

## Resum executiu

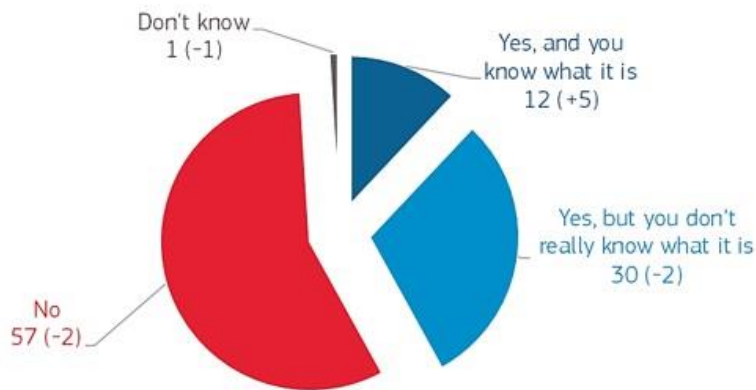
L'Anuari del Bon Govern i de la Qualitat de la Regulació és una **publicació anual** de la **Fundació Democràcia i Govern Local, amb la col·laboració de la Federació de Municipis de Catalunya** i el suport de la Comissió Nacional del Mercat i de la Competència, que analitza cada any, mitjançant participació de reconeguts experts de diferents disciplines (Dret, Economia, Gestió Pública, Ciència Política...), les principals **qüestions relacionades amb el bon govern i la bona administració**.

L'Anuari es prepara amb la **celebració prèvia d'un *Living Lab***, això és, una metodologia per a innovar en reptes socials en col·laboració, per a compartir informació i experiències. Aquest mètode aporta contextos més creatius, amb horitzontalitat i empatia; més representatius, perquè la comunitat que participa (que va més enllà de la purament acadèmica) s'articula en funció del repte a resoldre, i que busca l'experimentació, la co-creació.

En l'Anuari s'aborden **temes com** la qualitat de la regulació, la protecció dels denunciants o alertadors (*whistleblowers*), l'impacte de les ciències conductuals en la gestió pública, els conflictes d'interessos, els codis ètics o de conducta, la intel·ligència artificial, la prevenció de la corrupció, l'avaluació de les polítiques públiques o el paper dels *lobbies*, entre altres. Aquests temes **són tractats** des d'una perspectiva acadèmica i de gestió pràctica, amb anàlisi de documents rellevants nacionals i internacionals i elaboració de models d'instruments de gestió que puguin ser útils, amb especial atenció a l'àmbit local.

Com és sabut, a més d'en normes jurídiques i en la jurisprudència espanyoles, el dret a una bona administració es troba reconegut en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea - aprovada en 2000 i incorporada al Tractat de la Unió Europea (Tractat de Lisboa), de 13 de desembre de 2007, ratificat per Instrument de 26 de desembre de 2008, en el seu article 6- i és molt sovint aplicat pel Tribunal Europeu de Drets Humans. La Comissió Europea va publicar en 2019 [una enquesta de l'Eurobaròmetre](#) sobre el coneixement de la Carta per part de la ciutadania. Segons aquesta, encara que la situació ha millorat lleugerament des de 2012, només el 42% dels entrevistats havia sentit parlar de la Carta i només el 12% coneixia el seu contingut.

**QB1** Have you ever heard of the Charter of Fundamental Rights of the EU?  
(% - EU)



(March 2019 - June 2012)

Els resultats també mostren que sis de cada deu enquestats desitjarien tenir més informació sobre la Carta i sobre on acudir en cas de vulneració dels seus drets.

En aquest context, l' *Anuari del Bon Govern i de la Qualitat de la Regulació 2020*, publicat el juny de 2021 i dirigit pels professors Ponce (UB) i Villoria (URJC) i coordinat pel prof. Capdeferro (UB), es dedica en bona part, encara que no únicament, a un dels **temes centrals de la bona governança, el bon govern, la bona administració i la qualitat de l'Estat de dret, com és la protecció als alertadors o denunciants d'il·legalitats (whistleblowers)**.

L'Anuari **inclou cinc estudis doctrinals de reconeguts especialistes** (Tomás-Ramón Fernández, José Luís Piñar Mañas, Silvina Bacigalupo, Andrea Garrido i David Martínez García), **dos estudis referits a la pràctica administrativa** en la realitat en Administracions diferents, **cinc bones pràctiques seleccionades i comentades** de sengles administracions i **les habituals seccions** sobre bona administració i bon govern en general de documents d'interès, **jurisprudència** internacional i nacional seleccionada i comentada i **bibliografia** rellevant seleccionada i comentada.

