, bien ante la intervención o amenaza de ésta por aquellos, o bien, por las negativas consecuencias que en la cuenta final de resultados de toda sociedad, empresa, corporación, entidad, etc. puede acarrear tal consideración, la implementación voluntaria en dicho sector, por prácticamente la totalidad de los agentes que operan en el mismo, al menos, de aquellos con cierto prestigio, tamaño y proyección, de mecanismos, instrumentos y medidas para evitar la corrupción, y de darse, para erradicar la misma. Es dentro de este contexto o escenario que acabo de describir, siquiera a grandes rasgos, donde se encuentra una gran parte de la explicación de por qué en el sector privado nace de la iniciativa particular o privada la instauración de medidas contra la corrupción, que con el tiempo darán lugar a lo que hoy en día se conoce como *compliance*, pudiendo decir que detrás de ello y en última instancia, lo que se persigue es proteger el valor reputacional de toda empresa, sociedad o entidad⁸.

Todo lo dicho con anterioridad, como he tenido la oportunidad de apuntar, debe relativizarse, en el sentido de que dicha coyuntura que he descrito y que finalmente ha propiciado el surgimiento de las más variadas iniciativas desde el sector privado con la finalidad o propósito de evitar la corrupción dentro del mismo (acciones preventivas), o de ser detectada ésta, erradicarla, o cuando menos, aminorarla hasta extremos medianamente aceptables socialmente (acciones correctivas), de ningún modo exime al sector público de encontrar en él, como es el caso y en muchas ocasiones ocurre, debo decir, bastantes más veces de lo deseable, actividades afectadas por conductas corruptas⁹.

7. Véase sobre el particular el trabajo de MARTÍN BAUMEISTER, B., «La corrupción en el sector privado», *Crítica*, núm. 989, 2014, pág. 29 y ss. En idéntico sentido me remito por entero a GILI PASCUAL, A., *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 33 y ss.

8. Véase sobre el particular el trabajo de SANCLEMENTE ARCINIEGAS, J., «Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020, pág. 9 y ss.

9. No sólo resulta innegable el hecho de que hay corrupción en el sector público, sino que, pese a los esfuerzos que desde las más variadas instancias públicas se hacen para prevenir la misma, o en su defecto y de ser detectada, erradicarla, lejos de decrecer, se mantiene,

Tal hecho, si se piensa bien, no deja de ser problemático, pues lo que procedería en un principio, de no darse tal situación, es que el Estado, y más concretamente, los poderes públicos que lo conforman, en cuanto que garantes de una serie de valores que los encomienda la sociedad que los elige, como por ejemplo y entre otros, la igualdad, la no discriminación, etc. fuesen ellos los encargados de velar por los mismos y hacerlos cumplir, y por tanto, en el caso que ahora estoy trayendo a colación, por evitar que tenga lugar la corrupción en el sector privado y de haberla, como así sucede, perseguirla hasta hacerla desaparecer. No obstante, dentro del Estado, y dentro de los diversos poderes públicos que lo conforman también existe corrupción, en algunas ocasiones y momentos históricos, especialmente grave y generalizada, por lo que resulta muy cuestionable que, desde un sector, el público, en el que existe corrupción, como digo, a veces, rampante, se encomiende la prevención y lucha de la corrupción en otro sector, en este caso, el privado, que en algunas ocasiones resulta más íntegro y modélico que aquel.

Con todo, hay autores, no pocos, por cierto, que siguen considerando que de los dos sectores es en el sector privado donde más corrupción hay, afirmación con la que *grosso modo* no discrepo, dejando al margen momentos puntuales en que tal tendencia ha podido verse invertida, y precisamente por ello, afirman que: «...la empresa es el principal foco generador de riesgos de corrupción, por lo que el Estado debe asegurarse de que esto no ocurra», para de inmediato apostillar que: «Por un lado, el Estado interviene de manera pura en la definición de los mecanismos de prevención que la empresa debe adoptar; supervisa su implementación y la sanciona en caso de incumplimiento. Por otro lado, está el dejar en manos de la empresa la decisión de incorporar medidas de aseguramiento de los riesgos en función de las exigencias del mercado», para finalmente y tras esta exposición que hacen dichos autores, terminar señalando tras, estoy seguro de ello, una profunda y sosegada reflexión «...la poca funcionalidad de estas dos posturas radicales, ya que, por un lado, el Estado no puede tener control de todas las personas jurídicas creadas; y por el otro, las empresas dan poca prioridad al sistema de control de riesgos por otros que impliquen mayores ganancias económicas para las mismas»¹⁰.

Como puede comprobarse y manifiestan magistralmente los autores cuyos párrafos he transcrito en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, no es una cuestión sencilla, antes bien, sumamente

incluso, en algunas ocasiones, se acrecienta. Se puede decir por ello que su presencia ha sido y es constante dentro del mismo. En relación con esta cuestión y otras relacionadas con la misma, me remito por entero al trabajo de NAVARRO CARDOSO, F., «Corrupción en el sector público», en *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2020, pág. 781 y ss.

10. Véase sobre el particular BÉJAR RIVERA, G. S., ZÚÑIGA ESPINOZA, N. G., BÉJAR RIVERA, L. J., y HERNÁNDEZ AYÓN, F. J., «Reflexiones sobre el *compliance*», *Revista EDUCATECONCIENCIA*, Vol. 29, núm. 31, 2021, pág. 43.

compleja, atajar la corrupción, y sobre todo, cómo hacerlo, pues una fórmula exclusivamente pública que haga recaer toda la responsabilidad en el sector público para desde él tratar de evitar la corrupción en el privado, resulta inviable, mientras que el depositar en este último todas las esperanzas de lograr tal objetivo, hace del mismo juez y parte, por lo que lo más conveniente, siendo el sistema que adoptan la mayor parte de países y entre ellos España, es combinar ambos controles, es decir, el público y el privado, con la finalidad de no hacer recaer en uno solo de los mismos toda la responsabilidad de prevenir, o en su defecto, erradicar la corrupción que se detecte.

Pues bien, teniendo en cuenta el escenario anteriormente descrito y constatando que la corrupción es una realidad incuestionable, con presencia, no precisamente menor ni esporádica, en todas las sociedades, y por supuesto, en la nuestra, se han diseñado una serie de herramientas, mecanismos e instrumentos con la finalidad de prevenir tales conductas corruptas, al ser plenamente conscientes tanto los ciudadanos, en primer término, como por mor de estos, los poderes públicos y todos aquellos que de algún modo o manera desempeñan responsabilidades en el sector público o privado, que la instauración de las mismas y su adecuada aplicación evita potenciales perjuicios y daños no solo para quienes más directamente las padecen, sino para todos en general, ya que suelen tener un efecto expansivo, en ocasiones de imprevisibles consecuencias. Es precisamente al ser conscientes tanto los responsables públicos como privados de tal efecto expansivo que comportan en muchas ocasiones los comportamientos o acciones corruptas y de lo impredecible de sus efectos, por lo que dentro de tales herramientas, mecanismos e instrumentos para evitar la corrupción se encuadra, como ya he tenido oportunidad de apuntar con anterioridad, el *compliance*, el cual, ya avanzo, aunque en el siguiente apartado será objeto de atención particularizada, centra su atención y su modelo de actuación en el adecuado cumplimiento normativo, en definitiva, en cumplir el ordenamiento jurídico aplicable, como garantía de que cumpliendo el mismo, como así es, no puede darse ni haber corrupción alguna¹¹.

Al final, si se piensa bien, la batalla contra la corrupción no deja de ser sino un reflejo más de la sempiterna lucha entre el bien y el mal, que en el ámbito de la esfera jurídica se concreta entre lo que se estima justo y conveniente para la sociedad y aquellas acciones punibles al considerarse perniciosas para la economía, incluso, la moral de cuantos ciudadanos integran aquella, siendo definitivamente a esta última a quien corresponde delimitar y concretar lo que se considera lícito y por el contrario, indebido, lo que es legal y lo que no lo es, lo que es aceptable y reprobable, lo que ocasiona, indiscutiblemente, que en virtud de los valores de una determinada sociedad puedan cambiar o modificarse las actividades que se consideran corruptas, por lo que

11. GARCÍA CAVERO, P., «Las políticas anticorrupción en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 47, núm. 2, 2016, pág. 219 y ss.

bien puede decirse que, dejando a salvo determinados comportamientos que incuestionablemente en todo tiempo y lugar son corruptos y por ello, inmutables en su consideración, se caracterizan por la nota de la temporalidad, de modo y manera que perfectamente una actividad que antes no se consideraba corrupta, puede, con el tiempo, pasar a ser considerada como tal, o viceversa, es decir, que una actividad que en el presente se considera corrupta, en el futuro no se considere o vea así. En cualquier caso, es al Derecho, en cuanto que superestructura de la sociedad que es, a quien corresponde tener en cuenta estas «altas» y «bajas» relacionadas con la corrupción, para que, partiendo de las contempladas como tal, puedan desempeñar el papel al que están llamados los mecanismos, instrumentos y métodos diseñados en la lucha contra la corrupción y entre ellos, siendo uno más de los mismos, el denominado *compliance*, el cual de inmediato pasaré a definir y delimitar.

No obstante, antes de pasar a definir y delimitar el *compliance*, tal y como he apuntado al final del párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, considero preciso, para con ello poner punto y final a la presente introducción, avanzar, siquiera sea a vuelapluma, como se estructura el presente trabajo. Pues bien, en el mismo y tras la obligada introducción a la que con la presente explicación pongo fin, abordo en el segundo apartado de este trabajo, tal y como ya he anunciado en un par de ocasiones, el *compliance*, con el objetivo de definir y delimitar el mismo de la manera más precisa y exhaustiva posible, para lo cual haré referencia a su funcionamiento y evolución, así como a la estrecha relación de éste con el sector privado, pues sólo teniendo en cuenta tales extremos, podré describir correcta y debidamente aquel. Tal hecho, aunque aparentemente no lo parezca o no se repare en él, tiene una gran importancia, dado que, al pivotar este trabajo sobre el *compliance*, resulta determinante ser lo más riguroso posible a la hora de delimitarle, pues de no serlo y consiguientemente, lograrlo, puede llevarme a exponer resultados o conclusiones que sin ser del todo falsas o erróneas no sean totalmente exactas y precisas. Tras definir y delimitar debidamente el *compliance*, abordaré en el apartado tercero de este trabajo, su presencia en el sector público, aun a día de hoy, ciertamente, chocante e insólita, al ser, como ya he apuntado con anterioridad, un mecanismo anticorrupción típicamente del sector privado. A tal efecto, aludiré a su encaje, en un primer momento, dentro del sector público en general y, en segundo lugar y de manera más específica dentro de aquel, en las Sociedades Públicas Mercantiles, al ser dentro de estas últimas donde casi únicamente encaja el *compliance*. En el cuarto apartado y como contrapunto del *compliance*, voy a hacer referencia a la irrupción de los Planes Antifraude tanto en el sector público como en el sector privado y cómo y de qué manera afectan estos a aquel, tratando de discernir si existe una relación de complementariedad entre ambos o, por el contrario, son herramientas sustitutorias entre sí. Para finalizar el presente trabajo, en el quinto y último apartado del mismo, voy a exponer un total de diez conclusiones que van a tratar de recoger lo más significativo y relevante de todo lo manifestado y examinado a lo largo y ancho de él.

II. Definición y delimitación del *compliance*: breve referencia a su surgimiento y a los aspectos más destacados de su evolución hasta el presente

En el presente apartado, tal y como reza su título, voy a abordar el método, la herramienta o instrumento sobre el que gravita este trabajo, que, como es sabido, no es otro que el *compliance*. Ya he apuntado con anterioridad la importancia y transcendencia de definirle y delimitarle de la manera más exacta y rigurosa posible, por lo que no insistiré sobre ello. Únicamente quiero avanzar ahora, a modo de introducción, que, con la finalidad de cumplir tal propósito, he considerado oportuno dividir este apartado en dos subapartados. Uno, el primero, en el que me centraré, única y exclusivamente, en definir y delimitar el *compliance*, motivo por el cual abordaré tanto su concepto como las características más destacadas que lo conforman. Otro, el segundo, en el que como complemento del primer subapartado haré referencia, siquiera sea a vuelapluma, a los hitos más destacados que han caracterizado la evolución del *compliance* desde su surgimiento hasta el presente, especialmente en el caso de España. La suma de uno y otro subapartado considero que muestra sobradamente al lector, lo que es, en lo que consiste y el propósito del *compliance*, que es precisamente lo que quiero y me propongo mostrar en este apartado.

1. Concepto y características más destacadas del *compliance* que ayudan a delimitarlo y contextualizarlo adecuadamente

Lo primero de todo que procede antes de iniciar propiamente el estudio del *compliance*, es discernir el significado concreto de dicho término. En virtud de ello, debo señalar que el *compliance* tiene su origen en el Derecho anglosajón, siendo su traducción literal al español la de «Cumplimiento», si bien también se le atribuyen entre sus primeros significados el de «Obediencia» o «Respeto»¹², todos ellos, lógicamente, en relación con las directrices, principios o criterios aplicables. Desde una perspectiva o con un enfoque más jurídico puede ser traducido de manera algo más abierta el *compliance*, como: «Cumplimiento de normas» o «Cumplimiento normativo», o si se prefiere, «Obediencia o respeto a las normas». Así, si se traslada esta última concepción del *compliance*, eminentemente normativa, a la estructura empresarial, que es para la que básica y fundamentalmente está pensado, puede decirse que la función prioritaria que comporta y viene a cumplir es la de «...

12. Véase sobre el particular BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, 2021, pág. 262.

*organización de las empresas para el desarrollo de la actividad empresarial conforme a Derecho»*¹³. Por tanto, la finalidad y propósito del *compliance*, allí donde se aplique, con independencia de que sea en el sector público o en el sector privado, pues a estos efectos en absoluto varía el propósito que le es propio y le define, es velar porque se cumpla la normativa que en cada caso resulte de aplicación.

Considero oportuno llamar la atención sobre el hecho de que el *compliance*, por regla general, y por tanto, no en todos los casos, pero sí en la inmensa mayoría de ellos, alude o se refiere, tal y como he manifestado en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, al cumplimiento de las normas legales que resultan de aplicación al concreto sujeto que lo demanda e incorpora en su estructura u organización, por lo general una empresa privada, si bien también puede incluir además de tal cumplimiento, propiamente normativo, legal, el de otro tipo o clase de normativa que, *stricto sensu*, no lo es, como, por ejemplo, Códigos de Buenas Conductas, directrices internas derivadas de políticas de la propia empresa, o estándares de buenas prácticas de *soft law*¹⁴. De hecho, en un principio, era esta última normativa, no propiamente legal, sobre la que actuaba el *compliance*, tratando de garantizar su cumplimiento, y no sobre la derivada del ordenamiento jurídico, la cual irá incorporando, poco a poco, a medida que vaya evolucionando, tal y como más adelante tendré oportunidad de exponer con mayor detenimiento.

Tras esta aclaración previa e ineludible, procede que señale quienes son los sujetos a los que se les aplica el *compliance*, o dicho de otro modo, quienes son los sujetos que se encuentran, en cierto modo, sometidos a dicho instrumento o herramienta garantizadora del cumplimiento normativo, debiendo señalar al efecto que tales sujetos no son otros, por lo general, que las empresas privadas, dado que como ya he tenido oportunidad de apuntar a lo largo y ancho del presente trabajo, dicha técnica, mecanismo o instrumento surgió en el ámbito privado, pensando en su aplicación para éste y sólo para él. Cosa distinta es que si bien fue así en un primer momento, posteriormente y con el pasar del tiempo, también empezó a aplicarse paulatinamente en el sector público y dentro de él, fundamentalmente, como tendré oportunidad de exponer más adelante con mayor detenimiento, en las Sociedades Públicas Mercantiles, dado que las mismas y con independencia de su afección pública, se rigen por el mismo derecho que las sociedades privadas, a la sazón, Derecho privado y más concretamente, por el Código de Comercio, teniendo, por lo general, una forma prácticamente igual de actuar y unos objetivos, asimismo, semejantes que lograr, presididos, como ocurre en el ámbito privado, por tratar de ser lo más rentables y lucrativas posibles.

13. En este sentido indicado en el texto *ut supra*, se manifiesta acertadamente BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 262.

14. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 262.

Así pues, y esto es importante, dado que termina caracterizando el *compliance*, e incluso, en cierta medida, condicionando su funcionamiento y forma de actuar, en definitiva, su idiosincrasia propia y característica, el mismo nace y, sobre todo, evoluciona y se desarrolla adecuándose a las particularidades y necesidades de las Sociedades, Empresas, Corporaciones, Entidades, etc. que se encuentran dentro del sector privado. Es precisamente por ello, por lo que, como ya he tenido la oportunidad de señalar en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, el *compliance* tiene una mayor y, sobre todo, normalizada presencia en el ámbito privado que en el público, lo que no quiere decir que en este último, como ya he apuntado, no tenga presencia, si bien y a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, no puede considerarse generalizada, ni, por otro lado, se otorga a dicha herramienta la importancia y reconocimiento que se la otorga en el ámbito privado.

A mayor abundamiento, debo señalar que dentro del contexto de la presente investigación en que abordo el *compliance* desde una vertiente eminentemente jurídica, lo que verdadera y realmente pretende esta importante herramienta anticorrupción es, como se apunta desde las instituciones y doctrina anglosajona, a las cuales se debe su creación: «*To be in compliance with the law*», cuya traducción literal al español sería: «*Estar en el cumplimiento de la Ley*», en definitiva, cumplir el ordenamiento jurídico, la normativa existente y aplicable al supuesto en cuestión de que en cada caso se trate. Así, dicha locución, compuesta por la palabra *compliance*, que, dicho sea de paso, significa también «*capacidad de aprendizaje*», hay quien la traduce de manera menos literal que he hecho yo, y por tanto, de manera más flexible y abierta, por: «*Conformidad a Derecho*»¹⁵, lo que a fin de cuentas viene a significar y tener el mismo propósito a que me he referido con anterioridad, pues tanto una como otra traducción (literal o libre) dejan a las claras que lo que en última instancia persigue el *compliance* es respetar el ordenamiento jurídico existente, como modo óptimo, aunque no se diga expresamente ni se aluda a ello, de evitar todo tipo y clase de corrupción.

Este objetivo último que persigue el *compliance*, consistente en respetar el ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada caso, para de este modo preservar a las empresas de cualquier posible irregularidad o ilegalidad en que pudieran incurrir, es una forma inmejorable e infalible, ya no sólo de evitar, tal y como acabo de señalar, todo tipo y clase de comportamientos y conductas corruptas, sino de evitar cualquier penalización o perjuicio (civil, penal, administrativo o laboral) que tales acciones suelen comportar, dado que aquel, el ordenamiento jurídico, regula de manera expresa, bien aquellos comportamientos que se consideran conformes a Derecho, o bien, por el contrario, los que no se consideran ajustados al mismo, estableciendo en relación con estos últimos, fundamentalmente, desde el Derecho Adminis-

15. En este sentido se manifiesta ROTSCH, T., «Criminal Compliance», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pág. 2.

trativo y desde el Derecho Penal, las sanciones y penas que respectivamente proceden de incurrir en las infracciones o delitos tipificados. Es por ello, precisamente, por lo que los Departamentos de *compliance* de las empresas no se ven ni consideran como un obstáculo o una limitación de las mismas y menos aún, como un costo que deben asumir en beneficio de su valor reputacional, sino como una inversión, en la medida que evitan que tengan que hacer frente aquellas a las cuantiosas multas que, las más de las veces, acarrearán los comportamientos o actividades corruptas. De ahí que muchas empresas cada vez pongan más en valor a tales Departamentos e inviertan más en ellos, al considerarlos, insisto, más que un gasto, una inversión que otorga beneficios, provecho y valor a la empresa.

Dando un paso más en lo que es y comporta el *compliance*, más allá de su propósito último y genérico de respetar el ordenamiento jurídico aplicable, debo señalar que los programas de cumplimiento normativo que se dan dentro de él persiguen, básica y fundamentalmente, dos objetivos claramente diferenciados. Por un lado, los programas de cumplimiento normativo procuran evitar la realización de conductas infractoras de la Ley, en una función, eminentemente, preventiva. Se busca, en definitiva, impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa. Por otro lado, y si a pesar de la barrera preventiva que comporta el *compliance*, se terminan produciendo infracciones legales, como consecuencia de vulnerar el ordenamiento jurídico y dentro de éste, en particular, la concreta normativa aplicable al caso, aquel, el *compliance*, añade otra finalidad a la tradicionalmente preventiva que tiene, derivada, precisamente, de la actitud de fidelidad al Derecho que contrae, la cual se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes¹⁶. Se constata así en este segundo objetivo que dentro de los programas de cumplimiento normativo persigue el *compliance*, que el mismo, una vez que no ha logrado la primera y prioritaria finalidad, que es prevenir todo comportamiento o actividad contraria a la normativa aplicable, y detectada, por tanto, esta última, no termina ahí su labor, con independencia de que tal hecho genera la activación de todo tipo de mecanismos correctores internos para evitar que vuelva a suceder tal infracción, dado que ésta entraña, asimismo, ponerla en conocimiento de las autoridades correspondientes, con el consiguiente riesgo de que éstas, en virtud de lo que proceda, puedan sancionar a la empresa por dicha actividad ilegal detectada. En definitiva, el Departamento de *compliance* de toda empresa, si se piensa bien, va contra su propia empresa, contra quien le ha creado, contra quien paga a quienes le integran, en el caso de que detecte comportamientos ilegales de alguno de sus trabajadores o de aquella, siendo precisamente tal actitud y

16. AROCENA, G. A., «Acerca del denominado criminal compliance», *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, núm. 13, 2017, pág. 132.

disposición lo que le acredita y da credibilidad en sus funciones y cometidos ante los poderes públicos y los ciudadanos.

A mayor abundamiento de esta importante y crucial función del *compliance*, ya que como he apuntado en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, radica en ella, en buena medida, cuando no en toda, la credibilidad y prestigio de dicho sistema, he de señalar que para poder cumplir de manera efectiva con tal función el Departamento de cumplimiento normativo de la empresa de que en cada caso se trate, se requiere, en primer término, establecer mecanismos suficientes y adecuados para descubrir las irregularidades o ilegalidades que en su caso se puedan cometer dentro de aquella, así como de detectarse tales comportamientos contrarios a la normativa aplicable, subsanar, en segundo término, los efectos que derivan de dichas infracciones, a la par que adoptar las acciones precisas para que no vuelvan a tener lugar, y en tercer término y último, sin lugar a dudas lo más gravoso para la respectiva empresa —pues hasta entonces todo queda en casa, por así decirlo—, ponerlo en conocimiento de la autoridad competente, con los consiguientes efectos que de tal información pueden derivarse, como multas, suspensiones de la actividad, cierres provisionales o parciales, etc.

Es precisamente como consecuencia de los requisitos y exigencias que entraña el desempeño de todo cumplimiento normativo efectivo y cabal, por lo que, con toda razón, son numerosos los autores que consideran que el *compliance*, no deja de ser una especie de *self policing*, es decir, un autocontrol de la propia empresa, lo que es del todo cierto, si bien he de subrayar, que el objetivo último y más profundo que se esconde detrás de dicho autocontrol, más allá de tratar de dar una imagen de integridad y honradez, velando por el valor reputacional de aquella frente a los poderes públicos y sobre todo, frente a los ciudadanos, en cuanto que clientes o potenciales clientes de la misma, es excluir o cuando menos, y en el peor de los casos, atenuar la responsabilidad de la empresa y de sus directivos. Por tanto, no deja de ser el *compliance*, una especie de seguro, parapeto o salvavidas de que, so pretexto de evitar la corrupción y en su defecto, combatir la misma y en general todo incumplimiento normativo, se dota o pertrecha la empresa y, sobre todo, sus directivos, para con ello tratar de eludir que las inobservancias, incumplimientos e infracciones del ordenamiento jurídico puedan llegar a ellos. En definitiva, el *compliance* se erige como una especie de cortafuegos que impide toda imputación directa a los máximos responsables y mandatarios de una empresa, en cuanto que integrantes de sus órganos de administración y dirección, constituyéndose de este modo en una gran garantía y beneficio para estos últimos.

No puede perderse de vista que el *compliance*, en cuanto que, como acertadamente se apunta, *self policing*, es decir, autocontrol que se impone la respectiva empresa que lo implementa, tiene también una notable ventaja, amén de la ya descrita en relación con los directivos y dirigentes de la misma, así como con esta última, no siendo aquella otra, en este caso, con una clara proyección social o colectiva, que aliviar, siquiera sea en parte, la actividad

preventiva y represiva del Estado. De hecho y desde una perspectiva puramente procesalista contribuye a preconstituir elementos de prueba de cargo a los efectos de la investigación, esclarecimiento y sanción del hecho de carácter delictivo de que en cada caso se trate. Por otro lado, no deja de ser un *desiderátum* del Derecho Penal económico en los ámbitos de los delitos denominados «de cuello blanco», para el mejor logro y cometido que persigue aquel. Se puede afirmar, por ello, que el *compliance*, en la medida que previene, fundamentalmente, en el sector privado, las ilegalidades y en su defecto, las detecta y exterioriza, comunicándolas a la autoridad correspondiente, presta una ayuda sumamente valiosa al Estado en su función de hacer cumplir el ordenamiento jurídico, máxime cuando a este último le resulta muy complicado llegar a fiscalizar debidamente la actividad y desempeños de todas las personas jurídicas privadas.

De todo lo dicho hasta el momento considero que resulta evidente que, en definitiva, el *compliance* se fundamenta en un marco regulatorio para la supervisión de empresas, organizaciones y personas jurídicas. Del mismo modo y con la finalidad de ayudar a visualizar más y mejor lo que es y representa el *compliance*, puede decirse, insisto, a modo de descripción general de éste, que el *compliance* cabe concebirle como una organización interna y estructurada dentro de las propias empresas y organizaciones, encaminada a velar por un desarrollo de la actividad de estas últimas conforme a derecho¹⁷. Es debido a la referida organización interna y estructura propia del *compliance* dentro de las empresas y organizaciones, por lo general, netamente diferenciada del resto de sectores de actividad propios de las mismas, por lo que suele aludirse y ser común hacer referencia al Departamento de *compliance* en las mismas. Departamento de *compliance*, como fácilmente se comprenderá, no sólo respetado dentro de la empresa, sino, incluso, temido, al considerarse desde dentro, más como un órgano punitivo o correctivo que como lo que realmente es, a saber, un órgano que vela por la seguridad e integridad jurídica de todos los trabajadores de la empresa y de esta última, al tratar de evitar que puedan incurrir en cualquier clase de responsabilidad. Si bien, insisto, no es esta última la visión que por lo general se tiene del mismo, sino la primera.

2. Referencia sucinta al surgimiento y a los hitos más relevantes que han jalonado la evolución del *compliance* hasta el presente

Una vez definido y delimitado el *compliance*, considero que debida y adecuadamente, resulta necesario, a mi modo de ver, tal y como he avanzado al comienzo del presente apartado, hacer alusión a su surgimiento y evolu-

17. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», op. cit., pág. 272.

ción, siquiera sea de manera sucinta, pues considero que ayuda a completar y enriquecer en mayor medida aun su visión y a tener, por tanto, una mejor comprensión de él¹⁸. En la consecución de este propósito, debo señalar que el origen del *compliance* se remonta a comienzos del siglo XX con la creación de las Agencias Públicas de Regulación de los Estados Unidos, y más concretamente, con la creación de las Agencias Públicas de Seguridad, como por ejemplo y entre otras, la *Food and Drug Administration*. Puede decirse por ello que el *compliance* surge en el ámbito del derecho regulatorio de los primeros sistemas de supervisión pública regulada¹⁹.

Otro dato relevante a tener en cuenta es que en el marco de la actividad empresarial de Estados Unidos el *compliance* surge vinculado a normas de *soft law*, es decir, no a normas propiamente jurídicas o legales en cuanto que integrantes del respectivo ordenamiento jurídico, sino a normas ajenas a este ámbito, como recomendaciones de buenas prácticas, códigos de buena conducta o semejantes, lo que hace que las mismas, frente a las primeras, sean normas de cumplimiento voluntario, con independencia de su procedencia de organismos u organizaciones gubernamentales como no gubernamentales. Se pretende con estas últimas normas, en la medida que se consideran beneficiosas para las empresas, en relación con las cuales se dictan, y en última instancia, también positivas para la colectividad, es decir, para la sociedad, la implementación de las mismas por las empresas, para de este modo demostrar su predisposición a mejorar su organización y funcionamiento, lo que, en cierta medida, sin ser, insisto, coactivas, dejan en mal lugar a aquellas empresas que no las incorporan ni tienen en cuenta, salvo que, lógicamente, den una explicación convincente de por qué no lo hacen. Es por ello, por lo que tales normas no vinculantes formalmente, *de facto*, lo son, pues él no incorporarlas una empresa predispone a pensar al consumidor y potencial cliente de ella, al igual que a los poderes públicos que todo lo observan, que la misma no se encuentra en el camino de mejorar, lo que, obviamente, supone un perjuicio reputacional para dicha empresa que suele reflejarse negativamente en su cuenta final de resultados, lo que impulsa, si no a todas, si a muchas de ellas a acoger, incluso de buen grado, tales normas.

Considero necesario llamar la atención sobre el hecho de que desde su surgimiento hasta la actualidad el desarrollo del *compliance* ha sido constante e ininterrumpido, principalmente, en los Estados Unidos y resto de países integrantes del sistema jurídico conocido como *Common Law*, lo que se ha debido, en gran medida, cuando no en toda, a las peculiares características que concurren en sus respectivos ordenamientos jurídicos, en particular,

18. Con la finalidad indicada en el texto *ut supra* resulta de obligada lectura el trabajo de PAMPILLO BALIÑO, J. P., «Un panorama general del Compliance: nociones, orígenes, evolución e implantación», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 17, 2021, pág. 114 y ss.

19. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 262.

en el ámbito mercantil de su Derecho, que se cimienta, principalmente, en un modelo de responsabilidad de sus sociedades mercantiles. Con ello no quiero decir que en los demás países que no se integran dentro de la órbita del Derecho anglosajón no haya evolucionado el *compliance*, que lo ha hecho y mucho, sólo que, por lo general, ha sido a la sombra del camino que venían abriendo los países en que se aplica el referido Derecho.

Dentro de esta evolución del *compliance* y habiendo dejado claro la cierta ventaja o iniciativa que con respecto al resto de países tienen aquellos en que se aplica el Derecho anglosajón, debo señalar que dicha evolución no siempre ha sido fácil ni ha estado exenta de problemas y dificultades, en algunos casos notables, si bien tales hechos son los que de una manera u otra han ido modelando el *compliance* hasta configurarlo como hoy en día lo conocemos. Pues bien, en la forja de este último, del *compliance*, no puede omitirse ni pasarse por alto lo acontecido en la década de los años 70 y 80 del siglo pasado, marcadas por sonados escándalos de corrupción política, sobornos y financiación en los que de una manera u otra se vieron envueltas diversas empresas. Tal hecho produjo que, a diferencia de antaño, se incorporen al *compliance* requerimientos y prohibiciones explícitas para las empresas en materia de sobornos y otros comportamientos que, amén de reprobables socialmente, se consideran corruptos, contrarios al ordenamiento jurídico y por ello, perseguibles. La principal consecuencia que traen estos escándalos es la obligación de que las cuentas anuales de las empresas sean plenamente transparentes.

Desgraciadamente, estos escándalos que acontecen en la década de los años 70 y 80 de la pasada centuria, prosiguen también en la década de los 90, e incluso, en los inicios del nuevo milenio, con casos tan sonados como el de Enron²⁰, Parmalat²¹ o Siemens, entre otros muchos más a los que podría hacer referencia, lo que, inexorablemente, acarrea para las empresas nuevas obligaciones, en concreto, en materia contable y de protección del inversionista, cuyo cumplimiento efectivo, evidentemente, deberá vigilar y supervisar el *compliance*. No obstante, las consecuencias no acaban ahí, dado que como consecuencia de los sucesivos escándalos económicos y financieros habidos durante más de tres décadas (años 70, 80 y 90, incluso, principios del 2000) diversos organismos e instituciones internacionales reaccionan con beligerancia ante tal situación que, con toda razón, consideran inaceptable. Así la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas

20. GALÁN ZAZO, J. I., «La reforma del Código de Buenas Prácticas: lecciones del caso Enron», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 59, 2002, págs. 3, 4 y 5.

21. MUÑOZ COLOMINA, C. I., «Los paralelismos del caso Enron y el caso Parmalat: del escándalo americano al escándalo europeo», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 73, 2005, pág. 14 y ss.

o la misma Unión Europea, comienzan a elaborar convenios para prevenir la corrupción²². Tal hecho, atendiendo al prestigio internacional que, entre otras instituciones a las que podría referirme, tienen todas y cada una de las que acabo de citar, tiene un evidente «efecto dominó», en el sentido de que tales convenios terminan imponiendo a los Estados el compromiso de instaurar normas para la prevención y supervisión de los riesgos de corrupción en la actividad empresarial, lo que termina propiciando, en no pocos Estados, importantes y significativos cambios legislativos en el ámbito, fundamentalmente, del Derecho Mercantil, Derecho Administrativo y Derecho Penal, y por supuesto, en el *compliance*, en cuanto que supervisor de estas nuevas obligaciones que para las empresas se derivan de tales cambios legislativos.

Procede destacar, asimismo, que debido también a los grandes escándalos generados y otros más de parecida o igual envergadura que igualmente podría traer a colación, las principales organizaciones internacionales, entre ellas, las que he mencionado con anterioridad, impulsaron acuerdos en aras a prevenir y combatir incumplimientos normativos por parte de empresas a nivel trasnacional. En definitiva, se vio lo conveniente, e incluso, necesario que resultaba adoptar sistemas de autocontrol empresarial, en este caso en empresas que operan en varios países, con la finalidad de prevenir y en su caso erradicar la corrupción que deviene de todo incumplimiento normativo, lo que inexorablemente espoleó en mayor medida aun la instauración del *compliance*, tanto en empresas multinacionales como en aquellas que únicamente operan en un solo país.

Como puede observarse de todo lo dicho hasta el momento, la década de los años 90 del siglo pasado, fue especialmente convulsa por lo que al *compliance* se refiere, debido, como ya he apuntado, no sólo a los muchos y grandes escándalos económicos y financieros habidos durante la misma, sino, sobre todo, al hartazgo que había como consecuencia de sucederse, casi ininterrumpidamente, desde la década de los años 70. Es precisamente como consecuencia de la conjunción de uno y otro factor que, tras un análisis exhaustivo de los escándalos habidos, pone de manifiesto el escaso control que existe en los procesos de adopción de decisiones por parte de los órganos de administración de las empresas, por lo que se considera necesario, implementar el cumplimiento de una exigencia más a estas últimas, a saber, la transparencia en la gobernanza corporativa, lo que, evidentemente, propicia una importante revisión del derecho de Sociedades Mercantiles y, en particular, la incorporación de estándares de buenas prácticas a través de los denominados Códigos de Buenas Prácticas o Códigos de Buen Gobierno Corporativo. Esta nueva normativa que exige ser cumplida por las empresas y cuyo cumplimiento efectivo corresponde vigilar y supervisar al respectivo

22. Véase sobre el particular MARÍA CERINA, G. D., «La Comunidad Internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado», *Iustitia*, núm. 9, 2011, pág. 95 y ss.

Departamento de *compliance* de aquellas, tiene diverso grado de desarrollo de unos países a otros y también diversa aplicación, ya que en unos se aplica, por ejemplo, sólo a las principales y más importantes empresas, por lo general, las que cotizan en bolsa, mientras que, en otros, no se distingue entre éstas y el resto de empresas.

En el caso concreto de España, los primeros estudios e informes que se hacen eco de la situación que vengo describiendo, datan de finales de la década de 1990²³. Es en este concreto momento histórico, cuando se produce una inflexión por lo que al *compliance* se refiere, ya que es cuando realmente se empiezan a tomar medidas preventivas por parte de las autoridades españolas con el fin de reglar y unificar los sistemas de *compliance* corporativos. Dentro de esta nueva línea que se inicia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), incorpora, en el año 2006, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, conocido o denominado como Código *Conthe*, y, más adelante, sin abandonar en ningún momento tal meta, el vigente Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, el cual, entre otras obligaciones, exige a estas últimas²⁴ la presentación de un informe anual de buen gobierno.

Otro hito destacado al que debo hacer alusión dentro de la evolución que desde el párrafo anterior vengo haciendo del *compliance* en España, es la reforma que en el año 2014 se hizo de las Sociedades de Capital, dado que comportó la obligatoriedad de diversos preceptos, señalados únicamente como recomendaciones en el Código Unificado de Buen Gobierno, o si se prefiere, Código *Conthe*, pasando a ser así dichos preceptos, antes meras recomendaciones, de potestativas a imperativas para las empresas y compañías. Tales preceptos, antes, insisto, meras recomendaciones, que pasaron a ser obligatorios, tenían que ver con la organización del gobierno corporativo, los deberes de los administradores y, sobre todo, para las empresas cotizadas, los deberes indelegables del Consejo de Administración, entre los que se incluye la determinación de la política de control y gestión de riesgos o la política de responsabilidad social corporativa²⁵.

Dentro de esta sinóptica evolución que del *compliance* vengo haciendo en España, no puede obviarse, atendiendo a su importancia y trascendencia, la reforma del Código Penal de 2015, dado que, insospechada e imprevisiblemente, tiene un gran impacto en aquel, hasta el punto de poder afirmar que hay un antes y un después del *compliance* tras la regulación que lleva a cabo el Código Penal. Tan es así que en el ordenamiento jurídico español se introduce, o más propiamente dicho, se menciona por primera vez de

23. Véase sobre el particular ORTIZ PRADILLO, J. C., «La recepción de la cultura del Compliance y del Whistleblowing en España», *Revista internacional CONSINTER de Direito*, Vol. 6, núm. 11, 2020, pág. 421 y ss.

24. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 264.

25. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 264.

forma expresa el *compliance* a raíz de la referida reforma del Código Penal de 2015. Efectivamente, alude el legislador en este último al *compliance* al incluirlo como una «...causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas»²⁶. Descendiendo un poco más en la regulación que del mismo se establece, debo señalar que el Código Penal alude a los programas de *compliance* con la denominación de «modelos de organización y gestión de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos»²⁷, lo que comporta que dichos programas de cumplimiento normativo se introducen de forma expresa en un ámbito muy concreto y delimitado, en concreto, dentro de las «medidas de prevención de delitos en el ámbito de las empresas y otras personas jurídicas». Tal hecho, sin lugar a dudas de ningún género, marca un antes y un después y ello a pesar de que, con anterioridad a la referida regulación, ya existía normativa sectorial, concretamente en el ámbito financiero, bancario y del mercado de valores, que establecían normas expresas de organización para la supervisión de riesgos de la actividad empresarial en relación con determinadas actividades de negocio.

Debe quedar claro y de ahí que lo traiga a colación en estos momentos, que el Código Penal no impone a las empresas, ni mucho menos, una obligación legal de implementar el *compliance* en ellas, y más exactamente, un modelo de cumplimiento normativo que prevenga o evite la comisión de delitos, sino, únicamente, las condiciones bajo las cuales las personas jurídicas y entre ellas, por supuesto, las empresas, pueden quedar exentas de responsabilidad penal. También procede recalcar que el *compliance* por el que aboga el Código Penal, en su reforma de 2015, exime de responsabilidad penal a la persona jurídica que lo incorpora en su respectiva organización, pero no, por el contrario, lo que debe ser tenido en cuenta, a la persona física que de algún modo favoreció, propició u ocasionó tal delito o infracción contraria a Derecho.

Toda esta evolución, tanto a nivel internacional, en un primer momento, como a nivel nacional, de España, en un segundo momento, permite vislumbrar con cierta claridad que el *compliance* nace en un contexto exclusivamente privado, y más exactamente, de empresas o sociedades privadas, en el que, en una primera etapa y de manera totalmente voluntaria, se autoimponen éstas ciertos controles y la supervisión de sus actividades en aras a prevenir y en su defecto, mitigar los riesgos derivados de su actividad. En una segunda etapa, el *compliance* se refuerza como consecuencia de los escándalos financieros habidos durante más de tres décadas (años 70, 80 y 90 del siglo pasado), pasando a ser así, de un mero supervisor del cumplimiento de un conjunto de normas de *soft law* de buen gobierno corporativo, a convertirse tanto en el responsable del acatamiento y asunción de normas lega-

26. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 264.

27. Artículo 31 bis e, 1.º, y 5 del Código Penal.

les de obligado cumplimiento para la gobernanza y funcionamiento de las empresas y sociedades, como en el garante de los deberes legales de supervisión y controles internos de riesgos en el marco de la actividad empresarial que abarcan desde el Derecho Mercantil, pasando por el Derecho Tributario y Financiero, Derecho Laboral y Derecho Administrativo, hasta llegar al Derecho Penal. Este escenario es el que hace del *compliance* en la actualidad una pieza clave e insustituible de toda empresa privada y lo que cada vez más hace que se generalice y extienda su uso y demanda.

Es casi dentro de esta segunda gran etapa del *compliance* a que he hecho referencia al final del párrafo anterior, es decir, cuando éste goza de una cierta madurez, reputación y reconocimiento, tanto internacional como nacional, cuando llega la normalización al mismo (a nivel internacional en el año 2013 y a nivel nacional en el año 2014), y ello, en un doble sentido. Por un lado, porque su implementación y funciones se asumen como normales dentro de toda empresa, constituyendo su Departamento de *compliance*, uno más entre otro u otros muchos que la conforman, y, por otro lado, siendo éste el significado que más nos interesa, porque se procede a normalizar el *compliance*, en el sentido de que se procede a estandarizarlo a través de una norma o estándar que recoge lo más esencial y característico del mismo, con una clara finalidad de aplicación global, lo que se concreta en el vigente estándar ISO 37301:2021.

Esta normalización, o si se prefiere, estandarización del *compliance*, se ha considerado oportuno acometerla atendiendo, básica y fundamentalmente, a dos razones. La primera, a los principios en que se fundamenta la credibilidad y confianza de toda actividad de normalización: La transparencia, el consenso, la imparcialidad, la apertura y la diversidad, los cuales se consideran no sólo compatibles, sino sumatorios con los propios del *compliance*, por lo que contribuyen a un mayor enriquecimiento y fortaleza del mismo. La segunda, porque tales principios de la normalización han evidenciado, sobre todo en estos últimos años, no solo su enorme potencial para aportar soluciones a los grandes temas que preocupan a la sociedad y a las empresas, como, entre otros, la ética, la responsabilidad social, la gobernanza, muchos de los cuales ocupan igualmente al *compliance*, sino, además de ello, porque dan respuesta de manera eficaz a los desafíos de las organizaciones, en donde nuevamente vuelve a converger el *compliance*.

El *compliance* irrumpe en el mundo de la normalización internacional en el año 2013, en el que desde la organización internacional de normalización (ISO), dando respuesta a las necesidades del mercado, se decide empezar a trabajar en una norma que pueda convertirse en referente internacional para las organizaciones a la hora de entender qué es el *compliance* y cómo gestionar los riesgos de cumplimiento a los que se enfrenta. España, a través de la Asociación Española de Normalización, UNE, y del ahora órgano técnico CTN 165/SC3 *Sistemas de Gestión del Cumplimiento y Sistemas de Gestión Anticorrupción*, se sumó de forma casi inmediata a los trabajos internacio-

nales encaminados a la aprobación de dicho estándar sobre *compliance*. Así, en 2014, se publicó la Norma ISO 19600 *Sistemas de Gestión Compliance. Directrices*, posteriormente adoptada como Norma española UNE-ISO 19600. Este documento ayudó, sin lugar a dudas de ningún género, a que en nuestro país el *compliance* pasase, de ser una disciplina prácticamente exclusiva de empresas multinacionales o de sectores muy regulados, como el bancario o el de la energía, a ser foco de interés para todas aquellas organizaciones preocupadas por sus riesgos corporativos, especialmente, como ya he tenido la oportunidad de exponer en el presente trabajo, tras la reforma del Código Penal de 2015.

No puedo, ni quiero terminar este subapartado, sin dejar constancia de que la Norma UNE-ISO 19600:2014, de manera paralela a las dos etapas del *compliance* a que me he referido, a modo de recapitulación, tras abordar su evolución, proporcionaba únicamente recomendaciones en materia de *compliance* y de ahí que pocos años después de su publicación, y respondiendo a la demanda del mercado, haya sido preciso trabajar en su revisión para transformarla en una norma también de requisitos. Es así como se llega a la publicación de la Norma ISO 37301 *Sistema de Gestión de compliance. Requisitos con orientación para su uso*. Esta norma, en línea con la segunda etapa del *compliance* a que me he referido, ofrece una visión más madura y evolucionada del mismo, pero no sólo eso, dado que el sistema de gestión que establece permite a las organizaciones demostrar su compromiso para cumplir con las Leyes y con otros compromisos asumidos de forma voluntaria y poder hacer visible ese compromiso ante sus grupos de interés a través de una posible certificación.

III. Algunas notas sobre el *compliance* en el sector público que evidencian su complejo y muy limitado encaje

Tras la definición y delimitación del *compliance*, así como consiguiente explicación, a través de su génesis y evolución, de su intrínseca relación con el ámbito empresarial, con el sector privado, en general, llevada a cabo en el apartado inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, procede abordar en el presente, dando un paso más en el esquema trazado para el presente trabajo, el *compliance* en el sector público, partiendo del hecho, ya apuntado, de que este último ámbito no es su entorno natural, con todo lo que ello implica. Bien puede afirmarse, dado que se ajusta a la realidad, que la zona de confort del *compliance* es el sector privado, en el cual, recuérdese, surgió y para el cual fue pensado y concebido, lo que en absoluto ha cambiado a día de hoy. Otra cosa es que esta herramienta, instrumento o mecanismo que a través del cumplimiento normativo se erige en adalid de la lucha contra la corrupción, se haya introducido en una parte muy concreta y limi-

tada del sector público²⁸, si bien, insisto, éste no es su hábitat normal y de ahí que se produzcan ciertos desajustes tanto en su implementación como en su utilización a que más adelante me referiré, siquiera sea a vuelapluma.

Antes de abordar el complejo y muy limitado encaje del *compliance* en el sector público, considero necesario señalar que voy a dividir este apartado en dos claros subapartados. Uno, el primero, en el que voy a dar una visión panorámica del *compliance* en el sector público, entendido este último, en sentido amplio, lato o extenso y, por tanto, no como se recoge en la normativa administrativa, en el que por tal se entiende un conjunto de entidades, organismos o corporaciones del más variado signo y condición dependientes de las Administraciones Públicas a las que se encuentran vinculadas o adscritas, sino como sector público dentro del cual se realizan todo tipo y clase de actividades públicas, lo que comporta incluir dentro del mismo, desde tal concepción, a las Administraciones Públicas. Será en este subapartado donde principalmente aluda, tal y como reza el título del presente apartado, al complejo y muy limitado alcance que tiene el *compliance* dentro del sector público. En el segundo subapartado, a diferencia del primero, me voy a centrar en el *compliance* en las Sociedades Públicas Mercantiles, dado que va a ser en ellas y prácticamente solo en ellas, dentro de todo el sector público, donde va a hacer acto de presencia y tener cierto predicamento el mismo y ello, como fácilmente se comprenderá, debido a la semejanza que tanto en la normativa que les resulta de aplicación (privada) como en su funcionamiento y objetivos tienen con respecto a las sociedades netamente privadas. Una vez avanzado, siquiera someramente, el desarrollo del presente apartado, procedo sin más preámbulos a abordar cada uno de dichos subapartados que lo conforman.

1. Una visión panorámica y generalista del *compliance* en el sector público

Quando se analizan las actividades del sector público y su exposición al fenómeno de la corrupción, se observa que se trata de una realidad que, si no va en aumento, tampoco retrocede, y menos aún, desaparece, a pesar de los improbables esfuerzos legislativos que se realizan en los diferentes países para su prevención, detección y sanción. Con ello quiero dejar sentado que no es un problema nacional, español, el de la corrupción en el sector público, teniendo presencia en prácticamente la totalidad de países, si bien con distinta medida e intensidad en unos y otros. Tal hecho, con independencia de su carácter local o universal, no deja de ser un problema, dado que debiendo prevalecer en las actuaciones públicas, el interés general, sobre el particular, con la finalidad, entre otros principios, de garantizar la transparencia e integridad del sistema

28. Véase en este sentido el trabajo de GARCÍA HERNÁNDEZ, F., «El avance del Corporate Compliance en las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2019, pág 9 y ss.

económico y en general, de todo tipo y clase de actividad, los crecientes niveles de corrupción en el sector público restan mucha credibilidad a las instituciones públicas que tratan de garantizar tales principios dentro del mismo y por extensión de éstas, a quienes sirven en las mismas, lo que, evidentemente, no deja de ser un problema y no precisamente menor. A raíz de tal situación surge la siempre recurrente pregunta de ¿Quién vigila a quién vigila?

Por otro lado, no les falta razón a quienes dicen, que: «...no deberíamos centrarnos en el ámbito estrictamente normativo (promulgación de nuevas normas), sino en la implementación de mecanismos que permitan aplicar bien el marco normativo que ya existe, pero, sobre todo, desarrollar un modelo de integridad, transparencia y buena gobernanza»²⁹. En este mismo sentido se manifiestan organizaciones tan prestigiosas como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), al reiterar la eficacia limitada que comporta la sola creación de normas, sin desarrollar paralelamente procedimientos con enfoques basados en riesgos, así como el establecimiento de principios y valores que generen una cultura de integridad y transparencia. No puedo estar más de acuerdo con ello: No sólo no hacen falta más normas, sino que sobran muchas de las existentes. Lo que realmente posibilita la corrupción tanto en el ámbito público como privado, no es una carencia de normas o una deficiente regulación de las mismas, sino la ausencia de una adecuada inspección, control o supervisión que impida todo tipo de vulneraciones del ordenamiento jurídico. En definitiva, el problema no es legislativo, sino ejecutivo, de falta de acción.