A la vista del previ *Living Lab* celebrat i de les anàlisis incloses en aquest Anuari de 2020, es poden destacar aquí les següents **conclusions (un total de 10) i propostes i recomanacions d'actuació futures (agrupades entorn d'un total de 20 punts), exposades amb més detall en l'Anuari:**

#### a) Conclusions

1. La qüestió dels denunciants o alertadors està imbricada amb **profundes arrels històriques i culturals en cada societat**. En el cas d'Espanya, per exemple, l'escàs desenvolupament de les denúncies administratives pot explicar-se per circumstàncies històriques determinades, en les quals la denúncia ha estat viscuda en contextos d'asfixiant control religiós (pensem en la inquisició) i d'absència de democràcia.

2. En aquests contextos sociopolítics espanyols, **el possible paper positiu dels ciutadans i dels empleats públics com a col·laboradors actius en la detecció d'una mala administració ha estat enfosquit** per la por davant *delacions* que poguessin

provocar greus conseqüències a causa de l'activitat dels *espietes* (el llenguatge mai és innocent). Denunciants, en qualsevol cas, com a mínim molestos per a les Administracions Públiques espanyoles, que històricament han estat poc inclinades a la col·laboració social, afectades per un tradicional autoritarisme, similar, però amb trets propis, a l'existent en altres països del nostre entorn.

3. No obstant això, després de dècades de democràcia, el context espanyol mostra una renovada preocupació per la mala administració i la seva més extrema expressió: la corrupció. En aquesta atmosfera, la bona administració i el bon govern podrien ser considerats com un bé comú, un *common*, **que es faria efectiu, entre altres mesures, mitjançant les denúncies per a la protecció del correcte funcionament polític i administratiu, del mercat i del Patrimoni de les AAPP i de la Hisenda Pública.**

4. Els ciutadans, en denunciar, participarien a fer realitat aquesta bona administració i bon govern, mitjançant l'impuls d'una **participació, d'una col·laboració social dirigida cap a una "Administració compartida"**.

5. En aquest sentit, doncs, avui dia **les denúncies han de ser considerades un element de la transparència al servei dels principis de bon govern corporatiu i dels contemplats per als alts càrrecs del sector públic en la llei 19/2013**. A més d'una eina per a fer efectius els principis jurídics de bon govern, les denúncies poden ser **un instrument de realització efectiva del dret a una bona administració.**

6. Aquest **dret a una bona administració i el bon govern han d'emmarcar i orientar la regulació de les denúncies i del seu tractament**, en establir el mateix directament l'obligació **jurídica de diligència deguda o deguda cura de l'ens**, públic o privat, que les rep en la seva adequada tramitació, incloent-hi també la **protecció del denunciante enfront de possibles represàlies.**

7. A Espanya ha existit una **falta d'interès doctrinal i legislatiu històric en relació amb les denúncies administratives, més enllà de la qüestió de si el denunciante era o no interessat en el subsegüent procediment administratiu que pogués iniciar-se**. No s'ha prestat cap atenció específica al paper d'aquest com a element d'una **política pública de bona administració**. En els últims anys ha anat sorgint, mancant normativa completa i adequada estatal, una regulació autonòmica dispar i, en algun cas, basada en simples acords de Govern, com pot comprovar-se en aquest Anuari.

8. Com és sabut, la regulació de la denúncia forma part de la **matèria Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, matèria contemplada com a competència estatal bàsica en l'art. 149.1.18 CE**, com a garantia comuna als denunciants, que els ofereixi seguretat jurídica, i com a mecanisme comú de bona administració.

9. Tot això justifica la necessitat d'un avanç des de la tímida i millorable regulació estatal continguda ara en l'art. 62 LPAC, perquè **el legislador estatal deixi de ser, finalment, autista**. Aquesta regulació estatal futura necessària troba una bona oportunitat en l'obligada **transposició de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió.**

10. La transposició de la Directiva **hauria de ser un punt d'inflexió: un pas cap a l'anomenat *public compliance***, expressió, sens dubte, discutible, però que de nou estem important per necessitat d'una altra llengua, davant la nostra falta tradicional de terminologia en aquest àmbit. Com és sabut, el mateix no és obligatori en el sector públic, excepte certs casos específics, encara que per descomptat sí possible (art. 31 *quinquies* del Codi Penal). Ara, per influència del Dret de la UE i la transposició de la Directiva, la garantia del compliment legal en les Administracions, al marge del Codi penal, haurà d'esdevenir obligatòria, almenys respecte als temes relacionats amb les denúncies i haurà d'existir un responsable al càrrec d'aquestes, moment que hagués d'aprofitar-se pel legislador espanyol per a regular la figura, més àmplia, del *public compliance officer* en el sector públic.

## **b) Propostes i recomanacions**

Que s'estructuren entorn de tres eixos: **l'eix normatiu, el de compromís polític en l'aplicació de la regulació i en l'educació i formació i l'eix de gestió.**

### **1. Referides a aspectes normatius**

La **reforma legal espanyola ve imposada ara per la transposició de la directiva**, però era en tot cas necessària a causa de la feble regulació dels denunciants en el nostre Dret, com vam dir.

Per això, la futura **transposició de la Directiva no ha de ser un pur tràmit legislatiu, sinó un punt d'inflexió, una regulació integral** per a fomentar el compliment legal en Administracions i empreses, promovent responsables del mateix en aquestes institucions més enllà de l'evitació de les responsabilitats penals:

1.1 Ha d'aconseguir-se que **la transposició de la directiva sigui coherent amb el marc normatiu existent (principis de bona regulació) i que, així mateix, realitzi les modificacions que aquest necessiti.**

Entre tals possibles modificacions, a continuació, destaquem algunes:

- Normativa penal: revisar el delictes de descobriment i revelació de secrets previst en el Codi Penal per a introduir una exempció de “lluïta contra la corrupció” o similar, que exoneri de responsabilitat l'obtenció o captació de la informació; reformular la figura del penedit (introduint un tractament específic que pugui configurar-se com a eximent completa); aprofitar per a introduir el delictes d'enriquiment il·lícit per a castigar l'increment no justificat de patrimoni, segons exigeix la UNCAC.

- Normativa processal (LEcrim, quant a la revisió congruent de la figura del testimoni protegit, entre altres aspectes); legislació processal en l'ordre civil i contenciós administratiu.
- Normativa laboral i de la Seguretat social
- Normativa de funció pública
- Normativa sobre assistència jurídica gratuïta
- Normativa tributària (accés a informació per part de les autoritats competents)
- Protecció de dades: haurà de revisar-se i completar-se la regulació avui continguda en l'art. 24 de la **Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades i garantia dels drets digitals**, pel qual es regula el tractament de dades personals en els “sistemes d'informació de denúncies internes” que és clarament insuficient, entre altres coses perquè els sistemes descrits en el precepte únicament es refereixen a les denúncies internes formulades en el sector privat i cap relació guarden amb el tractament de les denúncies que es formulessin, qualsevol que sigui la seva naturalesa, davant el sector públic

L'article 17 de la Directiva exigeix que els tractaments de dades realitzades en aplicació de la mateixa deuen en tot cas complir amb el que es disposa en el Reglament (UE) 2016/679, General de Protecció de Dades. En particular han de prendre's totes les mesures que siguin necessàries per a preservar la identitat del denunciador i garantir així mateix el recte tractament de les dades personals del denunciador.

### **1.2. La transposició de la directiva ha de ser objecte d'una avaluació d'impacte normatiu prèvia seriosa i adequada**

Contemplant els impactes econòmics (amb càlcul del cost estimat del sistema i recursos a atribuir), socials i ambientals, tractant de mesurar costos i beneficis de tota mena, d'acord amb la Llei 39/2015 (art. 129 et seq.), Reial decret 931/2017, de 27 d'octubre, pel qual es regula la Memòria de l'Anàlisi d'Impacte Normatiu i la jurisprudència del TS espanyol sobre aquest tema.

**1.3. El sistema ha d'entendre's des d'una perspectiva macro, tenint en compte l'autonomia dels diversos nivells polítics i administratius, els diversos sectors i la “jungla” de controls preexistent** (diverses agències antifrau autonòmiques, organismes reguladors, etc.), a fi d'aconseguir una regulació i funcionament del sistema tan coordinats como sigui possible i basats en la cooperació i la lleialtat institucional.

Per a això, és necessari tenir en compte els avanços realitzats en l'àmbit autonòmic i local, on existeixen múltiples canals de denúncies i sistemes de protecció de denunciadors, com ja ens consta.