Tal situación es la que ha propiciado que se hayan alzado algunas voces de un tiempo a esta parte y más cuanto más se acerca uno al presente, reclamando que para mitigar los casos de corrupción en el sector público se implemente en el mismo el *compliance* que tan buenos resultados ha venido dando en el sector privado. Así, se pretende que el *compliance* público, denominado de este modo por actuar dentro de éste ámbito, replique los aspectos del *compliance* privado con la finalidad de fortalecer las instituciones y reducir los casos de corrupción existentes, si bien, quienes postulan tal posibilidad se olvidan de que son muy distintas las condiciones y circunstancias existentes en uno y otro sector, pudiendo por ello decir que así como dentro del sector privado encaja perfectamente el *compliance*, no ocurre esto mismo en el sector público³⁰.

Abundando algo más en dicha cuestión, debo subrayar que para que el *compliance* tuviese, ya no digo, una cierta aceptación o relevancia dentro del

29. Texto superior entrecomillado, atribuido a la Asociación española de *Compliance* (AECOM), por CESPED, R., «¿Qué es public compliance?», https://www.conexig.com/es/que_es_public_compliance/ [Recuperado por última vez el 25 de septiembre de 2023].

30. En relación con esta cuestión, me remito por entero al trabajo de LEAL SORIANO, A., «Aportaciones y sombras en la implementación y en el cumplimiento de sistemas de gestión de Compliance en el sector público», *La Ley Compliance penal*, núm. 6, 2021, pág. 5 y ss.

ámbito público, sino un encaje mínimo, que ahora mismo y salvo en el contexto exclusivo de las Sociedades Públicas Mercantiles, no tiene, se necesitaría, amén de cambios sustanciales (estructurales y de concepción) en Leyes y normas troncales del Derecho Administrativo (entre otras, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y muy probablemente, incluso, a nivel constitucional, cambios organizacionales, procedimentales, de mentalidad y forma de proceder de los empleados públicos, de enfoque de las tareas y objetivos a lograr en cada una de las instituciones, de valores rectores, de compromisos adquiridos con la ciudadanía, en definitiva, un cambio profundo en la cultura pública existente, que no sólo no se ha producido sino que, a mi modo de ver, con el actual marco jurídico existente (Constitución y normas administrativas) no es posible³¹.

Es precisamente por los múltiples desajustes e inconvenientes que todo intento de trasladar el *compliance* al sector público presenta y que me atrevo a calificar como insalvables a día de hoy en virtud del actual marco normativo, por lo que tal idea es relativamente reciente³², de hace apenas unos pocos años, dado que antes ni tan siquiera se contemplaba tal posibilidad, la cual, mayoritariamente sigue siendo denostada por prácticamente la totalidad de la doctrina administrativista, salvo una parte muy minoritaria de la misma que apuesta por la implementación de tal método, sistema o instrumento, si bien con muchas matizaciones, precauciones y salvedades que, a mi modo de ver, terminan desvirtuándole, al hacer del *compliance*, algo que se asemeja pero que está lejos de ser lo que es dentro del sector privado³³. Esta parte minoritaria de la doctrina que admite, como ya he apuntado, no sin reticencias, limitaciones y condiciones el *compliance* dentro del sector público, no lo hace en la totalidad del mismo, es decir, con carácter general, sino en partes muy concretas de aquel, como en el ámbito de la contratación pública, al considerar que aquel puede ser un instrumento eficaz a la hora de prevenir casos de corrupción³⁴.

31. Véase sobre el particular el trabajo de CAMPOS ACUÑA, M. C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI Publicaciones, Granada, 2017, pág. 18 y ss.

32. Véase sobre el particular CAMPOS ACUÑA, M. C., «Compliance en el sector público: una técnica innovadora para prevenir y luchar contra la corrupción», en *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pág. 199 y ss.

33. Un ejemplo, entre otros más a los que podría aludir, de autores que apuestan por la introducción del *Compliance* en el sector público, se evidencia en el trabajo de LÓPEZ DONAIRE, M.ª B., «La necesidad del Compliance en el sector público: Compliance y Derecho Administrativo», en *Derecho Administrativo 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 299 y ss.

34. Véase sobre el particular el trabajo de ESCRICHUELA MORALES, F. J., «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación administrativa práctica: Revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 135, 2015, pág. 16 y ss.

Es cierto que la contratación pública es un ámbito dentro del sector público especialmente propenso a la corrupción habida cuenta de las ingentes cantidades de dinero que con carácter anual pasan de unas manos (Administraciones Públicas) a otras (personas físicas y jurídicas privadas), si bien, pese a ello, considero que el *compliance* no tiene cabida dentro de dicho ámbito contractual y ello, básica y fundamentalmente, por cuanto que el escenario de control y supervisión en el marco de las Administraciones Públicas y en general de todo el sector público es un proceso regulado y no de auto-regulación, en definitiva, de estricta regulación legal, por lo que es dentro de esta última y sólo desde ella desde donde se puede y debe evitar la corrupción, en este caso concreto, dentro de la contratación pública. Corresponde, por tanto, al legislador y sólo a éste, contemplar medidas desde el ordenamiento jurídico, desde la normativa aprobada al efecto, para prevenir la corrupción en el ámbito de la contratación pública (al igual que en los demás campos integrantes del sector público) y de no lograr tal finalidad, establecer controles, garantías e instrumentos para su detección, sanción y reparación, pero, insisto, desde la Ley, desde la norma, dentro de cuyo marco, evidentemente, no tiene cabida el *compliance*.

Es por todo ello por lo que resulta cuando menos extraño que se plantee la idea de implementar el *compliance* en las Administraciones Públicas, aunque sea en un ámbito tan propenso a la corrupción como es la contratación pública, dado que, como ya he apuntado con anterioridad, y vuelvo a reiterar ahora, todos los mecanismos de control y supervisión de dicha actividad, así como de cualquier otra que desempeñan aquellas se encuentran regulados con carácter general y de manera transversal, bien por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en lo procedimental, o bien por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en lo jurídico, y descendiendo un paso más, por la normativa que resulte de aplicación al caso concreto, como sucede en la contratación pública con la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Es posible que dicho marco normativo y la Ley a que me he referido en última instancia que se aplica específicamente a la contratación pública no sea todo lo efectivo que cabría esperar en la lucha contra la corrupción, pero lo cierto es que con independencia de ello, no resulta aplicable el *compliance*, por lo que solo cabe esperar, como así sucede, que sea el propio legislador quien dándose cuenta de las carencias y quiebras detectadas, vaya poco a poco modificando la respectiva regulación con la finalidad de subsanar tales deficiencias e incorrecciones para de este modo lograr una regulación más consistente y resiliente frente a la corrupción.

A mayor abundamiento de todo lo dicho en relación con la contratación pública, en cuanto que ámbito dentro del sector público en el que se considera que podría tener más sentido o un mejor encaje el *compliance* y que como ya he señalado con anterioridad, en virtud de los motivos aducidos, pese a ello, no procede, quiero llamar la atención sobre el hecho de que dentro de dicho ámbito, es decir, de la contratación pública, se establecen

por la Ley específica que regula tal materia, a la sazón, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, muchas medidas tendentes a garantizar, entre otros principios, la transparencia, la concurrencia competitiva, la no discriminación, la eficacia y eficiencia de la contratación (relación calidad-precio), o no tener sólo en cuenta la mejor oferta económica sino, junto con ésta, otros aspectos que se consideran igualmente valiosos para la sociedad, como los medioambientales o sociales, las cuales, lógicamente, comportan controles y supervisión, por lo que bien puede decirse que tales medidas no dejan de constituir, aunque no pueda denominarse así, un tipo de *compliance*, sólo que a diferencia de éste no de *soft law*, sino de *hard law*, o lo que es lo mismo, no de autorregulación, sino de regulación³⁵.

En conclusión y con ello pongo punto final al presente subapartado, la sola idea de introducir o implementar el *compliance* en el sector público y más exactamente dentro de él, en las Administraciones Públicas resulta no solo compleja, sino si se piensa bien, me atrevo a decir que descabellada, dado que resulta prácticamente imposible de conciliar con las prerrogativas y privilegios de aquellas, al igual que con los deberes y obligaciones que se las encomienda. Por otro lado, el *compliance* de poder ser introducido en el sector público, sería redundante y sus funciones se solaparían, no pudiéndose diferenciar, prácticamente, de las propias que por Ley ejercen la intervención general y la asesoría jurídica en el marco que sus respectivas competencias. De ahí, y con ello termino, que con toda razón y de manera rotunda haya aludido en el título del apartado dentro del cual se circunscribe el presente subapartado, a que el encaje del *compliance* en el sector público es complejo y muy limitado, por no decir que excepcional, salvo en las Sociedades Públicas Mercantiles a que a continuación me referiré³⁶.

2. El *compliance* en las sociedades públicas mercantiles

Tras describir en el subapartado inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa el escenario imperante del *compliance* en el sector público en España, caracterizado, como ya he señalado de manera reiterada, por su complejo y muy limitado encaje, debo dirigir ahora mi foco de atención, sin abandonar todavía dicho sector, hacia las Sociedades Públicas Mercantiles, las cuales,

-
35. Véase sobre el particular el trabajo de LÓPEZ DONAIRE, M.^a B., «Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, 2018, pág. 48 y ss.
 36. No debe extrañar, a resultados de todo lo expuesto en el texto superior, que el *Compliance* en el sector público se encuentra sumamente cuestionado y su futuro, como se imaginará, es más que incierto. Sobre su futuro y las posibilidades que se abren entorno al Compliance en dicho sector, me remito por entero al trabajo de CAMPOS ACUÑA, M. C., «El futuro del Compliance en el sector público español», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 945, 2018, pág. 9.

como ya he avanzado y trataré de explicar dentro del presente subapartado, son, atendiendo a las características y particularidades concretas que concurren en ellas, las únicas que dentro del sector público, sin tener que forzar o violentar mucho el ordenamiento jurídico, admiten el *compliance*.

Considero oportuno comenzar señalando que la propia Constitución Española de 1978 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, precisando al efecto que: «*Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*». Por otro lado, la Constitución Española determina en su artículo 128 que: «*Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*», para de inmediato, apostillar: «*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*». De la transcripción de uno y otro artículo de la Constitución Española se deduce que ésta, garantiza, por un lado, la iniciativa privada, la libertad de empresa (artículo 38) y, por otro lado, la intervención pública, por lo que como acertadamente apunta algún autor de manera sumamente gráfica, supone el poner una vela en el altar del liberalismo, a la par que en el del intervencionismo.

Pues bien, es dentro de dicho escenario y más concretamente, dentro del escenario que posibilita la iniciativa pública en la actividad económica, donde hacen acto de presencia y tienen todo su sentido y razón de ser las Sociedades Públicas Mercantiles, por cuanto que de la conjunción de uno y otro artículo a que me he referido en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, queda totalmente acreditado que las Administraciones Públicas, o si se prefiere y de manera más amplia, los poderes públicos, las instancias públicas, se encuentran habilitadas para actuar en el mercado como agentes económicos, siempre respetando, por supuesto, la libertad de empresa, lo que hacen, para ser todo lo eficientes que se requiere ser dentro del mismo, a través de entidades lo más adaptadas posible a él, no siendo estas otras que las Sociedades Públicas Mercantiles, al no ser sino una copia, trasunto o remedo de las existentes en el sector privado, sólo que en esta ocasión en el ámbito público³⁷. Es por ello, ya avanzo, que si la identidad entre un tipo de sociedades, las privadas, y otras, las públicas, es muy notable, dejando a salvo alguna que otra diferencia, en algunos casos, ciertamente, no menor, como tendré oportunidad de señalar más adelante, no puede ni debe resultar extraño que si en las primeras funciona bien el com-

37. SERRANO ROMERA, A., «Sociedades mercantiles públicas: problemas de gestión y herramientas de gobierno corporativo», en *Desafíos actuales del Derecho: Aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Málaga, Málaga, 2020, pág. 1067 y ss.

pliance, no sólo quepa este último en las públicas, sino que previsiblemente también opere bien en ellas³⁸.

Lo cierto es que las Sociedades Públicas Mercantiles, con independencia de la finalidad predominantemente prestacional y económica que justifica su existencia y las guía, son objeto, aun a día de hoy, de numerosas controversias³⁹, precisamente por ser un organismo, institución, entidad o como con parecidas o similares palabras quiera decirse que, en cierta medida, cuando no en toda, resulta anómala dentro del sector público y ello, no por un solo motivo o unos pocos, sino por múltiples razones, entre las cuales la más emblemática y significativa es regirse por un Derecho, el privado, que no es el propio y característico del sector público, a la sazón, Derecho administrativo. Es quizá debido al hecho de resultar extrañas o encajar con dificultades las Sociedades Públicas Mercantiles dentro del sector público, por lo que en ellas y sólo en ellas dentro de este último encaja el *compliance* y, sin embargo, no en el resto de entes que integran el mismo, al encontrarse mucho más alineados y acordes con lo que representa y comporta dicho sector.

Procede que haga alusión, siquiera sea con una finalidad meramente ilustrativa, que las Sociedades Públicas Mercantiles, pueden ser de muy diverso tipo y condición, existiendo, por tanto, una notable variedad de personificaciones empresariales disponibles en función de sus fines. A tal efecto y sin ser todas, pero sí las más emblemáticas, puedo señalar que las Sociedades Públicas pueden ser Sociedades Públicas sometidas al régimen general de las sociedades de capital, cuya finalidad es actuar en el mercado en régimen competitivo junto con otras sociedades públicas o privadas. También cabe hablar de Sociedades Públicas cuya función o propósito, en esta ocasión, no es tanto concurrir en el mercado con el objetivo de competir con otra u otras empresas en la consecución de ganancias, sino prestar determinados servicios públicos en beneficio de la colectividad, de la sociedad, al considerar que utilizando esta fórmula societaria se puede prestar un servicio mejor y más efectivo que desde otras posibles alternativas con que cuentan las Administraciones Públicas. Cabe también hacer referencia a Sociedades Públicas de un solo socio, y por contraposición a éstas, Sociedades Públicas que cuentan con más de un socio, bien sea público o privado. Otro tipo de Sociedades Públicas a las que debo hacer alusión son las Sociedades Públicas Mercantiles de capital íntegramente público, frente a las Sociedades Públicas Mercantiles de economía mixta, en las que el capital público debe ser superior, al menos, al 50 % de la sociedad. En fin, como puede comprobarse, son muchos los tipos o clases de Sociedades Públicas Mercantiles y ello sin entrar en las

38. Confrontar a este respecto con la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989-7352).

39. SUAN RODRÍGUEZ, C., «La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 7, 1993, pág. 13 y ss.

finalidades que persigue cada una de ellas, si bien, lo que debe tenerse claro es que dentro de todas ellas encaja el *compliance*, siendo por tanto en este concreto ámbito dentro del sector público, y me atrevería a decir que sólo en él, donde tiene cabida con cierta normalidad y sin generar ningún tipo de trastorno o disfunción aquel.

En cualquier caso y siendo riguroso, he de señalar que tampoco se puede ni se debe considerar y enjuiciar a todas las Sociedades Públicas Mercantiles de igual forma y manera, ya que como me he molestado en apuntar en el párrafo anterior, dentro de las mismas existen diversos tipos o clases, ya no sólo por la materia o campo de actuación en el que materializan su actividad (urbanismo⁴⁰, medio ambiente, promoción de ciertas actividades, etc.), sino por la finalidad última que las guía. Así, aun teniendo la misma naturaleza jurídica, no es lo mismo una Sociedad Pública Mercantil cuyo único objetivo es obtener ganancias en el mercado, en definitiva, obtener beneficios, lucro, que aquellas otras que se utilizan como medio o instrumento para prestar servicios públicos. Resulta incuestionable que todas las Sociedades Públicas Mercantiles, a diferencia de las Administraciones Públicas y del resto de entes que integran el sector público, son responsables penalmente, al igual que lo es toda empresa privada, si bien, aun así, no es idéntico el tratamiento que se da a estas últimas con respecto al que se da a ciertas Sociedades Públicas Mercantiles, ya que entre estas últimas aquellas que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general sólo pueden ser sancionadas con penas de multa o con penas de intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, lo que resulta del todo lógico, ya que es impensable que puedan ser objeto, además de tales penas, de prohibición de actividades o disolución⁴¹. De ello, debe deducirse que aun siendo muy parecidas las Sociedades Públicas Mercantiles y las empresas privadas, no son exactamente lo mismo, ni consiguientemente, su organización, funcionamiento y proceder, al estar sometidas las primeras, a diferencia de estas últimas, a determinadas limitaciones, condiciones y formalidades que se las impone, precisamente, por su condición de «públicas», lo que, ya avanzo, repercute, asimismo, en el *compliance* de las Sociedades Públicas Mercantiles.

Efectivamente, pese a la notable similitud, parecido o semejanza existente entre las Sociedades Públicas Mercantiles y las sociedades privadas, no se puede decir que sean exactamente iguales, ya que las primeras, a diferencia

40. El urbanismo es considerado por algunos autores, junto con la contratación pública a la que ya he tenido oportunidad de referirme en el texto superior, una de las materias o ámbitos más propensos para poder implementar dentro del sector público el *Compliance*. Sobre el particular me remito al interesante trabajo de CAPDEFERRO VILLAGRASA, Ó., «Introducción. Hacia un modelo de Compliance público en el urbanismo», en *Compliance urbano: fundamentos teóricos, estudios de casos y desarrollo de herramientas anticorrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 17 y ss.

41. BACIGALUPO SAGGESE, S., «Compliance», *op. cit.*, pág. 274.

de estas últimas, se encuentran sometidas, por ejemplo, a regulación especial en cuanto a ciertos controles y supervisión de su actividad, así como en relación con la composición de sus órganos de administración. Todo ello lo traigo a colación porque si bien es cierto que estas diferencias que indico en este momento entre las Sociedades Públicas Mercantiles y las sociedades privadas, o aquellas diferencias a las que he aludido en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, teóricamente no afectan ni tienen por qué afectar al *compliance* de las primeras, *de facto*, sí que lo hacen, aunque no de una manera homogénea. Me explico. Dependiendo de unas u otras Sociedades Públicas Mercantiles, tiene mucha repercusión la consideración que de las mismas tengan sus órganos de administración, y en general, directivos, ya que no será lo mismo que las consideren, pese regirse en su actividad mercantil por el derecho privado, como públicas o que, por el contrario, las consideren realmente privadas. En el primer caso, tenderán a implementar en su funcionamiento y actividades, hasta donde se lo permita el ordenamiento jurídico, el Derecho Administrativo, como, por ejemplo, en los contratos que realicen, o en el personal que seleccionen, lo que, muy probablemente, implicará que no vean con muy buenos ojos la implementación del *compliance*, frente a métodos más tradicionales y clásicos, como es el control de su actividad a través de interventores o asesores jurídicos públicos, dependiendo de los respectivos asuntos a fiscalizar. En sentido radicalmente opuesto al anteriormente apuntado, lo normal en las Sociedades Públicas Mercantiles, cuyos órganos de administración y directivos, pese al calificativo de públicas, no se sienten ni consideran identificados con él, tenderán a que todo tipo de actividades traten de alejarse de cualquier atisbo de público para pasar a regirse por el Derecho privado, en cuyo caso el *compliance*, será mucho mejor visto y precisamente por ello, se le otorgará más reconocimiento e importancia, pasando a estar más y mejor asentado y desarrollado.

Tras el análisis efectuado de las Sociedades Públicas Mercantiles, se coligen diversos aspectos que considero oportuno traer a colación, a modo de recapitulación. En primer lugar, que no todas las Sociedades Públicas Mercantiles son iguales. Existen diferencias entre ellas de muy variado tipo, como la materia o campo de actuación en el que centran su actividad, el propósito último que las guía (prestar un servicio público o simplemente obtener la máxima ganancia y beneficio), o el capital que las conforma (íntegramente público o mixto, al dar entrada a la participación privada), entre otras más a las que podría hacer referencia. Por tanto, al hablar de ellas, si realmente se quiere ser preciso, no se puede generalizar. En segundo lugar, que aun rigiéndose en su actuar mercantil por el Derecho privado, no se rigen en su totalidad por este Derecho, ya que también opera dentro de ellas el Derecho público y dentro del mismo, más exactamente, el Derecho administrativo, como, por ejemplo, en su propiedad, administración y gestión, por lo que las mismas se encuentran, en puridad, en un punto intermedio entre el sector público y el sector privado, aunque, ciertamente, más próximas a este último que al pri-

mero. Ello hace que aun siendo casi iguales que las sociedades privadas no lo sean exactamente. En tercer lugar, que de tal hecho deriva que la responsabilidad de las Sociedades Públicas Mercantiles, sobre todo de algunas de ellas más enfocadas a la prestación de servicios públicos o al servicio del interés general, no sea la misma que la de las sociedades privadas, no pudiendo aplicarse a aquellas, algunas penas que a estas últimas se las impone, de proceder, con total y absoluta normalidad. En cuarto lugar, que las Sociedades Públicas Mercantiles implementan el *compliance* en la medida en que, de acuerdo con el Código Penal, tal incorporación constituye una causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, tengo la impresión de que, en muchos casos, por supuesto, no en todos, la implementación del *compliance* en las Sociedades Públicas Mercantiles se debe más a una cuestión de pura estrategia frente a posibles infracciones o delitos, o de conveniencia y oportunidad, incluso de marketing, es decir, de cara a la galería, que de auténtica convicción y querencia. En quinto lugar, que el hecho de que las Sociedades Públicas Mercantiles introduzcan dentro de su estructura u organigrama un Departamento de *compliance*, no es óbice ni obstáculo alguno para que junto con el mismo sigan subsistiendo los tradicionales medios de control y supervisión propios de las Administraciones Públicas, como los interventores y asesores jurídicos públicos que fiscalizan el actuar de aquellas. En algunos casos, si los órganos de administración y dirección de la respectiva Sociedad Pública Mercantil dan prevalencia a la faceta pública de la misma, se constata que los tradicionales controles propios de las Administraciones Públicas, como la intervención económica y la supervisión jurídica por profesionales cualificados integrantes de estas, no sólo se mantienen, sino que se potencian hasta el punto que terminan eclipsando al Departamento de *compliance*, hasta casi, casi, la irrelevancia. En otras ocasiones, en que ocurre justo lo contrario, es decir, que los órganos administrativos y de dirección de la respectiva Sociedad Pública Mercantil son más proclives a la faceta privada de la misma, se mantienen los tradicionales controles administrativos, al no poderse prescindir de los mismos, ni aun queriéndolo, procediendo a dar una mayor relevancia y visibilidad al *compliance*.

Pese a todo lo dicho y con independencia de la existencia de Sociedades Públicas Mercantiles más propensas a lo público y otras más propensas a lo privado, lo cierto es que ni en las primeras, ni tan siquiera en las segundas, se ha implementado a día de hoy, ni en cantidad, ni en calidad, el *compliance*. Con ello quiero decir que no todas las Sociedades Públicas Mercantiles, ni mucho menos, han implementado a día de hoy el *compliance*, pese a las ventajas que de cara a previsibles imputaciones penales comporta su asunción. Sólo las más grandes han incorporado dentro de ellas un *compliance* equiparable, más o menos, al existente en las empresas privadas, mientras que el resto de Sociedades Públicas Mercantiles, más modestas y limitadas, no cuentan a día de hoy con aquel, o en el mejor de los casos han, más que implementado dentro de ellas, externalizado el *compliance*, al contratar a un

despacho profesional, a una consultora o a una empresa especializada en él, para que desde fuera, y por tanto, no desde de la propia estructura y organización de la respectiva Sociedad Pública Mercantil, lleven a cabo las funciones y desempeños propios de todo *compliance*. Tal incorporación formal del *compliance*, puede serlo, como digo, desde tal perspectiva, es decir, formalmente, pero desde un punto de vista material, de eficacia y de calidad, deja mucho que desear, dado que no es lo mismo ni se puede llevar igual el control, supervisión y fiscalización del desempeño y actividades de una empresa desde dentro de la misma que a través de una oficina externa a ésta que viene a desempeñar tal función. En cualquier caso, lo que resulta evidente es que dentro del sector público sobran los medios, sistemas y métodos que se contemplan para tratar de prevenir y en su defecto, detectar, enmendar y sancionar las potenciales vulneraciones del ordenamiento jurídico, debiendo mejorar y mucho, las potencialidades que tales instrumentos brindan, que es lo que realmente no se hace. En definitiva, es un problema de eficacia. De hecho, la implementación de tales controles, sistemas e instrumentos hasta donde dan de sí, no dejaría campo de actuación alguno al *compliance*, ni tan siquiera en las Sociedades Públicas Mercantiles.

IV. La evidente e incontestable superación del *compliance* en el sector público por los planes antifraude que cuestionan o ponen en tela de juicio el sentido de su subsistencia

Al *compliance*, al que me he referido en los apartados anteriores y dentro de él, al *compliance* público, que he analizado en el apartado inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, debe añadirse como instrumento, método o sistema en la lucha contra la corrupción los relativamente recientes Planes Antifraude, cuya finalidad, como a nadie se le oculta y se desprende de su propia denominación, es también luchar contra todo intento de corrupción, pues el fraude no deja de ser eso, es decir, todo intento de burlar, ocultar, encubrir, o como con parecidas o semejantes palabras quiera decirse, el cumplimiento de la normativa aplicable, con el propósito de aprovecharla en beneficio propio, frente a lo que dispone la misma, en definitiva, una forma o modo de corrupción que engloba múltiples posibilidades delictivas e infractoras⁴². Pues bien, con la finalidad de tratar de prevenir y, en su

42. Véase en el mismo sentido apuntado en el texto superior el trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Integridad pública y prevención: A propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención de los Planes Antifraude en la gestión de Fondos Europeos», en *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pág. 91 y ss.

defecto, detectar, corregir y sancionar tales comportamientos, surgen los Planes Antifraude, erigiéndose de este modo en una forma de *compliance* tanto privado como público, por cuanto que los Planes Antifraude están pensados para ser de aplicación en uno y otro sector.

Lo primero de todo que en buena lógica procede es determinar que se entiende por fraude, y por extensión de éste, por corrupción, para de este modo y previa delimitación de uno y otro concepto, poder saber el alcance y transcendencia de los Planes Antifraude. Pues bien, sobre el particular debo señalar que la Directiva (UE) 2017/1371 relativa a la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal establece que constituirá fraude: «...cualquier acción u omisión que afecte a los intereses financieros de la UE, incluida la utilización o presentación de documentación y declaraciones incorrectas, incompletas o falsas, así como la divulgación de información a pesar de la existencia de una obligación de no hacerlo» (Comisión Europea, 2021)⁴³. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que es considerado la base jurídica de la lucha contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea, describe la corrupción como un «...delito con una dimensión transfronteriza derivada de su naturaleza, de su impacto y de la necesidad de combatirlos sobre una base común» (art. 83.1). En la misma línea, se manifiesta el artículo 325 de idéntico Tratado, encomendando a la Unión Europea y a sus Estados miembros la protección del presupuesto de la Unión.

No obstante, en tal propósito la Unión Europea se encuentra con un importante escollo, cual es que carece de competencias penales, motivo por el cual requiere de la imprescindible colaboración de todos los Estados miembros que la integran para combatir la corrupción tanto en el sector público como en el sector privado, así como otras actividades delictivas, como el blanqueo de capitales⁴⁴, que también se circunscribe dentro del término «corrupción». Sin embargo, como en tantas otras materias, existen importantes diferencias entre los Estados miembros en cuanto a prácticas de corrupción, medios para combatirla, sanciones, etc. Es precisamente por esta circunstancia insoslayable por lo que la Unión Europea siendo conocedora y plenamente consciente de la misma, pretende armonizar las políticas que verdaderamente resultan eficaces en la lucha contra la corrupción, al igual que promover el intercambio de información —tanto entre los Estados miembros como entre éstos y los distintos organismos y

43. European Commission. (2021). Report from the Commission to the Council and the European Parliament. 33rd Annual Report on the Protection of the EU's financial interests and the Fight against fraud. <https://doi.org/10.2784/11293>

44. BLANCO ALCÁNTARA, D., GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., y LÓPEZ DE FORONDA PÉREZ, Ó., *Fraud and Corruption in EU Funding. The Problematic Use of European Funds and Solutions*, Palgrave MacMillan, Cham (Switzerland), 2022, pág. 8.

agencias de la Unión—, y, asimismo, estimular el aprendizaje entre países para de este modo lograr un mayor grado de cumplimiento de los compromisos internacionales⁴⁵.

Entre las diversas alternativas que se vienen barajando desde hace tiempo en la Unión Europea para combatir de la manera más eficaz y expeditiva posible la corrupción, una de ellas es la que se está desarrollando en el contexto de los fondos de la Unión Europea de Nueva Generación, a través, concretamente, de los Planes Antifraude, cuya implementación y cumplimiento se exige a toda organización pública o privada que pretenda optar a los mismos⁴⁶. El Reglamento (UE) 2021/241 establece los requisitos generales que deben cumplir todos los Estados miembros para beneficiarse de esta medida. Junto con las recomendaciones pertinentes, el mecanismo de recuperación y resiliencia exige el diseño de Planes Estatales Antifraude, también denominados en virtud de la denominación del referido mecanismo que los exige, como Planes de recuperación y resiliencia. Queda patente, por tanto, que los Planes Antifraude deben ser aprobados, implementados y cumplidos, tanto en el sector público como en el sector privado, si alguno de los organismos, empresas, entes, etc. que integra cualquiera de ellos opta a beneficiarse de tales fondos y ello, por supuesto, sin que importe que tales organismos, empresas, entes, etc. cuenten o no con *compliance*. Este hecho evidencia de manera incontestable que los Planes Antifraude se superponen sobre el *compliance*, y que este último a pesar de la función que claramente cumple y a la que está llamado, que no es otra que prevenir y en su defecto, luchar contra la corrupción, no resulta suficiente para poder acceder a tales fondos europeos⁴⁷.

Como se habrá podido deducir de todo lo expuesto hasta el momento, los Planes Antifraude que exige implementar y cumplir la Unión Europea para poder optar a los fondos de Nueva Generación, producen un efecto en cascada, ya que implican que cada Estado miembro elabore el suyo, para partiendo del mismo, el resto de centros de poder político institucionalizado existentes dentro de él (de tratarse de un Estado compuesto o descentralizado), que en el caso de España se materializan en el nivel inmediatamente inferior al Estado en las Comunidades Autónomas, aprueben también su res-

45. European Commission. (2021). Report from the Commission to the Council and the European Parliament. 33rd Annual Report on the Protection of the EU's financial interests and the Fight against fraud. <https://doi.org/10.2784/11293>

46. Con la finalidad de profundizar más en tal cuestión, me remito por entero al trabajo de GARCÍA MEILÁN, J. C., «El fraude y la corrupción en el Plan de medidas Antifraude. Fondos Next-Generation. Un esquema de los conceptos y el círculo antifraude», *Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 180, 2022, pág. 52 y ss.

47. Véase sobre el particular el trabajo de SANZ BAOS, P., «Compliance en el sector público para ejecutar el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2022, 2022, pág. 1 y ss.

pectivo Plan Antifraude y al igual que éstas, las Entidades Locales⁴⁸, básicamente, los Municipios y Provincias, en cuanto que último nivel y más reducido de poder político. No obstante, no acaba ahí todo, ya que, tras los consabidos tres niveles territoriales de Administraciones Públicas, las empresas y organizaciones privadas, pero también públicas, tendrán que tener presente, dependiendo de su concreta ubicación geográfica, unos u otros a la hora de elaborar sus respectivos Planes Antifraude.

Volviendo un poco al origen de los Planes Antifraude, resulta evidente que las soluciones adoptadas por cada país europeo no son las mismas debido a las diferencias existentes en sus respectivos sistemas jurídicos, cultura financiera y conjunto de la economía. Es por ello por lo que la Unión Europea intenta adoptar normas y recomendaciones para cumplir en todos los países, buscando con ello una instauración y aplicación homogénea de los Planes Antifraude, si bien es cada Gobierno el que tiene que adaptar las recomendaciones a la situación específica de su economía, con las consiguientes diferencias que ello provoca, dado que ésta no es igual, ni tan siquiera parecida, en unos y otros países integrantes de la Unión Europea.

Este análisis lleva a la conclusión de que la Unión Europea, a pesar de contar con un marco jurídico adecuado para combatir el problema del fraude, no es inmune a la corrupción, existiendo notables diferencias entre los Estados miembros. Por todo ello, parece lógica y coherente la idea de cooperar en la lucha contra la corrupción y a favor de los intereses comunes entre cada país y la Unión Europea. Ahora bien, sin olvidar las mencionadas diferencias entre los Estados miembros y la consiguiente conveniencia de armonización en este aspecto, prestando mayor atención y poniendo más énfasis en aquellos sectores en los que el nivel de corrupción detectado es más elevado para cada Estado. De lo contrario, se estaría incurriendo en un error que podría llevar al desgaste de aquellos Estados que realizan un mayor esfuerzo por erradicar o reducir los niveles de corrupción y cuyos «efectos reputacionales»⁴⁹ son mayores.

La adopción y eficacia de esta tipología de herramientas viene condicionada en gran medida por diversos factores, como pueden ser el nivel del Estado de Derecho. El modelo se contrasta en dos etapas: La primera, antes de la implantación de los Planes Antifraude durante el periodo 2015-2020 y la segunda, incluyendo la influencia de los Planes Antifraude adoptados por los países europeos a partir de 2021 hasta la actualidad. De esta manera se puede realizar una comparativa con la idea de que, a mejores Planes Antifraude establecidos en cada país, mayor es la reducción de la corrupción en

48. Sobre el particular, me remito por entero a DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., «Planes Antifraude, integridad y Compliance de las Entidades Locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 16, 2022, pág. 47 y ss.

49. LASO ORTIZ, E., «La confianza como encrucijada: cultura, desarrollo y corrupción», *Athenea Digital: Revista de pensamiento e investigación social*, núm. 17, 2010, pág. 103.

dicho país. Teniendo en cuenta las variables y factores que se utilizan en cada una de las dos etapas a que me he referido con anterioridad, es un hecho incontestable la eficacia y capacidad que vienen mostrando los Planes Antifraude como herramienta para la lucha contra comportamientos corruptos.

Esta gran eficacia y capacidad de los Planes Antifraude a que me he referido en el párrafo inmediatamente precedente a este que ahora me ocupa, es la que me hace cuestionarme, tal y como avanzo en el título del presente apartado, si los mismos ponen en tela de juicio o no la subsistencia del *compliance* y de no ser así, es decir, de no resultar sustitutorios aquellos de este último, sino complementarios, que dependencia tiene el *compliance* de los Planes Antifraude. Pues bien, la respuesta a esta pregunta depende en gran medida del sector al que uno se remita o analice. Así, en las organizaciones y empresas circunscritas dentro del sector privado se observa en mayor medida una relación de complementariedad entre los Planes Antifraude y el *compliance* y, por tanto, la incuestionable subsistencia de este último, debida en gran medida, cuando no en toda, al prestigio, desarrollo y, sobre todo, resultados que su implementación históricamente ha venido dando en la lucha contra la corrupción. Por el contrario, la relación entre los Planes Antifraude y el *compliance*, en este caso, en el sector público, es harina de otro costal⁵⁰.

Efectivamente, la interacción de los Planes Antifraude y el *compliance* en el sector público se encuentra muy alejada de la que ocurre en el ámbito privado y ello por las peculiares circunstancias que concurren en el mismo y que nuevamente paso a refrescar. En primer lugar, porque el *compliance*, con carácter general, no tiene cabida ni encaje en el sector público con la casi única excepción de en las Sociedades Públicas Mercantiles que, pese a regirse por el Derecho privado y tener finalidades que en algunos casos no cabe considerarlas como públicas, al menos, en sentido estricto, se circunscriben dentro de dicho sector. En segundo lugar, porque pese a tener cabida el *compliance* dentro de las Sociedades Públicas Mercantiles, tal y como he señalado con anterioridad, el mismo ha sido incorporado, cuando lo ha sido, que no ha sido en todos los casos, más por el beneficio que otorga como posible causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas que por un verdadero y real convencimiento de sus méritos, capacidad y consiguientes ventajas, lo que ha acarreado que no se encuentre especialmente difundido dentro de las Sociedades Públicas Mercantiles, es decir, cuantitativamente, ni, lo que es más importante y determinante, que donde tiene presencia el mismo, se encuentre excesivamente desarrollado. Tales circunstancias anteriormente apuntadas, una, la primera, en relación con el sector público en general, y otra, la segunda, únicamente en relación con las Sociedades Públicas Mercantiles, es lo que ha propiciado que dentro de dicho sector, los Planes Antifraude

50. Véase sobre el particular el trabajo de FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., «Ciclo sistémico de lucha antifraude: Compliance del sector público, evaluación de riesgos y medidas antifraude», en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 495 y ss.

hayan eclipsado total y absolutamente el *compliance*, y en virtud de ello, que contando con los mismos, que perfectamente se pueden utilizar para todo tipo y clase de finalidades y propósitos, se cuestione muy seriamente el sentido y sobre todo mantenimiento del *compliance*.

Por el contrario, y abundando un poco más en lo que ocurre en el sector privado para de este modo diferenciarle del sector público y hacer más evidentes las diferencias entre uno y otro por lo que al *compliance* y a la diferencia de éste con los Planes Antifraude se refiere, he de señalar que las empresas privadas presentan dos factores diferenciales con respecto a lo que ocurre en el sector público. En primer lugar, una herramienta de *compliance* totalmente asentada y aceptada como una parte más de toda empresa, incluso, como una parte especialmente importante de la misma y precisamente por ello, muy desarrollada, tanto con respecto al *soft law* como al *hard law*. En segundo lugar, la capacidad totalmente voluntaria, si se considera oportuno y necesario, de adoptar y desarrollar los Planes Antifraude que se postulan desde las instituciones europeas, en el sentido de que a diferencia lo que ocurre en el sector público en el que todo él, con independencia de que se trate de una Administración Pública, entidad, organismo o institución, requiere de financiación pública, siendo también muy atractiva ésta para las Sociedades Públicas Mercantiles que se circunscriben dentro del mismo, esto no necesariamente ocurre con las empresas privadas, dado que muchas de ellas no necesitan, ni las interesa tal financiación, al ir muy bien su línea de negocio. En definitiva, en la medida en que menos dependiente se está de la recepción de los fondos públicos de Nueva Generación, o si se prefiere, de recuperación y resiliencia, menos obligación hay, de hecho, ninguna, de tener que aprobar e implementar Planes Antifraude, lo que permite, de darse esta última circunstancia, que el *compliance* implantado en la respectiva empresa siga funcionando y brillando como hasta el momento venía haciendo, sin ningún atisbo de sombra o duda.

En definitiva, en la medida en que el *compliance* se encuentra plenamente aceptado e integrado dentro de una institución, con independencia de que ésta sea pública o privada, aunque como ya he manifestado a lo largo y ancho del presente trabajo, suele ser privada, y en virtud de ello, tenga el reconocimiento de los órganos de administración y dirección de aquella, como consecuencia de los beneficios y ventajas que se le reconoce y haya venido demostrando a lo largo de los años que lleva implantado, lo que, en principio, le hará más sólido, importante e imprescindible, mayor será su grado de resiliencia frente a la incorporación por parte de tal institución de un Plan Antifraude, pues este último, en principio, perseguirá una finalidad más concreta y específica que el *compliance*, dejando a éste, pese a aquel, cierto campo de actuación. Se puede, incluso, buscar una fórmula intermedia que permita la convivencia, hasta en armonía, de uno y otro. Por el contrario, si el *compliance* implementado no responde a una voluntad real y verdadera de quererlo tener, lo que, por lo general, evita que esté todo lo desarrollado que podría estar y consiguientemente, que sus resultados sean escasos o

incluso anecdóticos, ocasionando una exigua o nula ganancia estratégica para la respectiva institución, es más que factible que aprovechando la incorporación de un Plan Antifraude se aproveche tal coyuntura para, de una manera sibilina, o bien directamente, prescindir del *compliance*, al entender que aquel sustituye perfectamente a este último. Esta es la diferencia que acontece entre los Planes Antifraude y el *compliance* en el sector público y el privado y precisamente por ello, que, en el primero, el *compliance* haya marchitado y en el mejor de los casos, pasado a un segundo plano, cuando no prácticamente desaparecido, ante la implementación de aquellos, mientras que tal hecho no ha ocurrido en el sector privado y menos aún, en la medida en que el *compliance* se encuentra más y mejor asentado y desarrollado, en cuyo caso sigue brillando con luz propia, sin tan siquiera plantearse nadie, ni menos aún cuestionar, su mantenimiento y subsistencia.

V. Conclusiones

PRIMERA.- La corrupción es un problema histórico e intrínseco de toda sociedad, que afecta, además, a todos los estratos sociales, sin distinción de categoría, clase o condición, así como a prácticamente todos los ámbitos de la vida, por lo que resulta, no sólo necesario, sino imperativo, que la sociedad se pertreche de instrumentos, medidas o sistemas para tratar de protegerse de tan nocivo y pertinaz fenómeno, con el fin último, si no de erradicarlo, lo que, ciertamente, resulta un tanto utópico, sí de aminorarlo y reconducirlo a extremos que, cuando menos, puedan considerarse aceptables o razonables, siendo uno de dichos métodos el *compliance*, que comenzado tímidamente en el sector privado, se ha consolidado con el pasar de los años y ha transcendido, incluso, a determinados ámbitos e instituciones del sector público.

SEGUNDA.- Tradicionalmente se ha considerado que es dentro del sector privado donde mayor presencia ha tenido la corrupción, lo que indudablemente ha afectado a su reputación y consiguiente descrédito, propiciando, ante la preocupación e intranquilidad social que tal percepción ha generado, y como consecuencia de ella, consiguiente alarma en los poderes públicos, que, bien ante la intervención o amenaza de intervenir de estos, o bien, por las negativas consecuencias que en la cuenta final de resultados de toda empresa puede acarrear tal consideración, se haya implementado voluntariamente en dicho sector, por prácticamente la totalidad de los agentes que operan en el mismo, al menos, de aquellos más notables y prestigiosos, mecanismos o instrumentos para evitar la corrupción, de entre los cuales, destaca, sin lugar a dudas, el *compliance*.

TERCERA.- El *compliance* tiene su origen en el Derecho anglosajón, siendo su traducción literal al español la de «Cumplimiento», aunque también se le atribuyen entre sus primeros significados el de «Obediencia» o «Respeto», todos ellos, lógicamente, en relación con las directrices, principios o criterios aplicables, si bien, desde una perspectiva o con un enfoque más jurídico,

puede ser traducido de manera algo más abierta, como: «Cumplimiento de normas» o «Cumplimiento normativo», o si se prefiere, «Obediencia o respecto a las normas», que aplicado a la estructura empresarial privada, que es para la que básica y fundamentalmente está pensado, hace que su cometido pueda interpretarse como: «*Organización de las empresas para el desarrollo de la actividad empresarial conforme a Derecho*».

CUARTA.- Los programas de cumplimiento normativo que se dan dentro del *compliance*, persiguen, básica y fundamentalmente, dos objetivos claramente diferenciados. Por un lado, evitar la realización de conductas infractoras de la Ley, en una función, eminentemente, preventiva. Se busca, en definitiva, impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa. Por otro lado, y si a pesar de la barrera preventiva que comporta el *compliance*, se terminan produciendo incumplimientos normativos, añade éste otra finalidad a la tradicionalmente preventiva que tiene, derivada, precisamente, de la actitud de fidelidad al Derecho que contrae, la cual se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes

QUINTA.- Todo programa de *compliance*, o modelo de gestión y prevención de riesgos, como su propio nombre indica, tiene la finalidad de prevenir y disminuir de forma considerable la posibilidad de comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial, si bien para poder cumplir con tan complejo objetivo todo programa de cumplimiento normativo consta de cuatro elementos esenciales: medidas de prevención, medidas de detección, medidas de reacción y medidas de seguimiento.

SEXTA.- Para que el *compliance* tenga, ya no una cierta aceptación o relevancia dentro del ámbito público, sino un encaje mínimo, que ahora mismo y salvo en el contexto exclusivo de las Sociedades Públicas Mercantiles, no tiene, se necesitaría, amén de cambios sustanciales (estructurales y de concepción) en Leyes y normas troncales del Derecho Administrativo (entre otras, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y muy probablemente, incluso, a nivel constitucional, cambios organizacionales, procedimentales, de mentalidad y forma de proceder de los empleados públicos, de enfoque de las tareas y objetivos a lograr en cada una de las instituciones, de valores rectores, de compromisos adquiridos con la ciudadanía, en definitiva, un cambio profundo en la cultura pública existente, que no sólo no se ha producido sino que, a mi modo de ver, con el actual marco jurídico existente (Constitución y normas administrativas) no es posible.

SÉPTIMA.- Las Sociedades Públicas Mercantiles, con independencia de la finalidad predominantemente prestacional y económica que justifica su existencia y las guía, son objeto, aun a día de hoy, de numerosas controversias,

precisamente por ser entidades que, en cierta medida, cuando no en toda, resultan anómalas dentro del sector público y ello, no por un solo motivo o unos pocos, sino por múltiples razones, entre las cuales la más emblemática y significativa es regirse por un Derecho, el privado, que no es el propio y característico del sector público, siendo quizá debido a esta y otras razones que las hacen extrañas y dificultan su encaje dentro del sector público, por lo que en ellas y sólo en ellas, dentro de este último, encaja el *compliance*, y sin embargo, no en el resto de organismos, instituciones y entes que integran el mismo, al encontrarse mucho más alineados, próximos y acordes con lo que representa y comporta dicho sector.

OCTAVA.- Los Planes Antifraude que exige implementar y cumplir la Unión Europea para poder optar a los fondos de Nueva Generación, producen un efecto en cascada, ya que implican que cada Estado miembro elabore el suyo, para partiendo del mismo, el resto de centros de poder político institucionalizado existentes dentro de él, que en el caso de España se materializan en el nivel inmediatamente inferior al Estado en las Comunidades Autónomas, aprueben también su respectivo Plan Antifraude y al igual que éstas, las Entidades Locales, básicamente, los Municipios y Provincias, en cuanto que último nivel y más reducido de poder político, si bien, no acaba ahí todo, ya que, tras los consabidos tres niveles territoriales de Administraciones Públicas, las empresas y organizaciones privadas, pero también públicas, tendrán que tener presente, dependiendo de su concreta ubicación geográfica, unos u otros a la hora de elaborar sus respectivos Planes Antifraude.

NOVENA.- En la medida en que el *compliance* se encuentre plenamente aceptado e integrado dentro de una institución, con independencia de que ésta sea pública o privada, y en virtud de ello, tenga el reconocimiento de los órganos de administración y dirección de aquella, como consecuencia de los beneficios y ventajas que se le reconoce y haya venido demostrando a lo largo de los años que lleva implantado, será más sólido, importante e imprescindible, y consiguientemente mayor será su grado de resiliencia frente a la incorporación por parte de tal institución de un Plan Antifraude, pues este último, en principio, perseguirá una finalidad más concreta y específica que el *compliance*, dejando a éste, pese a aquel, cierto campo de actuación.

DÉCIMA.- Si el *compliance* implementado en una empresa, institución u organismo no responde a una voluntad real y verdadera de quererlo tener, lo que, por lo general, evita que esté todo lo desarrollado que podría estar y consiguientemente, que sus resultados sean escasos o incluso anecdóticos, ocasionando una exigua o nula ganancia estratégica para la respectiva empresa, institución u organización de que se trate, es más que probable que al albur de aprobar un Plan Antifraude se aproveche tal coyuntura para, de una manera sibilina, o bien directamente, prescindir del *compliance*, al entender que aquel sustituye perfectamente a este último, haciéndole inútil y por tanto, justificando su desaparición.

VI. Bibliografía

- AROCENA, G. A.**, «Acerca del denominado criminal compliance», *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, núm. 13, 2017.
- BACIGALUPO SAGGESE, S.**, «Compliance», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, 2021.
- BÉJAR RIVERA, G. S., ZÚNIGA ESPINOZA, N. G., BÉJAR RIVERA, L. J., y HERNÁNDEZ AYÓN, F. J.**, «Reflexiones sobre el compliance», *Revista EDUCATE-CONCIENCIA*, Vol. 29, núm. 31, 2021.
- BLANCO ALCÁNTARA, D., GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., y LÓPEZ DE FORONDA PÉREZ, Ó.**, *Fraud and Corruption in EU Funding. The Problematic Use of European Funds and Solutions*, Palgrave Macmillan, Cham (Switzerland), 2022.
- CAMPOS ACUÑA, M. C.**, *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI Publicaciones, Granada, 2017.
- CAMPOS ACUÑA, M. C.**, «El futuro del Compliance en el sector público español», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 945, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, M. C.**, «Compliance en el sector público: una técnica innovadora para prevenir y luchar contra la corrupción», en *El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Ó.**, «Introducción. Hacia un modelo de Compliance público en el urbanismo», en *Compliance urbanístico: fundamentos teóricos, estudios de casos y desarrollo de herramientas anticorrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.**, «Planes Antifraude, integridad y Compliance de las Entidades Locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 16, 2022.
- DIEGO BAUTISTA, Ó.**, «El control de conductas corruptas mediante el fortalecimiento de valores éticos», en *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2010.
- GALÁN ZAZO, J. I.**, «La reforma del Código de Buenas Prácticas: lecciones del caso Enron», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 59, 2002.
- GARCÍA CAVERO, P.**, «Las políticas anticorrupción en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 47, núm. 2, 2016.
- GILI PASCUAL, A.**, *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

- ESCRICHUELA MORALES, F. J.**, «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación administrativa práctica: Revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 135, 2015.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A.**, «Ciclo sistémico de lucha antifraude: Compliance del sector público, evaluación de riesgos y medidas antifraude», en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.**, y **CAMACHO IBÁÑEZ, J.**, «Ética y Compliance ante la corrupción: prevenir, detectar y gestionar», *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm. 29, 2018.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.**, «Compliance anticorrupción», *Revista Penal de México*, núm. 22, 2023.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, F.**, «El avance del Corporate Compliance en las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2019.
- GARCÍA MEILÁN, J. C.**, «El fraude y la corrupción en el Plan de medidas Antifraude. Fondos Next-Generation. Un esquema de los conceptos y el círculo antifraude», *Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 180, 2022.
- GÓMEZ BERRUEZO, I.**, *Compliance & anticorrupción: Visión práctica de la normativa internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.**, «Integridad pública y prevención: A propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención de los Planes Antifraude en la gestión de Fondos Europeos», en *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- LASO ORTIZ, E.**, «La confianza como encrucijada: cultura, desarrollo y corrupción», *Athenea Digital: Revista de pensamiento e investigación social*, núm. 17, 2010.
- LEAL SORIANO, A.**, «Aportaciones y sombras en la implementación y en el cumplimiento de sistemas de gestión de Compliance en el sector público», *La Ley Compliance penal*, núm. 6, 2021.
- LÓPEZ DONAIRE, M.ª B.**, «Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, 2018.
- LÓPEZ DONAIRE, M.ª B.**, «La necesidad del Compliance en el sector público: Compliance y Derecho Administrativo», en *Derecho Administrativo 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- MARÍA CERINA, G. D.**, «La Comunidad Internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado», *lustitia*, núm. 9, 2011.
- MARTÍN BAUMEISTER, B.**, «La corrupción en el sector privado», *Crítica*, núm. 989, 2014.
- MUÑOZ COLOMINA, C. I.**, «Los paralelismos del caso Enron y el caso Parmalat: del escándalo americano al escándalo europeo», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, núm. 73, 2005.
- NAVARRO CARDOSO, F.**, «Corrupción en el sector público», en *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2020.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.**, «La recepción de la cultura del Compliance y del Whistleblowing en España», *Revista internacional CONSINTER de Direito*, Vol. 6, núm. 11, 2020.
- PAMPILLO BALIÑO, J. P.**, «Un panorama general del Compliance: nociones, orígenes, evolución e implantación», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 17, 2021.
- RILEY, S., Y DOIG, A.**, «La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, 2001.
- ROTSCH, T.**, «Criminal Compliance», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2012.
- SANCLEMENTE ARCINIEGAS, J.**, «Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 85, 2020.
- SANZ BAOS, P.**, «Compliance en el sector público para ejecutar el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2022, 2022.
- SERRANO ROMERA, A.**, «Sociedades mercantiles públicas: problemas de gestión y herramientas de gobierno corporativo», en *Desafíos actuales del Derecho: Aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Málaga, Málaga, 2020.
- SUAN RODRÍGUEZ, C.**, «La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone su régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? El problema de su control», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 7, 1993.

EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS EN LAS ENTIDADES LOCALES¹

Luis Míguez Macho

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN: La Ley 2/2023, que ha incorporado tardíamente al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1937, obliga a todas las entidades locales a dotarse de un sistema interno de información sobre infracciones normativas y ello, además, en un plazo de tan sólo tres meses desde su entrada en vigor, el cual se amplía hasta el 1 de diciembre de 2023 para los municipios de menos de 10.000 habitantes. Este estudio intenta ofrecer algunas orientaciones sobre los principales retos que plantea para las entidades locales la implantación de este sistema de recepción y gestión de las comunicaciones sobre infracciones del ordenamiento jurídico que pueda efectuar su personal.

PALABRAS CLAVE: entidades locales, sistema interno de información, canales internos de información, procedimiento de gestión de informaciones, protección del informante.

ABSTRACT: Act 2/2023, which has belatedly transposed Directive (EU) 2019/1937 into Spanish law, obliges all local authorities to have an internal system for reporting legal breaches within three months of its entry into force, which is extended to 1 December 2023 for municipalities with less than 10,000 inhabitants. This study aims to provide some guidance on the main challenges for local authorities in implementing this system for receiving and managing reports of legal breaches that may be made by their employees.

KEYWORDS: local authorities, internal reporting system, internal reporting channels, procedure for internal reporting, protection of persons who report legal breaches.

1. El presente trabajo es una reelaboración del publicado originalmente con el título «Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante» en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. especial II, 2023, págs. 153-166.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO, Y LAS ENTIDADES LOCALES. 1. Ámbito objetivo de aplicación. 2. Ámbito subjetivo de aplicación. III. EL SISTEMA INTERNO DE INFORMACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES. 1. Obligación de implantación del sistema y modalidades. 2. El canal interno de información. 3. El responsable del sistema. 4. El procedimiento de gestión de informaciones. 5. El registro de informaciones. IV. EL CANAL EXTERNO DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES Y EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LEY 2/2023. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

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, ha llevado a cabo de manera tardía la trasposición al ordenamiento jurídico 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 Unión². La disposición transitoria segunda del nuevo texto legal obligaba a las administraciones, organismos, empresas y demás entidades que tienen que contar con un sistema interno de información a implantarlo (o adaptar el que puedan tener ya establecido) en el plazo máximo de tres meses a partir de su entrada en vigor, que se produjo a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*³, es decir, el día 13 de marzo de 2023, con lo que el referido plazo se extendía hasta el 13 de junio de 2023. Como excepción, para los municipios de menos de diez mil habitantes (que podrían haber quedado exentos de la obligación de establecer canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, según el artículo 8.1 de la directiva, pero no ha sido así por voluntad del legislador español), el plazo era superior, pues se extendía hasta el 1 de diciembre de 2023.

2. Según su artículo 26, los Estados miembros deberían haber puesto en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de trasposición como muy tarde el 17 de diciembre de 2021, aunque, en el caso de la obligación de establecer canales de denuncia interna para las entidades del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, el plazo se amplía hasta 17 de diciembre de 2023. Para una síntesis del contenido de la directiva, cabe acudir a José Luis PIÑAR MAÑAS, «La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 101 y sigs., y también a Nuria ROMERA SANTIAGO e Imma GARRÓS FONT, «Hacia una protección efectiva de los denunciantes», *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2020, y José Antonio TARDÍO PATO, «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, págs. 11 y sigs.
3. *Boletín Oficial del Estado* núm. 44 de 2023, de 21 de febrero.

Así pues, nos encontramos ante un reto para nuestras entidades locales, que hace conveniente analizar las principales claves de la nueva normativa. En primer lugar, se va a explicar el ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, tanto desde el punto de vista objetivo (infracciones a las que se refiere el sistema de información previsto en ella), como subjetivo (personas que se benefician de la protección al informante establecida en la ley). En segundo lugar, se abordará la configuración legal del sistema de información interna previsto por la ley en su aplicación a las entidades locales, lo que exige detenerse en el alcance de la obligación de implantar el sistema y las modalidades para darle cumplimiento, así como examinar los cuatro pilares del sistema: el canal interno de información, el responsable del sistema, el procedimiento de gestión de informaciones y el registro de informaciones. Por último, se harán algunos apuntes sobre la aplicación del canal externo de información en el ámbito de las entidades locales y sobre el régimen sancionador de la Ley 2/2023.

Se dejan fuera de este estudio las medidas de protección del informante previstas en el título VII de la ley, ya que, como señala el artículo 41 de ésta, «serán prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal, y, en su caso, por los órganos competentes de las comunidades autónomas, respecto de las infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la respectiva comunidad autónoma». Por consiguiente, en principio no son las entidades locales las llamadas a aplicarlas. No obstante, el artículo citado añade que «lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las medidas de apoyo y asistencia específicas que puedan articularse por las entidades del sector público y privado», lo que pone de relieve que existe un ámbito para que las entidades locales desarrollen sus propias medidas de apoyo y asistencia a las personas protegidas por la Ley 2/2023 que merecería ser objeto de ulteriores investigaciones.

II. El ámbito de aplicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, y las entidades locales

1. Ámbito objetivo de aplicación

La Directiva (UE) 2019/1937 protege únicamente a los informantes de determinadas infracciones del Derecho de la Unión Europea, enunciadas en su artículo 2.1⁴:

4. Como resalta PIÑAR MAÑAS, la directiva «no pretende... establecer por sí misma un régimen de protección general de las personas que denuncien infracciones de los derechos nacionales en los distintos Estados miembros» («La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión», cit.,

- Las que entren dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea enumeradas en un anexo de la propia directiva, relativas a estas materias: contratación pública; servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; seguridad de los productos y conformidad; seguridad del transporte; protección del medio ambiente; protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información⁵.
- Las que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea.
- Las que incidan en el mercado interior, lo que incluye en particular las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 2 abre la posibilidad de que los Estados miembros de la Unión amplíen en el Derecho interno la protección que ofrece a los informantes también a otros ámbitos. Obviamente, aunque la directiva no contuviese tal previsión, nada impediría que el legislador interno pudiese llevar a cabo esa extensión de los mecanismos de protección del informante recogidos en la norma y así lo ha hecho la Ley 2/2023, cuyo ámbito objetivo de aplicación es más amplio que el de aquélla. El artículo 2.1 de la ley extiende su protección a los informantes de acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, incluidas en todo caso todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la hacienda pública y para la seguridad social, sin necesidad de que estén vinculadas a vulneraciones del Derecho de la Unión Euro-

pág. 112). Ciertamente, no parece que la Unión Europea cuente con competencias que le permitiesen establecer un régimen general de protección del informante.

5. En relación con algunos de esos sectores, hay que tener en cuenta que hay disposiciones del Derecho de la Unión que prevén sus propios canales de información de las infracciones, por lo que, en el ámbito de aplicación de tales normas, enunciadas en la parte II del anexo de la directiva, ésta sólo se aplica supletoriamente (artículo 3.1 de la directiva). Sin embargo, el artículo 2.6 de la Ley 2/2023 parece excluir totalmente de su ámbito de aplicación dichas materias [«en el supuesto de información o revelación pública de alguna de las infracciones a las que se refiere la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, resultará de aplicación la normativa específica sobre comunicación de infracciones en dichas materias»].

pea. Por «infracciones penales» habrá que entender los delitos, mientras que las infracciones administrativas se reducen a las graves y muy graves, quedando excluidas las leves.

Es notable el contraste entre la técnica que utiliza la directiva para delimitar su ámbito objetivo de aplicación y la que ha seguido la Ley 2/2023 para ampliarlo. Mientras que la primera precisa con todo detalle las materias a las que se aplica y las disposiciones de Derecho de la Unión que las regulan, la norma nacional utiliza una cláusula general, en la que, sin embargo, «infracción» no es cualquier vulneración del Derecho interno, sino sólo las tipificadas como delitos o como infracciones administrativas graves o muy graves. De esta forma, aunque no se limitan los ámbitos materiales a los que se aplica la ley, sí hay una restricción formal que puede tener gran trascendencia, la exigencia de la tipificación de la vulneración normativa como delito o infracción administrativa grave o muy grave.

Otro aspecto que llama la atención en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023 es la inclusión de las infracciones penales en un sistema de información sobre infracciones de carácter administrativo o incluso privado (en los casos en que el sistema interno de información se les impone a entidades de naturaleza privada), cuando la competencia para investigar los delitos corresponde al Ministerio Fiscal y a los órganos correspondientes del orden jurisdiccional penal. Esto se explica porque al informante no se le pide que califique jurídicamente los hechos, de suerte que no tiene por qué saber que las irregularidades que comunica están tipificadas como delito.

En relación con las administraciones públicas, hay dos precisiones importantes a este ámbito objetivo de aplicación: el apartado 4 del artículo 2 excluye de la protección prevista en la ley a las informaciones que afecten a la información clasificada y el apartado 5 excluye también del ámbito de aplicación de la ley las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado. De todas formas, no son exclusiones que tengan especial relevancia para las entidades locales, lo que no hace necesario su comentario detallado.

2. Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 2/2023 está definido en el artículo 3, que recoge bastante fielmente las previsiones del artículo 4 de la Directiva (UE) 2019/1937. Así, la ley protege a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infraccio-

nes en un contexto laboral o profesional. En todo caso, se aplica a las siguientes categorías de personas:

- Empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena.
- Trabajadores autónomos.
- Accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos.
- Cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

Además, la protección de la ley se extiende a:

- Los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada.
- Voluntarios.
- Becarios.
- Trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración.
- Personas cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

En el ámbito de las entidades del sector público, presenta especial interés el supuesto relativo a los participantes en procesos selectivos para el acceso al empleo público.

Para acabar, otras extensiones del ámbito de aplicación de la ley se aplican a:

- Los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante.
- Las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan a éste en el proceso.
- Las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante.
- Las 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. A estos efectos, se entiende que la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones es significativa cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada.

En definitiva, en el caso de las entidades locales la ley protege fundamentalmente a las personas que forman parte de la organización de la propia entidad como empleados públicos o en una condición asimilable y que, por lo tanto, están expuestas a sufrir represalias en el ámbito laboral. Por tanto, no debería ser de aplicación para la protección del público en general cuando informa de la comisión de hechos delictivos o infracciones administrativas que se han conocido al margen de una relación laboral o asimilable con la entidad local. Sin embargo, la Directiva (UE) 2019/1937 establece en su artículo 6.2 que «sin perjuicio de la obligación vigente de disponer de mecanismos de denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones» y, haciendo uso de esta habilitación, el artículo 7.3 de la Ley 2/2023 prevé que «los canales internos de información permitirán incluso la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas» (y lo mismo se dispone para el canal externo de información en el artículo 17.1), con lo que en estos casos será imposible verificar si el informante entra o no dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas que nos ocupan⁶. Por consiguiente, dicho ámbito sólo podrá aplicarse realmente cuando se conozca la identidad del informante.

También hay que aclarar que las infracciones sobre las que se informa tienen que haber sido cometidas en el seno de la propia organización en la que trabaja el informante, tal como se deduce de la definición de «información sobre infracciones» que se recoge en el artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/1937 («la información, incluidas las sospechas razonables, sobre infracciones reales o potenciales, *que se hayan producido o que muy probablemente puedan producirse en la organización en la que trabaje o haya trabajado el denunciante o en otra organización con la que el denunciante esté o haya estado en contacto con motivo de su trabajo*, y sobre intentos de ocultar tales infracciones»). Es decir, la directiva no está pensada para proteger a los informantes sobre infracciones cometidas fuera del ámbito de la organización en la que trabajan, aunque el conocimiento sobre ellas se haya obtenido en el contexto laboral o profesional.

6. Para una reflexión ponderada sobre las complejas cuestiones que plantea la admisión de las denuncias o comunicaciones anónimas, véanse los estudios de Andrea GARRIDO JUNCAL, «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 12, 2019, págs. 143 y sigs., y «La ley que protege a los informantes de infracciones normativas comienza su tramitación: preguntas y respuestas sobre una norma indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 24, 2022, págs. 171 y sigs., así como Rafael ALIAGA RODRÍGUEZ, «La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 14, 2022, págs. 57 y sigs.

III. El sistema interno de información en las entidades locales

1. Obligación de implantación del sistema y modalidades

Para las entidades locales, la principal obligación que dimana de la Ley 2/2023 es la de implantar el sistema interno de información regulado en el título II del texto legal. Este sistema se considera en el artículo 4.1 «el cauce preferente 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». De acuerdo con el artículo 13.1 de la ley, todas las entidades que forman parte del sector público están obligadas a disponer del sistema interno de información y, entre ellas, se menciona expresamente a «las entidades que integran la Administración Local». Además, se incluyen también los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de ellas, las asociaciones y corporaciones en las que participen y las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público local⁷.

Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información en los términos exigidos en la Ley 2/2023 está tipificado como infracción administrativa muy grave en el artículo 63.1.g) de dicho texto legal y que la comisión de este tipo de infracciones conlleva una sanción de multa entre 600.001 y 1.000.000 de euros para las personas jurídicas [artículo 65.1.b)], sanción que, en el caso de las entidades locales, le corresponderá imponer al órgano competente de la comunidad autónoma respectiva (artículo 61.3 de la ley).

La Directiva (UE) 2019/1937 permite en su artículo 8.9, párrafo segundo, que los Estados miembros eximan de la obligación de establecer canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores. No obstante, como ya se ha adelantado en la Introducción a este trabajo, el legislador español ha optado por no introducir esa exención. En su lugar, ha preferido aco-

-
7. En el caso de las fundaciones, se entiende que forman parte del sector público las que cumplen alguno de los siguientes requisitos: que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; o que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público. En el caso de las sociedades mercantiles, se pide que en su capital social la participación pública, directa o indirecta, sea superior al cincuenta por ciento, o que una administración o entidad pública se encuentre respecto de ellas en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del mercado de valores, aprobado por Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que se remite a su vez a la definición de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio.

gerse a la previsión del párrafo tercero del artículo 8.9 de la directiva, según el cual «los Estados miembros podrán prever que varios municipios puedan compartir los canales de denuncia interna o que estos sean gestionados por autoridades municipales conjuntas de conformidad con el Derecho nacional, siempre que los canales de denuncia interna compartidos estén diferenciados y sean autónomos respecto de los correspondientes canales de denuncia externa». Así, el artículo 14.1 de la Ley 2/2023 dispone que los municipios de menos de 10.000 habitantes (no se toman en consideración los de menos de 50 trabajadores) podrán compartir el sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones, entre sí o con cualesquiera otras administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma correspondiente⁸.

Para el caso de las entidades instrumentales de las administraciones territoriales, incluidas, por lo tanto, las vinculadas o dependientes a las entidades locales, se prevé en el mismo artículo la posibilidad de que compartan con la administración de adscripción el sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones, siempre que tengan menos de 50 trabajadores.

En todo caso, el artículo añade, siguiendo las previsiones de la directiva, que 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 ciudadanos.

Otra posibilidad que puede resultar de interés para las entidades locales es la externalización de la gestión del sistema interno de información, de acuerdo con lo previsto por el artículo 15 de la Ley 2/2023. Para ello es necesario elaborar el informe de insuficiencia de medios a que se refiere el artículo 116.4.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, en relación con los contratos de servicios, cuando se regula el expediente de contratación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el citado artículo 15 de la Ley 2/2013 advierte que la gestión por un tercero «comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental»,

-
8. Tal como señala Patricia IGLESIAS REY, «no todas las entidades públicas tienen las mismas características (así, por ejemplo, no es comparable la situación de partida de una Administración autonómica con la de un municipio de menos de 5.000 habitantes), de modo que también resultará necesario hacer, cuando menos, un primer diagnóstico de la situación de cada cual, sus posibilidades y sus necesidades en orden a plantearse el compartir los canales y los recursos con otras entidades (art. 8.9 de la Directiva y 14 del proyecto de ley) o, en su caso, de acudir a la gestión a través de un tercero externo (art. 15 del proyecto de ley). En este ámbito, las comunidades autónomas y, sobre todo, las diputaciones provinciales, deberían también ir diseñando las actuaciones posibles para ayudar a su puesta en marcha, a través de subvenciones o de asistencia, prestando especial atención a los municipios más pequeños» («El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 64, 2022, págs. 412 y sigs.).

lo que reduce considerablemente el alcance de la externalización de la gestión. Es decir, de los cuatro pilares del sistema interno de información, que son el canal interno de información, el responsable del sistema, el procedimiento de gestión de informaciones y el registro de informaciones, sólo se puede externalizar el primero de ellos, de manera que, una vez recibidas las informaciones a través del canal, la gestión de éstas necesariamente tendrá que ser llevada a cabo por la entidad local con sus propios medios⁹.

Lo que no aclara la Ley 2/2023 es a qué órgano de las entidades locales le corresponde aprobar la implantación del sistema interno de información. El artículo 5.1 alude al «órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley» y le atribuye la condición de responsable del tratamiento de los datos personales, de conformidad con la normativa vigente en esta última materia, pero estas previsiones tan genéricas no permiten determinar si en el ámbito local la competencia le corresponde al pleno, al alcalde o presidente de la corporación o, en los municipios de gran población, a la junta de gobierno local, que también es órgano de gobierno. En rigor, en el caso de las administraciones públicas se debería haber previsto que la implantación del sistema, que incluye la creación del órgano responsable y la regulación del procedimiento de gestión de las informaciones, se haga mediante norma reglamentaria, con lo cual el problema competencial quedaría resuelto. A falta de tal determinación, no queda otra solución que acudir a las reglas de atribución de la competencia residual contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que, como es sabido, hacen que ésta recaiga en el alcalde o presidente de la corporación.

En todo caso, lo que sí especifica el artículo 5.1 de la ley es que la aprobación de la implantación del sistema exige la «previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras» y que habrá que «contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia de Sistema interno de información y defensa del informante y que sea debidamente publicitada en el seno de la entidad u organismo». Por tanto, no basta con aprobar la implantación del sistema, sino que habrá que definir esa política o estrategia en materia de sistema interno de información y publicitarla internamente entre el personal al servicio de la entidad. Asimismo, el párrafo primero del artículo 25 obliga a todos los sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2023 a proporcionar la información adecuada, de forma clara y fácilmente accesible, sobre el uso de todo canal interno de información que hayan implantado, así como sobre los principios esenciales del procedimiento de gestión, información que deberá constar en la página de inicio del portal de internet de la entidad, en una sección separada y fácilmente identificable.

9. En palabras de IGLESIAS REY, «esto evita que la externalización del canal pueda derivar en un ejercicio de potestad o de autoridad pública por actores privados» («El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia», cit., pág. 414).

2. El canal interno de información

El primer elemento necesario para disponer de un sistema interno de información es el canal interno de información. La Ley 2/2023 lo regula en su artículo 7, que no lo define¹⁰, pero sí precisa en su apartado 2 que «deberá permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas» [lo cual reitera lo que dice el artículo 5.2.c)]. Cuando a continuación, en el mismo apartado 2, se enuncian los medios a través de los cuales los informantes podrán hacer llegar sus comunicaciones a la administración, queda claro que el llamado «canal» es, en realidad, un conjunto de medios de recepción de comunicaciones que incluyen, por lo menos: el correo postal; los medios electrónicos (que no se tasan, por lo que queda a la elección de la administración elegir el medio o medios que se admitirán)¹¹; el teléfono; los sistemas de mensajería de voz; y las reuniones presenciales.

Todos estos medios de recepción de comunicaciones deberán cumplir unos requisitos comunes:

- A quienes realicen la comunicación se les informará de forma clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.
- Al hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones.
- Permitirán la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas.

10. Beatriz SAURA ALBERDI propone la siguiente definición: «un canal de denuncias interno es un sistema de comunicación que se pone a disposición de empleados, y en su caso otras personas vinculadas con la empresa o la Administración Pública que lo implementa, de manera que todos ellos puedan comunicar las irregularidades que se produzcan en el seno de esas organizaciones, a fin de que sean investigadas y en su caso se depuren las correspondientes responsabilidades» («La Directiva UE 1937/2019 y la obligación de implementación de canales internos en las corporaciones municipales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2022, núm. 3, págs. 1-2 del artículo).

11. Sobre las distintas opciones tecnológicas para implantar el canal por medios electrónicos, véase SAURA ALBERDI, «La Directiva UE 1937/2019 y la obligación de implementación de canales internos en las corporaciones municipales», cit., págs. 6 y 7 del artículo. La autora advierte de que «conviene en todo caso diferenciar y tener cuidado con aquellos Canales de Denuncias que también se encuentran en la intranet o en formularios web, pero que a diferencia de los anteriores no enlazan con un software, sino con un email dirigido a determinadas personas. Este sistema no es muy recomendable porque el correo electrónico no ofrece un registro seguro y por tanto podrían perderse, ocultarse o manipularse denuncias. De otra parte, hay que tener en cuenta que un email ofrece un nivel de seguridad poco elevado para ser el canal utilizado para depositar y conservar información y evidencias que podrían llegar a ser muy relevantes» (*op. cit.*, pág. 7).

- Podrán estar habilitados también para la recepción de otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023, pero dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por aquélla.

Además, cuando las comunicaciones se hagan verbalmente, es obligatorio documentarlas de alguna de las maneras siguientes, previo consentimiento del informante:

- Mediante una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible.
- A través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla.

Esto último se aplica igualmente al supuesto de presentación de la información mediante reunión presencial, que se tiene que celebrar dentro del plazo máximo de siete días (se entiende que hábiles, puesto que no se especifica que sean naturales) desde que es solicitada por el informante.

Como ya se ha dicho, el canal es la única parte del sistema interno de información que las administraciones públicas pueden externalizar. En tal caso, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley 2/2023, se exigirá que el gestor externo ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones. Dicho gestor tendrá la consideración de encargado del tratamiento a efectos de la legislación sobre protección de datos personales, sin perjuicio de que la existencia de corresponsables del tratamiento de datos personales requiere la previa suscripción del acuerdo regulado en el artículo 26 del Reglamento general de protección de datos.

3. El responsable del sistema

La segunda pieza del sistema interno de información es el responsable del sistema. De una manera manifiestamente contradictoria, el artículo 8 de la Ley 2/2023 dice primero en el apartado 1 que será una «persona física responsable de la gestión de dicho sistema» y, a continuación, en el apartado 2, añade que «si se optase por que el Responsable del Sistema fuese un órgano colegiado, este deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación». La Directiva (UE) 2019/1937 a lo que obliga en su artículo 9.1.c) es a «la designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, solicitará a este información adicional y le dará respuesta», lo que deja claro que el responsable del sistema no tiene por qué ser una persona física y, de hecho, en la práctica puede ser más adecuado que sea un órgano colegiado y no una persona individual.

La Ley 2/2023 establece en el artículo 8.1 que la competencia para su designación y destitución o cese corresponde, igual que ocurre con la competencia para aprobar la implantación del sistema, al «órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley», lo que, en el caso de las entidades locales, plantea los problemas que ya se han analizado en el epígrafe correspondiente de este trabajo. Tratándose de la designación del titular de un órgano unipersonal o, en su caso, de los miembros de un órgano colegiado, en principio parece que la competencia debería corresponder al alcalde o presidente de la corporación (o a la junta de gobierno local en los municipios de gran población, si se equiparase a un órgano directivo de la administración municipal), pero su carácter independiente, del que luego se hablará, podría aconsejar que el nombramiento y la destitución se atribuyesen al pleno. No obstante, a falta de previsión expresa en la Ley 2/2023, lo más seguro es aplicar la cláusula de competencia residual a favor del alcalde o presidente.

Del nombramiento y de la destitución o cese es obligatorio informar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante o, en su caso, a las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas, en el plazo de los diez días hábiles siguientes. Si se trata de una destitución o cese, hay que especificar las razones que lo justifiquen.

En cuanto a los requisitos que debe reunir la persona que se designe (o los miembros del órgano colegiado), sorprendentemente no se enuncian en la ley. De todas formas, como ya se ha dicho que esta función en las administraciones públicas no se puede externalizar, parece claro que tendrá que ser un miembro o miembros de éstas, lo que hace surgir la duda de si podrían ocupar el puesto los altos cargos de las administraciones públicas o, en el caso de las entidades locales, el personal directivo y hasta los miembros de la corporación. Lo que sí dice el artículo 8.4 de la ley es que el responsable del sistema deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo. Por tal motivo, y también para evitar que el sistema interno de información se convierta en un instrumento partidista, en las entidades locales sería conveniente que esta responsabilidad se le asignase, de ser posible, a empleados públicos inamovibles, es decir, a funcionarios de carrera, que, al acceder al cargo, adquirirán un estatuto especial de autonomía funcional para el ejercicio de éste.

Por último, la Ley 2/2023 añade en el apartado 6 del artículo 8 que, en las entidades u organismos en las que ya exista una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de las políticas de integridad, cualquiera que sea su denominación, ésta podrá ser designada como responsable del sistema de información interna, siempre que cumpla los requisitos establecidos en dicha ley. El problema es que, como se acaba de decir, la Ley 2/2023 no establece propiamente requisitos para ocupar el cargo.

4. El procedimiento de gestión de informaciones

La tercera pieza del sistema interno de información es el procedimiento de gestión de informaciones, regulado en el artículo 9 de la Ley 2/2023. Otra vez se atribuye la competencia para su aprobación al «órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley» y se prevé que el responsable del sistema responderá de su tramitación diligente. Lo primero que hay que aclarar es que, aunque se utiliza el término de «procedimiento», no se trata propiamente de un procedimiento administrativo de los regulados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ya que no termina con la adopción de un acto administrativo de carácter resolutorio que pueda ser recurrido¹². Se trata más bien de un procedimiento interno para articular lo que, en términos del artículo 55 de la mencionada Ley 39/2015, sería una información o actuaciones previas, «con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

El artículo 9.2 de la Ley 2/2023 precisa el contenido mínimo y los principios que se deben respetar en este procedimiento:

- En relación con su iniciación, será preciso identificar el canal o canales internos de información a los que se asocia, incluir información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea (lo que está dicho en los mismos términos en el artículo 7.2, párrafo tercero, cuando se regula el canal interno de información) y prever el envío de un acuse de recibo de la comunicación al informante, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción, salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la comunicación.
- En relación con la duración de la investigación, habrá que establecer el plazo máximo para concluir las actuaciones, que no podrá ser superior a tres meses, ampliables en casos de especial complejidad por otros tres meses. La letra d) del artículo 9.2 de la ley dice que el plazo se contará «desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, ... a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación», lo cual no concuerda exactamente con lo que establece el artículo 9.1.f) de la Directiva (UE) 2019/1937 («tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del

12. Sobre la compleja cuestión de si una decisión de archivo, cuando implique la falta de persecución de vulneraciones normativas tipificadas como infracciones administrativas, sería susceptible de recurso, véanse las reflexiones TARDÍO PATO en «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», cit., págs. 15 y sigs.

vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia»). Es decir, cuando se envía el acuse de recibo, el plazo debería contarse desde la recepción de éste por su destinatario y cuando, no se envía, desde que pasan siete días naturales a partir de la fecha de recepción de la comunicación.

- En relación con los derechos y garantías del informante, habrá que prever la posibilidad de mantener la comunicación con él y, si se considera necesario, de solicitarle información adicional, y habrá que garantizar la preservación de su identidad en los términos que establece el artículo 33 de la ley¹³. Según el apartado 3 de este último precepto, la identidad del informante solo podrá ser comunicada a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora y, además, las revelaciones hechas en virtud de este apartado estarán sujetas a salvaguardas establecidas en la normativa aplicable. En particular, se trasladará al informante antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial, y cuando la autoridad competente lo comunique al informante, le remitirá un escrito explicando los motivos de la revelación de los datos confidenciales en cuestión. Además, la preservación de la identidad se debe extender también a los casos en que la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o a miembros del personal no responsable de su tratamiento, al que se habrá formado en esta materia y advertido de la tipificación como infracción muy grave de su quebranto y, asimismo, de su obligación de remitirla inmediatamente al responsable del sistema interno de información. Evidentemente, todas estas precauciones huelgan cuando el informante es anónimo.
- En relación con los derechos y garantías de la «persona afectada», que es como denomina en esta ley a la persona frente a la que se dirige la investigación, se le tiene informar de las acciones u omisiones que se le atribuyen, aunque esa comunicación podrá tener lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación, y se le tiene que oír en cualquier momento. Igualmente, hay que garantizar el respeto de su derecho a la presunción de inocencia y al honor¹⁴.

13. Sobre las distintas técnicas que se pueden emplear para proteger la identidad del informante, véase David MARTÍNEZ GARCÍA, «Anonimato, seudonimato y confidencialidad: hacia un marco integral y coherente de protección de los alertadores», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 193 y sigs.

14. Sobre la necesidad de establecer un equilibrio entre los derechos de la «persona afectada» y la protección del informante, véanse las interesantes reflexiones de Andrea GARRIDO JUNCAL en «La denuncia y su relación con varios derechos», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 154 y sigs.

- En relación con todas las partes implicadas, se debe respetar la protección de sus datos personales, en los términos que establece el artículo 32 de la Ley 2/2023.
- Y, por último, se tiene que prever la remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.

Como se puede apreciar, estas reglas, en realidad, no indican cómo se tienen que tratar las comunicaciones que se reciban a través del canal interno de información. Para ello, lo más conveniente sería adaptar el procedimiento regulado en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 2/2023 para la gestión de las informaciones que reciben la Autoridad Independiente de Protección del Informante y las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas a través de los respectivos canales externos de información.

Ese procedimiento consta de tres fases:

- Fase de admisión, que es fundamental para evitar la sobrecarga del sistema, sobre todo si se tiene en cuenta que se admiten las comunicaciones anónimas. Todas las comunicaciones recibidas tienen que ser analizadas, pero no todas exigirán una investigación ulterior. El artículo 18.2.a) contempla cuatro causas de inadmisión: que los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud; que los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023; que la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito, en cuyo caso, además de la inadmisión, habrá que dar cuenta al Ministerio Fiscal; que la comunicación no contenga información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una comunicación anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen un seguimiento distinto. A estas causas habría que añadir la no pertenencia del informante a uno de los grupos de personas incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 2/2023, en caso de que se haya identificado.
- Fase de instrucción, que comprenderá, una vez admitida la comunicación, todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados, tal como dice el artículo 19.1 de la ley. El apartado 3 de este artículo contiene una previsión que sería muy recomendable introducir también el procedimiento de gestión de informaciones del sistema interno, que es la realización, siempre que sea posible, de una entrevista con la «persona afectada», en la que, siempre con absoluto respeto a la presunción de inocencia, se

le invitará a exponer su versión de los hechos y a aportar aquellos medios de prueba que considere adecuados y pertinentes. Asimismo, debería establecerse claramente la obligación de todos los miembros de la entidad local (empleados públicos, personal directivo y miembros de la corporación) de colaborar con este tipo de investigaciones.

- Fase de terminación. Las actuaciones deben terminar con un informe del responsable del sistema y la adopción de una de las siguientes decisiones: archivo del expediente, que se notificará al informante y, en su caso, a la «persona afectada»; remisión al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea si, pese a no apreciarse inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción; traslado de todo lo actuado a la autoridad competente, a efectos de que inicie el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. En las entidades locales, esa autoridad competente no puede ser otra que el alcalde o presidente de la corporación, que es quien ejerce la potestad sancionadora, tanto general como disciplinaria, salvo que la «persona afectada» sea él mismo, en cuyo caso las actuaciones se deberían remitir al pleno.

5. El registro de informaciones

Finalmente, el sistema interno de información incluye un registro de informaciones, regulado en el artículo 26 de la Ley 2/2023. Este precepto prevé que todos los sujetos obligados a disponer de un canal interno de informaciones deberán contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar. Este registro no será público y únicamente a petición razonada de la autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquélla, podrá accederse total o parcialmente a su contenido.

Añade el artículo que los datos personales relativos a las informaciones recibidas y a las investigaciones internas realizadas sólo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado para cumplir la Ley 2/2023, en los términos que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 32. Los datos en ningún caso podrán conservarse por un período superior a diez años.

IV. El canal externo de información de las entidades locales y el régimen sancionador de la Ley 2/2023

La Directiva (UE) 2019/1937 también obliga a los Estados a que designen autoridades competentes que establezcan canales de denuncia externa independientes y autónomos para la recepción y el tratamiento de la infor-

mación sobre infracciones (artículo 11)¹⁵. La Ley 2/2023, en su artículo 24.2 prevé que será la autoridad independiente o entidad que pueda señalar cada comunidad autónoma la que establezca el canal externo relativo a las informaciones que afecten al sector público local de su respectivo territorio. Asimismo, serán estas autoridades u órganos autonómicos las que se encargarán de aplicar las medidas de protección de los informantes previstas en el título VII de la ley respecto de las infracciones en el ámbito del sector público local del territorio de la respectiva comunidad autónoma (artículo 41) e igualmente las que apliquen el régimen sancionador regulado en el título IX, cuando las infracciones se hayan cometido en ese mismo ámbito (artículo 61.3).

Como alternativa, las comunidades autónomas tienen la posibilidad, recogida en el artículo 24.1.d) y en la disposición adicional segunda de la ley, de suscribir un convenio con la Autoridad Independiente de Protección del Informante, cuya creación se autoriza en el artículo 42.1 de la ley, para que actúe como canal externo de informaciones y como autoridad independiente de protección de informantes para el sector público autonómico y local.

En definitiva, en esta materia las entidades locales van a estar sometidas a la tutela bien de la administración autonómica, bien de la Autoridad Independiente de Protección del Informante estatal. Esto supone que, de manera paralela y alternativa al canal interno de información, cualquier infracción comprendida en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023 que se le impute a una entidad local podrá ser comunicada a través del canal externo autonómico o, en caso de convenio, estatal, y que tanto la protección del informante como el régimen sancionador previsto en la ley será aplicado en relación con las entidades locales por la autoridad u órgano que designe la comunidad autónoma o, en caso de convenio, por la autoridad independiente estatal.

Ya se ha dicho en este trabajo que constituye infracción muy grave, sancionable, en el caso de las personas jurídicas, con multa de entre 600.001 y 1.000.000 de euros, el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información adaptado a las exigencias de la Ley 2/2023,

15. Para una defensa de la importancia de las autoridades independientes en este ámbito y la configuración que deberían tener, véase J. Miguel BUENO SÁNCHEZ, «Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, págs. 209 y sigs. Sin embargo, en la doctrina suscita dudas la conveniencia de multiplicar los entes que se dedican a estas funciones; como acertadamente apunta GARRIDO JUNCAL, «antes de continuar con esta vorágine creativa de instituciones públicas, hay que ejercer sobre las existentes una supervisión que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que ampararon su creación y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos» («La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», cit., págs. 142-143).

pero también lo es cualquier intento o acción efectiva consistente en obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello; la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o las demás personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación establecido en el artículo 3 de la ley; la vulneración de las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en la ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma; o la vulneración del deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información (artículo 63.1).

Por su parte, son infracciones graves, sancionables con multa de entre 100.001 y 600.000 euros en el caso de las personas jurídicas, algunas de las conductas anteriores cuando no tengan la consideración de infracción muy grave (cualquier intento o acción efectiva consistente en obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, la vulneración las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en la ley, la vulneración del deber de secreto), así como el incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones (artículo 63.2).

Por último, se tipifican como infracciones leves (aunque la cuantía de la multa puede llegar hasta los 100.000 euros tratándose de personas jurídicas, lo que no parece una sanción muy leve) la remisión de información de forma incompleta y de manera deliberada por parte del responsable del sistema interno de información a la autoridad, o fuera del plazo concedido para ello, el incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones y cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley 2/2023 que no esté tipificado como infracción muy grave o grave (artículo 63.3). En esta última cláusula general de tipificación podría incluirse, por ejemplo, el incumplimiento del plazo máximo para realizar las actuaciones de investigación en el marco del sistema interno de información que prevé el artículo 9.2.d) de la ley.

V. Conclusiones

La trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1937 por la Ley 2/2023 es susceptible de crítica no sólo por tardía, sino también por otros motivos de técnica normativa que no es posible detallar en este trabajo, que se ocupa fundamentalmente de su aplicación a las entidades locales. En este último ámbito, la valoración tampoco puede ser positiva. Si la directiva permite eximir de la obligación de establecer el sistema interno de información a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con

menos de 50 trabajadores, no se entiende que se haya querido imponer a estas entidades locales toda la carga burocrática y de gestión que supone un sistema de como éste. Por lo menos los municipios con población inferior a 5.000 habitantes deberían haber quedado exentos y no era mala ocasión para haber acogido también el criterio del número de trabajadores. En efecto, los ayuntamientos que no dispongan de personal suficiente van a encontrar muchas dificultades para implantar el sistema interno de información, ya que se puede externalizar la recepción de las comunicaciones, pero no su gestión, y, además, la protección del informante (que, no se olvide, en esta ley es sobre todo un empleado de la propia entidad) se verá gravemente comprometida, al resultar difícil mantener la confidencialidad en un entorno laboral tan reducido. Tampoco es de recibo que no se hayan impuesto expresamente a las diputaciones provinciales o entidades equivalentes obligaciones de asistencia y apoyo en esta materia a los municipios de población inferior a 20.000 habitantes¹⁶.

Igualmente, criticable es el olvido de las peculiaridades organizativas de las entidades locales cuando en la ley se determina la competencia para aprobar la implantación del sistema interno de información, para nombrar y cesar o destituir al responsable del sistema y para aprobar el procedimiento de gestión de informaciones. La naturaleza corporativa de estas entidades provoca que la expresión «órgano de gobierno» suscite muchas dudas, pues no se puede saber si se está aludiendo al pleno o al alcalde o presidente de la corporación, órganos de gobierno a los que se suma en los municipios de gran población la junta de gobierno local.

Finalmente, como orientaciones para la implantación práctica del sistema interno de información, hay que resaltar la importancia esencial de que en el procedimiento de gestión de informaciones se prevea un riguroso trámite de admisión de las comunicaciones que se reciban, para evitar que el sistema suponga una sobrecarga innecesaria de trabajo para la entidad local. Como se ha dicho en este estudio, hay obligación de analizar todas las comunicaciones recibidas, pero nada impone que cada comunicación deba dar lugar a una investigación completa. Aquellas comunicaciones inconcretas, que expongan meros rumores, que no aporten indicios probatorios de los hechos que señalan o que comuniquen hechos que evidentemente no constituyen una infracción del ordenamiento jurídico deberían ser archivadas *a limine* con una somera motivación, y ese control se debería intensificar cuando las comunicaciones sean anónimas, ya que en ese caso ni siquiera existirá la posibilidad de pedir aclaraciones o ampliaciones al informante.

16. Es importante tener en cuenta que la lucha contra la corrupción en el ámbito local tiene más dimensiones que la protección del informante y el establecimiento de sistemas internos de información. Véanse al respecto las propuestas de Alberto VAQUERO GARCÍA y María CADAVAL SAMPEDRO en «Reflexiones y propuestas para combatir la corrupción pública en la administración local», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 15, 2022, págs. 194 y sigs.

VI. Bibliografía

- ALIAGA RODRÍGUEZ, Rafael:** «La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 14, 2022, págs. 57-78.
- BUENO SÁNCHEZ, J. Miguel:** «Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, págs. 209-240.
- GARRIDO JUNCAL, Andrea:** «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 12, 2019, págs. 126-151.
- GARRIDO JUNCAL, Andrea:** «La denuncia y su relación con varios derechos», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 131-162.
- GARRIDO JUNCAL, Andrea:** «La ley que protege a los informantes de infracciones normativas comienza su tramitación: preguntas y respuestas sobre una norma indispensable para el buen funcionamiento de las instituciones democráticas», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 24, 2022, págs. 167-188.
- IGLESIAS REY, Patricia:** «El desafío del sector público ante la aplicación de la Directiva de protección del informante. Los canales de denuncia», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 64, 2022, págs. 403-418.
- MARTÍNEZ GARCÍA, David:** «Anonimato, seudonimato y confidencialidad: hacia un marco integral y coherente de protección de los alertadores», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 181-213.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis:** «La transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 1, 2020, págs. 101-129.
- ROMERA SANTIAGO, Nuria, y GARRÓS FONT, Imma:** «Hacia una protección efectiva de los denunciantes», *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2020.
- SAURA ALBERDI, Beatriz:** «La Directiva UE 1937/2019 y la obligación de implementación de canales internos en las corporaciones municipales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2022, núm. 3.
- TARDÍO PATO, José Antonio:** «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, págs. 11-60.

Vaquero García, Alberto, y Cadaval Sampedro, María: «Reflexiones y propuestas para combatir la corrupción pública en la administración local», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 15, 2022, págs. 181-205.

CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA Y PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

*Doctora en Derecho e integrante del Proyecto de Investigación I+D+I (ADyTE)
Universidad de Granada.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO 1 El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude. 2. La Oficina de Conflictos de Intereses creada por la LACAGE y sus antecedentes. 3. La Agencia Independiente de Protección del Informante. III. CANALES EXTERNOS DE DENUNCIA AUTONÓMICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS AGENCIAS ANTIFRAUDE. 1. La Oficina Antifraude de Cataluña. 2. La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. 3. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares. 4. La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra. 5. La Agencia de Integridad y Ética pública de Aragón. 6. La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este estudio se reflexiona sobre la organización de la integridad en España, especialmente sobre los canales externos de denuncia, poniendo de manifiesto su complejidad e ineficiencia y, asimismo, se formulan algunas propuestas en orden a la racionalización y coordinación del sistema.

ABSTRACT: This study reflects on the organization of integrity in Spain, especially on the external reporting channels, highlighting their complexity and inefficiency and, likewise, some proposals are formulated in order to rationalize and coordinate the system.

PALABRAS CLAVE: organización, integridad, conflicto de interés, agencias, independencia, coordinación.

KEY WORDS: organization, integrity, conflict of interest, agencies, independence, coordination.

I. Introducción

Para abordar los problemas que rodean a la potencial corrupción y los conflictos de intereses es necesario disponer, en forma efectiva y con las menores duplicidades posibles, de un órgano de control con la suficiente autonomía e independencia o una autoridad independiente de lucha contra la corrupción¹. Esto puede ser llevado a cabo, sin duda, por las agencias antifraude de reciente creación en nuestro ordenamiento a las que se referirá este estudio destacadamente, y que pueden ser definidas como «un organismo gubernamental permanente y separado cuya función principal es proporcionar un liderazgo centralizado en áreas centrales de la actividad anticorrupción»².

A través de este estudio se trata de analizar, pues, si disponemos de una adecuada organización institucional de la integridad de acuerdo a los estándares internacionales, para prevenir y corregir las conductas irregulares en las que puedan incurrir, tanto en el sector público como en el sector privado, las autoridades y los empleados al servicio de éstos una vez dictada la normativa estatal que ha realizado la oportuna trasposición de la Directiva relativa a la protección del denunciante³.

1. En las democracias avanzadas existe mayor percepción de los riesgos de corrupción inherentes a las Administraciones y entes públicos. Por esta razón son fundamentales los sistemas de control eficaces para evitar irregularidades de todo tipo. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, 1991, págs. 13-14 para reducir «el riesgo de mal funcionamiento de la Administración y de violación de los derechos individuales por sus autoridades y agentes».
2. USAID, *Anticorruption Agencies (ACAs)* (Disponible http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnadm208.pdf), 2006.
3. La norma una vez dictada ha ampliado el ámbito subjetivo de las entidades, públicas y privadas, a las que se aplica la misma en los artículos 13 y siguientes respecto de lo establecido en la Directiva. Si en la Directiva los «canales de denuncia» internos son obligatorios para las entidades jurídicas del sector privado que empleen a más de 50 trabajadores y a las del sector público, permitiendo eximir a los municipios de menos de 10.000 habitantes o con menos de 50 trabajadores, la Ley lo extiende a todas las entidades que integran el sector público, incluidos todos los municipios la obligación de contar con un «sistema interno de información». Incluye, asimismo, en esta obligación a los órganos constitucionales e instituciones autonómicas análogas creadas por los correspondientes Estatutos de Autonomía. Específicamente, junto a los tradicionales (básicamente las entidades públicas territoriales), señalamos algunos:
 - b) Las fundaciones del sector público entendiéndose por fundaciones del sector público aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos: 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución. 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente. 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
 - c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades públicas sea superior al cincuenta por ciento, o en los casos en que, sin supe-

Hay que poner de relieve que en España ya contábamos anteriormente con distintas instituciones encargadas de realizar este control (tanto externo como interno), por lo que con la irrupción de este tipo de organizaciones especializadas se ha llegado a hablar de los peligros que puede representar una cierta *hiperinstitucionalización*⁴. Como con acierto señala FERNÁNDEZ AJENJO «el viejo principio revolucionario de la rendición de cuentas (art. 15 DDHC) se ha extendido a una compleja red de instituciones y procedimientos de control en el que participan los parlamentos, los tribunales y la sociedad, así como, en apoyo de estas funciones, un conjunto cada vez más extenso de órganos especializados»⁵.

rar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (grupos de sociedades).

d) Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

e) También se incluye, dentro del sector privado, a los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos (art. 10). Asimismo, aquellas personas físicas o jurídicas que tengan contratados a 50 o más trabajadores y las personas jurídicas que entren en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad del transporte o protección del medio ambiente.

4. FERNÁNDEZ AJENJO, «Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude», *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Madrid*, 2018, pág. 68.

En cuanto al concepto de control, el mismo autor distingue diferentes modalidades, que implicarían, asimismo, distintos grados de intensidad, como son «el asesoramiento destinado a aconsejar la mejor opción en relación con el sistema normativo de referencia, la evaluación que valora el grado de adecuación de la actuación pública a la norma, la intervención que visa de forma concomitante la conformidad de las decisiones públicas que se adoptan, la fiscalización que verifica que la justificación de la actividad administrativa confirma la legalidad o buena gestión administrativa, la inspección que investiga más allá de los hechos que constan en los expedientes administrativos para confirmar la rectitud de los actos administrativos y el enjuiciamiento que revisa con todos los medios de prueba disponibles la adecuación de la actividad de las Administraciones Públicas». FERNÁNDEZ AJENJO, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2009, pág. 180.

También RUBIO LLORENTE se refiere a este concepto y señala que es esencial distinguir las funciones de control y corrección «en cuanto que tal contraste parece orientado hacia la corrección de la actividad controlada, es claro que de él debe seguirse alguna consecuencia, pero la necesaria existencia de ésta es ya el resultado de una presunción psicológica o sociológica, no del análisis semántico del término que ni la incluye ni menos aún, arroja indicio alguno sobre su posible naturaleza». RUBIO LLORENTE, *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 243.

5. FERNÁNDEZ AJENJO, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2009, pág. 166.

Lo cierto es que, para su adecuado funcionamiento, estos órganos deben tener una serie de características *sine qua non* a las que ahora se aludirá sin las cuales difícilmente se obtendrán los resultados que debieran alcanzarse. Y es que, como puede imaginarse, y por referirnos a una esencial característica, la independencia funcional, esta debe ser real y no solo formal contando, al menos, con la necesaria autonomía para el ejercicio de las funciones de prevención, investigación y sanción. Y todo ello, más difícil dado el actual esquema, de forma coordinada con otras instituciones que en nuestro ordenamiento interactúan con estos organismos en defensa del buen gobierno de las cosas públicas.

PONCE SOLÉ ha extractado, en base a la literatura internacional, las características que debe reunir un adecuado diseño de unidades especializadas para preservar la integridad. De esta forma, señala las siguientes: debe estar conectada a un marco con una estrategia más amplia de prevención y lucha contra la corrupción; diseño normativo cuidadoso con evaluación de impacto normativo, incluyendo análisis de costo-beneficio o similar y necesaria especialización de ésta; albergar expectativas realistas sobre sus posibilidades; conseguir en la medida de lo posible un apoyo político amplio y transpartidista; evaluar el desempeño real del organismo a posteriori; establecer la coordinación y cooperación con el sistema de integridad local, autonómico y estatal; reforzamiento de la independencia de presiones y exigencia de rendición de cuentas; un diseño de sus funciones lo más claro posible; contar con personal suficiente y preparado; y, por último, los presupuestos deberían ser los adecuados para el desempeño de las tareas requeridas⁶.

A través de este estudio nos ceñiremos, esencialmente, a discernir en qué medida la característica de la independencia, por relación al órgano de dirección de la entidad, está o no presente en los entes creados a estos efectos específicamente. Y ello más allá de las declaraciones volitivas siempre presentes en las distintas normas y, junto a ello, a reflexionar sobre su inserción en el sistema organizativo de la integridad, la necesidad de su coordinación y los déficits insuficientemente resueltos que eventualmente se presenten en las distintas entidades creadas en el sector público.