Ha de recordar-se que l'Estat podrà realitzar la transposició en el marc de les seves competències, que per al sector públic es troben en l'art. 149.1.18 CE, la qual cosa possibilitarà el disseny d'un marc bàsic comú, obert en tot cas a desenvolupaments

autonòmics normatius que completin el mateix, establint, en el seu cas, estàndards de bona administració més exigents.

**1.4 Àmbit objectiu i subjectiu ampli i matisat:** hauria de reflexionar-se sobre les **obligacions dels municipis de menys de 10.000 habitants i les empreses de menys de 50 treballadors**, en els quals la directiva deixa llibertat al legislador nacional que transposa.

Sembla convenient ampliar l'àmbit **material d'aplicació de la directiva** a qualsevol àrea de risc per a la integritat (com a funció pública, urbanisme o subvencions), no sols a determinades infraccions del Dret de la Unió.

El que el legislador espanyol hauria d'elaborar és una norma que reguli amb caràcter general i amb la amplitud més gran possible la protecció dels denunciants d'infraccions normatives també del Dret intern. Aquestes infraccions han d'incloure les pràctiques abusives, com estableix la jurisprudència del Tribunal de Justícia: actes o omissions que no semblen il·lícits des del punt de vista formal, però que desvirtuen l'objecte o la finalitat de la llei, entre les quals es pot comptar la desviació de poder al fet que al·ludeix la nostra legislació.

La llei hauria d'incloure una definició o enumeració de les entitats que s'entenen incloses dins del concepte de sector públic i que per tant hauran de comptar amb canals interns. Enumeració que ha d'aconseguir les corporacions de dret públic, a les societats mercantils en mà pública a les fundacions d'iniciativa pública i a la Casa de la seva Majestat del Rei.

- També reconèixer la condició d'alertador a qualsevol persona, no sols en el context laboral, encara considerat en sentit molt ampli per la Directiva (considerant 97). Aquestes persones han de ser definides de la manera més àmplia possible, sense circumscriure-les als qui mantinguin una relació laboral o obtinguin la informació en el context de les seves activitats laborals. Considerar, així mateix, ampliar la protecció a les persones jurídiques (ONG, empreses excloses i perjudicades en un procediment de contractació pública, etc.), no sols a les persones físiques denunciants, a les facilitadores i a les entitats jurídiques a què es refereix la Directiva (article 4).

Des de la perspectiva de qui rep la denúncia, la Directiva assenyalava que serà el legislador nacional qui decidirà, prèvia ponderació de les circumstàncies rellevants, si les obligacions de la mateixa s'apliquen a les empreses de menys de 50 empleats i en el sector públic podrà eximir d'aquestes obligacions als municipis de menys de 10 000 habitants o a totes les entitats jurídiques del sector públic, incloses les entitats que siguin propietat o estiguin subjectes al control d'aquestes entitats, de menys de 50 *treballadors*.

En un país com Espanya amb nombroses petites i mitjanes empreses i molts municipis de petita població es caldrà reflexionar seriosament sobre l'impacte negatiu que una possible exempció dels canals de denúncia obligatoris tindria.

Així, les empreses de menys de 50 treballadors, segons dades oficials, això sí anteriors a la pandèmia de Covid-19, superarien de llarg el milió (Microempreses (1-9 assalariats) 1.143.015 -Petites (10-49 assalariats) 154.738), sobre un total de menys de 3 milions.

La Directiva no impedeix, com recorda el seu considerant 50, la possibilitat que els Estats membres encoratgin a les entitats jurídiques del sector privat amb menys de 50 treballadors, en particular on existeixin riscos per al medi ambient i la salut pública, a establir canals de denúncia interna i seguiment, fins i tot establint, per a aquests canals, requisits menys preceptius que els establerts en la present Directiva, sempre que aquests requisits garanteixin la confidencialitat i el seguiment diligent de la denúncia.

Al seu torn, els municipis de menys de 10.000 habitants són 5.378, en concret, la immensa majoria de municipis espanyols, que sumen un 20,3% del total de la població, d'acord amb les dades de l'INE inclosos en l'avanç de l'estadística del Padró Continu a 1 de gener de 2019.

A més, cal tenir en compte que els informes disponibles sobre casos de mala administració i corrupció mostren com aquestes situacions concorren també de manera important en el nivell local. D'altra banda, donades les exigències que el legislador estableix ja avui dia per als municipis de més de 5.000 habitants en la Llei de Bases de Règim Local respecte a serveis obligatoris (art. 26), **seria adequat a la vista de l'exposat exigir als diferents municipis obligacions diferents i adaptades a les seves realitats en virtut del principi de diferenciació.**

Però aquesta adaptació no significa exempció, com diem, sinó diferenciació, acompanyada de la possibilitat que diversos municipis comparteixin els canals de denúncia interna o que aquests siguin gestionats per autoritats conjuntes. En aquest cas, com assenyala la Directiva, “els canals de denúncia interna compartits [han d'estar] ... diferenciats i [ser]... autònoms respecte dels corresponents canals de denúncia externa”. D'altra banda, cal no oblidar la possibilitat també de cooperació tècnica i de formació amb entitats supramunicipals (províncies, comarques...).

### **1.5 Ha de prevenir-se la ingerència política en la tramitació de les denúncies**

Per a això, han d'articular-se dissenys organitzatius i procedimentals que evitin aquesta ingerència. Per exemple, en el sector públic, el nomenament de responsables de tramitació de denúncies que siguin funcionaris de carrera, amb un termini establert per al desenvolupament de la seva tasca, sense que puguin ser remoguts mancant causa justificada. Aquests responsables haurien d'estendre les seves tasques a les pròpies d'un *compliance officer*.

- Així mateix, cal el disseny d'autoritats **administratives independents** per a vetllar pels canals externs. En el cas que les funcions de recerca dels fets denunciats (canal extern) i les funcions de protecció de les persones alertadores siguin assumides per una mateixa institució (com succeeix en el model autonòmic de les oficines anticorrupció implantades en l'estat espanyol) pot preveure's un sistema de separació, que eviti l'eventual contaminació entre els diferents àmbits funcionals.
- El regulador pot utilitzar una **bateria de possibles mesures per a evitar aquesta ingerència política en les tasques de l'organisme de supervisió dels canals de denúncia**: adscripció al legislatiu, inclusió d'actors diversos en la proposició de candidats (per exemple, societat civil), elecció per majoria qualificada, mandat prolongat sense renovació, causes taxades de remoció,

estricte règim d'incompatibilitats, control parlamentari, autonomia pressupostària amb dotació de mitjans suficients.

- En concret, en l'àmbit estatal, pot pensar-se, igual que ja ha fet Itàlia o França, **en la creació d'una Autoritat Estatal de Lluita contra la Corrupció, amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar per al compliment de les seves finalitats, independent de les administracions públiques i del seu sector públic, i adscrita al Congrés dels Diputats**, havent de rendir comptes tant a l'òrgan de poder legislatiu com a la ciutadania.

Hauria de valorar-se la integració en aquesta Autoritat Estatal de Lluita contra la Corrupció d'algunes estructures estatals ja existents les funcions de les quals poden ressituar-se sota el mateix paraigua: la regulació, supervisió i avaluació de la contractació pública, la coordinació de les accions encaminades a protegir els interessos financers de la Unió Europea o el control dels conflictes d'interessos d'alts càrrecs.

També és important contemplar adequadament la **coordinació** entre un possible organisme estatal i els ja existents en el nivell autonòmic i local. Haurien d'establir-se els criteris per a determinar els àmbits competencials de l'Autoritat estatal i les de les Comunitats Autònomes. Un exemple de regulació en aquest sentit el trobem en els articles 57 et seq. de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades i garantia dels drets digitals, que regulen les competències de les autoritats de protecció de dades de les Comunitats Autònomes i les seves relacions amb l'Agència Espanyola.

També han d'incloure's en els codis ètics dels alts càrrecs la interdicció de les represàlies, de la interferència en la gestió de denúncies, de l'intent d'esbrinar la identitat, de la vulneració de l'anonimat o la reserva d'identitat.

## **1.6. Han d'evitar-se les represàlies a alertadors i protegir a aquests i als denunciats**

Els denunciants no hauran d'incórrer en cap responsabilitat, sigui civil, penal, administrativa o laboral. S'hauran de regular les mesures de suport al denunciant i les mesures de protecció enfront de represàlies. No es tracta per tant tan sols de prohibir les represàlies, sinó de protegir-li enfront de les quals poguessin produir-se o evitar les possibles.

Ha de garantir-se **legalment el principi d'indemnitat**, tal com ha estat establert en la jurisprudència del Tribunal Constitucional (per exemple, SSTC 7/1993, de 18 de gener i 14/1993, de 18 de gener, SSTC 6/2011, de 14 de febrer i 183/2015, de 10 de setembre), que ho associa al dret constitucional a una tutela judicial efectiva.