II. Canales externos de denuncia en la Administración general del Estado

En general puede decirse que, como seguidamente veremos, la organización administrativa responsable de la integridad que se ha diseñado en España se caracteriza por ser un modelo diversificado y no uniforme dadas

6. PONCE SOLÉ, J. (2017): «Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3. Puede verse también, a este respecto, BENÍTEZ PALMA, E. (2017): «La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción». *Auditoría Pública*, núm. 69.

las competencias que en esta materia asumen las distintas Administraciones públicas. Esto se ha reflejado en una constelación de entes, organismos especializados, unidades administrativas y un largo etcétera⁷, cuyos resultados hasta ahora no han sido muy alentadores. Asimismo, es un modelo muy complejo en su gestión como ahora se detallará al analizar los distintos órganos y organismos que, en forma especializada, intervienen en la prevención y reacción frente al fraude y la corrupción⁸. Y es que, en nuestro sistema, a la estructura ordinaria de control (Tribunales y Cámaras de Cuentas, Intervenciones, defensorías, etc.) se añaden un gran número de órganos y unidades especializadas, por lo que la organización administrativa en esta materia se torna, en ocasiones, compleja y de difícil encaje entre las distintas instancias. Este hecho ha sido determinante para que la propia normativa de las agencias antifraude dictada hasta la fecha se vea obligada a intentar delimitar su competencia con otras instituciones que, efectivamente, también ostentan competencias en materia de buen gobierno⁹. Por ello, y como señala con razón BENÍTEZ PALMA, «es imprescindible que la coordinación y lealtad entre instituciones que se recoge en la normativa sea una realidad incontestable»¹⁰.

Además, como se apuntó, se han creado órganos análogos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito autonómico, si bien estos últimos se han configurado de forma distinta y son mucho más activos en cuanto a su actividad, sobre todo en la vertiente preventiva de la corrupción y las conductas irregulares.

7. Abogacía del Estado, las Inspecciones de Servicios, los Defensores del Pueblo, las Oficinas de Conflictos de Intereses, los Consejos de Transparencia y Buen Gobierno, o las recientes Agencias Anticorrupción especializadas.
8. A diferencia de otros modelos como el italiano (a través de la *Autorità Nazionale Anticorruzione*, ANAC), el francés (primero con la ley Sapin II, a través de la cual se creó la Agencia Anticorrupción, y adoptando, posteriormente, la normativa de protección de denunciantes o el portugués (con el Mecanismo Nacional Anticorrupción, el MENAC, previsto en el Decreto lei n.º 109E/2021)
9. De esta forma, y a título de ejemplo, la normativa de la Comunidad Autónoma de Valencia, consciente de esta complejidad organizativa, establece un deber de colaboración advirtiendo que, en todo caso, se entiende que las funciones de la agencia valenciana lo son, sin perjuicio de las que ejercen, de acuerdo con la normativa reguladora específica, la Sindicatura de Comptes, el Síndic de Greuges, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Intervención General de la Generalitat, la Inspección General de Servicios, los órganos competentes en materia de incompatibilidades y de conflictos de intereses, y de los órganos de control, supervisión y protectorado de las entidades incluidas en el ámbito de actuación correspondiente, y que actúa en todo caso en colaboración con estas instituciones y órganos (artículo 5 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana). Dichas previsiones también se pueden encontrar en otras normas autonómicas y reflejan el problema que se está apuntando.
10. BENÍTEZ PALMA, «La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEx) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción», *Auditoría Pública*, núm. 69, 2017, pág. 16.

A continuación, nos ocuparemos del plano estatal que viene conformado esencialmente por el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, la Oficina de Conflictos de Intereses y la Agencia Independiente de Protección del Informante.

1. El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude es el órgano encargado de coordinar las acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión Europea contra el fraude en colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)¹¹, de acuerdo con el mandato establecido en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹². Por ello, como ha afirmado SÁENZ DE ORMIJANA, «los EEMM y la Comisión deben coordinar las actuaciones para proteger dichos intereses financieros contra el fraude, mediante una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes»¹³.

Debe ponerse de relieve que la creación de este órgano se había realizado en tanto no existiese una institución especializada a nivel nacional encargada de la tarea de coordinar la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude, si bien nada indica que vaya a desaparecer y de hecho se ha configurado como el órgano competente para la recepción de denuncias derivadas de la ejecución de los fondos *next generation* sin que la Ley 2/2023, de 20 de febrero de Protección del Denunciante haya previsto nada específicamente al respecto a la vista de la creación. El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, a estos efectos, deberá cooperar con la OLAF para que esta realice las investigaciones pertinentes pues, como señala el considerando 10 del Reglamento (UE, EURATOM) 833/2013 (ROLAF, en adelante) «cuando un Estado miembro no haya creado un servicio especializado a nivel nacional encargado de la tarea de coordinar la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude, debe designarse un servicio que facilite la cooperación y el intercambio de información efectivos con la Oficina», pues «la eficiencia operativa de la Oficina depende en gran medida de la cooperación con los Estados miembros, que deben determinar sus servicios competentes para ofrecer a la Oficina la ayuda necesaria

11. Su creación fue producto del mandato establecido en el artículo 3.4 del Reglamento (UE, EURATOM) 833/2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude), que lo denomina con el acrónimo AFCOS.

12. El artículo 325 del TFUE señala que «Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

13. SÁENZ DE ORMIJANA VALDÉS, *El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (AFCOS)*. Madrid: Seminario sobre medidas contra el fraude y la corrupción en los Fondos EIE (18 de noviembre de 2014).

en el ejercicio de sus tareas». En este sentido, el artículo 3.4 del ROLAF prevé la obligación de crear un Servicio de Coordinación Antifraude «que facilite la coordinación efectiva y el intercambio de información con la Oficina, incluyendo información de carácter operativo».

Como consecuencia de todo ello, el Real Decreto 802/2014, de 19 de septiembre, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, han dejado establecido el régimen jurídico del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA). Se trata de un órgano con rango de Subdirección General que actúa integrado en la Intervención General de la Administración del Estado¹⁴. La falta de independencia orgánica se ha intentado compensar, al menos, con una aparente atribución de independencia funcional¹⁵. Podría decirse que, en general, la labor y reto del SNCA es «liderar todo el proceso de *accountability* para que se prevengan y controlen los posibles casos de irregularidades y fraudes, y los detectados se sometan, en su caso, a investigación, recuperación y sanción. Para ello presta diversos servicios de coordinación en los que actúa como intermediador entre las instituciones de la Comisión y/o las autoridades nacionales administrativas y judiciales»¹⁶.

De acuerdo con FERNÁNDEZ AJENJO, en opinión que no comparto en su integridad al menos a partir de la transposición de la Directiva, el SNCA debe considerarse por su naturaleza una agencia antifraude, en tanto que ostenta el liderazgo a nivel nacional de la lucha contra el fraude de los intereses financieros comunitarios, si bien solo con carácter parcial puede atribuírsele tal

14. Ejerciendo sus competencias bajo la dirección y supervisión de otro órgano con rango de subdirección nacional dependiente de la misma: la Oficina Nacional de Auditoría (ONA), será asistido por un Consejo Asesor, que tendrá encomendada la garantía de la cooperación efectiva con todos los actores públicos estatales, autonómicos y locales involucrados en la protección de los intereses financieros comunitarios, a través del establecimiento de mecanismos de comunicación, colaboración e intercambio de información.

15. Muy crítico, no exento de razón, se muestra con este organismo JIMÉNEZ ASENSIO, «La arquitectura institucional de la integridad en España» en <https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/> para quien «Lo lógico sería que esas funciones “provisionales” se situaran en su día en un el órgano especializado» y añade que, «Lo que no nos dice la normativa europea es cómo se tiene que articular ese «servicio». La DA 25.ª de la LGS estableció que «ejercerá sus competencias con plena independencia», una caracterización que no cuadra muy bien con la previsión recogida en el Real Decreto 682/2021, cuando se afirma que ejerce sus funciones bajo la dirección y supervisión de la Oficina Nacional de Auditoría, ambos órganos con el rango de subdirección general dependientes de la IGAE. A pesar de los esfuerzos dialécticos que comporta (por ejemplo, en el artículo 22 del Real Decreto Ley 36/2020 y en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), y así se lo hemos vendido a la Unión Europea, denominar a la IGAE como órgano independiente, tampoco cumpliría las exigencias antes citadas».

16. FERNÁNDEZ AJENJO, «El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (RITI)*, 2017, pág. 10.

carácter pues no asume algunas de las competencias clásicas de estos organismos como son las funciones de investigación¹⁷. Asimismo, su competencia es limitada a un campo concreto de la lucha de la corrupción: la protección de los intereses financieros, no tributarios, de la UE por lo que quedan fuera ámbitos típicos de las agencias antifraude como es el relativo a los conflictos de intereses o de naturaleza ética.

2. La Oficina de Conflictos de Intereses

En el campo de los conflictos de intereses la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en adelante, LIAC) creó la Oficina de Conflictos de Intereses, especificando su preámbulo que «para incidir en la importancia del seguimiento de los preceptos de esta Ley se han introducido dos innovaciones: la creación de la Oficina de Conflictos de Intereses, órgano similar al existente en otros países de nuestro entorno cultural, que actuará con plena autonomía funcional en el desempeño de las funciones que le encomienda esta Ley, y el reforzamiento del régimen sancionador, de forma que el incumplimiento de los preceptos de la Ley conlleva penalizaciones efectivas»¹⁸.

El art. 15 de la LIAC establecía que la Oficina de Conflictos de Intereses sería el órgano competente para la gestión del régimen de incompatibilidades de altos cargos y el encargado de requerir el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley a quienes sean nombrados o cesen en un alto cargo, quedando adscrita orgánicamente al Ministerio de Administraciones Públicas con, en palabras de la norma, plena autonomía funcional. Asimismo, se encargaría de gestionar los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, y sería la responsable de la custodia, seguridad e indemnidad de los datos y documentos que en ellos se contengan. Sin embargo, al configurarse jurídicamente como Subdirección General, no disfrutaba efectivamente de una independencia orgánica y personalidad jurídica propia y no contaba con competencias sancionadoras propiamente dichas, careciendo también de adscripción a un órgano parlamentario que garantizase una mínima independencia.

La LACAGE, por su parte, intentó avanzar un paso más allá en el rango jerárquico del órgano encargado de su adscripción, al disponer su art. 19.2

17. FERNÁNDEZ AJENJO, «Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude», *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, 2018, pág. 77.

18. Es necesario poner de relieve que, en uno de los informes del GRECO, en su quinto ciclo de evaluación, de 21 de junio de 2019, lamentó que esta Oficina no amplíe su ámbito de actuación a toda la alta función pública y a los problemas que acarrea las llamadas «puertas giratorias».

que el Director de la Oficina de Conflictos de Intereses tendrá rango de Dirección General y será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, con el fin de que examine si su experiencia, formación y capacidad son adecuadas para el cargo. Sin embargo, todo hay que decirlo, aunque puede considerarse un paso más de signo positivo el aumento del nivel orgánico respecto a la legislación anterior y la exigencia de comparecencia previa a su nombramiento ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, no puede afirmarse que estas características hagan de la actual Oficina de Conflictos de Intereses un órgano totalmente independiente, toda vez que depende de un Ministerio y no cuenta con autonomía presupuestaria¹⁹. Sobre estas dos notas puso su atención el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE de 2014²⁰. Asimismo, la doctrina (VAQUER CABALLERÍA O CERRILLO I MARTÍNEZ) ha hecho hincapié en la falta de independencia real de la Oficina de Conflictos de Intereses²¹.

A pesar de que se encuentran aspectos positivos en la nueva legislación la realidad es que se trata aun de una organización que peca de falta de independencia y, consiguientemente, existe un riesgo de falta de objetividad en su actuación. Las características esenciales que debe reunir una Oficina

19. Así lo corroboró el Informe sobre lucha contra la corrupción de la Unión Europea de 2014 en el apartado dedicado a España, en el que añadía que «la independencia constituye un elemento clave a la hora de garantizar las salvaguardias necesarias para una verificación imparcial de los bienes e intereses de los cargos públicos».

En este contexto conviene traer a colación las palabras de Delia Ferreira Rubio, presidente de *Transparency International*: «Nuestra investigación establece un vínculo muy claro entre el hecho de contar con una democracia saludable y el éxito en la lucha contra la corrupción en el sector público. La corrupción tiene una probabilidad mucho mayor de surgir cuando la democracia se asienta sobre cimientos débiles y, como hemos visto en muchos países, cuando los políticos antidemocráticos y populistas tienen la oportunidad de utilizarla para su beneficio».

20. Para la elaboración de este Informe, la Comisión acudió a múltiples fuentes, como son «los mecanismos de supervisión existentes (GRECO, OCDE, UNCAC expertos independientes, conclusiones de la investigación, los servicios de la Comisión y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), los Estados miembros, las agencias de la UE como Europol y Eurojust, la Red Europea contra la Corrupción, los estudios del Eurobarómetro y la sociedad civil».

Este Informe debía publicarse cada dos años. Sin embargo, a principios de 2017 se anunció la interrupción de este mecanismo evaluador por parte del primer vicepresidente de la Comisión Frans Timmermans. De esta forma, señaló que, aunque el primer informe fue muy útil en algunos aspectos, la Comisión ya no considera que deba continuar publicando periódicamente este tipo de informes evaluadores sea la mejor forma de proceder en la lucha contra la corrupción. Puede consultarse la carta en: <http://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/02/20170130-Letter-FVP-LIBE-Chair.pdf>

21. Como ponen de relieve PÉREZ MONGUIÓ, y FERNÁNDEZ RAMOS, *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, págs. 272 y 273, con la transcripción de sus comparecencias en la Comisión de Expertos de 24 de abril de 2014.

dedicada a valorar la existencia de conflictos de interés deben ser, ante todo, su independencia orgánica, funcional, y presupuestaria. Y es que, no parece que se pueda objetar otra cosa, su dependencia jerárquica tiene fatales consecuencias en la percepción y opinión de los ciudadanos, en la confianza que éstos pueden depositar en las instituciones y, en definitiva, en lo que podríamos denominar la opinión ciudadana sobre las garantías de un buen gobierno y una buena administración que aquí, y en ese marco organizativo-funcional, no quedan aseguradas.

3. Agencia Independiente de Protección del Informante

La Directiva 1937/2019, ya mencionada, ha establecido el marco para diseñar en España —al igual que en el resto de Estados miembros— un sistema completo de alertas que abarca tanto al ámbito público como al privado a fin de facilitar que las personas conocedoras de infracciones del Derecho de la Unión en su contexto laboral puedan denunciarlas. En este sentido, la Directiva prevé dos canales a fin de hacer efectivas dichas previsiones. Por un lado, un canal interno en las organizaciones para sus trabajadores, colaboradores, etc., en el que se permiten las denuncias de carácter anónimo, y, por otro lado, un canal externo, a través de las autoridades independientes, que tendrán como función principal determinar si el hecho supone efectivamente una infracción, y, si por ello, es necesario proteger al informante²².

Consecuentemente con ello, y siguiendo el modelo de la Directiva, se aprobó la Ley 2/2023, de 20 de febrero, Reguladora de la Protección de las

22. La forma de proteger a quien denuncia o informa debe ser garantizar el anonimato de quien lo realiza. En este sentido, la Directiva 1937/2019 pretende promover y priorizar los canales internos. Así, en el artículo 7.2 establece el mandato a los Estados para promover la comunicación «a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa». Independientemente de ello, este canal interno se complementa con el externo, es decir, se abre la posibilidad de que la persona informante de un hecho susceptible de constituir infracción pueda, en todo caso, acudir a una autoridad pública para que lo investigue y, en su caso, acuda y colabore con el Ministerio Fiscal si aprecia que el hecho objeto de la comunicación tiene relevancia jurídica. Respecto a la prioridad como vía ordinaria del canal interno, existen opiniones diversas, así para algunos autores como SIERRA RODRÍGUEZ los canales internos ofrecen menos garantías y efectividad frente a los externos pues «los destinatarios internos de las denuncias son más proclives a tapar o ignorar los problemas» (SIERRA RODRÍGUEZ, «Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pág. 69). Por el contrario, otros autores, como MIRANZO DÍAZ, tienen la convicción de que los canales internos son más utilizados por los denunciantes por ser su primera opción y por servir de filtro a instancias superiores. Respecto a los canales externos, el referido autor muestra sus reservas por las dudas sobre su independencia, saturación o por la cautela de los posibles denunciantes a poner en evidencia a su organización ante terceras entidades (MIRANZO DÍAZ, (2019): «La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público», *Revista General de Derecho Europeo*, 49, 2019, págs 361-385).

Personas que informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción donde se prevé la creación de una futura Autoridad Independiente de Protección del Informante en su Título VIII, dando cumplimiento así a la Directiva 2019/1937 que impone a los Estados miembros la obligación de establecer canales de comunicación externos adecuados, de modo que su actuación esté presidida por los principios de independencia y autonomía en la recepción y tratamiento de la información sobre las infracciones. Cabe destacar que, como señala la Exposición de Motivos de dicha Ley el considerando 64 de la Directiva 2019/1937 deja al prudente criterio de los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la misma y seguir adecuadamente las comunicaciones.

La Ley descartó acudir a otras entidades ya existentes dentro del sector público debido al carácter específico de la materia que, a juicio de la norma, aconsejaría que las funciones a esta atribuidas fueran ejercidas por una Autoridad de nueva creación. Pero, asimismo, que la creación de dicha entidad lo fuese sin perjuicio de las ya existentes en el ámbito autonómico dada la competencia que en esta materia tienen asignadas las Comunidades Autónomas. Así, entre las diferentes alternativas que ofrecía nuestro ordenamiento interno, se consideró como la opción más idónea acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante como pilar básico del sistema institucional, bien es cierto que esta Autoridad independiente también será competente para la tramitación, como canal externo de denuncias, de las comunicaciones que afecten a las Administraciones de las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, cuando se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva comunidad autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios.

Para ello, el título VIII de la norma determina la creación de la referida Autoridad Independiente de Protección del Informante como un ente de derecho público de carácter estatal, sometido al régimen jurídico de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y dotado de autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Ejecutivo y del sector público, así como de toda entidad cuya actividad pueda ser sometida a su supervisión (artículo 42)²³.

23. A pesar de que en el ejercicio de las funciones atribuidas puede adoptar aquellas decisiones que entre el ámbito de su competencia, debe rendir cuentas de su gestión tanto en el Congreso de los Diputados, como en el Senado, tal como se establece en el artículo 59 de la Ley, donde se determina que la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante comparecerá anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado.

El capítulo III del título VIII recoge el régimen de organización interna de la entidad. En concreto, se prevé la existencia de distintos órganos:

– *Presidencia* que será el máximo órgano de representación y gobierno de la Autoridad Independiente. Tendrá rango de Subsecretario y será nombrada por Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio Justicia, por un período de cinco años no renovable, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito del cumplimiento normativo, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión correspondiente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá ratificar el nombramiento en el plazo de un mes desde la recepción de la correspondiente comunicación. Sus funciones serán las propias de la Presidencia de un órgano colegiado, a las que hay que añadir el nombramiento de los cargos directivos de la Autoridad Independiente y dictar resolución en los procedimientos de naturaleza sancionadora²⁴. Además, la persona que ostente la Presidencia de la Autoridad Independiente tendrá la obligación de comparecer anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado.

Asimismo, es de destacar que el cese de la Presidencia, de conformidad con el artículo 58 de la Ley, podrá traer causa de la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Consejo de Ministros, en los casos así previstos y que son los que se indican seguidamente:

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

Consecuentemente con ello, en los tres primeros supuestos citados, en la Ley se indica, además, que para que dicha separación del ejercicio del cargo

24. El artículo 55 del Proyecto señala que le corresponde:

- «a) Ostentar la representación legal de la Autoridad Independiente.
- b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión Consultiva de Protección del Informante.
- c) Dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
- d) Disponer los gastos y ordenar los pagos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
- e) Celebrar los contratos y convenios.
- f) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
- g) Nombrar a los cargos directivos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.
- h) Dictar resolución en los procedimientos de naturaleza sancionadora en los términos previstos en el título IX.
- i) Ejercer las demás funciones que le atribuyen la presente ley, el Estatuto Orgánico de la Autoridad y el resto del ordenamiento jurídico vigente».

sea posible, es necesaria la correspondiente ratificación por mayoría absoluta de los miembros que integren la Comisión competente del Congreso de los Diputados.

– *Comisión Consultiva*, configurada como órgano de asesoramiento a la Presidencia y que tiene un marcado carácter técnico por su composición, muchos de cuyos vocales son natos, por razón del cargo, procedentes bien de la Administración Pública, bien de organismos reguladores o supervisores²⁵. Sus funciones son las de asesorar a la Presidencia, emitir los informes que esta le someta y formular propuestas en temas relacionados con las materias de competencia de la Presidencia (artículo 56).

III. Canales externos de denuncia autonómicos: especial referencia a las agencias antifraude

Con carácter previo al análisis de la organización autonómica en este ámbito, es preciso poner de relieve que, en este ámbito territorial es posible encontrar dos modelos diferentes en atención a la creación o no de una organización especializada. Por un lado, nos encontramos con aquellas comunidades autónomas que han optado por la creación de una oficina o agencia antifraude dependiente del Parlamento; un segundo modelo constituido por algunas comunidades autónomas (las menos, como Galicia o Canarias) que han preferido acudir a instituciones preexistentes de control externo a las que han atribuido también esta función (Consello de Contas o la Audiencia de Cuentas de Canarias)²⁶; y una tercera opción, de menor interés y que a futuro

25. Así, el artículo 54 del Proyecto prevé que «La Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante estará asesorada por una Comisión Consultiva que se integrará por los siguientes miembros:

- a) Un representante del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.
- b) Un representante de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
- c) Un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.
- d) Un representante del Banco de España.
- e) Un representante de la CNMV.
- f) Un representante de la CNMC.
- g) Un representante de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.
- h) Un representante de la Oficina Nacional de Auditoría de la Intervención General de la Administración del Estado.
- i) Un representante del Ministerio de Hacienda y Función Pública perteneciente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria
- j) Dos representantes designados por el Ministerio de Justicia por un período de cinco años entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional».

26. De estos dos modelos se han hecho eco algunos autores como MAURI MAJÓ, «El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción», en el vol. col. dirigido por CASTILLO

mucho me temo deberá ser modificada, que articula dicha organización administrativa para velar por la integridad a través de órganos internos sin independencia alguna respecto de la Administración activa (Castilla y León).

En realidad, y en mi opinión, en la actualidad existiría un cuarto modelo, referido al resto de las Comunidades Autónomas, en las que no se ha articulado ninguna de las soluciones anteriores por lo que, en caso de no abordarse su creación en estos casos y tal y como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, sería de aplicación a estas CC. AA. las previsiones establecidas para que la Autoridad estatal fuese la competente para servir de canal externo de denuncias. No obstante, a la vista de la regulación establecida a nivel estatal, creo que las Comunidades Autónomas que, aún no lo han hecho, tendrán ciertas reticencias respecto de que el ejercicio de las funciones investigadoras en esta materia recaiga en un órgano que, sin perjuicio de su relativa independencia, es de carácter estatal y dependiente directamente del gobierno y no de un órgano parlamentario.

En cualquier caso, y dada la materia objeto de estudio en este capítulo, nos centraremos en el análisis de aquellas Comunidades autónomas que han creado una agencia específica para la gestión de la integridad pública y cuya regulación tiene como eje principal su evolución a fin de garantizar su independencia mediante su adscripción y vinculación, cada vez más acusada, de las instituciones parlamentarias.

1. La Oficina Antifraude de Cataluña

La Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), regulada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, fue la primera de este estilo creada en el ámbito autonómico. Es este carácter pionero el que, sin duda, ha sido una fuente de inspiración para las siguientes agencias que se han ido aprobando con posterioridad. Se trata de una Entidad de derecho público que cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar que, y este dato es relevante, se adscribe al Parlamento de Cataluña. Precisamente, esta adscripción, tal y como indica el artículo 1 de la Ley 14/2008, es un indicio de su independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, y respecto a su organización interna, el director o directora de la OAC es elegido por el Parlamento a propuesta del Gobierno, tras realizar una comparecencia ante el mismo, por mayoría de tres quintas partes del Pleno, o en segunda votación, por mayoría absoluta de los miembros de la cámara. Bien es verdad que esta

BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2022, pág. 251 y GARRIDO JUNCAL, «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 12, octubre-marzo, 2019, pág. 141.

circunstancia ha sido criticada por algunos autores, así BETANCOR señala que «el problema que se plantea, cuando el órgano es unipersonal, es la difícil conjugación con la independencia. Es más fácil comprometer a una persona que a varias»²⁷. En opinión de este autor, cabría articular otra solución intermedia, como sería un órgano colegiado, el cual admite distintos grados, desde la posibilidad de que varios miembros compartan la titularidad del órgano, hasta otras en las que hay un único titular, pero el ejercicio de sus funciones estaría vinculado a la participación de otros órganos que han de informar la decisión pretendida por el titular. Un ejemplo de este proceder lo encontramos en el caso de Aragón al que más adelante nos referiremos.

Sin embargo, y a pesar de estas críticas, realmente se trata de un sistema que cumple con bastantes garantías, sobre todo por el carácter reforzado tanto de su elección como de las incompatibilidades, así como las causas de cese. Como hasta aquí se ha expuesto, cuantas mayores garantías reúna el sistema mayor percepción de independencia se tendrá y, ciertamente, la existencia de un órgano colegiado como ha propuesto el autor citado podría mejorar dicho aspecto, aunque a mi juicio y difiriendo de dicho autor, me temo que podría perjudicar la eficacia y eficiencia en su funcionamiento.

2. La Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana

Un segundo ejemplo, sin duda relevante, es el caso de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (en adelante, AVAF). La misma se creó mediante Ley 11/2016, de 20 de noviembre, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat. Se encuentra adscrita a Les Corts y se configura como una entidad, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

En cuanto a la organización interna de la AVAF, debe resaltarse una diferencia respecto a la OAC anteriormente reseñada que tiene que ver con el nombramiento del director o directora de la misma. El artículo 26 de la norma reguladora señala que las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas a Les Corts por organizaciones sociales que trabajen en la actualidad contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana y por los grupos

27. BETANCOR, A. (2017): «Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades», en el vol. col. dirigido por el propio autor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 114. Según este autor, hay otra solución intermedia, como sería un órgano colegiado, el cual admite distintos grados, desde la posibilidad de que varios miembros compartan la titularidad del órgano, hasta otras en las que hay un único titular, pero el ejercicio de sus funciones estaría vinculado a la participación de otros órganos que han de informar la decisión pretendida por el titular.

parlamentarios. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente en el marco de una convocatoria pública al efecto para ser evaluadas con relación a las condiciones requeridas para el cargo²⁸. El acuerdo alcanzado en esta comisión será trasladado al Pleno de las Corts Valencianes y deberá ser aprobado por una mayoría de tres quintas partes. Si no obtiene la mayoría requerida, se harán nuevas propuestas por el mismo procedimiento en el plazo máximo de un mes.

Desde mi punto de vista, y creo que se puede pacíficamente compartir, este nombramiento cuenta con mucha más legitimidad que el descrito en el caso catalán. Supone, sin duda, un paso más allá en la búsqueda de la independencia de la Agencia.

3. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares

Un tercer caso a destacar es el de la Comunidad Autónoma de Baleares. Debe señalarse que, de nuevo, vamos a encontrar un régimen muy parecido a las Agencias catalana y valenciana en cuanto a las funciones de prevención e inspección (inspirando en el modelo europeo de la OLAF), siendo que también dispone de un sistema de evaluación de riesgos y un régimen sancionador. La Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares, regulada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, se configura normativamente como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus finalidades, adscrita al Parlamento para legitimar y dotar de mayores garantías a su necesaria independencia y autonomía, con el fin de cumplir con ecuanimidad y eficacia las funciones encomendadas.

Su norma de creación (Ley 16/2016) divide sus funciones en tres ámbitos: con relación a la ética pública, en relación con la integridad y en lo relativo a la prevención, la investigación y la lucha contra la corrupción. Respecto al nombramiento del director o directora de la Oficina, en este caso, los grupos parlamentarios pueden proponer a la Mesa del Parlamento las candidaturas a director o directora de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción y, una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos y de las condiciones²⁹, la Presidencia del Parlamento someterá al Pleno del Parlamento la

28. Que deberá recaer en personas mayores de edad que gocen del pleno uso de sus derechos civiles y políticos y con vecindad administrativa en la Comunitat Valenciana, que cumplan las condiciones de idoneidad, probidad y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo; asimismo, deberán estar en posesión de título universitario superior que resulte idóneo para las funciones atribuidas y deberá contar con más de diez años de actividad laboral o profesional relacionada con el ámbito funcional de la agencia.

29. Que deberán ser personas de reconocida competencia que cumplan las condiciones de idoneidad, honorabilidad, independencia y profesionalidad necesarias para ejercer el

elección del candidato o candidatos que deberá ser aprobado mediante votación por mayoría de tres quintas partes de sus miembros. Y, al igual que en el caso catalán, si no obtiene la mayoría requerida, se someterá a una segunda votación, en una siguiente sesión plenaria a celebrar en un plazo no inferior a quince días, en la que requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la cámara para ser elegido o elegida. Igualmente, existen unas normas muy estrictas en cuanto al régimen de incompatibilidades y cese.

4. La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, se crea dicha oficina como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, que actuará con objetividad, profesionalidad, sometimiento al ordenamiento jurídico y plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias³⁰.

Su ámbito de actuación abarca al conjunto de instituciones que conforman la Comunidad Foral, incluyendo Universidades o partidos políticos y asimilados. Asimismo, la Oficina puede actuar sobre empresas y entidades privadas y personas físicas en función de su relación con las Administraciones, esto es, en el caso de que dicha participación sea inferior al 50 %, el ámbito de actuación de la Oficina se extenderá al control de las actividades de gestión de servicios públicos, de ejecución de obras pública, de asistencia o suministro, a cuenta del sector público de Navarra.

Finalmente, y en cuanto a la organización, el director o directora es elegido por el Parlamento de Navarra entre ciudadanos mayores de edad que disfruten del pleno uso de sus derechos civiles y políticos y cumplan las condiciones de idoneidad, arraigo, probidad y profesionalidad necesarias para ejercer el

cargo y que estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas, o que pertenezcan a un cuerpo funcional adscrito al subgrupo de titulación A1 y cuenten con más de diez años de experiencia profesional acreditada; asimismo, los elegidos o las elegidas deberán tener vecindad administrativa en las Illes Balears.

30. Debe ponerse de relieve que la propia norma de creación de esta Oficina advierte en su artículo 10 que, en cualquier caso, las funciones de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan a la Cámara de Comptos de Navarra, al Defensor del Pueblo de Navarra u otras instituciones de control y fiscalización. Y, de igual manera, ejercerá sus funciones sin perjuicio de las correspondientes a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. Sin duda, y como oportunamente se apuntó, es una tónica general en la mayor parte de leyes reguladores de estas Oficinas y Agencias como consecuencia de la cantidad de órganos e instituciones con competencias en estas materias y que hemos advertido al principio de este capítulo. La denominada «hiperinstitucionalización» tan criticada por algunos autores se trata de evitar con esas declaraciones que, si bien son oportunas, no creo que resuelvan el problema.

cargo. Deberán estar en posesión de título universitario de grado superior y contar con más de diez años de actividad laboral o profesional relacionada con el puesto a desempeñar, y no podrá estar afiliado a ningún partido político, sindicato o asociación profesional o empresarial. Como puede observarse a simple vista, los requisitos son muchos más que los exigidos, en general, para la ocupación de alto cargo de estas características en otras comunidades autónomas e incluso a nivel estatal con la futura Oficina Independiente.

Las personas candidatas a ocupar el cargo serán propuestas al Parlamento de Navarra por los grupos parlamentarios o por las organizaciones sociales que desarrollen actividad en la Comunidad Foral de Navarra y será elegido por el Pleno del Parlamento de Navarra por mayoría absoluta.

5. La Agencia de Integridad y Ética pública de Aragón

Creada mediante la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, dependerá directamente de las Cortes de Aragón y asumirá las competencias establecidas en dicha ley para la garantía, coordinación e impulso de la integridad y la ética públicas. La agencia tendrá autonomía organizativa plena.

Sus funciones son las propias de las Oficinas antifraude, esto es, la promoción e impulso de medidas que favorezcan la integridad y la ética públicas; asesorar, informar y plantear propuestas a las Cortes y al Gobierno de Aragón, así como a otros colectivos, en materias de su competencia; la evaluación de políticas públicas y disposiciones legales; o la investigación de posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas³¹. Si

31. El artículo 9 de la Ley aragonesa 5/2017, de 1 de junio, señala que:

«La Agencia tendrá las siguientes funciones:

- a) Promover los valores, las condiciones y las buenas prácticas que integran una democracia efectiva.
- b) Estudiar, promover e impulsar cuantas medidas favorezcan la integridad y la ética públicas, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los caudales públicos.
- c) Promover el establecimiento de criterios previos, claros y estables de control en todo momento de la acción pública en coordinación con los órganos y organismos de control interno y externo de la actuación administrativa.
- d) Impulsar la implantación de procedimientos de toma de decisión transparentes y abiertos al escrutinio público.
- e) Colaborar con los órganos competentes en la formación del personal en materia de integridad y ética públicas.
- f) Asesorar, informar y plantear propuestas a las Cortes y al Gobierno de Aragón en las materias de su competencia.
- g) Colaborar en las comisiones de investigación de las Cortes de Aragón, que así se lo demanden de forma expresa, en la elaboración de dictámenes o realizando informes especiales sobre asuntos que estén dentro del ámbito de su competencia.

bien, el artículo 28 especifica que la Agencia, como ya hemos visto en casos anteriores, no podrá suplantar en su actuación a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal ni a las autoridades bajo su mando. Asimismo, y para evitar el choque de competencias, la Agencia no podrá investigar hechos que estén sujetos a investigación de dichas autoridades y deberá cesar en su actuación tan pronto sea requerida por las mismas o tenga conocimiento por cualquier medio de la iniciación por ellas de procedimiento para determinar la relevancia penal de los hechos de que se trate. En tal caso, la Agencia aportará de oficio toda la información de la que disponga y, si fuese requerida para ello, prestará la asistencia y colaboración precisa.

Respecto a la organización de la Agencia, el artículo 11 de la Ley 5/2017 establece que son órganos directivos de la Agencia el director, los subdirectores de evaluación, de investigación y de régimen interior, y la comisión ejecutiva, que estará integrada por el director y los titulares de las subdirecciones. Y es que, en esta Agencia, encontramos una particularidad en su organización respecto a las demás. Como ha advertido MAURI MAJÓS, «no se basa en el sistema de un órgano único acompañado de un órgano unipersonal auxiliar, sino que se estructura en un órgano complejo integrado por el director y los subdirectores de evaluación e investigación y de régimen interior, que integran una comisión ejecutiva conformada por tres miembros que han de actuar colegiadamente»³².

Respecto a la elección del director de la Agencia, el artículo 13 determina que será elegido por el Pleno de las Cortes por mayoría de tres quintos, y sus subdirectores también por este órgano por mayoría absoluta, a propuesta del director. En ambos casos, se requiere que comparezcan previamente ante la Comisión correspondiente de las Cortes de Aragón con el fin de que esta pueda informarse de su idoneidad para el cargo. Para apreciar esta idoneidad, la Comisión atenderá a cuestiones relativas a formación, experiencia,

h) Asesorar, elaborar informes y formular propuestas y recomendaciones a las instituciones y colectivos que considere oportunos.

i) Asesorar, elaborar informes y formular propuestas y recomendaciones que sean necesarias en relación con la evaluación de políticas públicas como instrumento para garantizar su adecuado diseño y ejecución.

j) Implantar y gestionar el registro de lobbies de Aragón.

k) Actuar contra el fraude, la corrupción, el clientelismo y cualquier otra actuación que, en perjuicio de los intereses generales, infrinja los códigos de conducta y de buen gobierno.

l) Investigar o inspeccionar posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio propio de informaciones derivadas de sus funciones públicas.

m) Cuantas otras atribuciones le sean asignadas por ley».

32. MAURI MAJÓS, J. (2022): «El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción», en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, p. 258.

trayectoria y ética profesional. El mandato del director será de cinco años, con posibilidad de renovación por un año, y el de los subdirectores, por el mismo tiempo que el director que los nombró.

6. La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción

Esta Oficina fue creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, y se constituye como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscribiéndose, en la misma línea seguida en otros casos, al Parlamento de Andalucía.

Debido a que es la última que hasta ahora se ha creado lo cierto es que la normativa dictada ha sido capaz de recoger con éxito la experiencia de las otras Oficinas y Agencias mejorando en algunos aspectos a las legislaciones más avanzadas en esta materia. De esta forma, puede decirse que tanto su organización como funcionamiento y potestades, así como la protección a la persona denunciante, son muy parecidas a las establecidas en la AVAF, aunque incorpora potestades sancionadoras no sólo en cuanto al ejercicio de sus competencias sino, más allá de éstas, en materia de incompatibilidades y conflictos de intereses. Las potestades de investigación e inspección, función clave junto a las funciones preventivas son con carácter general similares a las de otras Oficinas autonómicas.

La dirección de la Oficina será elegida por el Pleno del Parlamento, mediante votación por mayoría de tres quintas partes entre personas de reconocida competencia que cumplan las condiciones de idoneidad, honorabilidad, independencia y profesionalidad necesarias para ejercer el cargo y que estén en posesión de una titulación universitaria idónea para las funciones atribuidas, debiendo poseer más de diez años de experiencia profesional acreditada relacionada con la prevención y lucha contra el fraude, la corrupción y el conflicto de intereses. En el caso de que no se obtuviera la mayoría requerida, se someterá a una segunda votación en un plazo no inferior a quince días, requiriéndose la mayoría absoluta de las personas que compongan el Parlamento de Andalucía.

Los candidatos para dirigir la Oficina serán propuestas por los grupos parlamentarios a la Mesa del Parlamento. Las personas candidatas deberán comparecer ante la comisión parlamentaria correspondiente, con el fin de que se examine si su experiencia, formación y capacidad son las adecuadas para el cargo. Una vez evaluadas, la Presidencia del Parlamento someterá al Pleno la elección de las candidaturas.

La dirección de la Oficina ejercerá el cargo con plena independencia, inamovilidad y objetividad en el desarrollo de las funciones y en el ámbito de las competencias propias y actuará siempre con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

IV. Conclusiones y propuestas

Tras haber intentado realizar un estudio de los distintos canales externos de denuncia existentes en nuestro país para luchar contra la corrupción, debemos preguntarnos a continuación por la idoneidad de la organización hasta ahora establecida. Y es que si atendemos a lo acontecido hasta el momento no parece que haya duda de que el protagonismo en la lucha contra la corrupción ha correspondido a las instituciones de tipo penal, o jurisdiccionales (jueces y fiscalía anticorrupción), o a las unidades operativas de los cuerpos policiales establecidas en esta materia (la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Nacional y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil), lo que pugna con una adecuada gestión del buen gobierno y la buena administración en el que, como ha puesto de relieve COSTA GONÇALVES, la Administración pública, y el Derecho administrativo, han de tener un papel relevante³³.

Lo cierto, y creo que es lo primero que ha de reconocerse, es que la construcción del sistema de integridad español se ha realizado, permítaseme la expresión, a *borbotones*. A impulsos de casos de corrupción que obligaron, aun cuando éstas hayan sido inefectivas, a tomar medidas como las que se adoptaron en 2013 con la normativa de buen gobierno estatal y las sucesivas normas autonómicas en la materia. O como las adoptadas a propósito de la ejecución de los fondos europeos *next generation*. O, por poner un último ejemplo, como ha acontecido con la recientemente aprobada normativa de protección del denunciante por haber transcurrido el plazo para la trasposición de la Directiva europea de protección del denunciante que, además y por si fuera poco, no duda en confesar, a diferencia de otros países europeos (a título de ejemplo Portugal), en su DA 5.ª de la Ley 2/2023 que el Gobierno, en el plazo máximo de 18 meses a contar desde la entrada en vigor de la 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

33. Explica dicho autor COSTA GONÇALVES, «Direito Administrativo e criminalidade administrativa» en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, pág. 73 que «nuestro propósito radica en tratar de comprender la posible tarea y responsabilidad del Derecho Administrativo en materia de criminalidad administrativa. Plantear el problema cobra un perfecto sentido, una vez establecido el prepuesto de que se trata de un fenómeno delictivo que nace o que, al menos, crece dentro de la Administración Pública, dentro del propio sistema administrativo. Pues bien, dado que el Derecho Administrativo tiene la condición particular de ser el “Derecho de la Administración Pública”, es razonable suponer que se le asigne un papel relevante en el “combate” a la criminalidad administrativa. Se trata ciertamente de un “combate” que operará en un plano diferente al que opera el Derecho Penal, pero que se muestra tan necesario y quizás, incluso, más eficaz que la represión penal».

se hayan encontrado en ese periodo de tiempo». Grosso modo, primero se adoptan las medidas y, con posterioridad se aprueba la estrategia³⁴.

Y, claro está, realizado así algunas deficiencias tiene el modelo finalmente resultante. Entre ellas, y en forma relevante debe ser destacado, con una suma de instituciones operando en un concreto sector, la integridad pública, sin una precisa delimitación de funciones y una adecuada coordinación entre las mismas. A modo de descargo cabe decir, ciertamente, que, en el marco constitucional español, con niveles territoriales dotados de autonomía organizativa y competencial sobre los temas relativos a la integridad, al buen gobierno y a la buena administración, no cabe duda de la existencia de competencia estatal, autonómica, pero inclusive local en la materia lo que es determinante para la complejidad del sistema a establecer y su necesaria, precisa y cuidada coordinación. Bien es cierto que su complejidad finalmente no es solo producto de nuestro esquema de gobierno multinivel y también cabe detectar otras circunstancias que han coadyuvado a ello³⁵.

La clave, sin embargo, será acertar en la delimitación de funciones entre los distintos órganos y entes que nos muestra ese escenario, su debida coordinación y, muy destacadamente, que finalmente la organización establecida ofrezca como resultado capacidades institucionales, tanto en la vertiente preventiva como en la que hemos denominado reactiva, para hacer frente a los retos que representa la ética y la integridad en el sector público.

34. Ciertamente existe un documento de avance de estrategia (enero 2023), que, ceñido a la AGE, puede consultarse en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:fc-362bf5-ab00-43f3-8ff3-e471dabb0fe0/SISTEMA%20DE%20INTEGRIDAD%20AGE%20V2.1.pdf>

35. Y es que, como observa FERNÁNDEZ AJENJO, «Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación antifraude», *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, 2018, se puede observar «cómo las instituciones que han tenido a su cargo el control han ido orillando sus funciones originarias vinculadas a la lucha contra la corrupción». El Tribunal de Cuentas diseñado tras la Constitución de 1978 ha reemplazado la tradicional misión de censura y enjuiciamiento de las cuentas públicas por la renovada visión de la Declaración de Lima de 1977 de la INTOSAI sobre las Entidades Fiscalizadoras Superiores. En este documento se prioriza la fiscalización de legalidad y operativa, dirigida a coadyuvar en la buena gestión financiera basándose en recomendaciones, sobre la detección de anomalías en la gestión de los fondos públicos, aunque sigue explicando el autor referido que «En todo caso, la norma constitucional es heredera de la visión tradicional del Tribunal de Cuentas y ordena en el artículo 136 que “cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido”. Esto ha motivado en los años 90 un intenso debate que, en el ámbito científico se ha decantado en favor de que la institución juegue un papel clave en la lucha contra la corrupción. Por el contrario, en el seno de la propia institución, ha contado con posturas encontradas, como se puede observar en el número monográfico de la Revista Española de Control Externo de 1999. Como conclusión, mayoritariamente se ha seguido la tesis, en línea con el criterio manifestado en la INTOSAI, de que el papel del Tribunal de Cuentas no era de protagonismo, sino complementario, pues únicamente podía detectar “riesgos Morales”, es decir, advertir de posibles indicios que correspondería investigar a las instituciones represivas».

En cualquier caso, y a partir del análisis de los requerimientos internacionales, la experiencia comparada y lo ya realizado en el ámbito autonómico creo que los desafíos del sistema a establecer se centran en cuatro elementos o factores principalmente: racionalidad del sistema, independencia, capacidad de impulsar los expedientes sancionadores en materia de buen gobierno y coordinación.

En cuando al primer aspecto se refiere cabe subrayar que, como se ha dejado apuntado, existen distintas soluciones que básicamente se reconducen a dos principalmente. La primera, analizada en el presente trabajo, creando *ad hoc* instituciones especializadas con la necesaria independencia funcional se adscriban o no a las instituciones parlamentarias con capacidad para el impulso de estos expedientes y su resolución. La segunda, que debiera explorarse de forma previa a la anterior para conseguir la mayor racionalidad posible, atribuir dichas funciones a órganos ya existentes que ya cuenten con la necesaria independencia en el ejercicio de sus competencias (a título de ejemplo, Galicia). La amplitud y la diversidad de las funciones que se le atribuyan será una de las claves a tener en cuenta para optar o no por un camino u otro. No es preciso, aunque sería deseable a fin de facilitar su coordinación, un modelo único en los distintos niveles territoriales, pero en cualquier caso mucho más relevante que la unidad de la solución adoptada será que el resultado final sea un modelo que funcione, tanto en lo que se refiere a la vertiente preventiva, como en la reactiva o sancionadora. En cualquier caso, y ya se opte por una u otra solución, creo que es urgente integrar dentro de estos organismos cualquier otro órgano que asuma funciones en esta materia (cómo por ejemplo acontece, en el nivel estatal, con el servicio nacional de coordinación antifraude o la oficina de conflicto de intereses).

Si bien, y como se acaba de apuntar, existen distintos entes que tienen entre sus funciones el control externo de los entes públicos en sus diferentes facetas y que podrían asumir estas funciones, lo cierto es que el hecho de que haya un organismo específicamente destinado a esta labor —las Agencias Anti-fraude— ha ido demostrando en la experiencia práctica de la que ya se tienen ciertas evidencias que éste puede ser un instrumento muy útil en la vertiente preventiva sobre todo, en la investigadora (recibiendo denuncias como canal externo), aunque también, y al menos en mi opinión, en materia represiva, mediante la atribución a estos organismos de la potestad sancionadora para la represión de aquellas conductas que atenten contra los principios y valores que protegen los distintos tipos infractores en materia de buen gobierno que, como puede comprobarse en las normas hasta ahora dictadas, atribuyen esta función con una cierta candidez a órganos de la Administración activa sin independencia alguna y que, aún más puede decirse, pueden resultar afectados por esa responsabilidad lo que los hace absolutamente inoperantes³⁶.

36. Y es que, como ha indicado CERRILLO I MARTÍNEZ, «Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración Local», *Anuario de Gobierno Local 2011, 2012*, refi-

Con relación al segundo factor antes aludido, creo que lo hasta aquí expuesto pone de relieve que, sin perjuicio de mejoras que podrían realizarse a la vista de las distintas soluciones que se ofrecen en este tipo de organismos, lo cierto es que se ha avanzado notoriamente en este concreto aspecto al menos en lo que se refiere a los canales externos de denuncias. Todo es mejorable, ciertamente, pero de lo hasta aquí expuesto estimo que se ha establecido un marco muy aceptable que debería, eso sí y en aquellos casos que así no sucede, completarse con la dependencia de los órganos parlamentarios de estas instituciones en aquellos casos en que así no acontece.

Si nos referimos al tercer factor, y como muestra la experiencia ya conocida sobre el inicio de los procedimientos sancionadores en materia de buen gobierno, es preciso poner de relieve que la dependencia del inicio de éstos de órganos, colegiados o unipersonales, con responsabilidades de gobierno no parece que haya funcionado de forma efectiva. En realidad, y de nuevo ha de reconocerse, no ha funcionado y basta, a estos efectos, ver los informes del Tribunal de Cuentas en la materia³⁷. La ausencia de aplicación del sistema sancionador instaurado en esta materia a partir de 2013 es la mejor muestra de ello. En este sentido, y a fin de hacer efectiva la independencia en el ejercicio de estas funciones³⁸, sería preciso explorar radicar dichas competencias en los entes garantes de la integridad que dotados de independencia funcional podrían, con mayor eficiencia, asumir esa vertiente reactiva también necesaria en un sistema de integridad pública.

El último desafío a abordar, y no es menor, es la precisa coordinación entre las instituciones de control existentes ya se trate de órganos especializados en el control económico-financiero (Tribunal de Cuentas y Cámaras de Cuentas), en la defensa de los derechos de la ciudadanía (Defensor del Pueblo y similares), en la protección de principios y valores atinentes al buen gobierno

riéndose a los organismos de transparencia y su incidencia para evitar la corrupción, «De todos modos, y al margen del alcance que estos mecanismos puedan tener en la práctica, no se puede desconocer la limitación de la eficacia de la transparencia administrativa como instrumento para luchar contra la corrupción, en la medida en que en numerosas ocasiones su impulso corre a cargo de las mismas instituciones o responsables que participan en estas actividades».

37. Puede verse, a estos efectos, el Informe sobre fiscalización del cumplimiento de la LTBG por las entidades locales, de 22 de diciembre de 2020 (número 1418).
38. En opinión de JIMÉNEZ ASENSIO, «La arquitectura institucional de la integridad en España», *Blog de la AVAF*, «En verdad, para que haya independencia funcional de un órgano se tienen que dar, al menos, las siguientes premisas: a) Que el nombramiento no se produzca por libre nombramiento o designación ni pueda comportar libre cese (durante el período de su mandato o ejercicio no pueda ser cesado más que por causas tasadas); b) Que en el proceso de designación se valoren objetivamente los méritos y competencias de los diferentes candidatos; y c) Que el órgano no esté dentro de la estructura jerárquica (goce, al menos, de un estatus efectivo de autonomía funcional) de los departamentos ministeriales ni esté sometido a directrices o subordinado a otros órganos». (Disponible en <https://www.antifraucv.es/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-integridad-en-espana/>).