Aquesta jurisprudència constitucional ha estat aplicada ja judicialment a un cas de represàlia en el sector públic amb cita de la Directiva de la UE, en el moment d'escriure aquestes línies. Es tracta de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, Sala contenciosa administrativa, Secció Primera, de 22 d'abril de 2021, Recurs d'Apel·lació 601/2020.



Així mateix, per a prevenir aquestes represàlies, **ha de permetre's l'elecció de la denúncia anònima pel denunciant**. De la mateixa manera, la regulació hauria d'eliminar les barreres econòmiques per als denunciants que desafien les represàlies.

Hauria de correspondre al presumpte *represaliador* provar que el perjudici causat al denunciant no va ser conseqüència de la denúncia interposada, si aquesta presenta indicis raonables; això és, **hauria d'establir-se en aquests casos una inversió de la càrrega de la prova similar** a la que ja existeix en relació amb la igualtat tant en les directives de la UE sobre aquest tema com en la transposició ja realitzada a Espanya de les mateixes (Llei 62/2003 de 30 de desembre de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, articles 27 a 43).

**És imprescindible protegir també al denunciat**. Com assenyala la Directiva, els drets de la persona afectada han d'estar protegits per a evitar danys a la reputació o altres conseqüències negatives. Per descomptat, els seus drets de defensa i d'accés a vies de recurs han de ser plenament respectats en cada fase del procediment després de la denúncia. La regulació haurà de protegir la confidencialitat de la identitat de la persona afectada i garantir els seus drets de defensa, inclòs el dret d'accés a l'expedient, el dret a ser sentit i el dret a una tutela judicial efectiva contra una decisió que el concerneixi.

### **1.7 Ha de reforçar-se l'estatut jurídic del denunciant de bona fe: el denunciant és sempre interessat en la correcta tramitació de la denúncia**

Si una persona denuncia una mala administració negligent o corrupció, és interessat en el sentit tècnic de la paraula (art. 4 LPAC), *ja que ostenta un dret afectat per la tramitació correcta o no de la denúncia: el seu dret a una bona administració*. En efectuar la denúncia, el denunciant passa a ser interessat almenys respecte a la correcta tramitació de la denúncia i a la protecció enfront de represàlies. Així, el seu estatut jurídic es veu ampliat des dels drets de l'art. 13 LPAC als drets de l'art. 53 de la mateixa llei previstos per als interessats.

Per tant, quan l'actual art. 62.5 LPAC assenyala que “La presentació d'una denúncia no confereix, per si sola, la condició d'interessat en el procediment”, per descomptat s'està referint al subsegüent procediment (ex. sancionador) que pugui iniciar-se a conseqüència de la denúncia, però no es refereix, no pot referir-se, al procediment d'acceptació i decisió sobre tramitar o no la denúncia, en el qual el denunciant és interessat directe en gaudir d'aquest dret a una bona administració.

Haurà de precisar-se normativament, en la mesura que sigui possible, el concepte de denunciant **de bona fe**, mantenint un equilibri entre l'evitació de possibles traves injustificades administratives i la necessitat d'evitar també denúncies completament infundades i malicioses.

Pot ajudar en aquest sentit la legislació comparada, que acostuma a exigir que el denunciant desplegui una deguda cura a assegurar-se que la seva informació no és falsa, amb independència dels seus motius per a denunciar (Austràlia, els EUA). En canvi, la jurisprudència del TEDH ha assenyalat que la bona fe implica que el denunciant ha d'actuar servint a l'interès públic i no estar motivat per una ofensa personal o un antagonisme personal o l'expectació d'un avantatge personal, si bé ha

assenyalat que ha de considerar també per a apreciar aquesta bona fe si la ciutadania té un interès legítim a ser informada sobre assumptes rellevants.

**No ha de fer falta que els denunciants invoquin un motiu pel qual formulin la denúncia o facin la revelació pública.** Els motius dels denunciants en denunciar han de ser irrelevants per a determinar si aquestes persones han de rebre protecció, com indica la Directiva en els seus considerants.

### **1.8. Ha de regular-se més intensament el procediment per a la tramitació de les denúncies**

El procediment de denúncia és molt important, si bé fins ara ha estat poc regulat. Hi ha una necessitat de reforçar la seva regulació, donar-li substantivitat i **considerar-ho un procediment interdependent del possible procediment posterior**, garantint una interacció adequada entre l'organisme que rep la denúncia i el denunciant.