(Consejos de Transparencia), o de órganos internos cómo las inspecciones de servicio, etc., con estos nuevos entes. Pero ello requiere de algo más que declaraciones normativas de carácter volitivo, de las que dábamos cuenta con anterioridad, que es lo que se ha realizado hasta ahora. Requiere mucho más. Exige la delimitación de funciones con esos órganos y muy especialmente la articulación de instrumentos de coordinación entre los mismos. Al respecto, y como una medida a adoptar, me atrevo a proponer la creación de una instancia no personificada en la que participen esos distintos organismos existentes que establezca lineamientos en el ejercicio de las funciones de control que se ejercen, refuerce la cooperación en el ejercicio de sus funciones y evite al fin ese escenario de «jungla de los controles» como a veces se ha denominado a la situación existente en esta materia³⁹.

V. Bibliografía

BENÍTEZ PALMA, «La convivencia entre los Órganos de Control Externo (OCEX) y las Agencias Autonómicas de Prevención y Lucha contra la Corrupción», *Auditoría Pública*, núm. 69, 2017.

BETANCOR, «Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, causas, consecuencias, reacciones y autoridades», en el vol. col. dirigido por el propio autor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2017.

CERRILLO I MARTÍNEZ, «Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración Local», *Anuario de Gobierno Local* 2011, 2012.

COSTA GONÇALVES, en «Direito Administrativo e criminalidade administrativa» en el libro colectivo coordinado por CASTILLO BLANCO, F.A. *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020.

FERNÁNDEZ AJENJO, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2009.

39. En la estrategia que se prepara en la AGE se contempla una Comisión de Integridad Pública con las funciones de elaborar el plan anual y la memoria anual de seguimiento del sistema de integridad de la AGE para su elevación a Consejo de Ministros, así como adoptar nuevos instrumentos o introducir modificaciones en los existentes a propuesta de los comités departamentales. Y es que, para la coordinación de las acciones en materia de integridad, se pivota sobre los departamentos ministeriales. La propuesta que se realiza en este trabajo, y sin perjuicio de ese instrumento, es de mayor alcance y englobaría a todos los órganos y entes dedicados al buen gobierno. Cabe referirse también a las medidas en este aspecto adoptadas en Galicia que pueden consultarse en: <https://ficheiros-web.xunta.gal/plans/programa-marco-integridade-institucional-cas.pdf>

- FERNÁNDEZ AJENJO**, «El papel del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude en el proceso de lucha contra la corrupción», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (RITI), 2017.
- FERNÁNDEZ AJENJO**, «Problemas y soluciones frente al uso populista del Estado de Derecho: Agencias anticorrupción y servicios de coordinación anti-fraude», *Actas del X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Madrid, 2018.
- GARRIDO JUNCAL**, «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 12, octubre-marzo 2019.
- JIMÉNEZ ASENSIO**, «La arquitectura institucional de la integridad en España», *Blog de la AVAF*.
- MAURI MAJÓS**, «El perfil institucional de las agencias y oficinas contra el fraude y la corrupción. En particular, el caso de la oficina andaluza contra el fraude y la corrupción», en el vol. col. dirigido por CASTILLO BLANCO, F.A., FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II): Smart Regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2022.
- MIRANZO DÍAZ**, «La nueva Directiva de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49, 2019.
- PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS**, *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- PONCE SOLÉ**, «Las Agencias Anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3, 2017.
- RUBIO LLORENTE**, *La forma del poder: Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUÍZ DE APODACA ESPINOSA**, «Elementos preventivos de la corrupción en Los procedimientos administrativos autorizatorios», En El Vol. Col. Dirigido POR BETANCOR, A. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2017.
- SÁENZ DE ORMIJANA VALDÉS**, *El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (AFCOS)*. Madrid: Seminario sobre medidas contra el fraude y la corrupción en los Fondos EIE (18 de noviembre de 2014).
- SÁNCHEZ MORÓN**, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- SIERRA RODRÍGUEZ**, «Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020.

COMPLIANCE AMBIENTAL DIGITAL

Isabel Hernández San Juan

*Profesora de Derecho Administrativo (Acreditada a profesora Titular de Universidad)
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. COMPLIANCE. II. EL COMPLIANCE AMBIENTAL. III. EL ARRAIGADO INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO AMBIENTAL. IV. POSIBILIDADES DE LA DIGITALIZACIÓN PARA MEJORAR LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL EN EL COMPLIANCE AMBIENTAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVE: compliance ambiental, cumplimiento normativo ambiental.

KEYWORDS: environmental compliance.

I. Compliance

El vocablo inglés *compliance* es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, y, sin embargo, se utiliza profusamente. El término español equivalente es cumplimiento normativo o, simplemente, cumplimiento y son alternativas preferibles al anglicismo *compliance*, término usado para referirse a los sistemas de detección de infracciones en las empresas¹.

FORTES MARTÍN señala que es un concepto del que se carece de un término equivalente en castellano y que ha venido a identificarse con los programas

-
1. La Fundación del Español Urgente (Fundéu), así lo señala. Igualmente indica que la expresión *compliance officer* puede sustituirse por responsable/director de cumplimiento normativo. En los medios de comunicación aparece con frecuencia la voz inglesa: «los consultores corporativos aconsejan aplicar manuales de buenas prácticas empresarias y conducta, así como departamentos de *compliance*» o «diferentes expertos analizaron en profundidad la función de sus programas de *compliance*». «El *Diccionario de expresiones y términos económicos y financieros*, de Juan Ramón del Pozo, señala que la traducción de *compliance* es *cumplimiento*, sustantivo derivado del verbo cumplir, que la Academia define como “hacer aquello que se debe o a lo que se está obligado”. Asimismo, puede resultar adecuado emplear el término observancia, que, pese a tener menos uso, recoge igualmente en su significado (“cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla”)).

de cumplimiento normativo propios de la práctica empresarial privada. La instauración de programas de cumplimiento normativo al sector público, bautizada como *public compliance*, transita de forma híbrida entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, proyectándose sobre la reputación de la organización y los agentes públicos (empleados públicos y cargos políticos). El objetivo último del *public compliance* no es otro que incentivar conductas y comportamientos adecuados en la gestión pública de cara a la evitación del fraude mediante la apuesta por el fomento de valores como la objetividad, la integridad, la rendición de cuentas (*accountability*) mediante el establecimiento de códigos de conducta y canales internos de denuncia, que coadyuven a mantener la confianza ciudadana en las instituciones públicas. El *public compliance* encuentra reflejo, sobre todo, en materia de contratación pública y también en urbanismo. Y se evidencia como una fórmula de control y de vigilancia ante eventuales conductas fraudulentas dentro de la Administración a partir de una nueva cultura por el respeto al Derecho con el fin último de preservar la integridad administrativa y prevenir, principalmente, los casos de corrupción².

Para una profundización en sus orígenes y evolución, es de gran interés el estudio de RASTROLLO SUÁREZ que explica las grandes transformaciones que ha sufrido en las últimas décadas la función administrativa de inspección, tradicionalmente definida como la destinada al mantenimiento del orden público y profundamente vinculada al concepto de soberanía. Con el paso del tiempo y el incremento de la complejidad social se han multiplicado tanto los escenarios en los que la Administración debe intervenir, adoptando diversos instrumentos para inspeccionar, regular y controlar, como los obstáculos que le impiden poder hacerlo utilizando las herramientas tradicionales. Y es que, a ese incremento de la complejidad, hay que sumarle una creciente carencia de medios para hacer frente a la función encomendada³.

O también, DARNACULLETA i GARDELLA que avanza que los programas de cumplimiento penal, sin embargo, tienen una finalidad limitada, no solo porque únicamente intentan evitar que se incurra en el catálogo de delitos penales previstos para las personas jurídicas —entre los que destacan los delitos económicos como el soborno, la estafa, el blanqueo de capitales, el contrabando o el delito fiscal—, sino también porque no se ocupan de los riesgos reputacionales que puede acarrear el incumplimiento de la legislación sectorial en materia laboral, tributaria, financiera o medioambiental. Por ello es necesario señalar que un programa de cumplimiento normativo tiene, por definición, una vocación más amplia que un programa de cumplimiento penal, puesto

2. FORTES MARTÍN, A., *Manual de Derecho administrativo*, (directores: VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA GARDELLA, M.), Marcial Pons, 2023. Págs. 850 y ss.

3. RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «La proyección de la técnica europea del compliance y su aplicación al derecho urbanístico». *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo* núm. 195/2018, pp. 241-265.

que se ocupa de gestionar el riesgo reputacional empresarial en su conjunto, incorporando mecanismos internos de control del cumplimiento de toda la legislación vigente y, en su caso, también de los códigos éticos y las demás normas internas de la empresa. En este sentido, el término *compliance* proviene del verbo en inglés *to comply with* y alude a los mecanismos que garantizan que una determinada actividad «cumple con» o de se desarrolla «conforme a» las normas de *hard law* y de *soft law* que la regulan⁴.

II. El *compliance* ambiental

No es necesario insistir en el alto nivel de tolerancia administrativa que se viene produciendo en España sobre las prescripciones y obligaciones ambientales, que con frecuencia acaban constituyendo verdaderas infracciones. Lógicamente esa tolerancia se produce porque en el binomio constituido por el que «infringe», por una parte, y el que «tolera», por otra, es la Administración tolerante, la parte posiblemente más negativamente responsable. Y ello tiene un sólido fundamento: no olvidemos que en España el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución, atribuye directamente a la Administración, y no a los particulares, la gestión de los recursos naturales. Si la Administración no lleva a cabo adecuadamente esa gestión, tolerando irregularidades, sin duda se produce no sólo la vulneración de un principio constitucional, sino también una infracción que podrá ser administrativa o incluso penal. «...la actitud de desidia y abandono, durante años, de las Administraciones Públicas españolas para con la protección ambiental, es tildada con términos tales como los que van desde *ineficaz*, *escasa*, *nula en su voluntad de cooperación*, *cuando no de dejación del cumplimiento de sus obligaciones*; términos que han sido recogidos, con expresiones del tipo señalado, desde en Circulares de la Fiscalía General del Estado como la 1/1990, en diferentes Memorias de la Fiscalía, hasta sentencias del Tribunal Supremo, como la de 30 de noviembre de 1990, sobre emisiones de la Central Térmica de Cercs. Ejemplos hay varios; desde la contaminación de la Bahía de Portman en Murcia, o del Mar Menor como asunto más recientemente conocido, a la lluvia ácida de la Comarca de Els Ports, en Castellón, proveniente de las emisiones de la Central Térmica de Endesa⁵».

Si por algo se caracteriza el mundo de las infracciones ambientales es no solamente por su extensión, sino también por su indefinición e inestabilidad. Su extensión es evidente dado que sobrepasa con creces muchas otras dis-

4. DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Consideraciones críticas sobre el public compliance como instrumento de gestión de la desconfianza». *LA LEY compliance penal*, N.º 6, Julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer.

5. VERCHER NOGUERA, A., *Hannah Arendt, Derecho y Medio Ambiente*. Diario LA LEY, N.º 10334, Julio de 2023, Editorial LA LEY. VERCHER NOGUERA es Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo y Presidente del Consejo Consultivo de Fiscales del Consejo de Europa.

posiciones legales cotidianas que regulan nuestra vida diaria. Y su dificultad es incuestionable, ya que no es ni simple ni asequible. Además, sus límites son imprecisos y tiene demasiadas lagunas y excesivas inconcreciones, lo que hace que su eficacia esté muy lejos de lo debido. Es muy simple, si no tenemos un sistema que deje clarificada y delimitada la perspectiva infractora ambiental, amén de sus sanciones, jamás podrá ser eficaz. Tan sencillo como eso. Lo peor es que los preceptos ambientales, a diferencia de otros muchos, buscan algo tan elemental como asegurar nuestra supervivencia, sin que parezca que valoremos, ni remotamente, su importancia. Realmente parece que, en todo caso, la única certeza es la incertidumbre⁶.

ESTEVE PARDO ha señalado sobre el control ambiental problemas derivados de la ausencia de un procedimiento administrativo específico en materia de inspección y control ambiental. El resultado de esta ausencia de un procedimiento general es la regulación, allí donde existe, y generalmente de origen autonómico, de trámites parciales de la actividad inspectora. En cualquier caso, la ausencia de referencias básicas se traduce en problemas que se hacen patentes, sobre todo cuando esas actuaciones de inspección y sus resultados, en forma de pruebas e informes, se hacen valer en procesos judiciales, sin que sea infrecuente la declaración de nulidad de esas actuaciones o la no atribución a las mismas de valor probatorio⁷.

En cuanto a la observancia o cumplimiento de la normativa referida a la protección ambiental, puede entenderse como la efectividad de las normas destinadas a la tutela del medio ambiente. Desde muy temprano Europa reconoce la necesidad de una política unitaria en materia de aplicación, cumplimiento y seguimiento. La legislación de la Unión viene desarrollándose desde la década de 1970. En este ámbito están actualmente en vigor cientos de directivas, reglamentos y decisiones. Sin embargo, la eficacia de la política medioambiental de la Unión depende en gran medida de su aplicación a escala nacional, regional y local, y su aplicación y ejecución deficientes siguen siendo una cuestión importante. El seguimiento es esencial, tanto por lo que se refiere al estado del medio ambiente como al nivel de aplicación de la legislación medioambiental de la Unión⁸.

El Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, desarrolla un procedimiento general de determinación y repercusión de las responsabilidades

6. VERCHER NOGUERA, A., *Delincuencia ambiental y empresas*. Marcial Pons, 2022. Págs. 102 y 103.

7. ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*. 5.ª edición, Marcial Pons, 2022. Pág. 60.

8. Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente. Diario Oficial n° C 112 de 20/12/1973.

derivadas de los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea. La existencia de dicho procedimiento supone una gran novedad en el ordenamiento jurídico español, ya que hasta la fecha sólo existían regulaciones dispersas y de carácter sectorial en materias tales como la gestión de fondos, entre otras. La disposición adicional tercera del citado Real Decreto determina que «el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, elevará anualmente al Consejo de Ministros un informe, que será público, sobre las comunicaciones recibidas de actos, sentencias, o decisiones de las instituciones europeas por las que se sancione al Reino de España por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, los procedimientos iniciados, los resueltos y el estado de ejecución de las resoluciones dictadas al amparo del presente Real Decreto». Así, el informe de 2014 es el primero de los informes elaborados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas según se dispone en la disposición adicional tercera del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio⁹.

Desde el lado del derecho penal, la Directiva sobre los delitos contra el medio ambiente tiene por objeto proteger el medio ambiente a través del Derecho penal, la imposición de sanciones adecuadas y la cooperación transfronteriza. La Comisión evaluó recientemente la Directiva y llegó a la conclusión de que no ha cumplido sus objetivos. Una nueva iniciativa revisará principalmente el ámbito de aplicación de la Directiva, los tipos y niveles de las sanciones, la cooperación judicial, la delincuencia organizada, la recogida de datos estadísticos y la aplicación práctica de la ley¹⁰.

Sin duda alguna, la novedad más importante que se registra en la actividad de control ambiental es el desarrollo de las fórmulas e instancias de autorregulación que tienen una modalidad característica, obvia por lo demás, cual es el autocontrol ambiental. Destacando como fórmulas específicas de autocontrol los sistemas de gestión ambiental y las ecoauditorías. El propio Derecho europeo establece un marco general para la constitución y desarrollo de ambas fórmulas, pero la dinámica y funcionalidad de las mismas se anima y justifica en la autorregulación. No es infrecuente que cuando las normas jurídicas tratan y regulan la inspección ambiental, o aspectos sectoriales de la misma, se remitan ya a las fórmulas de autocontrol a las que explícitamente acaban por trasladar estas funciones. Así, algunas leyes autonómicas establecen, para buena parte de las instalaciones que contemplan, un régimen de «control periódico de carácter ambiental»; régimen del que quedan exentas «las actividades que estén acogidas al sistema de ecogestión y ecoauditoría de la Unión Europea». Otra novedad muy relevante en materia de control ambiental es el creciente protagonismo de sujetos y organismos privados

9. Pueden consultarse todos los informes, aquí. https://mpt.gob.es/politica-territorial/internacional/ue/Respons_Incump_DchoUE.html

10. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE, COM/2021/851 final. Accesible, aquí.

que realizan funciones de control técnico y cuyos resultados y declaraciones adquieren significación pública al ser reconocidos como tales por los poderes públicos. Aunque no se trata propiamente de fórmulas de autorregulación, su sentido y operatividad están muy ligados al fenómeno autorregulador y, por ello mismo, los rasgos fundamentales de estas instancias privadas de control técnico y de sus funciones, que ganan una especial significación cuando se les atribuye un carácter público que exime de la intervención administrativa, se exponen en el anterior capítulo de esta obra dedicado a las fórmulas de autorregulación en el Derecho medioambiental. En este segmento, que se ha dilatado considerablemente en los últimos tiempos, operan toda una serie de entidades privadas que desarrollan actividades de certificación y acreditación de la normativa ambiental y de sus exigencias técnicas. Aunque se trata de entidades inequívocamente privadas, en ciertos casos ejercen, mediante la habilitación oportuna, auténticas funciones públicas. Por otro lado, las fórmulas de intervención reflexiva, como la comunicación ambiental —fórmula que, como ya nos consta, se prevé por algunas normas en ciertos casos—, sabemos que son activadas y resueltas por los propios sujetos privados promotores de una actividad e instalación. Por ello mismo, quien está más interesado y capacitado para realizar los controles ambientales es el propio titular de la instalación, que depende en último término de la comunicación por él mismo emitida. Es así como el autocontrol ambiental encuentra también un importante ámbito de desarrollo en torno a estas novedosas fórmulas reflexivas¹¹.

Con la reciente ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción¹², se transpone la Directiva sobre el particular. La más importante

11. *Op. cit.*: ESTEVE PARDO, J., *Derecho...* pág. 61. La tendencia a fórmulas de autocontrol. Los estándares ambientales tienen una extensa regulación en la tradición de protección ambiental europea. La temprana ordenación a través del Reglamento EMAS 1836/1993 (Eco-Management and Audit Scheme), introdujo una herramienta para la política ambiental hacia la consecución del objetivo de desarrollo sostenible. En la actualidad, con el Green Deal, el sistema EMAS ha sufrido una evolución y hoy se dispone de un grupo normativo EMAS que está formado por el Reglamento (CE) N.º 1221/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión. El Reglamento (UE) 2017/1505 DE LA COMISIÓN de 28 de agosto de 2017 por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales y el Reglamento (UE) 2018/2026 DE LA COMISIÓN de 19 de diciembre de 2018 que modifica el anexo IV del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

12. 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. Publicado en: «BOE» núm. 44, de 21/02/2023. Entrada en vigor: 13/03/2023.

modificación operada por la nueva ley es la de las prohibiciones de contratar de la legislación estatal de contratos de 2017. En el sentido se da una nueva redacción al apartado b) del art. 71.1¹³:

«b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto; o por las infracciones muy graves previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción».

Dado que esa prohibición puede resultar muy gravosa tanto para las personas o empresas afectadas, como para el propio interés público, por el efecto de reducir el número de participantes en la licitación pública, la propia ley contempla la posibilidad de modular las prohibiciones, dejándolas sin efecto, si el operador económico se redime de su responsabilidad mediante el pago de una indemnización económica o la adopción de medidas que resarzan el incumplimiento e impidan de modo efectivo que éste se vuelva a producir. Ese tipo de medidas, que se denominan «medidas de autocorrección» o *self-cleaning*, aparecen recogidas por primera vez en nuestra legislación en el artículo 72.5 de la Ley de Contratos del Sector Público y no han sido quizás objeto de la atención que merecen por la relevancia que pueden llegar a tener en el ámbito de la contratación pública como mecanismo preventivo de conductas irregulares o de fomento de regulación interna en cada organización. El artículo 72.5 de la LCSP establece en su segundo párrafo que «no procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido decla-

13. Disposición final sexta. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

radas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia». A lo anterior añade el precepto tres reglas: «(i) la autocorrección del operador es posible sea cual sea el motivo de la prohibición, salvo cuando la causa sea la condena mediante sentencia firme por los delitos contemplados en el artículo 71.1 a) (terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, etc.); (ii) la prohibición puede dejarse sin efecto no sólo en el trámite de audiencia del propio procedimiento instruido para determinar la prohibición, sino que también puede ser revisada, una vez declarada la prohibición, en cualquier momento de su vigencia, si se acredita la adopción de las medidas pertinentes y (iii) la competencia para revisar la prohibición de contratar corresponde al mismo órgano que declaró la prohibición»¹⁴.

Si bien RASTROLLO SUÁREZ ha destacado que la introducción de la figura del *compliance* como posible causa para el levantamiento de las sanciones en las que incurrirían los contratistas que hubieran cometido determinados actos ilícitos, introduce una serie de incógnitas en el ámbito del urbanismo que requerirían una regulación pormenorizada. En relación a la planificación urbanística, se nos plantea la duda de si la introducción de la figura supone, en el marco del contrato de servicios o del concurso de proyectos, una desincentivación de los particulares a participar activamente en la elaboración del planeamiento, lo que contraría un principio fundamental del Derecho urbanístico, que a diferencia de las empresas dedicadas profesionalmente a esta actividad no cuentan con los medios para conformar programas de esta naturaleza. Entendemos por ello que resultaría conveniente adaptar la excepción prevista a la situación de los particulares interesados en participar en la elaboración del planeamiento, contemplando la posibilidad de vincular dichas medidas a la petición de auxilio a empresas dedicadas profesionalmente a la actividad o la superación de cursos de formación. En relación a la ejecución del planeamiento y en el marco del contrato de obra entendemos que estaría capacitado para comprobar la validez de las medidas de *compliance*, con independencia del sistema de ejecución escogido, el Ayuntamiento. Parece lógico que dicha potestad no puede ni debe recaer ni en Juntas de compensación ni en urbanizadores privados, en tanto que supondría la usurpación por entes ajenos a la Administración de una función pública. En materia de disciplina urbanística cabe, ante la falta de previsión expresa y la evolución observada en el ámbito de la legislación urbanística autonómica, reclamar la conformación de órganos independientes encarga-

14. BAÑO ABOGADOS: Medidas de autocorrección como «antídoto» a las prohibiciones de contratar. Baño León. 6 junio, 2022. Contratos Públicos e Infraestructuras.

dos de evaluar si las «medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas» adoptadas por la empresa contratista en desarrollo de una acción urbanizadora son apropiadas en ese ámbito concreto: el del urbanismo. En tal sentido cabe reclamar la atribución expresa de tales funciones bien a una sección especializada dentro de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, configurada en la Ley 9/2017 o, en los ámbitos específicos autonómico y urbanístico, a órganos similares a la Agencia de protección de la legalidad urbanística, contemplada en la Ley urbanística gallega¹⁵.

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, ordena un complejo dispositivo de comunicación de informaciones y, en su caso, de protección a los informantes. Ahora bien, este dispositivo no es apto para comunicar cualquier incumplimiento legal, sino que está limitado a un doble ámbito material que se superpone: de un lado, el ámbito material referido a determinadas infracciones del Derecho de la Unión Europea; y, de otro lado, el ámbito relativo a las infracciones del ordenamiento español. Sin ánimo de profundizar, esta norma es importante pues de acuerdo con la Ley 2/2023 —art. 2.1.a)—, esta protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella de: «Cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea», siempre que tales infracciones se encuadren en alguno de los supuestos siguientes: (...) protección del medio ambiente. En este apartado la relación de normas es amplísima, como lo es el Derecho ambiental europeo. Así, se incluye no solo la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, sino también las normas relativas al medio ambiente y clima (comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables, eficiencia energética), sobre residuos, contaminación atmosférica, marina y sonora, protección y gestión de aguas y suelos, protección de la naturaleza y biodiversidad, entre otras¹⁶.

La doctrina penal afirma que los expertos en control interno señalan que, para la prevención de la corrupción, tan importante resultan los controles financieros, diseñados según los cánones de la auditoría clásica, como el denominado ambiente de control (cultura de la legalidad), para lo que es determinante por ejemplo el compromiso de los dirigentes, la formación, la imposición de sanciones disciplinarias como respuesta a las violaciones del código ético, etc. De este modo, la ausencia de controles específicos sobre

15. *Op. cit.*: RASTROLLO SUÁREZ, J. J., «La proyección...».

16. Para un análisis exhaustivo de la nueva norma, ver: FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación». Número 63 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, mayo 2023).

una determinada transacción o actividad puede compensarse por la existencia de un adecuado ambiente de control o cultura de la legalidad¹⁷.

La reciente ley de 2023 establece como finalidad de esta el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público, llegando a asignar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante la función del fomento y la promoción de la cultura de la información¹⁸.

Si bien es una norma que adolece de defectos de redacción, carece de desarrollo reglamentario y de la creación de la autoridad de cumplimiento, obliga a crear un sistema interno de información dentro de las organizaciones que influirá en los actuales sistemas de gestión de *compliance*. Se incrementa el foco de prevención de las organizaciones, pues en las regulaciones anteriores (2015) estaba sobre todo vinculado al cumplimiento penal y ahora es un programa de cumplimiento más transversal no vinculado estrictamente a lo penal.

Una problemática jurídica particular es la que ha indicado CAPDEFERRO VILLAGRASA sobre el anonimato, pues los canales de denuncia se han extendido considerablemente entre organizaciones públicas y privadas y, con la transposición operada en España de la Directiva 1937/2019, mediante la Ley estatal 2/2023, se consolida y generaliza esta tendencia, con la imposición de obligaciones al respecto. Surge, pues, la necesidad de establecer qué son los buzones o canales de denuncias, qué tipos hay, si existe una obligación de disponer de ellos, qué requisitos deben observar y cómo pueden contribuir a la facilidad de denunciar y a la protección de las personas denunciantes. Los canales de denuncia, entendidos como el cauce para la formulación de comunicaciones referidas a incumplimientos normativos u otras malas prácticas, deben observar ciertos requisitos que faciliten la denuncia, como ser accesibles, proteger la identidad de la persona denunciante e incluso permitir el anonimato¹⁹.

Igualmente crítica se muestra DARNACULLETA i GARDELLA cuando señala que la cuestión de fondo no radica en la existencia o no de canales de denuncia, internos y externos, que favorezcan la delación, sino en la articulación de dichos canales en las estructuras vigentes encargadas de velar por el

17. NIETO MARTÍN, A., «La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración». *REDEPEC: Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, ISSN-e 2990-1022, Vol. 1, N.º 1, 2023. Pág. 23.

18. Art. 1.2 de 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. Publicado en: «BOE» núm. 44, de 21/02/2023. Y artículo 43.5 del mismo texto.

19. CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2023). «Canales de denuncia». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 285-309 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8001> Pág. 301.

cumplimiento de la legislación administrativa y, en su caso, con las creadas específicamente para la prevención de la corrupción. En nuestro ordenamiento jurídico también ha proliferado la instauración de canales de denuncia, principalmente en el seno de los nuevos organismos creados para gestionar los conflictos de interés y la ética pública. Este tipo de organismos, a pesar de tener un perfil distinto del propio de los juristas e interventores de la administración, asumen funciones que vienen siendo tradicionalmente ejercidas, con desiguales resultados en términos de eficacia, por cuerpos de letrados, secretarios, interventores, tribunales de cuentas y defensores del ciudadano. Su creación ha supuesto, pues, en no pocos casos, una duplicación de órganos con funciones equivalentes a las ejercidas por otros previamente existentes, en el contexto temporal en el que ha tenido lugar la mayor reducción histórica del sector público. Si el problema de partida es la insuficiencia de recursos públicos para la prevención de la corrupción, debería ponderarse adecuadamente los resultados que pueden alcanzar unos organismos de nueva creación con escasas funciones decisorias frente a una dotación correcta de medios a los órganos de control de la administración, la fiscalía y la judicatura²⁰.

III. El arraigado incumplimiento del derecho ambiental

En el ámbito de la política medioambiental de la Unión Europea existen importantes déficits de aplicación. Según la Comisión, la magnitud de las lagunas en la aplicación varía según los distintos sectores y Estados miembros. Los retos están relacionados con problemas ambientales persistentes, como la contaminación difusa del agua, la mala calidad del aire urbano, el tratamiento insatisfactorio de los residuos y las especies y hábitats en declive. Además, también hay una grave incidencia de delitos medioambientales y un elevado número de denuncias medioambientales ante la Comisión Europea y de peticiones al Parlamento Europeo²¹.

Europa cuenta con leyes y políticas ambiciosas para proteger el aire y el agua, promover la economía circular, evitar la generación de residuos, aumentar las tasas de reciclaje y salvaguardar la naturaleza. La aplicación de dichas normativas es fundamental para alcanzar los objetivos medioambientales y cumplir con las obligaciones definidas en la legislación medioambiental de la Unión Europea. En 2016, la Comisión se comprometió a informar

20. *Op. cit.*: DARNACULLETA I GARDELLA, M., «Consideraciones...».

21. El informe completo sobre España y los demás informes nacionales, así como la Comunicación «Revisión de la aplicación de la política medioambiental 2022: Cambiar de rumbo mediante el cumplimiento de la normativa medioambiental», están disponibles aquí. European Commission, Directorate-General for Environment, The environmental implementation review – Spain, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2779/213202>

periódicamente sobre el estado de aplicación de la normativa medioambiental de la UE. Puso en marcha la revisión de la aplicación de la normativa medioambiental (EIR), una herramienta que ayuda a los Estados miembros a hacer frente a los obstáculos sistémicos en relación con la integración de las cuestiones relacionadas con el medio ambiente mediante la identificación de las causas de una aplicación deficiente y el intercambio de buenas prácticas a través del apoyo entre pares. Esta ficha informativa resume los avances logrados y los retos pendientes identificados para España en el tercer paquete EIR publicado en septiembre de 2022.

La Comisión ha publicado la tercera revisión de la aplicación de la política medioambiental: EIR. Es una herramienta fundamental de notificación que apoya el cumplimiento de esa normativa y conciencia sobre la importancia de dicho cumplimiento. Colmar la brecha entre lo que se decide a escala de la Unión y lo que se cumple en la práctica es esencial para garantizar unos buenos resultados medioambientales para los ciudadanos y mantener unas condiciones de competencia equitativas para las empresas, al tiempo que se crean oportunidades de desarrollo económico. Esta revisión de la aplicación de la política medioambiental extrae conclusiones y define tendencias comunes a escala de la UE, sobre la base de veintisiete informes por países que muestran la situación en la UE al respecto. Incluye abundante información sobre el grado en que los gobiernos de la UE protegen la calidad del aire que los ciudadanos respiran, el agua que beben y la naturaleza de la que disfrutan. Además, la revisión establece acciones prioritarias de mejora en cada Estado miembro²².

Los principales retos que tiene España en materia de implementación de la normativa de protección ambiental europea:

- La mejora de la gestión del agua, en particular el tratamiento completo de las aguas residuales urbanas sigue siendo uno de los desafíos medioambientales más importantes. Esto se refiere principalmente a los ámbitos de la gobernanza del agua, la rehabilitación de las masas de agua y la eficiencia del agua. Son necesarias más inversiones en infraestructura. España está pagando multas por su incumplimiento con la Directiva relativa al tratamiento de aguas residuales urbanas.
- En segundo lugar: España tiene que dar un paso adelante para mejorar la gestión de los residuos y desarrollar el potencial de la economía circular. España no logró cumplir con los objetivos de la Unión Europea para 2020 de reciclar el 50 % de los residuos municipales. Cumplir con los objetivos de reciclado de la Unión para la década actual,

22. EIR: *Environmental Implementation Review* por sus siglas en inglés. Cumplimiento de la legislación sobre el medio ambiente: la Comisión insta a un mejor cumplimiento de las normas de la UE en materia de medio ambiente para proteger la salud humana y el medio ambiente. (8 de septiembre de 2022).

incluido el reciclaje del 55 % de los residuos urbanos para 2025, requerirá un esfuerzo significativo.

- Y, por último, otro gran desafío es el de trasladar la fiscalidad desde el trabajo al medio ambiente y reducir las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente siguen siendo todo un reto, ya que España es uno de los Estados miembros con los impuestos medioambientales más bajos de la Unión Europea en relación con su producto interior bruto nacional.

Por último, otro de los retos a los que se enfrenta la normativa sobre la protección de la biodiversidad y su efectividad pasa por el fenómeno creciente de las estrategias y los documentos orientativos. Las primeras responden al patrón de programar, de alguna manera, lo que se pretende hacer. Sin embargo, en muchas circunstancias difuminan el sentido y alcance de la norma jurídica, que cuenta, o debería contar, con un papel central a la hora diseñar el despliegue público de protección de la biodiversidad. Con el recurso a las estrategias el contenido y mandato de la norma quedan desenfocados en una maraña de objetivos, muchas veces genéricos, y una serie de actuaciones cuyo control resulta de compleja determinación. Unido a lo anterior se encuentra, por una parte, la desconexión que puede haber entre distintas estrategias o, por otra, la ausencia de responsabilidad derivada de la incompleta consecución de los objetivos pretendidamente perseguidos. Las sucesivas estrategias de la UE en materia de biodiversidad son muestra de lo anterior. También lo ejemplifica la estrategia prevista en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE), para la conservación y restauración de ecosistemas y especies especialmente sensibles a los efectos del cambio climático. De acuerdo con la LCCTE, tal estrategia contendrá las directrices básicas para la adaptación al cambio climático de los ecosistemas naturales terrestres, de los ecosistemas marinos y de las especies silvestres españolas, así como las líneas básicas de restauración y conservación de los mismos, con especial referencia a los ecosistemas acuáticos o dependientes del agua y de alta montaña. La redacción de la norma suscita algunas consideraciones sobre su alcance. En primer lugar, qué posible relación va a tener con otras previstas al aprobarse la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, ya que esta ley refiere un mínimo de siete estrategias. La LCCTE señala que la estrategia tendrá la consideración de «instrumento programático de planificación». Esta reiteración (programático-planificación) es indicativa de que se está contemplando como un elemento que sirva para ulteriormente planificar los aspectos a los que se refiera la estrategia. Ahora bien, un dato que abona la tesis de que la LCCTE no afronta, en realidad, la protección de la biodiversidad de una manera medianamente decisiva, es que establece un plazo de tres años para la adopción de la estrategia. No hay una explicación en la LCCTE sobre dicho lapso. Planificar constituye ciertamente una labor necesaria, al preverse objetivos y lapsos temporales para lograrlos, pero el diseño establecido en la LCCTE manifiesta que los hitos correspondientes

pueden dilatarse sobremanera en el tiempo, frente a la declarada «emergencia» climática²³.

IV. Posibilidades de la digitalización para mejorar la capacidad institucional en el *compliance* ambiental

Los recientes avances en la digitalización y las innovaciones tecnológicas han mejorado las condiciones del contexto para un control y seguimiento más eficaces de la aplicación de la legislación medioambiental de la UE. Los efectos de la digitalización en las capacidades institucionales de la Comisión se benefician de la reforma del sistema de presentación de informes, centrado más en datos e indicadores que en la información textual, y del desarrollo de nuevos métodos de recopilación de datos. Las redes de inspección también mejoran debido a avances técnicos como las nuevas posibilidades de detección de delitos medioambientales mediante imágenes por satélite y los nuevos programas informáticos que facilitan las inspecciones basadas en el riesgo. Y, por último, los agentes subnacionales han mejorado su capacidad de aplicación gracias al aprendizaje horizontal de las mejores prácticas y a una mayor atención a la planificación estratégica y la evaluación de las políticas basadas en indicadores de resultados, en parte gracias a una mayor disponibilidad de datos estadísticos. Por último, los ciudadanos y las ONG se benefician de un mejor acceso a datos medioambientales comprensibles y comparables, con el potencial de aumentar la presión sobre los Estados miembros poniendo de relieve el incumplimiento, o a través de acciones legales²⁴.

Por nuestra parte, en España, la regulación de la reutilización de la información pública se ha visto mejorada en 2019 con la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que ha actualizado la Ley 37/2007, de 16 de noviembre. Entre otras novedades, a partir de su actualización, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre reconoce el principio de documentos abiertos desde el diseño y por defecto. La ley también incluye una lista de categorías temáticas de datos de alto valor (geoespacial, observación de la Tierra y medio ambiente, meteorología, estadística, sociedades y propiedad de sociedades y movilidad) que estarán disponibles gratuitamente, que serán legibles por máquina, se suministrarán a

23. GARCÍA URETA, A., «El Derecho Europeo de la Biodiversidad en el contexto actual de lucha contra el cambio climático». En: *Estudios sobre la efectividad del derecho de la biodiversidad y del cambio climático*. Directores: S. M. ÁLVAREZ CARREÑO, B. SORO MATEO. Coordinador: P. SERRA-PALAO. Tirant lo Blanch, 2022. Págs. 20 y ss. ¿Fagocitando las normas?

24. BÜRGIN, A. «Compliance with European Union environmental law: An analysis of digitalization effects on institutional capacities». *Environmental Policy and Governance*, 2020; 30: 46-56. <https://doi.org/10.1002/eet.1877>

través de API²⁵, y se proporcionarán en forma de descarga masiva, cuando proceda. Sin embargo, la ley actualizada no ha sido lo suficientemente innovadora y, en particular, no ha previsto, como se sugirió en la primera edición de este capítulo, ninguna medida para fomentar y facilitar el impacto de la reutilización de la información pública en la prevención y la lucha contra la corrupción²⁶.

El plan de recuperación y resiliencia de España contempla una amplia gama de medidas, principalmente en el marco del componente 11²⁷, para mejorar el rendimiento de la Administración pública e impulsar su transición digital. También en clave o con dimensión medioambiental. Pueden encontrarse medidas pertinentes y pendientes en materia de transición digital, por ejemplo, en las reformas e inversiones ecológicas del plan de recuperación y resiliencia de España relacionadas con la biodiversidad, el agua, la economía circular y la gestión de residuos, así como con la agricultura y la pesca. En general, también se ha reforzado y mejorado la capacidad administrativa de los servicios de las administraciones públicas españolas que se ocupan de la financiación de la Unión Europea y del plan de recuperación y resiliencia, que es uno de los principales retos a este respecto²⁸.

No es otro el espíritu que anima a la Unión Europea desde la pandemia, pero también antes, en el abordaje del doble desafío social de la transformación digital y la transición ecológica estudiando maneras de contribuir a tender los puentes necesarios entre ellas y empujando a los Estados miembros a que utilicen los programas europeos existentes para crear modelos

-
25. API (Interfaz de programación de aplicaciones). El API es un mecanismo que permite consultar la base de datos semántica de datos.gob.es. Actualmente proporciona acceso al Catálogo de datos y a las URLs correspondientes a la taxonomía de sectores primarios y a la identificación de cobertura geográfica definidas en los Anexos IV y V de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información (NTI). Ver: datos.gob.es
 26. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Medios electrónicos e inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción». *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración* - Año 2023. Cita: IJ-IV-CLXXVI-503.
 27. Componente 11: Modernización de las Administraciones públicas. Inversión total estimada: 6.526,05 millones de euros. Reformas C11.R1: Reforma para la modernización y digitalización de la Administración. El objetivo de la reforma es la simplificación y digitalización de los procesos y procedimientos administrativos, así como reducir la tasa de temporalidad en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, se reforzará la evaluación de las políticas públicas con el fin de mejorar su eficiencia.
 28. Eficacia de las administraciones responsables del medio ambiente, en lo referente a la capacidad y calidad administrativa, en el DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN. Revisión de la aplicación de la política medioambiental 2022. Informe sobre ESPAÑA que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la aplicación de la política medioambiental 2022: cambiar de rumbo mediante el cumplimiento de la normativa medioambiental. Bruselas, 8.9.2022. SWD(2022) 256 final. El informe ha sido redactado por el personal de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea y puede consultarse en su integridad, aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022SC0256>

de aplicaciones y servicios fáciles de reproducir para la recopilación, el tratamiento y el análisis de datos pertinentes en apoyo del cumplimiento de las disposiciones medioambientales europeas y del control del cumplimiento de la legislación medioambiental de la UE, teniendo en cuenta también las prioridades del Pacto Verde Europeo²⁹.

V. Bibliografía

- BÜRGIN, A.** Compliance with European Union environmental law: An analysis of digitalization effects on institutional capacities. *Environmental Policy and Governance*, 2020; 30: 46-56. <https://doi.org/10.1002/eet.1877>
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O.** (2023). «Canales de denuncia». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 285-309. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8001>
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A.**, «Medios electrónicos e inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción». *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración* - Año 2023. Cita: IJ-IV-CLXXVI-503.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.**, «Consideraciones críticas sobre el public compliance como instrumento de gestión de la desconfianza». *LA LEY compliance penal*, N.º 6, Julio de 2021, Editorial Wolters Kluwer.
- ESTEVE PARDO, J.**, *Derecho del medio ambiente*. 5.ª ed. Marcial Pons, 2022.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.**, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación». Número 63 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, mayo 2023).
- GARCÍA URETA, A.**, «El Derecho Europeo de la Biodiversidad en el contexto actual de lucha contra el cambio climático». En: *Estudios sobre la efectividad del derecho de la biodiversidad y del cambio climático*. Directores: S. M. ÁLVAREZ CARREÑO, B. SORO MATEO. Coordinador: P. SERRA-PALAO. Tirant lo Blanch, 2022. Págs. 17-38.
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J.**, «La proyección de la técnica europea del compliance y su aplicación al derecho urbanístico». *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo* num.195/2018, pp. 241-265.
- VERCHER NOGUERA, A.**, *Delincuencia ambiental y empresas*. Marcial Pons, 2022.
- VELASCO CABALLERO, F. y DARNACULLETA I GARDELLA, M.** (Directores), *Manual de Derecho administrativo*. Marcial Pons, 2023.

29. Conclusiones del Consejo sobre la digitalización en beneficio del medio ambiente, Bruselas, 11 de diciembre de 2020 (OR. en). Accesible aquí: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13957-2020-INIT/es/pdf>

PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS CANALES DE DENUNCIAS Y LOS DENUNCIANTES EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937, DE 23 DE OCTUBRE, Y LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO¹

Humberto Gosálbez Pequeño

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: La nueva normativa de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión establece un concepto jurídico esencial que justifica la protección del denunciante: los canales de denuncias.

ABSTRACT: The new regulations for the protection of people who report infringements of Union Law establishes one essential legal concept that justify the protection of the whistleblower: the complaint channels.

PALABRAS CLAVE: denunciante, canal de denuncia, protección, represalia.

KEYWORDS: whistleblower, complaint channel, protection, retaliation.

I. De la directiva comunitaria a la ley española: un cierto *excursus* sobre el camino administrativo

La Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, de Protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión ha impulsado nuevas regulaciones nacionales protectoras de los denunciantes de diversos incumplimientos normativos en lo que podrían incurrir las entidades del sec-

1. Proyecto PID2022-138118NB-I00. La Administración Sancionadora de la Unión Europea. Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (PROYEXCEL_00903) «La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa» (2022-2025). Grupo de investigación SEJ-196, Junta de Andalucía.

tor público y también del sector privado. En efecto, como Directiva que es, era preciso que cada Estado miembro de la Unión Europea la incorporase a su ordenamiento nacional realizando las reformas normativas necesarias; es lo que suele conocerse con el nombre de transposición de las Directivas al Derecho interno o adaptación de éste a la Directiva comunitaria.

Y, como es habitual, la Directiva establece un plazo máximo —máximo, no se olvide— para que procedan los Estados a la transposición de la norma. ¿Y qué plazo tenían los Estados?² ¿cuál era ese plazo de transposición? Lo prevé el artículo 26: «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, *reglamentarias y administrativas* necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021».

Así, pues, como es conocido, este plazo fue incumplido por el Gobierno español³, al aprobarse la ley estatal de incorporación al ordenamiento nacional más de un año después de vencer ese plazo máximo de transposición de la norma comunitaria: en fecha 20 de febrero de 2023 se aprueba la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Es cierto, no obstante, que España no fue el único país comunitario que incurrió en incumplimiento del plazo de transposición; y es cierto también que la Pandemia originada por el COVID-19 impactó en la producción legislativa, alterando los proyectos legislativos en materias y áreas no prioritarias en un estado de emergencia sanitaria.

Pero tanto tiempo de incumplimiento del plazo exigido en la Directiva para integrarla en nuestro ordenamiento interno muestra el escaso interés y la ausente prioridad del Gobierno por implementar el marco normativo mínimo de protección de los denunciantes en el Derecho español. Porque en el seno del Ministerio de Justicia se constituyó un grupo de trabajo que comenzó a trabajar en un borrador de anteproyecto de ley en junio de 2020. Porque tan solo seis meses después aproximadamente, de conformidad con lo previsto en el

-
2. Conviene recordar algo más: la fecha de aprobación de la misma Directiva (23 de octubre de 2019), su fecha de publicación en el DOCE (26 de noviembre) y también su fecha de entrada en vigor (20 días, dispone su artículo 28).
 3. Por ello, como ha recordado TARDÍO PATO, J.A., «la Comisión abrió un procedimiento de infracción contra España (INFR(2022)0073)...», estimando que «las justificaciones suministradas por ocho de los Estados Miembros afectados por el retraso (incluida España, que invocó como exculpación para la no transposición de la Directiva dentro de plazo el no tener conformado gobierno en ese momento) no eran suficientes y, en febrero de 2023, se abrió oficialmente un procedimiento de infracción ante el TJUE contra dichos Estados, España incluida, por incumplimiento del Derecho de la Unión en la transposición de esta Directiva» *Vid.* «Capítulo I. Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, Pérez Monguió y Fernández Ramos (coords.), La Ley, Madrid, 2023, pág. 33.

artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, «y con el objetivo de mejorar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas», se sustanció una consulta pública, «a través del portal web de la Administración competente», terminando el plazo para presentar alegaciones el 27 de enero de 2021⁴. Quizás recordando algunas de las declaraciones ministeriales obrantes en el texto sometido a la consulta pública podemos inferir las preocupaciones gubernamentales del momento y, entonces quizás, las razones de la no transposición en plazo de la Directiva por el Estado español.

La primera declaración que interesa resaltar es la referencia a las «Posibles soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias, y rango», afirmando el Ministerio contundentemente lo siguiente: «No hay alternativa no regulatoria para la transposición de la Directiva, que debe ser necesariamente incorporada a la legislación española...». Porque, tras referirse al fundamento mismo de la aprobación de la Directiva (protección de los potenciales denunciante que no denuncian por temor a represalias...de su organización) y resaltar que la Directiva (UE) 2019/1937 «pretende el establecimiento de *normas mínimas comunes* que garanticen una protección efectiva de los denunciantes, sin perjuicio de que los Estados miembros incrementen los niveles de protección con respecto a actos y ámbitos concretos», reconoce la realidad normativa española en los siguientes términos: «Por lo que respecta a España, la protección de los denunciantes ha sido recogida en normas autonómicas y en algunos ámbitos sectoriales, sin que exista en la actualidad una norma general homogénea que garantice una protección efectiva de los denunciantes. Además, cabe tener en cuenta que la protección de los denunciantes *no forma parte de un área concreta del Derecho...*»⁵. Y sentencia así el instrumento normativo de la necesaria transposición de la Directiva: «...A la vista de la extensión de las cuestiones reguladas por la Directiva europea, a la vista de la falta de una regulación general homogénea, así como a la vista de la dificultad del régimen jurídico de la protección de los denunciantes, que afecta simultáneamente a varias ramas del Derecho, se puede valorar preferentemente la siguiente vía: efectuar la transposición por medio de una ley especial, incluyendo en su caso, las oportunas modificaciones de normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico que incidan directamente en la protección de los denunciantes....».

En segundo lugar, el documento ministerial trata más específicamente los «Objetivos de la norma», afirmando el Ministerio lo siguiente: «Entre

4. Un análisis de estos antecedentes administrativos del Anteproyecto de Ley ha expuesto CARO CATALÁN J., *Vid.* «La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* Vol. 7, Número 3, 2021, págs. 2177-2188.

5. Y «por ello, la nueva regulación de la protección de los denunciantes en España tendrá importantes implicaciones en diversos ámbitos e impactará significativamente tanto en el sector público como en el sector privado...».

otros, los contenidos que el legislador nacional **debe** abordar, para cumplir con la Directiva son los siguientes: -Implementación de canales y mecanismos de denuncia internos y externos. -Determinación de las autoridades competentes encargadas de atender dichos canales y mecanismos de denuncia»⁶.

Finalmente, el texto ministerial se refiere a la eficacia de cierta regulación esencial de la norma comunitaria: el llamado canal de denuncias: «... Sin embargo, *la Directiva obliga directamente a los Estados a implementar medidas concretas de protección de los denunciantes, tales como el establecimiento de canales y mecanismos de denuncia*, dado que las diferencias normativas existentes entre los países miembros demandan un mayor grado de armonización en aras de alcanzar una protección efectiva de las personas que denuncien infracciones del Derecho de la Unión, garantizado así un cumplimiento real y efectivo de las normas y políticas comunitarias, y una mejor protección del bienestar social y del interés público». Apreciamos, pues, estas partes de la Directiva que, según el Gobierno, eran de aplicación o eficacia directa⁷.

En todo caso, hasta el 13 de septiembre de 2022 no se aprobó el Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros incorporando la Directiva y acordando su remisión a las Cortes Generales; proyecto de ley que, al efecto, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en fecha de 23 de septiembre y que, tras la debida tramitación parlamentaria, se aprueba como 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 corrupción⁸.

-
6. Y más interesantes incluso resultan ser otros objetivos declarados entonces en el seno de nuestro Gobierno, que merecen reseñarse, por cuanto precisamente muestran sus opciones normativas en la configuración del régimen específicamente nacional protector de los denunciantes: «Asimismo, la Directiva ofrece a los Estados un cierto margen de manobra, por lo que la norma de transposición deberá determinar determinados aspectos, tales como: - Si conviene extender el ámbito de aplicación material (más allá del ámbito previsto en el artículo 2.1 de la Directiva). - Si conviene extender el ámbito de aplicación subjetivo más allá de lo previsto en la Directiva (determinación de otros sujetos obligados a implementar canales de denuncia tanto en el ámbito público y privado)- - Posibilidad de admitir las denuncias anónimas en su sistema. - Determinación del alcance de las medidas de protección de los denunciantes a nivel interno». Retos importantes, como puede constatarse. Y las preguntas sometidas a esa consulta pública concuerdan, como no podría ser de otra forma, con esos objetivos...
 7. El TJUE ha declarado que esos efectos directos tienen lugar cuando la transposición a la legislación nacional no se haya producido o se haya producido incorrectamente, los términos de la directiva sean incondicionales y suficientemente claros y precisos, y los términos de la directiva atribuyan derechos a los particulares. En otros términos, los preceptos que impongan a los Estados obligaciones concretas y específicas que no precisen normas internas para su exigencia por parte de los particulares.
 8. Una síntesis de la tramitación parlamentaria del proyecto ha realizado TARDÍO PATO. *Vid. «Capítulo I...», El nuevo sistema..., ob. cit., Pérez Monguió y Fernández Ramos (coords.), págs. 33-36.*

Ya es preciso subrayar que el *leitmotiv* de la norma comunitaria (y, por tanto, el de la Ley 2/2023) está constituido por el amparo establecido en favor de los denunciantes de las infracciones normativas que contempla, resultando ser el canal de denuncias el instrumento procedimental preciso para la aplicación del régimen protector que les otorga la Directiva frente a represalias por haber denunciado esas infracciones del ordenamiento jurídico⁹.

II. Los canales de denuncias: justificación y características generales

1. Concepto y finalidad institucional

Sorprende que esta figura jurídica denominada «canal de denuncia», tan presente en la Directiva, no esté incluida en las definiciones de conceptos jurídicos que establece el artículo 5 de la norma comunitaria¹⁰, pese a mencionarla reiteradamente en sus numerosos Considerandos del Preámbulo. Así, pudiera interpretarse que un «canal» es un *procedimiento* (o proceso, en su caso), término éste, por cierto, que está omnipresente en nuestro Derecho nacional y, en particular, en nuestro ordenamiento administrativo; es decir, el canal de denuncia sería el «procedimiento de denuncia».

-
9. Esta funcionalidad habilitante del canal —y, por tanto, una cierta subordinación de este elemento formal o procedimental al elemento subjetivo (el denunciante) cuya protección es la causa justificativa de la misma existencia de la norma— se aprecia en el propio Preámbulo de la Directiva en su Considerando 3, cuando se refiere a la necesaria introducción de «canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros» que garanticen «la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias». Adviértase, no obstante, de una segunda finalidad de la implementación de los canales de denuncia, una finalidad menos explícitamente declarada o reconocida en el articulado de la norma, cierto es, pero igualmente presente incluso como elemento causal de la Directiva: la incentivación de las denuncias de esas infracciones normativas («...En determinados ámbitos, las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad. Cuando se detecten deficiencias de aplicación en esos ámbitos, y los denunciantes suelen encontrarse en una posición privilegiada para revelar la existencia de infracciones, es necesario potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos...»).
10. Junto a conceptos propios del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva («infracciones», «contexto laboral») y del ámbito subjetivo («denunciante», «facilitador», «persona afectada»), incluye definiciones de elementos formales o procedimentales institucionales («información sobre infracciones», «denuncia», «denuncia interna», «denuncia externa» y «revelación pública») sin mencionar, sin embargo, los «canales de denuncia».

Sin embargo, la Directiva utiliza ambos *nomen iuris* diferenciándolos en cierta medida. En primer lugar, el artículo 7.1 prescribe que la «información sobre infracciones podrá comunicarse a través de los canales y procedimientos de denuncia...»; y también se refiere a los «canales y procedimientos de denuncia» el artículo 8 en sus apartados 1, 2 y 7. Por tanto, parece que son dos instituciones procedimentales o formales diferentes. Pero, si es así ¿qué significa cada una de ellas? ¿cuáles son sus diferencias esenciales?

El artículo 9.1 dispone que «Los procedimientos de denuncia interna y seguimiento a que se refiere el artículo 8 *incluirán* lo siguiente: a) *canales para recibir denuncias* que estén diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura...». Es decir, parece que el procedimiento de denuncia sería el «todo», y el canal de denuncia sería una «parte» de ese todo, concretamente una *primera* parte, quizás identificada con «el instrumento procedimental de recepción» de la denuncia o el «buzón» de denuncias?

Lo cierto es que esta concepción puramente instrumental del procedimiento de denuncia es la que asume el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023 cuando, refiriéndose a un nuevo concepto jurídico inexistente en la Directiva (el llamado «Sistema interno de información»), afirma que «abarca tanto el canal, entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el Responsable del Sistema y el procedimiento»¹¹.

En todo caso, el Considerando 3 de la Directiva ya enuncia unos requisitos básicos que deben tener los canales de denuncia: «efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la *protección efectiva de los denunciantes* frente a represalias». Condiciones necesarias que más adelante son descritas en el Considerando 73: «...es necesario que las autoridades competentes establezcan y utilicen canales de *fácil acceso* que sean seguros, garanticen la confidencialidad para recibir y tratar la información proporcionada por el denunciante sobre infracciones y que *permitan el almacenamiento duradero de información* para que puedan realizarse nuevas investigaciones...». Por tanto, no es poco lo que dispone el ordenamiento comunitario¹².

11. También en su artículo 5.2 parece así conceptualarlo implícitamente diferenciándolo del «procedimiento» de denuncia, al prescribir que el Sistema interno de información deberá «integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad». Y la misma línea subyace en el artículo 7, en su apartado 1 («Todo canal interno de información de que disponga una entidad para posibilitar la presentación de información respecto de las infracciones previstas en el artículo 2») y 2 («El canal interno deberá permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas...»).

12. Pero hay más, pues el mismo Considerando 73 añade: «...Esto puede requerir que dichos canales estén separados de los canales generales que las autoridades competentes utilizan para comunicarse con el público, como los sistemas normales de reclamación pública, o de los canales que la autoridad competente utiliza para comunicarse internamente y con terceros en el curso ordinario de sus actividades».

2. Clases de canales y su (in)compatibilidad efectiva

Tan relevante como la tipificación misma de la institución del canal de denuncias es la dualidad clasificatoria de canales que insta la Directiva y que, por tanto, deben asumir los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea: canales internos y canales externos. Su artículo 5 ya se refiere a estas dos modalidades, aunque indirecta e implícitamente al no denominarlas «canales de denuncia»¹³; ciertamente, su apartado 4 define la llamada «denuncia interna» y su apartado 5 la «denuncia externa»; de esta forma, el legislador comunitario define al canal interno de denuncias como el canal de cada «entidad jurídica de los sectores privado o público» y al canal externo como el canal de cada una de «las autoridades competentes»; en otras palabras, el canal interno es el canal de cada persona jurídica —del sector privado o del sector público— en la que el denunciante «presta sus servicios» y el externo es el canal de una institución pública del Estado miembro¹⁴.

Entonces, tipificándose dos tipos de canales, ¿qué canal ha de usar el denunciante? ¿impone la Directiva algún orden de preferencia por uno u otro canal o, por el contrario, otorga al denunciante algún derecho de opción o elección». En el Considerando 33 se afirma que «en general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos», puesto que «estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan...»¹⁵.

-
13. En cambio, sí emplea la expresión canales de denuncias en preceptos posteriores: «canales internos» y «canales externos» en el artículo 6.1.b), «canales de denuncia interna» en los artículos 7 y 8, «canales de denuncia externa» en los artículos 10-12, etc.
 14. Nótese, no obstante, que la Directiva contempla una tercera modalidad de denuncia: la llamada «revelación pública». El artículo 4, aunque primeramente diferencia la denuncia —la «interna» y la «externa»— (la comunicación ante las autoridades competentes) de la «revelación pública» (la puesta a disposición del público), a continuación, incluye también al «revelador» en el concepto mismo de denunciante («una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales»). La única diferencia relevante, pues, entre los denunciantes (internos o externos) y el denunciante revelador público es que para este segundo tipo de denunciante comunitario el artículo 15 de la Directiva condiciona la aplicación del régimen protector del denunciante a que cumpla una de las condiciones siguientes que tipifica expresamente el precepto («a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos...», o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción»).
 15. Porque, como ya señalara PÉREZ MONGUIÓ, J.M.⁹, los canales internos «han sido los tradicionales pero no han tenido un gran éxito y han provocado una gran desconfianza por

Por ello, no extraña que en el Considerando 47 la Directiva prevea la preferencia por el canal interno¹⁶, criterio preferencial que, por cierto, también se manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023¹⁷.

Sin embargo, el propio Preámbulo de la norma comunitaria modula ya esa inicial preferencia por el canal interno cuando en su Considerando 63 justifica la misma existencia del canal externo de denuncia indicando que «la falta de confianza en la eficacia de las denuncias» es «uno de los principales factores que desalientan a los denunciantes potenciales». Por ello, el mismo Considerando declara preceptiva la implementación del canal externo de denuncias¹⁸, denuncia externa que se refiere a la comunicación... «ante las autoridades competentes» (artículo 5.5 de la Directiva).

Así, pues, más allá de las declaraciones contenidas en los Considerandos y/o Preámbulos de la Directiva y la Ley 2/2023, es preciso abordar si una o/y otra norma: a) permiten el uso simultáneo de uno y otro canal de denuncia o,

muchos motivos como son la falta de transparencia, el corporativismo o la ausencia de garantías que han provocado un rechazo del mismo...». Vid. «La irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción», *Compliance e integridad en el sector público*, (Federico A. Castillo Blanco, coord.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pág. 109. Más recientemente también lo ha destacado CAPDEFERRO VILLAGRASA, C., en estos términos: «en casos de funcionamiento irregular generalizado, o en que estén implicados buena parte de altos cargos de la organización, difícilmente podrían prosperar las denuncias de irregularidades; o incluso podrían ser vistas como alertas previas que permitan alterar o destruir posibles medios de prueba antes de que la denuncia acabe en un organismo externo con facultades para investigar la actuación de la empresa...». Vid. «Capítulo III. Los sistemas internos de información», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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* (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, pág. 113.

16. «...Así pues, por principio, debe animarse a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razonablemente que funcionen. Tal es el caso, en particular, cuando los denunciantes piensen que la infracción puede tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente organización y que no hay riesgo de represalias. Como consecuencia, las entidades jurídicas de los sectores privado y público deben establecer procedimientos internos adecuados para la recepción y el seguimiento de denuncias...».
17. «... En concreto, obliga a contar con canales internos de información a muchas empresas y entidades públicas porque se considera, y así también se ha recogido en informes y estadísticas recabados durante la elaboración del texto europeo, que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños...».
18. «...En consecuencia, existe la necesidad de imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales de denuncia externa adecuados...». Consecuentemente con esta declaración, el artículo 11.1 consagra inequívocamente la obligación de establecer canales de denuncia externa («Los Estados miembros designarán a las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas...»), deber legal que, por cierto, no está dispensado en la Directiva en caso alguno.

por el contrario, el uso de uno de ellos impide usar el otro; b) imponen algún orden de preferencia por uno u otro tipo de canal de denuncia o, en cambio, admiten el uso indistinto de ambos canales; b) admiten el uso sucesivo de ambos canales de denuncia o, por el contrario, solo admiten el uso de uno de ellos; d) prescriben criterios determinantes del uso de ambos canales o, en cambio, otorgan al denunciante algún derecho de opción o elección¹⁹.

La Directiva no ofrece una regulación suficientemente explícita, pese a la ya referida prevalencia manifestada en su Considerando 33 por los canales internos por los denunciantes. Ciertamente, su artículo 7.1 prescribe que «como principio general..., la información sobre infracciones podrá comunicarse a través de los canales y procedimientos de denuncia interna previstos en el presente capítulo»; así, el canal interno es la regla general dispuesta por la disposición comunitario, norma general que se confirma en el apartado 2 al prescribir que «Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa,...»²⁰.

Pero ¿este mandato a los legisladores nacionales priorizando las denuncias internas obliga al denunciante a usar primero el canal interno? No parece. Es cierto que el artículo 10 señala que «los denunciantes comunicarán información sobre infracciones por los canales y los procedimientos descritos en los artículos 11 y 12, *tras haberla comunicado en primer lugar* a través de los canales de denuncia interna...»; pero el mismo precepto añade lo siguiente: «...o bien comunicándola *directamente* a través de los canales de denuncia externa». ¿Consagra entonces la Directiva un derecho de elección del denunciante? Parece que sí, al admitir el uso del canal externo sin haber usado antes el interno²¹.

19. En los textos iniciales de la Propuesta de la Directiva se establecía preceptivamente la vía del canal interno como previa a la vía del canal externo, previsión normativa que se modificó durante la tramitación de la Propuesta, como ha subrayado GARCÍA MORENO, B., *Vid. Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 317 y 318.

20. PARAJO CALVO, M., afirma que esta preferencia «en el plano declarativo» por el canal interno podría explicarse «probablemente por la naturaleza preventiva de los canales internos que posibilitan la detección en el seno de la propia organización, de manera que si se actúa con diligencia se podrán solventar internamente los incumplimientos detectados». *Vid. «Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción»*, *Documentación Administrativa* núm. 9, 2022, págs. 44-74.

21. Obsérvese, por otra parte, que la norma prescribe algo más: a) la no simultaneidad de los dos tipos de canales, debiendo usarse uno u otro canal, pero no ambos al mismo tiempo; b) el uso sucesivo del canal interno, en primer lugar, y solo en segundo lugar el uso del canal externo (y no a la inversa); y c) la preterición implícita de usar primero el canal externo y luego el interno, al contemplarse el canal interno como canal que precede al externo (y no al revés), de tal forma que la vía directa del canal externo precluye la vía del canal interno.

Un último precepto de la norma comunitaria debemos referir. El citado artículo 7.2 introduce al final una adición normativa importante en relación con la preferencia por la denuncia interna que prescribía («Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, ...»): «*siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias*»²². Por tanto, no hay un verdadero derecho de opción del denunciante explícitamente declarado en la norma, al prescribir el precepto la denuncia externa como segunda vía, salvo que exista —a juicio del denunciante cierto es— el riesgo de represalia²³ y, además, salvo que el canal interno sea *efectivo*²⁴.

Pero esta excepción de la «efectividad» de la denuncia interna es aún más difícil de constatar (y comprender incluso) que la otra, porque ¿quién decide que la infracción denunciada internamente se puede tratar o no de manera efectiva? ¿el denunciante? ¿su entidad empleadora? Una vez más hemos de acudir a los Considerandos para interpretar los preceptos. El Considerando 47 declara lo siguiente: «...por principio, debe animarse a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razo-

22. Quizás las dudas sobre la efectividad y las garantías de los canales internos en comparación a los canales externos expliquen estas cautelas condicionantes del legislador comunitario. En todo caso, esas dudas —que ha explicitado SIERRA RODRÍGUEZ, J (vid. «Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2021, pág. 69)— están plenamente justificadas ante la «mayor protección» que ofrece el canal externo y el temor del informante a las represalias por usar el canal interno, como ha subrayado acertadamente CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Vid. «Capítulo IV. Canal externo de información», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, pág. 153.
23. Por cierto, ¿riesgo que tendrá que explicar en la denuncia externa que formule sin haber presentado antes la denuncia interna? Parece que sí al ser una explícita condición habilitante del uso directo del canal externo excepcionando la preferencia general del canal interno. En sentido contrario, sin embargo, se ha pronunciado CERRILLO I MARTÍNEZ al resaltar que «ni la Directiva (UE) 2019/1937 ni la Ley 2/2023 prevén que la persona informante deba motivar su opción de informar a través del canal externo ni tan solo haber de informar cuando se utiliza el canal externo de información si previamente se ha utilizado el canal interno...». Vid. «Capítulo IV...», *El nuevo... ob. cit.*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, pág. 153. Y también en esta línea se ha posicionado CAPDEFERRO VILLAGRASA cuando afirma que «ni la denuncia a través del canal externo queda condicionada, en ningún momento, a la acreditación del riesgo de represalia o de ineffectividad del tratamiento interno, ni siquiera se exige la mera alegación de tales riesgos...» Vid. «Capítulo III...», *El nuevo sistema... ob. cit.* (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), pág. 112.
24. SÁEZ LARA, C. estimó adecuada esta previsión de la Directiva atendiendo a «la perspectiva de los diversos derechos e intereses legítimos en conflicto». Vid. *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 179.

nablemente que funcionen. Tal es el caso, en particular, cuando los denunciantes piensen que la infracción puede tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente organización y que no hay riesgo de represalias. ...»; de esta forma, sí se aprecia un cierto derecho de opción del denunciante, aunque limitado y condicionado en lo referente al uso directo del canal externo y, en consecuencia, un derecho de elección relativa²⁵.

A vista de todas estas previsiones de la Directiva, sorprende favorablemente las referencias del legislador español, tanto en la Exposición de Motivos como, sobre todo, en el articulado de la Ley 2/2023, por cuanto ofrece una regulación clarificadora y congruente en sí misma. En primer lugar, el artículo 16.1 reconoce en términos inequívocos el derecho de opción al denunciante: puede presentar la denuncia interna primero y luego la externa, o bien puede directamente presentar la denuncia externa («Toda persona física podrá informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante... ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno»)²⁶.

Pero, en segundo término, asumiendo íntegramente la norma comunitaria, en su artículo 4.1 establece las dos condiciones impuestas por la Directiva en su artículo 7.2 respecto de la prioridad del canal interno y, por tanto, las dos condiciones del ejercicio mismo del derecho de opción del denunciante que consagra el artículo 16.1 de la Ley española: «El Sistema interno de información es el cauce preferente 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». De esta forma, también nuestro legislador —con mejor técnica normativa ciertamente— modula y limita el derecho de elección del denunciante imponiéndole primeramente el uso del canal interno, salvo que estime que la infracción no pueda ser resuelta internamente de manera efectiva o salvo que aprecie riesgo de represalias por usar el canal interno. La Ley 2/2023 no reconoce así un derecho de total elección del denunciante, sino un derecho de opción condicionada²⁷.

25. Naturalmente, esta doble vía (interna y externa) —y ese derecho de opción del denunciante— no siempre la impone la norma, en tanto que no obliga a todas las entidades privadas a disponer del canal interno, estando exentas las entidades con menos de 50 empleados (artículo 8.3).

26. El Preámbulo es más explícito incluso, al referirse al canal externo «ante el que podrán informar las personas físicas a las que se refiere el artículo 3 de la ley, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno». Obsérvese también que la Ley, en concordancia con la Directiva: 1) impide el uso simultáneo de los dos tipos de canales; 2) admite el uso sucesivo de los dos solo cuando el denunciante usa primero el canal interno.

27. En distinto sentido se ha pronunciado CAPDEFERRO VILLAGRASA, al afirmar que la norma «crea el derecho (incondicionado) a denunciar tanto interna como externamente, y este es un derecho que la ley busca garantizar con la creación de dos vías para la denuncia cuyo uso puede ser alternativo o acumulativo, a elección de la persona denunciante...» *Vid.* «Capítulo III...», *El nuevo sistema...*, ob. cit. (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), pág. 113.

No obstante, merece reseñarse que el Preámbulo de la Ley no es tan nítido y acertado como el articulado. Primero, porque sorprendentemente no explicita las citadas dos condiciones comunitarias en sus debidos términos, sino solo una de ellas, cuando declara que «el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, *según las circunstancias* y los riesgos de represalias que considere»; ¿a qué circunstancias se refiere el legislador? ¿por qué obvia aquí la inexcusable condición de la efectividad del canal interno? Y segundo, y es aún más llamativo, porque justifica la preferencia del canal interno con una declaración, no solo ausente en la Directiva, sino dudosamente amparada por sus mismos principios y fines esenciales que no son otros sino la adecuada y eficiente investigación de las infracciones normativas denunciadas y, en el caso, de ser apreciadas, su cese y la adopción de medidas internas evitadoras de su repetición: «El Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización *podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas...*».

3. La publicidad activa de los canales de denuncias

La efectividad del régimen protector de los informantes aplicable en el seno de los canales de denuncias demanda que los futuros denunciantes conozcan suficientemente la existencia de los canales y, asimismo, sus reglas esenciales de funcionamiento y protección inherentes. Por ello, no ha de sorprender que la Directiva ya establezca deberes específicos de publicidad activa de los canales de denuncia, imponiendo a los Estados miembros el deber de informar de la existencia y el uso de los canales de denuncia. Así, en relación con el canal interno, el artículo 7.3 de la Directiva dispone que «se proporcionará información apropiada relativa al uso de canales de denuncia interna...»; y sobre el canal externo lo declara el artículo 9.1.g) cuando dispone que los procedimientos de denuncia interna deben incluir «información clara y fácilmente accesible sobre los procedimientos de denuncia externa ante las autoridades competentes...»²⁸.

No debe extrañar, por tanto, que la Ley 2/2023 contemple expresamente esos deberes de publicidad de los canales de denuncias; así, su artículo 5.2.h)

28. Este deber informativo lo completa la propia Directiva estableciendo el deber de publicidad previa de la autoridad externa y del canal externo en la propia web o portal de esta autoridad pública. Cada Estado miembro tiene que velar por el cumplimiento del deber de publicidad activa mediante la publicación de una específica información mínima sobre el canal externo que impone el artículo 13 de la norma comunitaria a las autoridades externas competentes: «Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes publiquen, en una sección separada, fácilmente identificable y accesible de sus sitios web, como mínimo la información siguiente:...».

prescribe que el llamado «Sistema interno de información» ha de «contar con una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia de Sistema interno de información y defensa del informante y que sea *debidamente publicitada en el seno de la entidad u organismo*». Deber de publicidad institucional que, naturalmente, la Ley 2/2023 extiende al canal externo en su artículo 9.2.b)²⁹ y, sobre todo, en su artículo 25 al disponer que las autoridades independientes de protección a informantes han de publicar en su sede electrónica, en los términos dispuestos en el referido artículo 13 de la Directiva, una relevante siguiente información mínima requerida por la norma comunitaria³⁰, no sólo referida a «las condiciones para poder acogerse a la protección en virtud de esta ley», sino a otros elementos necesarios para la formación de la decisión del denunciante en relación al uso de los canales³¹.

29. El precepto prescribe que el procedimiento del canal interno debe incluir «información clara y accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea».
30. Aquí el precepto añade un nuevo apartado complementario: «f) los datos de contacto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. o de la autoridad u organismo competente de que se trate».
31. En concreto, son: «b) los datos de contacto para los canales externos de información previstos en el título III, en particular, las direcciones electrónica y postal y los números de teléfono asociados a dichos canales indicando si se graban las conversaciones telefónicas; c) los procedimientos de gestión, incluida la manera en que la autoridad competente puede solicitar al informante aclaraciones sobre la información comunicada o que proporcione información adicional, el plazo para dar respuesta al informante, en su caso, y el tipo y contenido de dicha respuesta; d) el régimen de confidencialidad aplicable a las comunicaciones y, en particular, la información sobre el tratamiento de los datos personales...». Y el legislador español exige, además, una información adicional relevante en esta materia en garantía del derecho de información de los denunciantes, introduciendo en un nuevo apartado e) «las vías de recurso y los procedimientos para la protección frente a represalias». Es más, nuestro legislador va más allá del mínimo impuesto por la Directiva obligando a nuestras autoridades de protección de los denunciantes a publicar también una específica información sobre una de las escasas instituciones jurídico-administrativas no reguladas en la Directiva y, en cambio, sí en la Ley 2/2023: el régimen de la clemencia sancionadora de los denunciantes de infracciones administrativas, establecido específicamente en el artículo 40 de la misma ley y tipificado genéricamente en el artículo 62.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En concreto el artículo 25.e) de la Ley exige la publicación de «en particular» de «las condiciones de exención de responsabilidad y de atenuación de la sanción a las que se refiere el artículo 40», norma que prevé un régimen sancionador beneficioso, incluso concediendo a la autoridad independiente de protección del informante la potestad de exonerar de responsabilidad sancionadora al infractor que haya denunciado su participación en los hechos y haya colaborado en su investigación en los términos establecidos en dicha norma, como ya explicamos en otro lugar (*vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Capítulo VIII. La protección del denunciado. El denunciante infractor arrepentido», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 313-321).

III. Los denunciantes

1. Concepto y delimitación

El término —y el concepto jurídico mismo— de denunciante es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Sucede, sin embargo, que el término original anglosajón asumido por las normas internacionales es *whistleblower*, que, como recuerda SIERRA RODRÍGUEZ, alude a «tocar el silbato», es decir, un alertador más bien, «en referencia a quien avisa o informa de una situación ilícita o que no responde a los estándares de ética de una organización»³². Pero lo cierto es que, como subraya GARRIDO JUNCAL, en nuestro ordenamiento no se aprecian distintos conceptos jurídicos, sino uno solo con varias denominaciones³³. En todo caso, tampoco la Directiva se refiere a alertadores, informantes o comunicantes (no los menciona en su artículo 5, tipificador de los conceptos jurídicos y las definiciones legales), y menos aún como sujetos distintos de los denunciantes.

En cualquier caso, lo cierto es que el artículo 5.7) de la Directiva ofrece un concepto restrictivo de denunciante, tanto desde el aspecto subjetivo *stricto sensu* como desde el ámbito objetivo de los hechos denunciados, y también desde el elemento formal a través del cual se formula la denuncia³⁴. El precepto europeo define al denunciante como «una persona física

32. Vid. «Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 55, 2020, pág. 3.

33. Por ello, afirma que «aun a sabiendas de que tal elección puede ser tachada de clásica o tradicional, defendemos el uso del vocablo “denunciante”, porque básicamente forma parte de nuestro léxico jurídico y no hay ninguna razón de peso que justifique su sustitución por otro nuevo...»; no obstante, reconoce que «no sería de extrañar que el poder legislativo no abandonara el empleo de la voces “alerta” y “alertador”; al contrario, la tendencia a recurrir a estas expresiones se consolidará posiblemente por la progresiva incorporación del uso de tecnologías en la tarea de detección de irregularidades y por la admisión a trámite de comunicaciones que no cumplen las formalidades establecidas para las denuncias...». Vid. «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 12, 2019, pág. 132. Quizás por ello, propone reservar el término alertador a quien comunica anónimamente los hechos y el término denunciante en caso contrario (*ob. cit.*, pág. 144).

34. La Directiva parece circunscribir el «denunciante» a quien informa de los hechos «públicamente». Adviértase que el art. 4 de la Directiva, aunque primeramente diferencia la denuncia —la «interna» (la comunicación dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público) y la «externa» (la comunicación ante las autoridades competentes)— de la llamada «revelación pública» (la puesta a disposición del público), a continuación incluye también al «revelador» en el concepto mismo de denunciante («una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales»). La única diferencia

que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales». No toda persona, pues, está legitimada para formular la denuncia, sino sólo las personas físicas, como asimismo se dispone en el artículo 16.1 de la Ley 2/2023³⁵. De esta forma, la Directiva excluye como denunciante a las personas jurídicas³⁶ (y a los entes sin personalidad jurídica), como también hace la misma Ley 2/2023 desde su artículo 1 y su artículo 2.1 («La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella...»)³⁷.

relevante, pues, entre los denunciante (internos o externos) y el denunciante revelador público es que para este segundo tipo de denunciante comunitario el art. 15 de la Directiva condiciona la aplicación del régimen protector del denunciante a que cumpla una de las condiciones siguientes que tipifica expresamente el precepto («a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos..., o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción»).

35. Este concepto estricto de denunciante de las infracciones normativas previstas en la Directiva y en la Ley 2/2023 no coincide con el concepto amplio dispuesto en el artículo 62 de la LPAC, que, como es sabido, incluye a «cualquier persona», es decir, personas físicas y también personas jurídicas, de Derecho privado o de Derecho público. Y también admiten como denunciante a «cualquier persona» la mayoría de las leyes autonómicas contra la corrupción administrativa; así, por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley 14/2008 de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña es explícito: «Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos...»; y en similares términos se expresa el artículo 11.2 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. Es, precisamente, esta concepción amplia del denunciante la preferida por PÉREZ MONGUIÓ (vid. «Del chivato al cooperador: el whistleblowing», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)* núm. 115, 2019, pág. 365) y GARRIDO JUNCAL (vid. «La protección...», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 12, ob. cit., pág. 126).
36. Una cierta modulación de esta exclusión conceptual subjetiva prevé el artículo 4.4.c) de la Directiva cuando extiende el sistema garantista del denunciante a «las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral».
37. Esto no quiere decir que las personas jurídicas (privadas y públicas) no puedan denunciar infracciones normativas, sino solo que no podrán denunciar con el régimen específico tipificado en la Directiva y la Ley 2/2023; es decir, podrán denunciar conforme al régimen general previsto en el artículo 62 de la LPAC y, en su caso, el régimen especial dispuesto en la normativa sectorial aplicable.

Pero no es esta restricción subjetiva la única presente en la concepción de la Directiva y de la Ley 2/2023, sino que también se aprecia una específica restricción objetiva derivada del vínculo laboral o profesional requerido por ambas normas. En efecto, aún es más relevante la restricción que realiza la Directiva al origen mismo de la obtención de la información comunicada con la denuncia: el «contexto laboral» del denunciante³⁸, contexto definido también en la norma Directiva como «las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información» (apartado 9 del artículo 5)³⁹.

Resulta llamativo que la norma comunitaria en su artículo 4.1 solo considere denunciantes a quienes tengan (o hayan tenido o puedan tener: artículo 4.2 y 3, respectivamente) una relación profesional, laboral o asimilada con la persona denunciada. Y la Ley 2/2023 asume íntegramente esta restricción del denunciante en su artículo 3.1. De esta forma, este novedoso régimen protector del denunciante está limitado a los empleados de la entidad objeto de la denuncia; no cualquier persona, por tanto, puede denunciar y tener este nuevo régimen protector. Eso sí, al menos la normativa ofrece un concepto amplio de «trabajadores» o, más exactamente, de «personas que se encuentren en el contexto de su actividad laboral»⁴⁰, al disponer que «como mínimo», son denunciantes tanto los trabajadores por cuenta ajena (incluidos los empleados públicos) como los «trabajadores no asalariados» o autónomos, así como también otras

38. Así lo resalta FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «...De hecho, esta necesaria conexión con un “contexto laboral” parece que está en el fundamento de la exigencia de la Directiva de que el “denunciante” sea una persona “física” (artículo 5.7...)». *Vid.* «Capítulo II. Ámbito de aplicación», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 69.

39. Ciertamente es, sin embargo, que la ley nacional y la Directiva no tienen por qué coincidir totalmente, al constituir la norma comunitaria una regulación de «normas mínimas» en la protección de los denunciantes como declara el artículo 1 de la Directiva; pero resulta llamativo que el legislador comunitario solo considere denunciantes a quienes tengan (o hayan tenido) una relación profesional, laboral o asimilada con la persona denunciada, como también ha subrayado SIERRA RODRÍGUEZ (*vid.* «Anonimato...», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 55, *ob. cit.* 2020, pág. 7). Su artículo 4 es ilustrativo: «1. La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a:...».

40. *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, «Capítulo II...», *El nuevo... ob. cit.*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), pág. 70.

personas⁴¹ en cierta situación de dependencia o vinculación con la entidad denunciada⁴².

En definitiva, todos estos condicionamientos comunitarios del concepto de denunciante tienen una repercusión evidente, primeramente en cuanto al régimen jurídico del denunciante de las infracciones normativas incluidas en su ámbito objetivo de aplicación, porque el estatuto protector que establece lo prevé exclusivamente para el denunciante y no para cualquier otra persona que, en su caso, informase de los mismos hechos; por ello, la finalidad misma subyacente en la norma comunitaria protectora podría resultar mermada en estos segundos supuestos de comunicación de los hechos⁴³.

Por último, ni la Directiva ni la Ley 2/2023 han previsto clasificación alguna de denunciantes, sino que, por el contrario, ofrecen un concepto unitario primario. Ciertamente, pese al silencio de la norma comunitaria, la Ley española podría haber contemplado dos clases de denunciantes, como ya hicieran algunas leyes autonómicas protectoras de los denunciantes de la corrupción

-
41. Específicos exámenes de las heterogéneas categorías subjetivas han realizado FERNÁNDEZ RAMOS (*vid.* «Capítulo II...», *El nuevo...», ob. cit.*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), págs.72-76) y COELLO MARTÍN (*vid.* «Capítulo IV. Ámbito de aplicación personal de la ley 2/2023, de 20 de febrero: el concepto de informante», *La aplicación de la ley de protección de los informantes en el sector público. Especial referencia a las entidades locales*, (C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo. Dirs.), El consultor de los Ayuntamientos-La ley, Madrid, 2023, págs.).
 42. Como subraya FERNÁNDEZ RAMOS, la Directiva (y la Ley 2/2023) «extiende la noción de persona denunciante más allá de las relaciones laborales, incluso en sentido amplio (con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo) a otras indirectas». Por ello, este autor afirma que «de este modo, si bien en algún momento esta figura pudo estar vinculada al estatuto del trabajador y de sus representantes sindicales, desde la Directiva 2019/1937 ya no es así»; es más, concluye contundentemente afirmando que «no es ya una cuestión de Derecho Laboral, sino de Derecho Público, en la medida en que la finalidad última es, no tanto proteger a los trabajadores, como garantizar el interés público», afirmación que compartimos en lo referente a su acertada delimitación en pro de la naturaleza jurídica de Derecho Público de la actual normativa, aunque —resaltamos— su indisoluble unión con la evidente finalidad esencial justificadora —esto es, la protección del denunciante inserto en el contexto laboral del denunciado ante el riesgo de padecer represalia por haberlo denunciado— que, sin duda, forma parte del interés público que persigue uno y otro legislador. y es que, como afirmara GARCÍA MORENO, el principal riesgo por denunciar proviene «de su relación de dependencia o de subordinación con la organización en la que se ha cometido la infracción...», porque «cuando el whistleblower es un empleado las represalias laborales, los obstáculos a la promoción e incluso el despido, representan el riesgo más importante...». *Vid.* «Capítulo II...», *El nuevo...», ob. cit.*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), pág. 72.
 43. Es cierto, no obstante, que ese previsible efecto disuasorio de denuncias por terceros que han tenido conocimiento de hechos y no son (ni han sido) «trabajadores» de la entidad denunciada se mitiga en parte en la propia Directiva cuando en su artículo 4.4.b) contempla la aplicación del régimen protector del denunciante a sus propios «familiares». Mas, como puede fácilmente comprenderse, la norma impide ser denunciante a cualquier otra persona «ajena» a la organización denunciada.

administrativa⁴⁴. Porque, no se olvide, el mismo título de la Ley 2/2023 refiere precisamente «la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción». Y lo que sí es común a la generalidad de las leyes autonómicas anticorrupción es que establecen un dual origen del estatuto del denunciante, según sea empleado/cargo público o empleado del sector privado/ciudadano⁴⁵; concretamente, para esa primera modalidad de denunciantes la denuncia es un derecho subjetivo y, en cambio, para los segundos la denuncia es un deber legal, cuyo incumplimiento, por cierto, está tipificado como infracción administrativa en alguna ley autonómica⁴⁶.

2. El régimen protector de los denunciantes ante las represalias del denunciado

Toda esta regulación, la comunitaria y la española, solo encuentra justificación por la existencia de las previsibles represalias contra el denunciante. Lo confirma el mismo artículo 1 de la Ley 2/2023 hasta extremos casi absolutos: «La presente ley tiene por finalidad otorgar una *protección adecuada*

44. Así, relevantemente la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía prevé, en su artículo 35, estos dos tipos de denunciante. En cambio, no contemplan esta dualidad la Ley 2/2016, de 11 noviembre, de Castilla-león sobre las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y las garantías de los informantes, al disponer su artículo 1 que «Los denunciantes sólo podrán ser empleados de la Administración autonómica». Y tampoco la admite la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública de Aragón, por cuanto, si bien su artículo 23.2 admite como denunciante a toda «persona física o jurídica», su artículo 25.1 exige expresamente que sea un empleado público («Se considera denunciante a los efectos de esta ley a cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios que pone en conocimiento de la Agencia de Integridad y Ética Públicas hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública»), declaración que denota un concepto restringido de denunciante, reservando el derecho de formular denuncia anticorrupción al empleado público de la CC. AA.

45. Y es un acierto de esta legislación autonómica que, sorprendentemente, no lo ofrece la legislación estatal, no sólo la Ley 2/2023 como se ha indicado, sino también el mismo artículo 62 de la LPAC, que no diferencia entre los denunciantes administrados y los denunciantes empleados de la Administración pública destinataria de la denuncia, y tampoco la normativa disciplinaria de empleo público (el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado) contienen referencia específica al empleado público denunciante.

46. Así lo prescribe el artículo 45 de la Ley 2/2021: «Se consideran infracciones leves:...c) El incumplimiento del deber de formular denuncia ante la Oficina, en los términos previstos en el artículo 35 2».

frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma». Es ésta la única finalidad de toda la regulación, y como fin inspirador debe servir a la interpretación teleológica de sus preceptos⁴⁷.

Pero ¿qué se entiende por «represalia»? El concepto legal —que constituye el presupuesto de la concesión del régimen protector del denunciante— está ya definido en la Directiva en su artículo 5.11): «toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante». Es, pues, un concepto amplísimo⁴⁸, que se compone de tres elementos constitutivos que, no obstante, no desvirtúan su naturaleza de concepto jurídico indeterminado; el primero es esencial, y no es otro que el elemento causal: la represalia debe ser consecuencia de la presentación de la denuncia; el segundo está representado por el efecto mismo de la represalia en el denunciante represaliado por denunciar: un daño o perjuicio producido, que naturalmente no tiene el deber jurídico de soportar; y el tercero nos remite al elemento espacial delimitador del régimen protector: el «contexto laboral» del denunciante.

Unas mínimas observaciones merecen formularse al efecto sobre este concepto jurídico comunitario que, asimismo, incorpora esencialmente nuestro legislador en la Ley 2/2023. En primer lugar, cuando ambas normas ciñen la represalia al ámbito laboral o profesional del denunciante, están limitando notablemente su concepto legal y, por ende, la efectividad del régimen protector, dada la heterogeneidad de acciones de represalias acontecibles fuera del contexto laboral/profesional del denunciante susceptibles, no obstante, de haberse originado por esa denuncia «laboral»⁴⁹.

47. Es más, la protección no requiere que la represalia se haya consumado, y ni siquiera que se haya iniciado, porque la ley prohíbe las amenazas de represalia y las tentativas de represalia.

48. Asimismo, lo ha subrayado PÉREZ MONGUIÓ. *Vid.* «Capítulo VII. La protección del informante como piedra angular del sistema del whistleblower», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 261 y ss.

49. Adviértase, sin embargo, que la Directiva en su artículo 4.4 (y también la Ley española 2/2023 en su artículo 3.4) prevé la extensión del régimen protector a ciertos terceros que, teniendo relaciones o/y vínculos con el denunciante, puedan sufrir represalias por la denuncia formulada; así expresamente las normas se refieren a «compañeros de trabajo o familiares» del denunciante. Ahora bien, en relación con estos segundos sujetos amparados, conviene aclarar que no están incluidos todos los familiares del denunciante, sino que, pese a la omisión normativa del referido precepto comunitario (y del español), sólo podría protegerse a los familiares cuando estén presentes en ese contexto laboral/profesional amparado por la Directiva; lo confirma explícitamente la propia norma comunitaria en su Considerando 41: «Debe facilitarse protección frente a medidas de represalia toma-

En segundo lugar, en relación a las consecuencias que han de producir las represalias para precisamente ser así calificadas, es preciso subrayar que el concepto que introduce el legislador español en el artículo 36.2 de la Ley 2/2023 no es exactamente el mismo concepto jurídico indeterminado dispuesto en el artículo 5.11) de la Directiva. La norma española se refiere a «cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley⁵⁰, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública»; así, pues, esta tipificación de los actos/omisiones que «supongan un *trato desfavorable*...» representa una definición legal omni-comprendensiva de mayor amplitud que la delimitación de la norma comunitaria a unos meros «perjuicios injustificados» sufridos por el denunciante⁵¹.

Finalmente, sí es acertada la tipificación del presupuesto inexcusable del origen de la represalia: la mera presentación de la denuncia. Sin embargo, esto nos conduce a la inexcusable prueba de la relación de causalidad entre la formulación de la denuncia y la acción/omisión indiciariamente constitutiva de represalia y, por ello, debería el legislador establecer una presunción en favor del denunciante y la atribución de la carga de la prueba a la persona autora de la presunta represalia. Y lo hace en el artículo 38.4: «En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública».

das no solo directamente contra el propio denunciante, sino también aquellas que puedan tomarse indirectamente, incluso contra facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante...».

50. Esta referencia a todos los actos u omisiones «prohibidos por la ley» ha de entenderse referida a los actos/omisiones que prohíbe esta ley, y no obviamente a todos los actos/omisiones que prohíben todas las leyes de nuestro ordenamiento jurídico.

51. Tipificación ésta que, no obstante, presenta no pocas dudas interpretativas, porque, ¿qué clase de daños o perjuicios son los que han de tener lugar para apreciar la existencia de una «represalia»? ¿y cuándo podrían estimarse «injustificados»? Desde luego podrían tener la consideración de perjuicios injustificados los patrimoniales consistentes en los gastos en los que incurrieran el denunciante derivados del asesoramiento jurídico necesario y la defensa letrada (y representación, en su caso) en los eventuales procedimientos judiciales (o administrativos) iniciados contra el denunciante o instado por él cuando se hubieran producido por la presentación de su denuncia, así como también los gastos inherentes a la asistencia sanitaria y psicológica que haya precisado como consecuencia de las acciones derivadas de su denuncia.

Pero la descripción normativa de la represalia que efectúan ambas normas jurídicas no acaba así. Tanto el artículo 19 de la Directiva como el artículo 36.3 de la Ley 2/2023 enumeran varios actos/omisiones concretos calificándolos como represalias⁵². Eso sí, no representan *numerus clausus* o lista tasadas de supuestos constitutivos de represalias (que entonces resultaría ser incongruente con el propio concepto jurídico anteriormente tipificado en las mismas normas), sino que, por el contrario, se trata de listados meramente «enunciativos», como proclama expresamente el mismo artículo 36.3, si bien incluye las más habituales o reconocibles para declarar la existencia misma de una represalia⁵³ y, en consecuencia, aplicar el régimen protector del denunciante legalmente previsto al efecto.

Ahora bien, no todo denunciante que tema una represalia es titular de los derechos protectores que dispone la normativa. El artículo 35 de la Ley 2/2023 regula las llamadas «Condiciones de protección», indicando su apartado 1 que las personas que comuniquen o revelen infracciones previstas en el artículo 2⁵⁴, tendrán derecho a protección *siempre que*: a) tengan motivos razonables

-
52. Estas acciones concretas tipificadas expresamente como represalias son las que se adopten en forma de: 1) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación..., o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo... (salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la denuncia); 2) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas; 3) Coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; 4) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional; 5) Inclusión en listas negras que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. 6) Anulación de una licencia o permiso. 7) Denegación de formación; 8) Discriminación, o trato desfavorable o injusto. En suma, numerosas conductas que, como señala PÉREZ MONGUIÓ, en su generalidad afectan a la continuidad de la relación laboral o a su ejecución o desarrollo mismo, no obstante, la relevancia que presenta la tipificada en el artículo 36.3.d) de la Ley 2/2023 (la inclusión del denunciante en «listas negras»): *vid. «Capítulo VII...», El nuevo..., ob. cit.,* Pérez Monguió y Fernández Ramos, (coords.), págs. 265-269. Obsérvese, no obstante, ciertas diferencias entre ambas normas en la descripción de algunas de los supuestos, o incluso la mención explícita en la Directiva (no en la ley española) a las «referencias médicas o psiquiátricas».
53. PÉREZ MONGUIÓ, que también ha subrayado el «carácter no exhaustivo» del listado, ha mostrado las ausencias de acciones/omisiones que padecía el Anteproyecto de Ley. *Vid. «Capítulo VII...», El nuevo..., ob. cit.,* Pérez Monguió y Fernández Ramos, (coords.), pág. 265, nota 92.
54. Según el artículo 35.1.a) *in fine*, la concesión del régimen protector exige que la información denunciada esté incluida «dentro del ámbito de aplicación de esta ley», pues, en caso contrario, debería acordarse la inadmisión a trámite de la denuncia conforme al artículo 18.2.a) 2.º Y expresamente excluye de la protección el artículo 35.2.a) a toda denuncia que haya sido inadmitida en un canal interno o externo, así como las acciones expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la ley en el artículo 2 (delitos, materia clasificada o secreta...).

para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes...»⁵⁵.

Es decir, no ofrece dudas la exclusión del régimen protector cuando el denunciante ha «tergiversado» los hechos que constan en la denuncia. La falsedad del relato ha de tener consecuencias jurídicas para este denunciante de mala fe. La denuncia falsa, no sólo le impedirá la concesión de las medidas protectoras previstas en la Ley, sino que podría ser constitutivo de ilícitos penales, laborales, civiles o/y administrativos, en su caso, debiendo, por tanto, ejercerse las acciones legales correspondientes contra este denunciante.

Pero no siempre que en la denuncia consten hechos inciertos se tratará de una denuncia falsa o con «tergiversación». El legislador, con buen criterio, diferencia la veracidad de la información y la veracidad del denunciante⁵⁶. En el primer caso, admite que pueda ser un denunciante de buena fe⁵⁷, que haya formulado la denuncia convencido de la veracidad de los hechos, aunque se haya equivocado en su apreciación y formulación⁵⁸, y, por consiguiente, podrá serle otorgado el estatuto protector⁵⁹. En el segundo caso, la denuncia podrá ser calificada de falsa o simulada, sin derecho alguno a las medidas garantistas por represalias de cualquier tipo.

-
55. En términos similares lo prevé el artículo 6.1.a) de la Directiva, al referirse a los denunciantes «que actuaran con la debida diligencia...».
 56. La Directiva es explícita, al disponer su Considerando 32 que «los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección».
 57. Por tanto, el denunciante que comunique «información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita» no es un denunciante de buena fe. Pero ¿no hay denuncias de mala fe que no sean falsas? La ley aragonesa sí parece equipararla o asimilarlas en su art. 45.2 («No será de aplicación el estatuto del denunciante establecido en esta ley cuando, a juicio de la Agencia, la denuncia se formule de mala fe, proporcionando información falsa, tergiversada u obtenida de manera ilícita...»). Quizás la buena fe del denunciante deba interpretarse como la probidad, la integridad y la honestidad pública en quien formula denuncia administrativa.
 58. Esta relación entre buena fe y veracidad ha sido explicitada ampliamente por PÉREZ MONGUIÓ. *Vid.* «Capítulo VII...», *El nuevo...*, *ob. cit.*, Pérez Monguió y Fernández Ramos, (coords.), págs. 243-246 y 253. Ahora bien, la Ley 2/2023 no menciona la exigencia de buena fe en su articulado, por lo que «no se puede hablar de buena fe como una exigencia adicional a la creencia en la existencia razonable, en el sentido de plausible, de que la información objeto de comunicación es fundamentalmente cierta», y tampoco debe incurrirse en «confusión entre buena fe y motivación, con la consecuencia de que los posibles informantes puedan creer que el objeto principal de atención sea el motivo para denunciar más que una evaluación adecuada de la sustancia de la información...» (FERNÁNDEZ RAMOS, *vid.* «Capítulo VII...», *El nuevo...*, *ob. cit.*, Pérez Monguió y Fernández Ramos, (coords.), págs. 80-82).
 59. Así asume la condición establecida en el artículo 6.1.a) de la Directiva, al referirse a los denunciantes «que actuaran con la debida diligencia y tuvieran motivos razonables para inferir que la información comunicada mediante la denuncia era veraz en el momento de la formulación de la misma, aun cuando hubieran cometido un error en la apreciación de los hechos constitutivos de fraude, corrupción y conflicto de intereses».

Y una segunda condición impone el artículo 35.1.b): que la denuncia «se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en esta ley»; es decir, es obligado que el denunciante haya usado el Sistema interno de información o canal interno de denuncia o/y el canal externo ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

Ahora bien, resulta más difícil interpretar las siguientes exclusiones del régimen protector que hace el propio artículo 35 en su apartado 2. Por un lado, en su apartado b) se refiere a las «Informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al denunciante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación»; esta referencia a conflictos interpersonales parece circunscribirse a motivos personales de enemistad; pero la otra adición de la norma no puede interpretarse excluyendo a las denuncias que solo impliquen al denunciante y el denunciado, siempre que afecte al ámbito laboral o profesional, claro. Y, por otro lado, su apartado c) menciona a las «Informaciones que ya estén completamente disponibles para el público, o que constituyan meros rumores»; mas ¿cuándo es un rumor y cuándo una mera información indiciaria?⁶⁰

IV. Bibliografía

CARO CATALÁN, J., «La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* Vol. 7, Número 3, 2021, págs. 2155 a 2200.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, C., «Capítulo III. Los sistemas internos de información», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 99 a 149.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Capítulo IV. Canal externo de información», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, págs. 151 a 173.

COELLO MARTÍN, C., «Capítulo IV. Ámbito de aplicación personal de la ley 2/2023, de 20 de febrero: el concepto de informante», *La aplicación de la ley de protección de los informantes en el sector público. Especial referencia a las entidades locales*, (C. Aymerich Cano y M. Parajó Calvo. Dirs.), El consultor de los Ayuntamientos-La ley, Madrid, págs., 2023.

60. Lo trata exhaustivamente PÉREZ MONGUIÓ. *Vid.* «Capítulo VII...», *El nuevo... ob. cit.*, Pérez Monguió y Fernández Ramos, (coords.), págs. 256-259.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S.**, «Capítulo II. Ámbito de aplicación», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 43 a 98.
- GARCÍA MORENO, B.**, *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- GARRIDO JUNCAL, A.**, «La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 12, 2019, págs. 126 a 151.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.**, «Capítulo VIII. La protección del denunciado. El denunciante infractor arrepentido», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 305 a 320.
- PARAJÓ CALVO, M.**, «Análisis del proyecto de ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», *Documentación Administrativa* núm. 9, 2022, págs. 44-74.
- PÉREZ MONGUIÓ, J.M.^a**, «Capítulo VII. La protección del informante como piedra angular del sistema del whistleblower», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 227 a 304.
- PÉREZ MONGUIÓ, J.M.^a**, «La irrupción del estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción», *Compliance e integridad en el sector público*, (Federico A. Castillo Blanco, coord.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, págs. 83 a 111.
- PÉREZ MONGUIÓ, J.M.^a** «Del chivato al cooperador: el whistleblowing», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)* núm. 115, 2019, págs. 343 a 375.
- SÁEZ LARA, C.**, *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J.**, Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2021, págs. 64 a 85.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J.**, «Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 55, 2020, págs. 1-41.

TARDÍO PATO, J.A., «Capítulo I. Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial», *El nuevo sistema de protección del informante: Estudio sistemático de 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*, (Pérez Monguió y Fernández Ramos, coords.), La Ley, Madrid, 2023, págs. 21 a 41.