En la nostra opinió, hauria d'existir la mateixa estructura per als procediments interns i els externs, tenint en compte que en tot procediment de tramitació de la denúncia està en joc el dret a una bona administració del denunciant.

Han d'evitar-se els retards en la tramitació de les alertes comunicades que puguin portar a pensar en dilacions de termini interessades. La directiva al·ludeix en repetides ocasions a la diligència privada i pública, incloent en l'últim dels seus considerants una anomenada al compliment del dret a una bona administració (art. 41 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, aplicat per nombroses sentències del TJUE en referència a denúncies en institucions europees, algunes d'elles en aquest mateix any 2020).

El dret a una bona administració (pública) està reconegut pel nostre ordenament nacional i reiterada jurisprudència del nostre TS i implica la diligència deguda i la deguda cura en el comportament administratiu. Tal obligació podria estendre's al sector privat, quan tramita denúncies en els seus canals interns, garantint també un procediment degut (privat) d'adopció de la decisió de tramitar o arxivar la denúncia (motivació, participació del denunciant).

Això implica:

- **-Dret del denunciant a una anàlisi de la denúncia desplegat amb diligència deguda i degut cura en la ponderació minuciosa dels elements rellevants.** En el cas administratiu, enfront de la tradicional concepció espanyola de la discrecionalitat com una llibertat d'elecció administrativa entre indiferents jurídics, el dret a una bona administració nega tal llibertat i imposa una obligació de diligència deguda o degut cura en la presa en consideració dels elements rellevants (no dels irrelevants) per a la presa de la decisió. Obligació controlable judicialment, com veurem de seguida.
- **-Dret del denunciant a una decisió en termini raonable:** la Directiva ja assenyala diversos terminis, que són llavors els que han de respectar-se (ex. en denúncies per canals interns, cal

emetre un justificant de recepció de la denúncia al denunciant en un termini de set dies a partir de la recepció, art. 9). També preveu un termini per a resoldre (ex. en el mateix art. 9: “un termini raonable per a donar resposta, que no serà superior a tres mesos a partir del justificant de recepció o, si no es va remetre un justificant de recepció al denunciant, a tres mesos a partir del venciment del termini de set dies després si es fes la denúncia”).

- **-Dret del denunciant a una decisió motivada i notificada sobre la seva denúncia**, en tots els casos (no ens sembla adequat l'actual art. 62.3 LPAC sobre aquest tema en l'àmbit administratiu). O, com a mínim, en l'àmbit administratiu, quan la denúncia invoqui un perjudici en el patrimoni de les Administracions Públiques (inclosos perjudicis a la Hisenda pública, d'acord amb els principis de bona administració eficiència i economia en el maneig dels recursos públics). La no tramitació de la denúncia haurà de ser motivada i es notificarà als denunciants la decisió de si s'ha iniciat o no el procediment.
- **- Dret del denunciant a la tramitació d'un procediment derivat de la denúncia**: Existeix discrecionalitat per a tramitar o no una denúncia? Aquesta pregunta ens porta al debat existent a Espanya sobre el principi d'oportunitat en l'exercici de la potestat sancionadora.
  - També enllaça amb la preocupació ciutadana sobre un dels obstacles principals per a denunciar, referit a la creença ciutadana que el responsable, en definitiva, no serà castigat (d'acord amb el baròmetre de l'Oficina Antifrau de Catalunya de 2018, un 27% dels enquestats així ho creuen).
  - Ha d'evitar-se l'acceptació de l'arxivament de les denúncies per mers motius d'oportunitat i que el denunciant no pugui recórrer aquest arxivament
  - En la nostra opinió, en principi, **per defecte**, la nova regulació de les denúncies hauria d'explicitar l'obligació de tramitar la denúncia i obrir el corresponent procediment subsegüent. Aquesta regulació hauria d'incloure, doncs, el que es denomina un esperó o *nudge*, per a acabar amb la inèrcia existent d'arxivar denúncies sense una deguda consideració amb diligència i cura. Això seria especialment important **quan la denúncia invoqués un perjudici en el patrimoni de les Administracions Públiques**: la no iniciació del procediment, en aquest com en la resta de casos, hauria de ser motivada i es notificaria als denunciants (així com la decisió d'iniciar-ho, clar).