PRINCIPIOS PARA UNA BUENA ADMINISTRACIÓN ALGORÍTMICA: LA PARADOJA DE LA EFICIENCIA DESDE EL NUEVO SILENCIO ADMINISTRATIVO ALGORÍTMICO¹

María Luisa Gómez Jiménez

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Accredited a Catedrática de Universidad

Associate Professor of Administrative Law at Malaga University

ABSTRACT: The new artificial intelligence law envisions a new reading of classic institutional rules of administrative law in the light of innovations. It enlightens, also the need to go beyond the digitalization process, or the implementation of e-administration. Besides, the idea of an automated public administration which works upon the premises of technology requires not be alien to the regulatory principles of AI. In this article, we will examine not just the software used by public administrations in its transformation but its effects on the provision of public services. Specifically, we will focus on a leisurely reflection on the institution of administrative silence. By juxtaposing the conventional concept of administrative silence with emerging AI-driven procedural practices, we aim to elucidate the transformative impacts of automation on public governance. This article delves into the inherent contradictions in the use of software within Spanish administrative law, questioning whether silence and opacity in algorithmic decision-making might erode the values that the law seeks to uphold. The idea would be to propose a novel doctrinal framework —Algorithmic Good Administration— as an essential evolution in European administrative law, designed to proactively manage the transition towards full procedural automation while preserving fundamental democratic and legal values. This creates a new emerging scenario, in the light of the efficiency paradox in automated administrative action.

1. Esta investigación ha sido realizada en el marco del proyecto TED2021-129635B-I00, «Propuesta Regulatoria para una Vivienda domótica Adaptada» (PRO-VIDA), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la «Unión Europea NextGenerationEU/PRTR», 2022-2025. Una revisión de esta contribución fue objeto de publicación en inglés en la Revista European Review of Digital Administration and Law, January 2025. <https://www.erdalreview.eu/publicazioni/estratti/10.53136/979122182045412-estratto.html>

I. Implicaciones jurídicas de la automatización procedimental derivada de la utilización de IA

La expresión Inteligencia artificial no es unívoca². Por más que la literatura jurídica empiece a integrarla de manera casi cotidiana en sucesivas aportaciones científicas³. De hecho, cuando pensamos en la inteligencia artificial y sus usos, debemos matizar a qué específicamente a qué nos estamos refiriendo, pues los algoritmos conviven con nosotros desde más años que

2. Los cada vez más profusos textos que se ocupan de aproximar el concepto de Inteligencia Artificial (en adelante IA) y sus variantes. Si atendemos a las distintas formas de evolución de la IA, desde su primera configuración en los años 1950-1970s, hasta la actualidad podremos diferenciar una IA Narrow AI, conocida como una IA débil, que se ha diseñado para la realización de actividades específicas y funcionales (utilizada por ejemplo en los primeros asistentes personales, o sistemas de recomendación —que orientan por ejemplo qué espacios hay libres en un parking y cuáles son los espacios recomendados para llevar el vehículo en la Ciudad—...), Estos sistemas de recomendación parecen entender las preferencias de sus usuarios, aunque en realidad no sea así, y sólo avanzan resultado de correlaciones de datos (por ejemplo en el caso de los vehículos autónomos, o los sistemas de navegación). Luego nos encontraríamos con una IA General (La inteligencia Artificial General que se ha calificado como una Inteligencia Artificial fuerte que es capaz no solamente de dar consejos u orientaciones basados en los datos recopilados, sino que pueden anticipar futuras conductas y escenarios. Esta inteligencia general es capaz de correlacionar contextos, y es capaz de exponer diferentes formas de razonamiento, adaptándose a las situaciones y siendo capaz de manejar masiva datos, ya que sería capaz de aprender de sus errores, de mejorarse, y de reemplazar determinados puestos de trabajo. Finalmente se puede encontrar la «Superinteligencia», que fue expuesta por el Prof. Bostrom que supone un paso delante de tal magnitud que sería difícil de diferenciar de la inteligencia humana, incorporando entre sus habilidades capacidades de persuasión, negociación, o creatividad. Esta última modalidad de inteligencia artificial, que parecía antes muy lejana cada vez, y a la vista de los últimos avances tecnológicos parece más realizable de lo esperado. De conformidad con una de las primeras aproximaciones elaborada por el grupo de 52 expertos de alto nivel en inteligencia Artificial de la Comisión Europea : «son programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados y no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado». Para una revisión de la literatura más actual, puede verse sobre estos temas: Patel, David, M: *Artificial Intelligence & Generative AI for Beginners: The complete Guide*; Ramió C: *Inteligencia Artificial y Administración Pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*. Los libros de la Catarata, 2019, 176 pp; GAMERO CASADO, E: *La Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2023; CRIADO, J.I. (2021). «Inteligencia Artificial (y Administración Pública)». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 348-372; CRUZ BLANCA y LLEDO BENITO: *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución 4.0*, Dykinson. 2021.
3. Una lectura apresurada de la base de datos DIALNET —elegida por su alta consulta académica— arroja las siguientes magnitudes en la publicación de obras sobre inteligencia artificial hasta el año 2025: 12.271 artículos; 6586 capítulos de libros; 1824 Tesis doctorales; y 1048 libros. Y estas cifras quedan exiguas sin integrásemos lo que recogen otros repositorios institucionales o internacionales.

imaginamos⁴. Tampoco debe confundirse automatización con uso de la IA o programación algorítmica⁵.

Sucede sin embargo que la integración tecnológica a la que venimos acostumbrados ha dado un paso de gigante, que está obligando a plantear cuestiones novedosas y que supone repensar las instituciones jurídicas a la luz de los efectos que la tecnología permite definir en el ámbito jurídico. No se trata pues sin más de la automatización de tareas sino de la anticipación y ejecución de manera veloz y con resultados que antes no eran siquiera imaginables.

Dos cuestiones se deben examinar cuando se quiere aproximar el «state of art» de la Inteligencia artificial en una suerte de foto fija como la que intentamos hacer cuando estas líneas se redactan. De un lado, la noción de cuando podemos entender que nos encontramos con los primeros supuestos de inteligencia artificial, y en segundo lugar cuando es posible ubicar las primeras regulaciones atinentes a normar en alguna forma lo que se ha calificado como IA. En este contexto no sorprenderá entender que fue precisamente China el país que con mayor rapidez inicio la regulación sobre el uso de la IA a escala mundial⁶. Sin perjuicio del examen de la eficacia de las regulaciones, cuestión no tan sencilla de dibujar, la atención a la inteligencia artificial desde el marco regulatorio se perfila como uno de los avances más precisos en esta nueva revolución tecnológica en la que nos encontramos. Y ello sin perjuicio de que entendido el fenómeno o la figura, fuera necesario incorporar mecanismos que permitan ordenar su uso por las administraciones públicas como nos recordara CARLON RUIZ, M.⁷.

Sucede sin embargo que se utiliza la expresión inteligencia artificial, cuando se quiere decir tecnologías habilitadoras, en una suerte de innovación tecnológica que va más allá de las técnicas de IA, pues la IA es sólo una de las tecnologías habilitadoras digitales, que pueden ser utilizadas por las Administraciones públicas (piénsese por ejemplo en el Blockchain como tecnología cuya creciente implementación ha llegado también a las Administraciones Públicas).

-
4. Actos tan cotidianos y en apariencia tan alejados de la IA como programa una lavadora, o tomar un ascensor, programar el despertador, o programa un detector de humos para prevenir incendios, o una alarma guiada por sensores de movimiento, suponen una suerte de integración tecnológica que poco o casi ningún debate han suscitado en el ámbito administrativo. En todo caso, los defectos motivados por la acción de un dispositivo que afectara nuestros derechos —piénsese en un vehículo autónomo o en una máquina que nos causara un perjuicio como usuario o como consumidor—.
 5. La expresado con claridad Fuerte López: «Reflexiones ante la acelerada automatización de las actuaciones administrativas», Revista Jurídica de Asturias núm. 45/2022, pág. 105-124.
 6. https://www.elespanol.com/invertia/disruptores/politica-digital/20230811/china-referencia-regulacion-inteligencia-artificial-eeuu-europa-toman-serio/785171576_0.html
 7. Así, en CARLON RUIZ, M: *Las Administraciones Públicas ante la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch 2025, pág. 16.

1. La regulación de la inteligencia artificial: una pequeña foto fija

A la evolución rapidez en la evolución tecnológica y su impacto en la vida de los ciudadanos ha seguido interés en encontrar un marco regulatorio propicio para la Inteligencia Artificial. Este intento se manifestado inicialmente en documentos de «soft law» administrativo⁸ que poco a poco van condensando intentos regulatorios de derecho positivo, enmarcado en los avances iniciales. La atención a la evolución tecnológica por los reguladores con ser nueva tiene en el momento actual especial significado porque la evolución a la que asistimos no tiene precedentes y permite cambios que afectan a algo más que a la simple automatización administrativa. A medida que la tecnología va avanzando y se multiplican las aplicaciones de ésta en el ámbito público se, generan espacios para ordenar éstas, que, en un esfuerzo clasificatorio, permiten dibujar cuales serían los retos regulatorios derivados de su implementación por los sectores públicos. Téngase en cuenta además que la atención a las aplicaciones precisa de la adecuada gestión de los datos, pues a la postre se trata de una atención a la gobernanza algorítmica y de los datos como premisa en el uso del software administrativo.

Además, las aplicaciones que antes sólo gestionaban la automatización de un proceso específico ahora se combinan entre sí generando un conjunto de APIS, que permiten la generación de operaciones y automatizaciones cada vez más complejas, que van más allá de las respuestas generadas por la IA generativa para proponer la implementación de aplicaciones funcionales o la puesta en marcha de una serie de programación autónoma que permiten la robotización de los procesos administrativos.

En Europa el debate sobre la utilización de la IA no es nuevo, las propuestas regulatorias que hoy conocemos son fruto de un recorrido que inició en marzo de 2018 con la Comunicación Inteligencia artificial para Europa, y que han tenido un avance significativo no sólo por medio de documentos de soft-law administrativo, sino por medio de la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 (en adelante AI Act). La norma analizada por la doctrina⁹ refleja la necesidad de abordar la implementación de tecnologías y procesos con IA de

-
8. A nivel Comunitario debemos remontarnos a la: Comunicación de La Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa, COM (2018), 237, final, DOUE, 25.04.2018; pero en el mismo sentido destacan: OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, que implica la adopción de los principios sobre la inteligencia artificial.
 9. BARRIOS ANDRÉS, M: *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, Tirant lo Blanch, 2024; Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, La Ley 2024*; COTINO HUESO, L, y Pere SIMÓN CASTELLANO: *Tratado sobre el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, 2024*; PONCE SOLÉ, J: *El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, el derecho a una buena administración digital y el control judicial en España*, Marcial Pons, 2024.

manera responsable y transparente. El avance regulatorio lo es sin embargo en un contexto motivado por la proyección de un mercado único digital, que debe entenderse en combinación con la eIDAS, (Electronic Identification, Authentication and Trust Services). Piénsese que estas propuestas regulatorias avanzaban en la transformación de la e-Administración hacia la I-Administración¹⁰.

En este contexto, la atención regulatoria que la I-Administración demanda, conecta con la definición no sólo de la digitalización aplicada al procedimiento administrativo sino que se proyecta en elementos tales como la legitimación para actuar, la identificación de los ciudadanos frente a la administración pública y los elementos vinculados a la protección y salvaguarda de datos de los ciudadanos y la transferencia de datos entre administraciones públicas, así como los elementos vinculados a la interoperabilidad administrativa.

La regulación de la Inteligencia Artificial en la UE evalúa no sólo la aplicación de los principios presentes respecto del existente marco jurídico respecto de la protección de datos, sino que integra elementos vinculados a la calificación de los sistemas de IA, como elementos diferenciadores de los sistemas de software¹¹. Además, no se trata de introducir una regulación que lejos de incentivar ralentice la integración tecnológica en el ámbito administrativo, sino al contrario que en el contexto de las últimas proyecciones realizadas en el informe de M. Draghi, «The Future of European Competitiveness», permita proyectar también a Europa en la carrera por liderar la innovación a través de IA¹². Lo que ha permitido la calificación del Plan Continent AI, en un intento por recuperar el lugar en la batalla por liderar el mercado de bienes y servicios proporcionados por la IA, y controlar su introducción, como sus efectos.

Para la AI Act, según su considerando sexto, es fundamental que la IA y su marco reglamentario se desarrollen de conformidad con los valores de la Unión consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), los derechos y libertades fundamentales consagrados en los Tratados y, de conformidad con el artículo 6 del TUE, la Carta. Esto implica que las normas comunes para los sistemas de IA debían tomar en consideración la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital y las Directrices éticas para una IA fiable del Grupo independiente de exper-

10. VIDA FERNÁNDEZ, J: *El Macro Europeo para regulación del uso de la inteligencia artificial por las Administraciones Públicas*, El Derecho Administrativo en la Era de la Inteligencia Artificial INAP, 2025

11. Para el Reglamento aprobado por la UE los sistemas de IA operan una suerte de inferencia, que va más allá de la colección de datos, o el tratamiento de éstos para permitir predicciones, aprendizaje automático, razonamiento y modelización...

12. Estados Unidos lidera al momento de escribirse estas líneas la inversión en inteligencia artificial, con propuestas económicas que van desde los 500.000 millones de dólares. Pero la diferencia en cuanto a inversiones a nivel mundial está acortándose, como ha puesto de manifiesto el «2025 AI Index Report», publicado por la HAI. Human Center for Artificial Intelligence de la Universidad de Stanford.

tos de alto nivel sobre IA¹³. Declaración que enfatiza no sólo la necesidad de llevar a cabo una transformación digital, sino de hacerlo situando en el centro a las personas¹⁴, pues los algoritmos se declaran al servicio de las personas con el fin de aumentar el bienestar humano.

Piénsese no obstante que la regulación de la Inteligencia Artificial no había sido fruto de una reacción apresurada, sino que en el caso europeo ha sido fruto de una suerte de decantación dogmática que se inicia en el año 2020 con la aprobación del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial¹⁵. Disposición que, partiendo de la estrategia europea para inteligencia Artificial de 2018 vino a enfatizar la necesidad de generar confianza, en el marco de la Estrategia Europea de Datos¹⁶. Téngase en cuenta que una parte importante de la actuación administrativa va a implicar no sólo la gestión de los datos de los ciudadanos, sino que en la medida en la que se produce alguna suerte de automatización la estrategia y el gobierno de los datos resulta clave para conformar un régimen jurídico de utilización no sólo del software por las administraciones públicas, sino del impacto de la automatización en la gestión de la toma de decisiones administrativas, y por ende del procedimiento administrativo.

La relevancia de los datos en la gestión de las decisiones que impliquen el uso de Inteligencia artificial es tal que no basta con regularlos como se hicieron en la primera aproximación que tuvo lugar en 2020, sino que es preciso el diseño de una estrategia de unión de datos, como acción clave para aprovechar el impacto de la IA Gen (Inteligencia Artificial Generativa) en el ámbito público y privado. Esta es una prioridad tanto para la Comisión en el nuevo mandato 2024-2029, como para el desarrollo del Plan Continente AI. La gestión de los datos vendrá entonces condicionada a la inversión en tecnologías de datos y facilitar determinados activos de datos a través de medidas o financiación voluntarias. Esto va a suponer en palabras de la propia comisión integrar medidas de simplificación administrativa, que se vinculen a la notificación digital obligatoria en las futuras iniciativas legislativas, así como en la legislación vigente¹⁷. Téngase en cuenta que la gobernanza de los datos a la postre permite la definición de los mercados de servicios digitales como anticiparía Reglamento UE 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Con-

13. La Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital, 2023/C23/01, DOUE 23.1.2023

14. Viene a señalar el capítulo I: «Las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea. La tecnología debe servir y beneficiar a todas las personas que viven en la UE y empoderarlas para que cumplan sus aspiraciones, en total seguridad y respetando plenamente sus derechos fundamentales».

15. Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (COM(2020) 65 final.

16. Bruselas, 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

17. La propuesta de una nueva estrategia de Unión de datos europea.

sejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado de servicios digitales que entró en vigor en noviembre de 2022, de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024¹⁸, y se proyecta además en la digitalización de los servicios públicos, como pusiera de manifiesto la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el programa de política «Itinerario hacia la Década Digital» para 2030¹⁹. La estrategia orientada hacia la digitalización no sólo de las empresas sino de los prestadores públicos enmarcada en la DCP (Digital Decade Policy Programme 2030), integrando en sus contenidos una apuesta por interconexión digital de las Administraciones Públicas²⁰.

En este contexto, y dando un paso más en el ámbito de la inteligencia artificial el Boletín Oficial del Estado publicaría el 4 de septiembre de 2024, la Decisión (EU) 2024/2218 del Consejo, de 28 de agosto de 2024, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. El documento avanza para proyectarse en el consejo de Europa, y prever la necesaria conexión entre el acervo de la Unión respecto de los actos jurídicos destinados a aplicar los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹. En el mismo sentido la calificación de la cartera europea de identidad digital (eID), apoya su valor en la necesidad de integrar mecanismos de autenticación digital para los usuarios en su acceso a los servicios digitales —sean estos públicos o privados—, pues como señala el Marco Europeo de Identidad Digital todo el mundo debería controlar su identidad digital en todo momento²². Completa la proyección de una prolija atención normativa la necesaria puesta en valor de los derechos de los ciudadanos en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en particular el derecho a una buena administración (artículo 41), que incluyera entre sus premisas: «a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expe-

18. Piénsese que sería la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (Texto pertinente a efectos del EEE, la que vino a establecer que se califican como servicios de la sociedad de la información, los que se presten a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario a título individual.

19. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es#proyectos-plurinacionales

20. Decision (EU) 2022/2481 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030.

21. La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea habría ya sido publicada el 18 de diciembre de 2020, en el Official Journal of the European Communities, C 364.

22. El nuevo reglamento de identidad digital aprobado por: Regulation (EU) 2024/1183 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing the European Digital Identity Framework.

diente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones...». Pues bien, en el marco de esta buena administración la automatización procedimental debe respetar los derechos de los ciudadanos y hacerlo de forma coherente con las estrategias de la década digital que enmarcara la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital²³. Además, la configuración de una pasarela digital única europea revela la necesidad de adoptar un enfoque regulatorio que atienda a la automatización de los procesos desde la perspectiva no sólo nacional sino europea, pues a través de estas nuevas herramientas los ciudadanos podrán acceder a la información, obtener servicios que cada vez van a estar más digitalizados. Y todo ello sin olvidar que la regulación contenida en el Reglamento Europeo de IA atribuye a las administraciones públicas el rol de responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo (artículo 26). Lo que supone que deben tomar medidas para asegurar que los sistemas de alto riesgo —en un enfoque europeo orientado al riesgo que supone clasificar los sistemas de IA— requerían supervisión humana, y que conllevara la evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales para los sistemas de IA de alto riesgo (FRIA²⁴).

En el contexto internacional, la evolución de la Inteligencia artificial camina de la mano de una aceleración permanente. Al punto de apreciarse que nos acercamos cada vez más a la singularidad tecnológica, en pos de una Inteligencia Artificial General (AGI)²⁵, como paso previo a lo que se ha venido a denominar la «Superinteligencia». Sin embargo, el paso de la IAGen como la conocemos hoy a la superinteligencia —que puede parecer aún lejano— revela importante e inquietante previsiones normativas más enmarcadas en la buena administración algorítmica (AGA) que en la regulación misma de la IA a nivel europeo. Piénsese por ejemplo que la automatización en las decisiones administrativas había sido ya objeto de un interesante precepto, el artículo 22 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, al proclamar la prohibición de ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles²⁶.

23. DOUE de 23 de enero de 2023.

24. Fundamental Rights Impact Assesment.

25. El que fuera fundador de Open AI, en las últimas entrevistas que ha realizado en los medios de comunicación en el año 2025, anunció además que la AGI estaba más cerca de lo imaginado en referencia a los cambios exponenciales que la tecnología puede ofrecernos en los años venideros y en particular en el año 2026, con la integración de Agentes de Inteligencia artificial capaces de automatizar más que procesos sino resolver problemas complejos basándonos en un contexto cambiante.

26. Sic, Art. 22 RGPD, aprobado Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta norma ha sido objeto de profusa decisiones jurisprudenciales y doctrinales. Entre ellos

Sirvan estos documentos, que no pretenden ser exhaustivo ni sistemáticos, para alumbrar si quiera tenuemente el escenario de prolija actividad comunitaria en el ámbito no sólo de la digitalización y provisión de servicios digitales sino en la conformación de un acervo comunitario en materia regulatoria de Inteligencia Artificial.

En el centro del ecosistema de este debate se encuentran aspectos de hegemonía económica, de inversión privada y necesidad de ordenar los actores en el juego de la IA, tratando de anticipar algunos de los efectos que su irrupción en el mercado está ocasionando.

Sin que sea este el lugar de detenernos más en el examen no sólo de los paquetes regulatorios europeos en materia de Inteligencia Artificial, sino en el examen comparado conexo, resulta relevante afirmar que la década que se inició en 2023 lo será respecto de la IA, en el ámbito no sólo de la actuación pública sino en los aspectos regulatorios de la sociedad privada.

En el caso español, el marco regulatorio de la inteligencia artificial está profundamente influenciado por la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) aprobada por RD 632/22, de 26 de Julio, que se presentó como un marco de referencia para el periodo 2020-2025. La ENIA busca orientar los planes sectoriales y estrategias regionales en línea con las políticas de la Unión Europea, promoviendo la transformación de los sectores económicos a través de la cooperación público-privada. La formulación de la reciente estrategia de inteligencia artificial 2024, que continúa en el esfuerzo iniciado en el año 2020, toma en consideración los avances derivados de la Regulación europea, en particular de la IA ACT de 2024. La estrategia de Inteligencia Artificial, como documento de *soft-law* administrativo marca la pauta de actuación administrativa y el desarrollo de la regulación española en la materia, en el horizonte de la estrategia se encuentra el objetivo europeo de alcanzar una Inteligencia artificial confiable, (trustworthy), como si eso fuera algo posible²⁷.

Y ello aunque, como nos cómo nos recordara, HUERGO LORA, no exista en el derecho español, una reserva de Ley «tecnológica»²⁸, por el contrario, la atención a la regulación sobre la inteligencia artificial que se revela como elemento fundamental para entender el impacto en la normativa sobre procedimiento

puede citarse: MARTINEZ OTERO, J. M: «Hipervigilancia Administrativa y supervisión automatizada: promesas amenazas y criterios para valorar su oportunidad». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 231.

27. Coincidimos con RYAN, M. (2020). «In AI We Trust: Ethics, Artificial Intelligence», and Reliability. *Science and Engineering Ethics*, 26(5), 2749-2767. <https://doi.org/10.1007/s11948-020-00228-y>, en que la IA no puede ser confiable en el mismo sentido en el que pueden serlo los seres humanos al carecer de la capacidad de ser responsables por las actuaciones que desarrolla, con lo que en realidad estamos introduciendo una expresión confusa que trata de generar una percepción antropocéntrica de la IA, que aún no es posible señalarla.
28. Así en «De la digitalización a la Inteligencia Artificial. ¿Evolución o Revolución?», en *El Derecho Administrativo en la Era de la Inteligencia Artificial*, INAP, 2025.

administrativo, contrasta con la reserva de una regulación básica en materia de procedimiento Administrativo común, que ex artículo 149.1.18 del texto constitucional preconditiona toda intervención administrativa que implique alguna suerte de afección a los elementos del procedimiento administrativo común.

Esta desatención a la innovación tecnológica, acompasada con la propia concepción derivada de la cuarta revolución industrial, ha dejado lo que calificamos como un efecto reina roja en derecho administrativo²⁹, que evoca una suerte de desconexión entre el ritmo de las posibilidades tecnológicas y las respuestas jurídicas a los nuevos retos que los escenarios innovadores plantean. El desajuste no sólo es normativo, o competencial, sino que se proyecta en el examen de las instituciones del derecho público como veremos y lo hace respetando eso sí la concepción tradicional del examen de las potestades administrativas a pero integrando en el procedimiento administrativo un nuevo actor, el autómatas o la automatización procedimental con todo lo que ello conlleva.

2. Los ajustes regulatorios llevarán aparejados ajustes organizativos en el caso de la IA en la adopción de decisiones automatizadas

El funcionamiento de la IA implica la gestión de un BIG DATA que no sólo consume recursos técnicos —de computación y energía, sino que atesora innumerables problemas regulatorios en el marco de una burocrática y lenta administración, más acostumbrada a la gestión documental— o digital que a la automatización y procesamiento de éstos. Esta versión de la Inteligencia Artificial, como reto organizativo no es sin embargo ajena a la transformación que como toda revolución incorpora cambiar la pesada maquinaria por el imaginario virtual que el servidor proporciona —eso sí en una nube— que no sólo es intangible sino deslocalizada³⁰.

29. Sobre la calificación de qué se entienda el efecto reina roja en Derecho Administrativo tuvimos la ocasión de detenernos en *Urbanismo participativo y Gobernanza Urbana en las ciudades inteligentes: el efecto reina roja de derecho administrativo*, Aranzadi, 2019.

30. Al problema del tratamiento de la información ex RGPD, se suma en ese caso la atención al *forus loci*, y a la irreflexiva percepción de que la administración está gestionando los paquetes de datos no en sus propios servidores sino en aplicaciones y servicios en la nube, e interfaces digitales proporcionadas por empresas cuya prestación de servicio no se realiza habitualmente en el territorio español. Que la integración de la internet supusiera la generalización de la deslocalización, se corrigió en parte en la identificación de la dirección IP, y la posibilidad de controlar desde y cómo se producía una conexión. En el caso de la IA, las afecciones van más allá porque abren la puerta a una conexión remota que almacena no sólo los datos de consulta sino las tendencias, consultas o intereses – estrategias diseñadas, so pena de la producción eficaz de respuestas, o automatizaciones prometedoras. En alguna previa oportunidad tuvimos la ocasión de adentrarnos en los retos que la deslocalización del saber vendría a introducir para las Universidades.

Esta Gobernanza clave de los datos ha permitido priorizar su gestión en la misma estructura orgánica de la administración pública. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso de la gestión administrativa vinculada a los datos que por otro lado implican nuevas categorías desconocidas hasta la fecha —como ha puesto de manifiesto la Agencia Española de Protección de datos al publicar la versión traducida de la Guía sobre datos sintéticos del Gobierno de Singapur, que señala que son datos sintéticos³¹—. La necesidad de introducir guías u orientaciones para la gobernanza de la Inteligencia artificial vinculada a los datos no es pues ajena a una suerte de organización administrativa conexas, como ha puesto de manifiesto de forma más prosaica entre nosotros, el Real Decreto 1125/2024, de 5 de noviembre, por el que se regulan la organización y los instrumentos operativos para la Administración Digital de la Administración del Estado, pero que ha llevado a la calificación de organismos y grupos de trabajo orientados a esta implementación algorítmica a escala global. El primer caso en implementar estas decisiones automatizadas y generar órganos administrativos para ello fue el Ayuntamiento de Nueva York en 2018³², a través de la implementación de la Local Law 49. La idea que estaba en la base consistía en estudiar como los diferentes organismos administrativos utilizaban los sistemas algorítmicos para la adopción de decisiones —actos administrativos— (ADS Automated Decision Systems). En este caso concreto, la evolución posterior de la figura se produjo en la aprobación de la Ley de Auditoría de Sesgos en el empleo. Esta regulación se vinculó a la necesidad de llevar a cabo una auditoría de sesgos que si bien en este caso aprobado en 2021, se vinculó a los procedimientos de contratación, no deja de ser interesante pues muestra una evolución —que si bien detecta la inoperancia del primer *Task Force* pues las regulaciones no se implementaron en su totalidad, revela el necesario paso de la gestión y gobernanza de los datos a la evaluación y control de los sesgos—.

En su comparativa con el caso europeo, implica³³, reconocer que, si bien los sesgos pueden encontrarse en los datos, la programación algorítmica y la supervisión humana, en el caso europeo si bien es más comprensivo de todos los riesgos vinculados al uso de la IA, carece de una aplicación consistente y de estándares prácticos relevantes que permitan monitorizar el uso de la IA. El ejemplo de la New York City Local Law 144, revela no sólo que los ses-

31. Señala la Guía que son Datos sintéticos: «Datos artificiales que se han generado utilizando un modelo matemático especialmente diseñado (incluidos los modelos de inteligencia artificial (IA)/aprendizaje automático (ML, por sus siglas en inglés)) o algoritmo».

32. Rashida Richardson, ed., «Confronting Black Boxes: A Shadow Report of the New York City Automated Decision System Task Force», AI Now Institute, December 4, 2019, <https://ainowinstitute.org/ads-shadowreport-2019.html>

33. LACMANOVIC, S. AND SKARE, M. (2025), «Artificial intelligence bias auditing – current approaches, challenges and lessons from practice», *Review of Accounting and Finance*, Vol. 24 No. 3, pp. 375-400. <https://doi.org/10.1108/RAF-01-2025-0006>

gos existen, algo que ya sabíamos, sino que la auditoría de sesgos se torna especialmente relevante en el proceso de gestión organizativa de los instrumentos de programación algorítmica que se quiera introducir en la toma de decisiones en el ámbito administrativo.

En secuencia con lo anterior, a nivel nacional la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia artificial (AESIA) es al organismo administrativo encargado de la supervisión del uso de la IA. Su creación fue fruto de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022³⁴. Su estatuto fue aprobado por Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, que introdujo entre sus funciones 5 misiones claves vinculadas entre ellas a la promoción de prácticas en el marco de la IA y a la aplicación uniforme de la IA en España en relación con el cumplimiento de la regulación europea y española al respecto³⁵.

Además, la IA está transformando el sector público no sólo por la integración de automatizaciones sino por la propia evaluación del impacto que esta tiene en su organización y regulación. Un ejemplo lo encontramos en el caso de la evaluación de los cambios en la Lengua española. Uno de los ejemplos más destacados es el Proyecto Lengua Española e Inteligencia Artificial (LEIA), que forma parte del PERTE «Nueva Economía de la Lengua». Este proyecto tiene como objetivo principal garantizar que la inteligencia artificial piense en español, promoviendo su uso y desarrollo en el contexto digital. El Real Decreto 632/2022 regula la concesión de subvenciones para el Proyecto Lengua Española e Inteligencia Artificial (LEIA), que busca integrar la IA en el ámbito del idioma español, promoviendo su uso y desarrollo en el contexto digital. Este proyecto es parte del PERTE «Nueva Economía de la Lengua», que involucra a las administraciones públicas, universidades, centros de investigación y empresas en la creación de una base de conoci-

34. Disposición adicional 130.

35. Recoge la web de la AESIA los siguientes: «La primera es actuar como think & do tank, anticipando tendencias, divulgando conocimiento y dinamizando el debate social sobre las posibilidades y límites de la IA. La segunda es el desarrollo de las funciones que le asigna el Reglamento europeo de IA, supervisando los sistemas de IA de alto riesgo, coordinando la supervisión con las autoridades de vigilancia del mercado, promoviendo estándares y buenas prácticas y evaluando los modelos de IA. La tercera es la coordinación en la aplicación del Reglamento con la Oficina Europea de IA y el resto de las autoridades de supervisión nacionales de la Unión Europea para garantizar su aplicación uniforme y su adaptación a los cambios tecnológicos y de mercado. La cuarta función de la AESIA es promover la innovación en IA tanto en el sector público como en el privado, facilitando el cumplimiento de la normativa y desarrollando mejores prácticas; en este sentido, uno de los cometidos principales de la institución será el desarrollo de entornos de prueba (sandboxes) sectoriales. Y la quinta, participar en el debate global sobre IA, interviniendo en los diferentes foros multinacionales en los que se establezcan estándares planetarios mínimos para evitar la fragmentación regulatoria, y abogando por una IA confiable, responsable y humanista, en línea con la visión sobre esta tecnología plasmada en la Estrategia española de IA».

miento en español y lenguas cooficiales, entre otros objetivos {Real Decreto 632/2022, de 26 de julio} («El PERTE “Nueva Economía de la Lengua” es una iniciativa de alto valor estratégico que conjuga el empuje de sectores clave y emergentes con la transición hacia una economía digital»).

3. El Software como herramienta y actor: tipologías y funciones en la gestión administrativa

En este contexto, el elemento clave de las herramientas de inteligencia artificial precisan es la programación algorítmica que pautе cómo debe comportarse el sistema y genere resultados esperados en función de ésta. Así, si hubiera que descender a la calificación descriptiva de los elementos precisos para la puesta en marcha de mecanismos o procesos generados con ayuda de IA Gen en el ámbito público, debiéramos incluir tres elementos clave:

1. *Algoritmos* que permiten el desarrollo de una programación técnica que supone un proceso de gestión de los datos para generar resultados previstos y esperados por el sistema anticipados en su programación.
2. *Datos* que permiten que el algoritmo se pueda aplicar y genere a su vez otros datos sintéticos o no, e informaciones vinculadas a estos.
3. *Infraestructuras técnicas* (el hardware) que permitan no solo el almacenamiento de la información servidores, y hardware preciso poder implementar mecanismos de IA Gen.
4. *La finalidad* para la que se lleva a cabo la implementación de la IA Gen en el ámbito público, que no puede ser diferente de la consecución del interés general, o algún aspecto vinculado a este interés general.

Para el jurista, la programación algorítmica integra un lenguaje desconocido y críptico que sólo precisa de transferencia y «explicabilidad» suficiente para que la motivación de los actos administrativos. Esta explicabilidad³⁶, que resulta esencial en la utilización de la programación algorítmica es además elemento relevante de la calificación de una buena administración algorítmica (por sus siglas AGA). Así, la utilización del software por las Administraciones públicas, se orientará como soporte a la toma de decisiones. Previo al examen de la toma de decisiones basadas en programación algorítmica será preciso preguntarse para qué puede necesitar la Administración Pública utilizar Inteligencia Artificial, y qué puede ofrecer ésta en el marco de los derechos de los ciudadanos. Esto es, identificar no sólo los elementos técnicos sino los elementos finalistas que podrían justificar la utilización de la técnica.

36. Puede verse sobre este tema: COTINO HUESO, *Transparencia y Explicabilidad de la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2023.

Así, el 4 elemento que apuntábamos de forma teleológica da sentido a lo anterior y permite el juicio de adecuación tecnológica que permita valorar qué ventaja aportaría la introducción técnica que no pudiera ser obtenida en un procedimiento administrativo que no integrara esta suerte de automatización. Recuérdese que el artículo 41 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público habría definido la actuación administrativa automatizada como «se entiende por actuación administrativa automatizada, “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”. Previsión que como es bien sabido, vino a complementar el Real Decreto 203/2021, que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos»³⁷.

Pues bien, así las cosas, y sin que medie expresión normativa que obligue a la automatización más allá de la obligación de relación con las administraciones públicas por vía electrónica, lo cual como apuntábamos es algo radicalmente distinto, pues la forma de comunicación electrónica, nada empecé a que exista o no alguna automatización en el procedimiento³⁸. Recuérdese, que la implementación de la Administración Electrónica en España no estuvo exenta de retos y cuestiones³⁹ que aún hoy deben ser objeto tanto de la jurisprudencia como del marco regulatorio conexo. Uno de los elementos relevantes en el proceso ha sido la necesidad de orientar la actuación administrativa al servicio del interés general en el respeto de los que informan la actuación administrativa, y que el artículo 103 de la Constitución recordara. (principios de Legalidad, Eficacia, Transparencia, buen gobierno, a la que la Agencia Española de Protección de datos, al menos cuando, además, se introduce inteligencia artificial viene a sumar previsiones relativas a la adecuación al Reglamento General de Protección de datos de los tratamientos que se incorporen en las Administraciones Públicas cuando no sólo se lleva a cabo una actuación por medio electrónico, sino que se utiliza inteligencia artificial.

Como quiera que nuestro empeño, se oriente no sólo al examen fugaz de dónde y cómo se produce esta automatización, sino a la constatación de si se producen o no efectos relevantes respecto de la institución del silencio administrativo, cuando se lleva a cabo alguna automatización procedimental

37. Norma que fue objeto de modificación por RD 255/2025, de 1 de abril en relación al Documento Nacional de Identidad y, cuya Disposición transitoria Primera fue declarada nula por la STS de 30 de mayo de 2022 (Rec 165/2021).

38. El consejo Asesor de Inteligencia Artificial aprobado por Orden 670/2020, de 8 de Julio, incorpora el desarrollo del artículo 22.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

39. CAMPOS ACUÑA, C. «La digitalización de los procedimientos en los gobiernos locales: una tarea pendiente». Fundación democracia y gobierno local. *Cuadernos de derecho local*. ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital), febrero de 2022, págs. 88-115.

o robotización de procesos administrativos, sería de interés contar con una guía o mapa que permitiera dilucidar cuando la Administración Pública está obligada o pudiera llevar a cabo una Robotización de Procesos Administrativos (en adelante RPA), so pena de entender que todo fuera «automatizable», pues una cuestión es la posibilidad técnica de la misma y otra muy diferente es la oportunidad o necesidad de llevarla a cabo, y en último extremo la habilitación legal para ello.

Respecto de la habilitación legal para llevar a cabo alguna suerte de automatización, recuérdese vía Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que no hay un desarrollo reglamentario que introduzca un detalle sobre cómo deba procederse para la producción de actos administrativos automatizados, y las referencias contenidas en la norma, no sólo son genéricas sino que insertas en sede de procedimiento administrativo común, dejan abierta la vía a la concreción de ésta en las especialidades procedimentales y la casuística propia no sólo de la materia en sí sino de la competencia ejercida en el ámbito local, regional o estatal para su ejecución. Como dato curioso, el Consejo asesor de Inteligencia Artificial va a asumir entre sus funciones la de asesorar en materia de «evaluación de impacto de la Inteligencia artificial en la Administración y sociedad», sin detallar cómo se lleva a cabo dicho asesoramiento o evaluación.

El resultado de la carencia de criterios normativos precisos que permitan delimitar la extensión de la RPA abre la puerta a una casuística que crece en la medida en que lo hace el avance tecnológico que puede llegar a soportar la automatización pretendida. Dos posibles elementos pueden resultar útiles para guiar al operador público: 1. La calificación del acto administrativo como discrecional o reglado; 2. La necesaria atención a la clasificación operada por el Reglamento de Inteligencia artificial, respecto de la afección a un riesgo bajo- medio o alto en el uso de la IA.

A la postre, ambas cuestiones conectan con otra subyacente y relevante, pues es preciso entender la extensión no sólo de las especialidades procedimentales vinculadas a cada uno de ellos, sino la vinculación y afección a los derechos de los ciudadanos que están implicados en los mismos, anticipando con ello una suerte de evolución en la traslación de derechos y deberes de los ciudadanos en la transformación digital que examinamos y que puede suponer pasar del gobierno a la gobernanza con premisas de gobierno abierto, e incremento en las dinámicas participativas por medios electrónicos. Esto es, la garantía del derecho de los ciudadanos ampara en último lugar, la necesidad de limitar la automatización cuando éstos puedan verse afectados directa o indirectamente.

Además, la implementación de programación algorítmica orientada a la toma de decisiones administrativa conlleva distintas fases previas a su materialización, más allá de la oportunidad o necesidad de esta, decidida ésta, la Administración Pública, debe diseñar la automatización, su finalidad y los datos que precisará para su puesta en marcha. Así, por ejemplo, en el caso

de la aplicación de IA en el ámbito policial⁴⁰ es precisa la privacidad desde el diseño en el tratamiento de datos personales⁴¹, pero previa a su despliegue se debe elegir el modelo, adquirirlo entrenarlo, en lo que PALMA ORTIGOSA ha venido a denominar el ciclo de vida de los sistemas de tomas de decisiones automatizadas⁴². Ciclo de vida que incorpora una fase de diseño y una segunda fase de despliegue del modelo. Nótese que utilizamos casi indistintamente IA y Automatización siendo que no son ni sinónimos ni intercambiables, pero queremos con ello aludir de un lado a la precisa calificación de una robotización de procesos administrativos que acaba automatizando la toma de decisiones e integrando para que ello suceda, si es preciso, el uso de la IA. Como quiera que cada vez más este es el caso, ambos aspectos están correlacionados aun siendo diferentes en concepción y en producción.

En ambos casos, tanto en la fase de diseño como en la de implementación del sistema, el tratamiento de los datos resulta clave. Datos que por otro lado son utilizados también para entrenar el modelo y para testarlo. No debiéndose utilizar datos que no son precisos para cada uno de los fines específicos del tratamiento⁴³. Los principios de minimización de datos personales que permiten la integración de la privacidad por diseño y por defecto, deben estar presentes en todo proceso de automatización administrativa.

3.1. A vueltas con la diferente proyección de la automatización respecto de los actos reglados y discrecionales

Así, las cosas y sin perjuicio de que luego podamos volver sobre la calificación de los principios de lo que pudiéramos denominar la *buena administración algorítmica* resulta preciso descender en la afección que tiene la

40. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. (Directiva Policial) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016L0680>

41. En este sentido es interesante la lectura del trabajo titulado: PEREZ CAMPILLO, L: «La privacidad desde el diseño como requisito para la inteligencia artificial policial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 68 (2025).

42. *Decisiones Automatizadas y protección de datos. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial* (2022).

43. Así, en el Apartado 2, artículo 20, de la Directiva 680/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. (Directiva Policial) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016L0680>

automatización respecto de los actos discrecionales en contraste con los actos reglados. Pues si bien los primeros suponen el ejercicio de la discrecionalidad como esa potestad «atribuida a los órganos administrativos por leyes sin determinar por completo el contenido u orientación que han de tener más decisiones por lo que el titular de la potestades o competencias queda habilitado para elegir dentro de las diversas opciones decisorias que se presentan»⁴⁴, integran en su calificación la realización de juicios volitivos. La misma naturaleza administrativa de los actos discrecionales evoca una línea roja que compartimos con el Prof. PONCE SOLÉ, J, respecto de su previsible automatización. Línea roja que aún sin embargo no recoge la regulación en sede de procedimiento administrativo, pues la remisión realizada por el artículo 13.3. del RD 203/2021, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento y actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, a la exigua previsión contenida —como veíamos en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de régimen Jurídico del Sector Público, no señala prohibición al respecto⁴⁵—.

Esta prevención que afecta a la necesidad de introducir una supervisión administrativa en la actividad automatizada, en nada parece empece la previsión contenida en los recientes informes que vienen a augurar una mejora significativa en la «productividad de la Administración», de adoptarse la IA Gen en los próximos 10 años⁴⁶. Esto es, la promesa de una mejora de la eficiencia administrativa exponencial como resultado de la utilización de las nuevas tecnologías vinculadas a la IA Gen, contrasta con las precisiones derivadas de un adecuado acomodo de esta promesa con la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, que podrían verse afectados no sólo por la reproducción de sesgos o «bias» implícitos ya en el procedimiento⁴⁷ en

44. Definición de discrecionalidad que recoge el *Diccionario de Español Jurídico*, dirigido por MUÑOZ MACHADO, S. Real Academia Española y Consejo General del Poder judicial, 2016, pag. 682.

45. Si señala en cambio la norma que: «En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

46. Así señala el informe de ESADE, mayo 2025, «El impacto de la IA en el sector Público Español, Avances para el acceso a los servicios básicos». Por su relevancia no nos resistimos a transcribir algún apartado del mismo que apunta: «Asumiendo una adopción generalizada de la inteligencia artificial generativa, el modelo estima que la productividad media por trabajador en la Administración pública podría ser hasta un 9 % más alta tras un período de implementación de 10 años (cerca al 10 % estimado para toda la UE), generando para entonces aproximadamente 7.000 millones de euros anuales de valor añadido bruto adicional (todo ello sin uso de recursos extra)».

47. Cómo expusieramos en su momento en la obra GOMEZ JIMENEZ, ML, *Automatización Procedimental y sesgo Electrónico. El procedimiento Administrativo ante la inteligencia artificial*, Aranzadi, 2021.

sí sino por los sesgos de la automatización al otorgar a ésta un papel protagónico sino cuestionarnos su uso. A ello hay que añadir, que si aceptamos la prohibición de la aplicación de la automatización a la adopción automatizada de decisiones administrativas que supongan el ejercicio de potestades discrecionales, no exentos de problemas jurídicos se encuentran los actos reglados. Y ello por cuanto, la vinculación de la motivación del acto administrativo a la forma de producción de este plantea, en la expresión de la Ley 39/2015, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, su exigencia respecto de los actos discrecionales, pero no así respecto de los actos reglados que responden a la aplicación del principio de legalidad. Pero ni siquiera como nos recuerda CHANG CHUYES, G⁴⁸, todos los actos reglados son iguales, u obedecen a la misma forma de aplicar la norma, y ello trae aparejado la imposibilidad de automatizar todos los actos reglados. Así, si un acto reglado resolutorio se lleva a cabo íntegramente por medio de la IA. ¿qué efectos produciría dicha automatización respecto de la verificación de los medios probatorios que llevan a cabo los empleados públicos? De esta forma por medio de la necesidad de motivación del acto administrativo enfrentamos dificultades para la automatización de éstos, y sumamos un elemento más en la ecuación, cual sea el examen de la explicabilidad y transparencia algorítmica, pues si bien es posible llevar a cabo dicha automatización, no pudiendo la IA llevar a cabo una motivación de un acto administrativo en el mismo sentido en el que lo haría una persona, sólo nos cabe entender cómo se ha producido dicho acto automatizado conociendo los elementos del razonamiento profundo adoptado en su caso o las cajas negras que nos lleven a conocer que elementos han explicado desde la perspectiva de técnica jurídica la adopción de determinadas decisiones administrativas. La anhelada supervisión humana a la que la doctrina hace mención ya sea bajo el paraguas de la reserva de humanidad en el procedimiento tecnológicamente adecuado, no impide que se pueda exigir además la explicitación de los mimbres del razonamiento algorítmico que está en la base de la decisión automatizada.

Pues bien, ¿qué sucedería si la automatización de un acto reglado (ejemplo certificado de empadronamiento) avalada por que éstos supongan la constatación del cumplimiento de la norma, no reflejase las actualizaciones de las normas que aplican? ¿Acaso no acabarían produciendo actos administrativos que vulnerarían el ordenamiento jurídico al no atenerse al principio de legalidad administrativa? Debe ser parte de la «explicabilidad»⁴⁹ algorítmica el reflejo pues y actualización de la normativa aplicable por ellos.

48. Motivación e Inteligencia Artificial, en VARCAREL, P, y HERNANDEZ GONZÁLEZ, L: *El derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, INAP, 2024 pág. 351-357.

49. La expresión explicabilidad (XAI.) implica la «capacidad un sistema de IA para presentar sus procesos de razonamiento de una manera comprensible para los humanos».

3.2. La robotización de procesos administrativos como un tipo de automatización generalizada en su aplicación administrativa

Quizás merezca la pena llegados a este punto, señalar la diferencia entre automatización y robotización de procesos administrativos (RPAs). La robotización de procesos administrativos no implica la emisión de actos administrativos resolutorios automatizados, ni siquiera implica la automatización de todo el procedimiento. Nótese que se predica esta del proceso no del procedimiento en sí, aunque un procedimiento que utiliza RPA acaba siendo automatizado, aunque en la parte en la que se aplica la robotización. Ejemplos de la implementación de robotización de procesos administrativos encontramos ya en distintas administraciones públicas españolas y sectores del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia español en el marco de la transformación digital ha llevado a cabo una progresiva automatización a través de la robotización de procesos de la siguiente emisión de actos administrativos:

- «- Automatización de la cancelación de antecedentes penales en SIRAJ2.
- Automatización de las tareas de unificación de historiales en SIRAJ2.
- Apoyo automatizado en la concesión de nacionalidad por residencia y por sefardíes.
- Apoyo automatizado en la consulta de datos de filiación por la Dirección General de Policía y el Instituto Cervantes.
- Apoyo automatizado en el tratamiento de denegaciones de nacionalidad por residencia.
- Tratamiento automatizado en el tratamiento de comunicaciones, notificaciones y los recordatorios de diligencias y gestión de documentos en expedientes de comisiones rogatorias a través de la plataforma de tramitación TEMIS.
- Automatización del traspaso de expedientes entre LEXNET y REGES»⁵⁰.

En la Administración General del Estado, además, no sorprende encontrar el servicio de Robotización Centralizada, que permite la puesta en marcha de RPAs. Piénsese que ya el Plan de digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025, habría incluido en sus ejes – en concreto el eje 1- la Automatización inteligente de procesos como una de las medidas. Automatización que se viene implementando en toda la geografía española. Por su parte la Agenda Digital España 2026, incorpora entre sus medidas una apuesta decidida por la automatización. Así el eje 5, y medida 28 se orienta a las operaciones inteligentes y el gobierno del dato, incluyendo para ello entre sus objetivos la introducción de la automatización inteligente en todos los niveles. Señala el documento que sus objetivos serían⁵¹:

50. Puede verse sobre esta cuestión en : <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/robotizacion-de-procesos-administrativos#:~:text=Entre%20los%20beneficios%20de%20la,pueden%20aportar%20un%20mayor%20valor.>

51. <https://espanadigital.gob.es/medida/operaciones-inteligentes-y-gobierno-del-dato>

«Alcanzar la modernización de la Administración General del Estado gracias a desarrollar la economía del dato y la inteligencia artificial.

Crear un servicio para desarrollar automatizaciones reutilizables.

Facilitar el desarrollo de servicios digitales de alto valor añadido orientados a la ciudadanía, el intercambio de información y la evaluación de las políticas públicas».

Todos conocemos y hasta con cierta habitualidad la implementación de automatizaciones en procedimientos administrativos, un sector en el que la Ley contempló su incorporación directa fue la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, al señalar en el artículo 130: «que podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en los procedimientos de afiliación, cotización y recaudación. A tal fin, mediante Resolución del director general de la entidad que corresponda se establecerá previamente el procedimiento o procedimientos de que se trate y el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación».

Esta previsión legal abrió la puerta al despliegue de automatizaciones vinculadas a la realización no sólo de actos de trámite sino de actos resolutorios⁵², siendo especialmente utilizada en la emisión de actos administrativos

52. Piénsese en este punto en las Resolución de 9 de abril de 2025, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación electrónica automatizada de las resoluciones de determinados procedimientos de altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social; Resolución de 28 de octubre de 2024, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de los requerimientos de subsanación de las solicitudes de prestaciones y las resoluciones por las que se tiene por desistida a la persona interesada; Resolución de 12 de septiembre de 2024, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de procedimientos de devolución de ingresos indebidos, saldos acreedores, reintegro de costes de garantía y restitución de sobantes de actuaciones de ejecución forzosa; Resolución de 23 de septiembre de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones relativas a la regularización anual de la cotización de los artistas incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y a su inclusión y baja en dicho régimen durante los periodos de inactividad; Resolución de 23 de septiembre de 2024, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de las resoluciones derivadas de la regularización anual de cotizaciones de profesionales taurinos, empresas y trabajadores, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, y de las resoluciones sobre actualización del censo de activos de profesionales taurinos; Resolución de 27 de junio de 2024, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de las resoluciones por la que se tiene por desistido al interesado en trámites efectuados a través del Sistema RE; Resolución de 17 de junio de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la

que se ocupen de la certificación o acreditación documental de que se reúnen los requisitos para ser titular de derechos y de deberes, este es el caso por ejemplo de los certificados de empadronamiento, o en la robotización para prestar servicios de atención al ciudadano.

Al igual que la Seguridad Social la gestión tributaria ha venido implementada actuación administrativa automatizada, ex artículo 96 de la Ley General Tributaria aprobada por Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre⁵³. Con relación a la utilización de programas informáticos señala, que «Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades habrán de ser previamente aprobados por ésta en la forma que se determine reglamentariamente». Las previsiones de automatizaciones en el ámbito tributario son previas a la integración de la IAG (Inteligencia Artificial Generativa) y han permitido actuaciones de trámite —como la emisión, por ejemplo, del borrador en los impuestos de la Renta de las personas físicas, o la elaboración de automatizaciones derivadas de la aplicación del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos⁵⁴—. Destáquese además que en los casos que examinamos de regulación sobre automatización en la Administración General del Estado, el tratamiento del silencio administrativo no toma en consideración la automatización en sí⁵⁵.

Sin embargo, no es la única administración pública que ha apostado por la Robotización de Procesos, el acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 20 de junio de 2023 aprobó la Estrategia Andaluza de Inteligencia Artificial. El documento integra entre sus retos el fomento del uso de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública, lo que viene a sugerir la integración de la RPA, lo que adopta cómo mantra la Unidad de Automatización Inteligente.

Pues bien, las automatizaciones han venido para quedarse, su integración está siendo ya una realidad en la prestación de servicios públicos. Si bien cupiera esperar que para la producción de actos de trámite y no de carácter resolutorio, aunque pueden determinar la adopción de decisiones administrativas vinculadas a la previa automatización del proceso, veamos por qué.

tramitación automatizada de las resoluciones relativas al establecimiento de plazos para el pago fraccionado del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

53. En la redacción dada por la Ley 13/2023, de 24 de mayo por la que se modifican la Ley General Tributaria en transposición de la Directiva (UE) 2021/514, del consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y las normas tributarias.

54. BOE 'de 5 de septiembre de 2007.

55. Artículo 101 del RD 1065/2007, de 27 de junio.

Quizás convenga apuntar que la automatización aplicada a la toma de decisiones supone prever tres niveles posibles:

- a) Automatización Pura: en ese caso el sistema toma la decisión sin intervención humana alguna en estructuras organizativas híbridas.
- b) Automatización «indicativa»: que permita que el sistema oriente en la toma de decisiones sugiriendo la decisión a adoptar (es lo que se denomina inteligencia aumentada)
- c) Automatización sustitutiva: El sistema decide y sustituye a la gestión tradicional administrativa.

Amén de la constatación de que la automatización es una realidad, que se despliega con cierta «normalidad» en el ámbito de la actuación administrativa española, los aportes doctrinales que han querido aproximarse a la cuestión⁵⁶ han llamado la atención a la necesidad supervisión humana de la misma, esto es, estaríamos ante escenarios de automatización pura. Además, la automatización produce un impacto en la actuación administrativa que debe ser evaluado, especialmente pensando en evitar sesgos presentes en la programación algorítmica⁵⁷.

Como señalábamos *ut supra*, entre las actuaciones automatizadas que se están desplegando con profusión en el ámbito administrativo se encuentran las que se ocupan de prestar Atención al Ciudadano, y hacerlo mediante el uso de bots, o instrumentos de comunicación digitalizada.

La transformación de la atención al ciudadano en el ámbito administrativo está pasando inexorablemente por la integración de «bots» (robots), e instrumentos de comunicación digital que intentan acercar al ciudadano a la generación de respuestas automáticas previamente entrenadas más allá

56. GAMERO CASADO, E: «Sistemas automatizados de tomas de decisiones en el derecho administrativo español», *Revista General de Derecho Administrativo* 63 (2023);

57. Resulta relevante en este sentido la lectura del artículo 23 de la ley 15/2022, de 12 de julio cuyo contenido no nos resistimos a transcribir: «En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos».

de las calificaciones de preguntas frecuentes que los documentos administrativos y los espacios webs de las administraciones públicas con frecuencia incorporan. La razón no es otra que automatizar respuestas para mejorar la eficiencia en la rapidez de esta y generar un ahorro significativo en tiempo y en el coste que supondría la atención personalizada. Cuestionable resulta sin embargo la mejora de la calidad en la prestación del servicio que la integración de bot consigue, y ello por cuanto los usuarios o administrados que acuden a estos servicios digitales pronto se encuentran ante bucles infinitos de centralitas numéricas automatizada, o webs que no llegan a conectar con la necesidad de los administrados. Desde el punto de vista administrativo, la calificación jurídica de las respuestas dadas por un bot, en tanto que es actuación de la administración pública, merece una cierta atención. Estos actos administrativos que producen efectos jurídicos porque la información que suministran proviene de canales oficiales y en teoría certeros. No obstante, su función difiere, cuando se ocupan únicamente de informar sobre aspectos legales o procedimentales o cuando de facto llevan a cabo la emisión de actos administrativos (como otorgar una cita). Ello nos lleva a preguntar o vincular distintos escenarios jurídicos que van desde la previsión contenida en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento Administrativo Común respecto del acceso a medios electrónicos de los ciudadanos (bots de información administrativa), a la calificación de la emisión de actos de trámite cualificados, tales como asignar una cita previa, generar un número de expediente o confirmar la recepción de documentos y en un tercer nivel los actos administrativos generados por un bot que si encajarían en actos resolutorios. Para el caso en el que el bot llevara a cabo una actuación automatizada, se requiere la aprobación previa del sistema y la identificación del órgano responsable. En el caso de los bots informativos no se podrían dar supuestos de silencio administrativo, no así en el caso de los bots decisionales, en cuyo caso el problema se plantearía cuando un mismo bot realiza ambas funciones, informativas y decisionales, pues podría vulnerarse el principio de transparencia algorítmica y la trazabilidad de la interacción. Por ello es preciso llevar a cabo una clasificación de los bots, valorando no sólo su necesidad sino su oportunidad y los efectos jurídicos que su implementación puede tener en el ámbito procedimental.

3.3. Transparencia y «explicabilidad» algorítmica como imperativos legales y control humano significativo (*meaningful human control*) en la decisión automatizada

Y es que uno de los principios que rigen la calificación de una IA ética y confiable es la necesidad de garantizar la transparencia algorítmica y la explicabilidad de las decisiones que se llevan a cabo de forma automatizada. En este contexto cobra especial significado la puesta en marcha de los espa-

cios controlados de pruebas, que aprobara el Real Decreto 817/2023 para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Este entorno permite a las administraciones públicas participar como proveedores o usuarios de sistemas de inteligencia artificial, lo que sugiere un uso regulado y supervisado de estas tecnologías {Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre} («Por otro lado, podrán participar en la experiencia de comprobar los requisitos cualquier entidad de derecho privado, Administración pública, o entidad del sector público...»). Y ello en el marco de avances tecnológicos que apuntan a nuevas y significativas fórmulas que van vinculadas a la mejora en computación cuántica por venir⁵⁸. Sea como fuera la velocidad a la que suceden los cambios obligan a que las medidas normativas sean como mínimo adecuadas y proporcionadas a éstos y en aplicación de la teoría de la reina roja en derecho administrativo que supone que siendo conscientes de que la aceleración tecnológica no dará pausa al sector público es preciso acelerar también la propuesta de soluciones que más que resolver anticipen futuros problemas derivados del uso de las tecnologías emergentes en sus últimas versiones. Pues de no hacerse así, la plena automatización podría atisbar una suerte de opacidad administrativa que no sólo afectase a la motivación de los actos administrativos, sino a la salvaguarda de la garantía de los derechos de los administrados, que por ejemplo no podrían entender a qué obedece el silencio administrativo algorítmico, siendo que la Administración puede integrar en aras del análisis de la gobernanza de datos instrumentos de análisis predictivo que anticipe no sólo la resolución del procedimiento sino la probabilidad de que se puedan emitir más actos administrativos en un determinado sentido. Así, resulta por ejemplo perentorio garantizar, como bien apunta el magistrado Delgado Martín un marco de gobernanza adecuado para la aplicación de la IA en la Justicia, que ha de estar compuesto de dos elementos esenciales: en primer lugar, una normativa adecuada que dote de un entorno de seguridad jurídica a los desarrollos de IA y que garantice el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales; y, en segundo lugar, un contexto institucional que permita ir abordando de forma adecuada los distintos problemas técnicos y/o jurídicos que vayan surgiendo en el proceso de implantación de las diferentes soluciones de inteligencia artificial en la justicia.

En este contexto, la intervención administrativa debe incorporar especial atención a la salvaguarda del principio de control humano significativo. Sin entrar en los detalles de qué se quiera decir con «significativo», pues la grada-

58. El Real Decreto 936/2021 establece el proyecto Quantum ENIA, que busca desarrollar un computador cuántico y servicios asociados, incluyendo la creación de algoritmos cuánticos aplicables a problemas reales. Este proyecto es relevante para las administraciones públicas, ya que podrían beneficiarse de estas tecnologías avanzadas {Real Decreto 936/2021, de 26 de octubre} («La propuesta Quantum ENIA persigue tres objetivos: 1. Crear un computador cuántico de altas prestaciones...»).

ción de la intervención y supervisión humana entendemos es suficiente para avalar el uso de la IA, lo que conecta con la previsión de evaluar el impacto de la IA. Esta evaluación del impacto algorítmico ha sido ya puesta de manifiesto en ordenamientos jurídicos como el canadiense que integra un modelo de impacto algorítmico. Así se clasifican los impactos de la implementación de la IA en 4 niveles: nivel 1 (poco impacto), a nivel 4, como de impacto elevado. Esta evaluación de impacto algorítmico que nace de la aprobación en el año 2019 de la Directiva sobre automatización de la toma de decisiones administrativas permite integrar la obligatoriedad de notificación al administrado sobre el carácter automatizado o no de la decisión administrativa.

La búsqueda de principios de auditoría y control del impacto algorítmico ha llevado además a la integración de innovaciones regulatorias como la que incorpora por ejemplo la que incorpora el gobierno de Singapur que, al incluir la IA Gen en el enfoque ha contemplado la certificación voluntaria de los sistemas de inteligencia artificial, en aras de la salvaguarda de la «explicabilidad», y transparencia de las decisiones adoptadas.

II. Silencio algorítmico: nuevas propuestas en torno a la institución del silencio administrativo

La Institución el Silencio Administrativo es una de las más emblemáticas del derecho Administrativo Español⁵⁹. La constatación de que la Administración Pública puede no responder a nuestras solicitudes, y derivar efectos jurídicos de dicha respuesta, por más que nos resulten elementos clásicos en el examen de la actuación administrativa, no deja de suscitar una suerte de percepción de desatención por parte de los poderes públicos a las necesidades y cuestiones de los ciudadanos, que a la postre debiera redundar en la salvaguarda del interés general. Elemento sustancial del procedimiento administrativo⁶⁰, el silencio administrativo ha sido calificado como una garantía para los ciudadanos, pues permite asegurar que la administración pública siempre responda sea de forma expresa o presunta. Si bien la ficción jurídica que integra entender que ésta ha respondido, aunque no lo haya hecho de manera expresa, no deja indiferente a los operadores públicos que han encontrado en la institución del silencio administrativo una figura del derecho administrativo español cuestionable. El artículo 21 de la Ley 39/2015, establece la obligación general de la Administración de resolver y notificar

59. De todas las publicaciones que se han dedicado a la figura destacamos en este punto la tesis doctoral de Dr. Vicent AGUADO I CUDOLÁ, realizara que llevaba por título: *Silencio Administrativo e Inactividad, Contribución al estudio del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas*, dirigida por Dr. Tomás Font i Llovet, en Barcelona 1996, y las publicaciones que posteriormente surgieron desde esta obra, en la doctrina.

60. Como expresamente hiciera constar la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

expresamente las decisiones dentro de los plazos máximos, a partir de ahí las previsiones normativas derivan efectos del silencio.

Pero nuestra regulación inserta la Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley 39/2015, ha prestado una atención a la figura que va más allá de la calificación misma de los efectos del silencio para situarla en un elemento orientado a mejorar la actuación administrativa, y reducir los efectos de la excesiva burocratización que lleva aparejada.

Una máxima de perenne actualidad rezaba que «donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros», convenga repensar si el nosotros del enunciado es ahora extrapolable también no sólo al operador humano sino al operador tecnológicamente avanzado en el que se apoya el órgano decisor en el procedimiento administrativo para la toma de decisiones, o lo que es lo mismo si es posible integrar la figura del silencio algorítmico.

De un lado, la apreciación formal de los condicionantes procedimentales que están presentes antes de la correspondiente automatización y de otro lado la vinculación de la institución del silencio administrativo en el marco de éstos, en su proyección no sólo estatal sino autonómica y local, van a determinar que si la automatización no es pura, la decisión acaba siendo supervisada por el humano con lo que la responsabilidad en la obligación de resolver no desaparece por la confianza ciega en la aceleración tecnológica, sino que puede quedar en entredicho si quien supervisa a la máquina no actúa en el plazo debido.

Siendo posible, como hemos visto, que la automatización derive en una robotización de los procesos administrativos que permita la adopción de actos sin intervención directa humana, y con ello la institución del silencio administrativo y para estos supuestos parezca obsoleta. No en vano empiezan a oírse voces⁶¹, que claman por la desaparición de la institución del silencio administrativo en un escenario de robotización administrativa y aplicación de la Inteligencia artificial, pues no sólo contamos con que la máquina responda siempre, sino que comprobamos que, en el caso de la IAG, la respuesta se produce, aunque sea errónea, pues al objetivo de la máquina es responder a lo que se le pregunta, creando y generando «hallucinations». Lo que planteará otros interesantes retos administrativos y técnicos.

61. Así, tuvimos ocasión de manifestarnos en GOMEZ JIMENEZ, ML. *Automatización procedimental y sesgo electrónico, el procedimiento administrativo ante la inteligencia artificial*, Aranzadi 2021; y SARASIBAR IRIARTE, M: «La integración de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública, Derecho Digital e Innovación». *Digital Law and Innovation Review* núm. 17, julio-septiembre 2023. (ponencia en el mismo sentido puede verse en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/actualidad/integrando-inteligencia-artificial-administracion-miren-sarasibar-1286053802801/Novetat.html?id=1286153521819>; CHANG CHUYES, Guillermo: Motivación e Inteligencia Artificial, en VARCARCEL, P, y HERNANDEZ GONZÁLEZ, F.L, *El derecho Administrativo en la era de la Inteligencia artificial*, INAP 2024, págs. 351- 360.

Así, las cosas y si el silencio administrativo está condenado —por fin— a desaparecer, las implicaciones del nuevo escenario no son alentadoras, pues las máquinas también puede cometer errores o sufrir fallos técnicos, que enlentezcan la adopción de decisiones automatizadas, y ello como apuntábamos sin que se opere ninguna suerte de graduación sobre cuanta intervención humana deba ser precisa en el procedimiento administrativo para su adecuación a los derechos de los ciudadanos y a los principios de la buena administración. Es por ello por lo que anticipamos una suerte de silencio algorítmico vinculado a dos escenarios diferenciados, de un lado al tiempo preciso para la supervisión humana de la decisión adoptada automáticamente que puede demorar el tiempo de respuesta de la administración y de otro a la posibilidad de que ocurra algún fallo técnico que impida que la automatización prosiga y mantenga en espera al ciudadano. Espera en la que el ciudadano no tiene información, ni puede conocer el motivo del silencio, generando opacidad.

Partiendo de la aplicación del régimen básico enunciado en la Ley 39/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y el procedimiento Administrativo Común, en sus artículos 24 y 25. El artículo 24 respecto del silencio administrativo en procedimientos administrativo-iniciados a solicitud del interesado, y el 25 respecto de los procedimientos iniciados de oficio, se perfilan especialidades procedimentales que van a condicionar tanto el sentido del silencio en función de la materia de que se trate, como la integración de la tecnología en su diferentes aspectos —más allá de la mera robotización de procesos o la automatización de algunas gestiones públicas, como veíamos—. Cómo somos conscientes de que el acabado entendimiento de la tecnología utilizada por las administraciones públicas, en el ejercicio de sus potestades administrativas supone una tarea ímproba⁶², hemos optado por realizar una previa estimación aproximada de función y sectores en los que por su relevancia merece detenerse, siendo conscientes de que la atención completa a estos requeriría una mayor atención. Así, los mimbres conceptuales de la institución del silencio administrativo deben revisarse primero en sede de procedimiento administrativo común y descender luego en los siguientes sectores o temas relevantes en los procesos de automatización y aplicación de software dedicado en el marco de la IA⁶³, convenga quizás ahora detenerse en lo que entendemos está en la base del discurso anterior —cual sea el espejismo del avance tecno-jurídico—.

62. En el ámbito de la domótica hemos llevado a cabo un ejercicio de construcción doctrinal y sistemática que quizás puede servir de guion de lo que queremos decir y que puede verse en: <https://risti-sostenible.es/> Con el propósito de llevar a cabo esta investigación elaboré con ayuda de la IA, donde le pedí el escenario imaginativo de todas las aplicaciones para que se consideraba capaz de desarrollar en una administración pública, el repositorio — aun en construcción—, puede verse en : <https://publaic-catalogue.lovable.app/>

63. Sobre esta cuestión hemos vuelto en GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L Derecho *Administrativo Domótico* (en prensa) 2025.

III. Del espejismo del avance tecno-jurídico a la paradoja de la Ineficiencia

La actuación de las Administraciones públicas orientada al servir al interés general se instrumenta en la ejecución de los principios de objetividad, eficacia, sometimiento a la Ley al Derecho, coordinación, ex artículo 103 del texto Constitucional Español⁶⁴. La eficiencia a caballo entre la eficacia y la efectividad materializa el escenario de maximización de resultados cuando se minimizan los costes precisos para alcanzarlos. Una de las argumentaciones que más peso han tenido en el marco de la digitalización primero y automatización-robotización, después de los procedimientos administrativos —y procesos en el seno de éstos— ha sido la promesa de reducción de costes, recursos y maximización de resultados. Una administración que es capaz de proporcionar una mejora significativa en la atención al usuario y en la prestación de los servicios públicos que tiene encomendados.

En el año 2018, planteaba Edward Tenner, lo que vino a denominar la paradoja de la eficiencia⁶⁵. Tras el sugerente título se ocultaba un examen de la desesperada obsesión por ser eficiente a toda costa. Para el autor, la eficiencia que se traduce en la asunción de menos costes con mayores resultados puede conducir a ineficiencias inesperadas. Coincidimos con Tenner que, si bien a corto plazo la introducción de automatizaciones administrativas puede agilizar y ahorrar recursos y tiempo, al mismo tiempo introduce otras variables que traen en sí la semilla de una ineficiencia mayor. En la paradoja de la eficiencia, las tomas de decisiones tecnológicamente inspiradas dejan poco o escaso margen a la habilidad humana para motivar o elegir discrecionalmente el mejor camino, y no se trata de constatar errores técnicos o ineficiencias derivadas del mal funcionamiento de la tecnología instalada —que podría ser objeto también de atención—. Sino de vislumbrar, otros efectos que sólo podrán manifestarse a posteriori, vinculados por ejemplo al sesgo algorítmico, a la opacidad implícita en la toma de decisiones que se realiza a tal velocidad que impide al operador explicitar los mimbres que permitieron tejérla. En suma, la paradoja de la eficiencia es nuestra propia paradoja de la cuarta revolución industrial, ubicada en la confianza en una tecnología carente de empatía, o de creatividad, que emula la racionalidad y sus sesgos, y simplifica la robotización permitiendo, desde el nuevo procedimiento administrativo debido, nuevas realidades como el silencio administrativo algorítmico al que hacíamos referencia. Los nuevos retos pueden hacernos tremendamente ineficientes.

64. Viene a señalar el artículo 103 de la constitución española que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, y de acuerdo con los principios de actuación entre los que se citan el principio de: «eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

65. *The efficiency Paradox, What Big Data can't do*, Alfred and Knoff, New York, 2018.

Cuadro 1: Principios de la Buena Administración Algorítmica (AGA)

Principio AGA	Significado principal	Conexión con la legislación de la UE / IA fiable	Aspectos clave de la implementación
Legalidad y conformidad	Los sistemas ADM deben tener una base legal clara y su diseño/operación debe cumplir con todas las leyes sustantivas y procesales aplicables.	Principio General de Legalidad; RGPD, art. 22, apartado 2, letra b); Cumplimiento de la Ley de IA (especialmente de alto riesgo); IA confiable (legal)	Autorización legal clara para el uso de ADM; Verificación de la lógica algorítmica frente a las normas jurídicas; Prohibición de sistemas que no puedan cumplir (por ejemplo, debido a sesgos inherentes que violan la ley de no discriminación).
Transparencia y explicabilidad mejoradas	Divulgación proactiva del uso de ADM; proporcionar explicaciones significativas y personalizadas de la contribución algorítmica a las decisiones; Abordaje de la opacidad.	Arts. 13-15 del RGPD; Ley AI, art. 86; Art. 41 CFR (Deber de motivación); IA confiable (transparencia, explicabilidad). ²⁹	Registros públicos de sistemas ADM; Explicaciones en capas (información general + lógica específica); Acceso a modelos/normas simplificados cuando sea posible; Canales de comunicación claros para solicitar explicaciones.
<i>Agencia Humana y Supervisión Significativa por Diseño</i>	Sistemas diseñados para facilitar el control humano efectivo; Asegurar que los supervisores tengan autoridad, competencia y recursos para una revisión significativa.	RGPD, art. 22, apartado 3; Ley de IA (Supervisión Humana para personas de alto riesgo); IA confiable (agencia y supervisión humana). ⁶	Interfaces fáciles de usar para los revisores; Sistemas que señalan casos inciertos o de alto impacto; Protocolos claros para la intervención y la anulación; Capacitación adecuada y asignación de tiempo para los supervisores; Definiendo «significativo» contextualmente.

Principio AGA	Significado principal	Conexión con la legislación de la UE / IA fiable	Aspectos clave de la implementación
<i>Equidad algorítmica y no discriminación</i>	Identificación proactiva y mitigación de sesgos a lo largo del ciclo de vida de ADM; Garantizar resultados y acceso equitativos.	Principio General de Igualdad/No Discriminación; GDPR (exactitud, equidad); Ley de IA (calidad de los datos, mitigación de sesgos para personas de alto riesgo); IA confiable (Equidad, Diversidad, No discriminación). ¹⁷	Evaluaciones de impacto de sesgo; Fuentes/pruebas de datos diversas y representativas; Auditorías periódicas para detectar resultados discriminatorios; Consideraciones de accesibilidad (por ejemplo, para personas con discapacidades).
<i>Robustez algorítmica, seguridad y protección</i>	Garantizar la solidez técnica, la precisión, la fiabilidad, la seguridad frente a las amenazas y los modos seguros de funcionamiento/fallo.	Ley de IA (Robustez, Precisión, Ciberseguridad para alto riesgo); IA (Robustez Técnica y Seguridad) de confianza.	Pruebas y validaciones rigurosas; Protocolos de seguridad; Planes de contingencia (mecanismos de seguridad, procedimientos alternativos); Monitoreo del rendimiento del sistema; Mecanismos para anulación/apagado seguro.
<i>Responsabilidad y trazabilidad</i>	Clara atribución de responsabilidad a la autoridad pública; Permitiendo la auditoría y reconstrucción de decisiones a través de registro/documentación.	Principio General de Rendición de Cuentas; Ley AI (Registro, Documentación para personas de alto riesgo); IA confiable (Responsabilidad, Trazabilidad).	Definición de roles y responsabilidades para la implementación/supervisión de ADM; Registro completo e inmutable de las operaciones y decisiones del sistema; Mantener la documentación técnica detallada accesible para la auditoría.

Principio AGA	Significado principal	Conexión con la legislación de la UE / IA fiable	Aspectos clave de la implementación
<i>Impugnabilidad y recursos</i>	Proporcionar mecanismos accesibles y eficaces para impugnar las decisiones influenciadas por ADM y el silencio algorítmico.	Art. 47 CFR (Recurso Efectivo); RGPD, art. 22, apartado 3; Ley de Inteligencia Artificial (derechos de transparencia/ explicación, apoyo a la impugnación); IA confiable (Rendición de cuentas, Reparación).	Procedimientos claros para la presentación de quejas/apelaciones contra decisiones automatizadas; Acceso a la información necesaria para los desafíos; Órganos de revisión potencialmente especializados o formación judicial en materia de ADM; Mecanismos para denunciar y abordar el silencio algorítmico.

Fuente: Elaboración propia con apoyo de IAGen

IV. Conclusión

La irrupción de la inteligencia artificial generativa en el entramado regulatorio vinculado a los procesos de digitalización administrativa ha supuesto no sólo un catalizador de la toma de decisiones vinculadas a la automatización procedimental, sino que ha motivado esfuerzos regulatorios sin precedentes en el marco de la unión europea que reflejan los contenidos del Reglamento IA aprobado en 2024.

En este escenario la afección al procedimiento administrativo se ha enmarcado no sólo en la calificación de cuando la administración pública podría o no integrar alguna suerte de automatización sino qué efectos sobre esta podría tener la IA. Definidos los contextos regulatorios que permiten entender no sólo cambios en la organización administrativa —respecto de la IA—, en el caso español respecto de la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, AESIA, sino las distintas proyecciones sectoriales de la actividad administrativa automatizada, resulta preciso identificar los elementos que la innovación tecnológica plantea en el estricto ámbito del procedimiento Administrativo.

Y ello por cuanto, la clásica institución del silencio administrativo, en el caso de los procedimientos administrativos cuyo acto resolutorio, lo fuera a

resultas de la intervención interviniera una inteligencia artificial que permitiera su automatización, sería preciso cuestionar la probabilidad misma de que pudiera finalizar el procedimiento por silencio administrativo.

Y ello por cuanto, de encontrarnos ante un silencio de la Administración, éste pudiera deberse no solo a cuestiones vinculadas al fondo del asunto abordado —esto es a las cuestiones objetivas que enmarcan la actuación administrativa, sino a posibles fallas técnicas del proceso algorítmico de automatización procedimental—.

La razón es clara, si entendemos el principio de buena administración vinculado al ejercicio del servicio al Interés general, en la actuación administrativa, y definimos el impacto de la IA Gen la automatización procedimental, la institución del silencio administrativo, a nuestro modesto modo de entender carecería de sentido. Y ello por cuanto, la mejora en la eficacia administrativa derivada de la automatización eliminaría el escenario en el que la administración no responda.

Si bien es cierto, no puede afirmarse que esta situación de silencio administrativo no pudiera darse, obedecería no a criterios objetivos sino a criterios técnicos vinculados a la programación algorítmica o a cuestiones que poco tienen que ver con las que tradicionalmente han motivado que la administración pública haya resuelto tardíamente. Habría que diferenciar entonces dos posibles implementaciones de la automatización procedimental: a) aquella en la que el acto resolutorio que pone fin al procedimiento es generado por una máquina, 2) aquella en la que la decisión sigue siendo tomada por un humano. Incluso cabría una tercera posibilidad, acto resolutorio que pone fin a un procedimiento administrativo en la legislación sectorial y que, aunque ha sido generado por una máquina exige supervisión humana para su emisión.

Esta doble disyuntiva nos sitúa ante dos elementos esenciales: a) la virtud del silencio administrativo en la configuración del procedimiento administrativo común y b) la proyección de éste en los procedimientos especializados y vinculados a la legislación sectorial. Si admitimos que la intervención administrativa debe realizarse en sede de procedimiento administrativo común, sería esta norma la que debiera incorporar específica mención a la problemática, so pena de integrar una respuesta acorde a los nuevos tiempos. De no ser así, y relegada la cuestión a la implementación en las especificidades procedimentales, y dejando a salvo la institución del silencio administrativo, la modulación a nuestro juicio pasaría por entender las diferentes casuísticas y escenarios para introducir una suerte de silencio administrativo algorítmico derivado de fallos técnicos o de la misma configuración en la emisión del acto de finalización del procedimiento administrativo. O dicho con otras palabras una suerte de integración procedimental de la automatización y sus casuísticas en la afección al silencio administrativo en la práctica, aunque no como institución si como proyección real que el Administrado puede encontrarse —sea la actuación administrativa automatizada o no—.

La administración recordemos debe resolver siempre y en la mejora de la eficacia administrativa, acortando plazos de respuesta y mejorando la propia gestión administrativa la IA Gen se nos muestra como una aliada. De ser esto así, y sin entrar en aspectos vinculados a la gestión de los sesgos presentes en toda actuación administrativa, el resultado de la automatización debiera vincularse también a una nueva configuración del silencio administrativo, que a nuestro juicio debería acomodar una suerte de respuesta diferenciadas, más vinculada a la paradoja de la eficiencia que a la misma calificación de un procedimiento administrativo en el que la Administración Pública ha incumplido su obligación de resolver de forma expresa y lo ha hecho de forma presunta.

Llegados a este punto la programación algorítmica, y por ende el software que pueda implementarse en el ámbito administrativo para poder llevar a cabo una suerte de automatización y robotización de procesos administrativos, resulta clave para entender las afecciones a la institución del silencio administrativo. La Administración pública debe proporcionar una actuación transparente, objetiva, y en el respeto al principio de legalidad. La programación algorítmica sea solo actuación material, o califíquese de actuación administrativa, afectará no sólo a la producción del acto administrativo a ella vinculada, sino que afectara en este caso al procedimiento administrativo en su conjunto. Por ello y como fruto de todo lo anterior propugnamos la necesidad de una buena administración algorítmica que pueda garantizar los derechos de los ciudadanos en todas las circunstancias posibles, con o sin el uso de la IA, y ello en aras de desterrar las actuaciones administrativas presuntas, que tanta incertidumbre acaban causando al administrado, en la era de las incertezas jurídicas, y la confianza ciega en la tecnología. Cuestión esta última que merece un análisis diferenciado del que integran estas modestas líneas.

V. Bibliografía

ADNANE RKIOUA, A. «El valor fundamental del derecho de acceso (artículo 105.b) de la Constitución Española y su relación con la transparencia algorítmica», *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I Época - Vol. 18 - 2023 - [173-189] - ISSN 1885-589X187.

AGUADO I CUDOLÁ, *Silencio Administrativo e Inactividad, Contribución al estudio del transcurso del tiempo en el ejercicio de funciones administrativas*, Tesis doctoral, dirigida por Dr. Tomás Font i Llovet, Barcelona 1996.

ALAMILLO, I. Y URIÓS, F. X., «La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las administraciones públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos», *Generalitat de Catalunya*, 2011. Disponible en: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_estudis_de_recerca_digital/3_actuacio_administrativa_automatitzada/alamillo_ursos_castellano.pdf

BARRIOS ANDRÉS, M. (Dir) *El reglamento europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2024.

BARRIO ANDRÉS, M. «Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e Iberoamérica». *Cuaderno n.º 1. Cuadernos de la Cátedra de Relaciones Privadas Internacionales Universidad Miguel Hernández de Elche* (UMH)-Ilustre Colegio de Abogados de Orihuela (ICAO) Editorial Colex 2023. ISBN 978-84-1359-887-1.

BAUZÁ MARTORELL, F.J. «Identificación, autenticación y actuación automatizada de las administraciones públicas», en GAMERO CASADO, E. (Dir.) *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, vol. 1, Ed. Tirante Lo Blanch, Valencia.

BELLO PAREDES, S.A.: *Derechos Humanos e Inteligencia Artificial* Aranzadi, 2024.

BERNING PRIETO, A. D.: «El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas *ad futurum* para un uso responsable». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 165-185. <https://doi.org/10.24965/reala.11247>

CÁCERES NIETO, E., (2023). «La inteligencia artificial aplicada al Derecho como una nueva rama de la teoría jurídica». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 57, pp. 63-89.

CAMPOS ACUÑA, C. La digitalización de los procedimientos en los gobiernos locales: una tarea pendiente. Fundación democracia y gobierno local. Cuadernos de derecho local. ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital), febrero de 2022, págs. 88-115.

CARLÓN RUIZ, M: *Las Administraciones Públicas ante la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch 2025.

CASARES MARCOS, A.B. «Novedades en materia de administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica». *Revista jurídica de Castilla y León*. Número 40. septiembre 2016. ISSN: 2254-3805. Derecho administrativo.

CANALS ATMELLIER (aut.), **FUERTES, M.** (aut.), **OROFINO, A. G.** (aut.), **VALERO TORRIJOS, J.** (aut.), **SOSA WAGNER, F.** (pr.), *La digitalización en los servicios públicos: garantías de acceso, gestión de datos, automatización de decisiones y seguridad*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2023.

CASTELLANO CLARAMUNT, J. y **COTINO HUESO, L.:** *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant on Line, 2022.

CASTILLO BLANCO, F. (Dir.). **PÉREZ GÁLVEZ, J.F.** (Dir.): *Nuevas fórmulas de prestación de servicios en la era digital*, Dykinson, 2024.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A.**, (2019). «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, pp. 1-38.
- CERRILLO Y MARTÍNEZ, A.** «Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas», *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 61, 2021.
- CERRILLO I MARTINEZ, A.** «La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia». *Fundación democracia y gobierno local. Cuadernos de derecho local*. ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital), febrero de 2022, págs. 30-63.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A.** (2020). «El impacto de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas: estado de la cuestión y una agenda», en CERRILLO I MARTÍNEZ A. y M. PEGUERA POCH (coord.), *Retos de la inteligencia artificial*, Cizur Menor, Aranzadi.
- CHANG CHUYES, GUILLERMO**: «Motivación e Inteligencia Artificial», en VARCÁRCCEL, P, y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L, *El derecho Administrativo en la era de la Inteligencia artificial*, INAP 2024, págs. 351- 360.
- COBBE, J.**, «Administrative law and the machines of government: Judicial review of automated public-sector decision-making» *Legal Studies*, 39(4), 636-655, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA**. *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final.
- COTINO HUESO, L.**, «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia*, núm.16, 2023, pp. 17 y ss.
- COTINO HUESO, L.**: «¿Cuándo no es no?, criterios para definir los sistemas de inteligencia artificial prohibidos en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Administrativo*, 69 (2025).
- CRUZ BLANCA Y LLEDO BENITO**: *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución 4.0*, Dykinson. 2021
- D'AMATO, A.**, «Can/Should Computers Replace Judges?», *Georgia Law Review*, vol.11, 1977, 127-130.
- DE LA SIERRA, S.**, «Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, enero, 2020.
- DE LEÓN, M.**: «Inteligencia Artificial de Alain Turin a ChatGPT», *Lva2 Vol 2, 1*, 2025.

- DE FILIPPI, P., HASSAN, S.**, «Blockchain Technology as a Regulatory Technology: from Code is Law to Law is Code», *First Monday*, 2016.
- DE FILIPPI, P., HASSAN, S.**, «The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code», *Field Actions Science Reports Special Issue*, vol.17, 2017, pp. 88 y ss.
- DÍAZ DÍEZ, C. A.**, «El conocimiento científico como criterio directivo de la actuación administrativa: un estudio de metodología aplicativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol.7, 2023, pp.111 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a**, «El interés general: ¿alfa y omega de la justicia administrativa?», *Revista de Administración Pública*, 225, 13-27. (2024). doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.225.01>
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L., TERRÓN SANTOS, D.** (Dirs.), *Desafíos éticos, jurídicos y tecnológicos del avance digital*, lustel, Madrid, 2023, pp. 373 y ss.
- ELGHAISH, F., MATARNEH, S., HOSSEINI, M.R., TEZEL, A., MAHAMADU, A.-M. AND TAGHIKHAH, F.** (2024), «Predictive digital twin technologies for achieving net zero carbon emissions: a critical review and future research agenda», *Smart and Sustainable Built Environment*, Vol. ahead-of-print No. ahead-of-print. <https://doi.org/10.1108/SASBE-03-2024-0096>
- ESADE**, *El impacto de la IA en el sector Público Español, Avances para el acceso a los servicios básicos*, mayo 2025.
- ESTEVE PARDO, J.**, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE**, «Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making System Used by Public Administration», *European Law Institute*, Viena, 2022.
- FUERTES LÓPEZ, F.J.**: «El silencio administrativo como garantía de los ciudadanos en sus relaciones con la administración: Silencio y Caducidad (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2021, recurso 2300/2020)», *Revista de Derecho Administrativo*, VLEX; núm. 6, julio 2021.
- GARCÍA-ANDRADE, J.** *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Marcial Pons, 2023.
- GAMERO CASADO, E.** *La Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, 2023.
- GAMERO CASADO, E.**, «Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial», en *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, coord. por Eduardo Gamero Casado, Francisco Luis Pérez Guerrero, 2023, págs. 397-461.

GAMERO CASADO, E. «Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor». *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 179, Madrid, mayo-agosto (2009), págs. 291-332.

GAMERO CASADO, E., «Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.63, 2023.

GAMERO-CASADO, E.: «Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial», *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios* (Dir. E. Gamero-Casado), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 397-461.

GAMERO CASADO, E: «Sistemas automatizados de tomas de decisiones en el derecho administrativo español», *Revista General de Derecho Administrativo* 63 (2023).

GUILLERMO, C., ASENJO, F., Y CASTAÑO, E. 2023. «El Gemelo Digital Urbano como herramienta de eficaz en la gestión de Smart Villages». *Revista europea de investigación en arquitectura* n.º 23, pp. 56-67.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L.: «Deslocalización y saber: a vueltas con la proyección de la digitalización en el urbanismo universitario», en *Actas del XXIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho administrativo. In memoria de Luciano Vandelli*, Aranzadi, 2023.

Automatización procedimental y sesgo electrónico. El procedimiento Administrativo ante la inteligencia Artificial, Aranzadi, 2021.

«Del lot A la Inviolabilidad Digital del Domicilio en las Viviendas Inteligentes», en VARCALCER FERNÁNDEZ, P. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L.: *El derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, INAP, 2025.

«Límites a la decisión algorítmica en la adjudicación de subvenciones públicas», 20 años de la Ley General de Subvenciones, INAP Sevilla 2023.

Repositorio de Normativa en Inteligencia Artificial (www.railaw.tiiny.site) actualización a 26 de septiembre de 202.

Repositorio Institucional de Soluciones Tecnológicas Innovadoras (RISTI-SOSTENIBLE).

GONZÁLEZ-ESTEBAN, E; SIURANA APARISI, J.C.: *Inteligencia Artificial. Concepto, alcance y retos*, Tirant Humanidades, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.

HERRERA DE LAS HERAS, *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad Jurídica de los Robots, Protección de Datos y Responsabilidad Civil*, Dykinson, 2022.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.: *La Evaluación ambiental estratégica del planeamiento territorial y urbanístico*, IUSTEL, 2024.

HUERGO LORA, A.: *Inteligencia Artificial. Una aproximación Jurídica no catastrófica*. Revista Española de Control Externo, núm. Extra-74-75, 2023.

HUERGO LORA, «El derecho de transparencia en el acceso a los códigos fuente», en *Anuario de Transparencia Local*, 5/2022, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023, pp. 35 y ss.

Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, N.º 96-97 (octubre-noviembre), 2021 (Ejemplar dedicado a: La discrecionalidad de los reguladores), págs. 78-95.

HUERGO LORA, A., «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo», en HUERGO LORA, A. (Dir.), DÍAZ GONZÁLEZ, G. (Coord.), *La regulación de los algoritmos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp.68 y ss.

HUERGO LORA, A., «Inteligencia artificial: una aproximación jurídica no catastrofista», *Revista Española de Control Externo*, vol. XXV, n.º 74-75, 2023, p. 115.

HUERGO LORA, A.: «Gobernar con algoritmos, gobernar los algoritmos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, 2022, pp. 80-89.

JARAMILLO VALDIVIESO, A.: *La responsabilidad Civil derivada de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial*, Tesis doctoral dirigida por Colina Garena, R, (Universidad de la Coruña, 2025).

KAZIM, T., TOMLINSON, J., «Automation Bias and the Principles of Judicial Review», *Judicial Review*, Vol. 28, issue 1, 2023, pp. 14-16.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). «Regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global». *Revista de Administración Pública*, 220, 271-294. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.11>.

LESSIG, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999

LOEVINGER, L., «Jurimetrics – The Next Step Forward», *Minnesota Law Review*, vol. 3, issue 5, 1948, pp. 455 y ss.

LÓPEZ SUAREZ (DIR.) *Big Data y protección de datos*, Tirant lo Blanch, 2025.

MAGALLÓN SALEGUI, J. «La situación de la Administración electrónica en el ámbito local a la luz de varios informes. Atención particular al caso de Aragón». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. (2024) ISSN: 1989-8975 <https://doi.org/10.24965/reala.11252>.

- MARTÍN DELGADO, I.**, «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 353-386.
- MARTINEZ OTERO, J.M.**: «Hipervigilancia administrativa y supervisión automatizada: promesas, amenazas y criterios para valorar su oportunidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 231, enero-marzo, 2024.
- MATEO PACÍN, MARÍA NATALIA**: *Aspectos Jurídicos del diseño de las interfaces digitales. En especial los patrones oscuros*. Boletín Oficial del Estado, 2024, 148 páginas.
- MEDINA GUERRERO, M.**, (2022). «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva derecho fundamental a la protección de datos personales», *TRC*, N.º 49, pp. 141-171.
- MENDILIBAR NAVARRO, P.**: *Determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la toma de decisiones basadas en la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, 2024.
- MENENDEZ SEBASTIAN, E.**: Recensión a la obra: GIOVANI GALLONE. *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e proceso*. MILANO. CEDAM 2023.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.**: *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico, Luces y sombras de las nuevas leyes 39/2015 y 40/2015*, Tirant lo Blanch.
- MESTRE DELGADO, J.F.**, (2018). «Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. extra-31, pp. 367-386.
- MIR PUIGPELAT, O.**: «Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea», *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios* (Dir. E. Gamero-Casado), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 685-725.
- MONTERO PASCUAL, J.J** *La regulación de los servicios digitales*, Curso de Derecho Digital, Tirant lo Blanch, 2024.
- MOREY JUAN, A.** *Juridicidad y Organización en la Administración Española*, INAP. 2023.
- MUÑOZ GARCÍA, C.** *Regulación de la Inteligencia Artificial en Europa. Incidencia de los regímenes de protección de datos*, Tirant lo Blanch, 2024.
- OLIVER NEUMANN, KATHARINA GUIRGUIS & RETO STEINER** (2024) «Exploring artificial intelligence adoption in public organizations: a comparative case study», *Public Management Review*, 26:1, 114-141, DOI: 10.1080/14719037.2022.2048685.

- ORTIZ IBARZ, J.M; BENGURÍA AGUIRRECHE, J:** *Un nuevo conocimiento transversal La inteligencia artificial aplicada*, Tirant, Humanidades, 2025.
- OSTER, J.**, «Code is code and law is law – the law of digitalization and the digitalization of law», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 29, 2021.
- PANADERO HERNÁNDEZ, H** y otros. «La brecha digital y la administración digital en España». Diciembre 2023. *Informe fundación Ferrer Guardia*.
- PARRES GARCÍA, A.**, (2024). «"Gervasio Para Todo" y la gobernanza pública algorítmica». *Documentación Administrativa*, 12, 87-102. <https://doi.org/10.24965/da.11401>
- PEREZ CAMPILLO, L.** «La privacidad desde el diseño como requisito para la inteligencia artificial policial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 68 (2025).
- PONCE SOLÉ, J.** «Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana», en PÉREZ GUERRERO, F.L. (coord.) *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- PONCE SOLÉ, J.** (2019): «Inteligencia Artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 1, enero.
- PRESNO LINERA, M.A.**, «La propuesta de "Ley de Inteligencia Artificial" europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm.116, 2023, pp. 81 y ss.
- RAMON FERNÁNDEZ, F.:** *Ciencias de datos y perspectiva de la Inteligencia Artificial*. Valencia 2024.
- RAMÍO C:** *Inteligencia Artificial y Administración Pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*. Los libros de la Catarata, 2019, 176 pp.
- RYAN, M.** (2020). In *AI We Trust: Ethics, Artificial Intelligence, and Reliability*. *Science and Engineering Ethics*, 26(5), 2749–2767. <https://doi.org/10.1007/s11948-020-00228-y>
- SÁNCHEZ ARROYO, D:** «Silencio Administrativo y urbanismo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 874/2021, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 17 de junio». *Revista Vlex de Derecho Administrativo*.
- SÁNCHEZ LAMELAS, A.** (2023): «La reciente jurisprudencia sobre la obligación de utilizar medios electrónicos en las relaciones administrativas» en *Revista de Administración Pública*, núm. 220, pp. 183-217.

- SANCHO VILLA, D.**, (2021) «Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (comentario al artículo 22 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales* (TRONCOSO REIGADA, A dir.) Tomo I, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor.
- SARASIBAR IRIARTE, M.** «La integración de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública, Derecho Digital e Innovación». *Digital Law and Innovation Review* núm. 17, julio-septiembre 2023. (ponencia en el mismo sentido puede verse en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/actualidad/integrando-inteligencia-artificial-administracion-miren-sarasibar-1286053802801/Novetat.html?id=1286153521819>).
- SERRANO ACITORES, A.**, «El Impacto de la inteligencia artificial en el sector sanitario. Retos éticos y legales», *La Ley Mercantil*, núm. 120 (enero) 2025.
- SORIANO ARNAIZ, A.**, (2021). «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3, pp. 85-128.
- SORIANO, A.**, «El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas», *Documentación Administrativa*. Nueva época, núm.9, 2022, p. 14.
- TAHIRI MORENO, J.**, «El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables. Una nueva garantía jurídica frente al uso de decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración Pública», *Revista Aragonesa de la Administración Pública*, núm.60, 2023, p.209.
- «El marco Regulatorio de las neuro tecnologías innovadoras en el mercado único europeo y su impacto en la protección de la salud: ¿Hacia la articulación de una legislación armonizada que regule las neuro tecnologías de forma integral?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, ISSN 1133-4797, N.º 62 Extra 25, 2024 (Ejemplar dedicado a: Innovación en salud: desafíos para el Derecho Público), págs. 299-328.
- TENNER, E.** *The Efficiency Paradox. What Big Data Can't do*, Knopf, New York, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M, y PEDRAZA CÓRDOBA, J.** *La actuación administrativa automatizada sus claves jurídicas*. Tirant 2025.
- VALERO TORRIJOS, J.** «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 58, 2019.

VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Ed. Comares, Granada, 2.ª ed., 2007.

VALERO TORRIJOS, J., Digitalización de los servicios públicos y gestión avanzada de los datos de la protección a su apertura y gobernanza, en Dolors CANALS AMETLLER (aut.), Mercedes FUERTES (aut.), Angelo GIUSEPPE OROFINO (aut.), Julián VALERO TORRIJOS (aut.), Francisco Sosa Wagner (pr.), *La digitalización en los servicios públicos: garantías de acceso, gestión de datos, automatización de decisiones y seguridad*.

VAKER CABALLERÍA, M.: «El Humanismo del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, 2023.

VEALE, M., BRASS, I., «Administration by Algorithm? Public Management Meets Public Sector Machine Learning», en YEUNG, K., LODGE, M. (Eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp.1232 y ss.

VESTRI, G. (Dir). *La Inteligencia artificial en el sector Público*, El consultor de los ayuntamientos y Juzgados. 2024.

VESTRI, G., «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, 2021, pp. 368-398.

COLECCIÓN
**SINGULARIDAD
TECNOLÓGICA Y
BUENA ADMINISTRACIÓN**



TÍTULOS PUBLICADOS

- 1** Enfoques, experiencias y formas de construir resiliencia en comunidades de Iberoamérica
- 2** *Compliance* y buena administración en el sector público: una nueva mirada a su estatuto jurídico-administrativo

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

COMPLIANCE Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

UNA NUEVA MIRADA A SU ESTATUTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Se inaugura la línea *Estudios jurídico públicos* de la Colección *Singularidad Tecnológica y Buena Administración* con la presente obra, y lo hace trayendo a la luz la correlación y el consiguiente debate entre *compliance* y buena administración, como nuevo paradigma del derecho del siglo XXI.

La obra, que analiza la incansable lucha contra el fraude y la corrupción, desde las lecturas que aporta la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reúne un panel de catedráticos de Derecho Administrativo de primer nivel, y reflexiona sobre aspectos tales como los sistemas de información sobre infracciones normativas, la incidencia de los planes antifraude y la proyección del Compliance en el ámbito jurídico Público. El debate conduce en la obra a la reflexión necesaria de una buena Administración, como antesala de la actuación pública.

Pocos tiempos, como este que vivimos, trae consigo de forma tan acuciante la necesidad de reflexionar sobre los retos tecnológicos que la administración debe afrontar en el marco de una buena administración también, algorítmica. Pues, la Administración que queremos, en la antesala del siglo XXII, debe ser una administración que lleve a la práctica la difícil proyección de los ODS y encuentre herramientas para prevenir no sólo la corrupción, sino para facilitar la adaptación a nuevos escenarios de cambios cuya desatención ya no es una opción.

DIRECTORA

María Luisa Gómez Jiménez

AUTORES

Susana E. Castillo Ramos-Bossini, Fernando García-Moreno Rodríguez, María Luisa Gómez Jiménez, Humberto Gosálbez Pequeño, Isabel Hernández San Juan, Luis Míguez Macho, Juli Ponce Solé

Proyecto TED2021-129635B-I00, «Propuesta Regulatoria para una Vivienda domótica Adaptada» (PRO-VIDA), financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR y Proyecto HUELL-IA Fondos FEDERJA. SEJ650.



ISBN: 979-13-7011-295-0



O.A.