- Aquest punt de partida, obertura per defecte de procediment en cas de denúncia, es pot matisar normativament amb realisme i tenint en compte les possibilitats administratives i la necessitat d'un marge raonable d'apreciació en certs casos, si (com assenyala el considerant 70 de la Directiva), en la regulació espanyola:
  - 1. S'indica que la denúncia és infundada i les raons per a això. Com sabem, la denúncia falsa és delictiva si el denunciat és un il·lícit penal, 456 i 457 Codi Penal. En tot cas, cal no confondre la raó de la denúncia (mala fe, en el sentit d'enemistat, per exemple) amb la veracitat dels fets que es posen en coneixement.
  - 2. Es regula específicament el principi d'oportunitat, que hauria d'incloure's en la llei, en la qual, per exemple:
    - -S'indiqui explícitament què és una infracció menor i les raons per a no perseguir-la.
    - -S'indiqui que no hi ha mitjans suficients per a tramitar les denúncies referides a aquestes infraccions menors i es justifiqui adequadament.
- Això és, **podria acceptar-se jurídicament un principi d'oportunitat, però creiem que només explícitament establert en una norma amb rang de llei (art. 25 CE), i clarament delimitat, que a més només pugui exercir-se administrativament amb fonamentació i motivació suficient i adequada**, de conformitat amb el dret a una bona administració i el que s'indiqui en el text legal.
- Mentre no s'estableixi legalment tal esperó equilibrat pel principi d'oportunitat, totes les denúncies han de tramitar-se si hi ha motius fundats per a això i procedir-se a l'obertura d'ofici del subsegüent procediment sancionador.

• Finalment, ha d'evitar-se que l'accés a l'expedient per part de l'afectat (denunciat) sigui una via indirecta per a revelar la identitat del denunciador i frustrar l'objectiu de la protecció.

### **1.9 Ha d'obrir-se la legitimació per a impugnar les il·legalitats en la tramitació de les denúncies**

Quan un denunciador o alertador posa en coneixement una il·legalitat, està protegint la legalitat, crucial en un Estat de Dret. A més, a vegades, pot revelar un mal per a l'erari o/i el patrimoni de les Administracions públiques.

Si el denunciador denuncia mala administració negligent o corrupció i considera que l'arxiu és indegut, s'entén que és interessat en relació amb aquesta presa de decisió específica (perquè ostenta el seu dret a una bona administració). Dret el reconeixement

judicial del qual pot comportar la condemna de l'Administració a l'obertura del procediment al fet que es nega.

**La jurisprudència del TS, sala del contenciós, ja ha afirmat la legitimació del denunciant per a impugnar l'arxivament indegut de la denúncia,** per suposar una mala administració no diligent, confirmant així, indirectament, l'existència d'un dret que el converteix en interessat en relació amb la presa d'aquesta concreta decisió: el dret a una bona administració.

Per això, no serien correctes legalment afirmacions com que la decisió d'arxiu no pot ser objecte de recurs o impugnació, que poden trobar-se en alguna decisió administrativa comentada en aquest Anuari. La regulació de les denúncies ha de deixar aquest punt clar.

A més de la seva legitimació per a recórrer l'arxivament de la demanda per violació del seu dret a una bona administració diligent, **cabria també plantejar obrir la legitimació per a discutir la defectuosa gestió dels canals de denúncia al conjunt de la ciutadania (acció pública) interessada en, com a mínim, que es respecti el seu dret a una bona administració respecte a les denúncies referides al balafament o corrupció dels recursos públics i el patrimoni de les AAPP.**

**1.10. Obertura de la legitimació judicial per a discutir la correcta actuació una vegada la denúncia és acceptada per a la seva tramitació: per una acció pública**

**El denunciant no té legitimació judicial en el contenciós-administratiu, en canvi, de manera automàtica, per a discutir la tramitació i resultat del posterior possible procediment efectivament iniciat d'ofici** arran de la seva denúncia (només la tindrà si pot provar un dret o interès legítim específic, d'acord amb una jurisprudència espanyola restrictiva i criticada per diverses veus doctrinals).

Possibilitat actualment inexistent per a tot denunciant no interessat en el procediment que pogués obrir-se arran de la denúncia, qui no pot continuar contribuint a la bona administració, ni tan sols impugnant, per exemple, la mala administració en la defensa del patrimoni públic, això és, del que també és d'ell o ella, al no ser interessat.

Es podria pensar a preveure legalment **una acció pública per a recórrer, quan el que es denunciï sigui una mala administració negligent o corrupció, això és una violació del nostre dret a una bona administració, que abastés, fins i tot, no sols el possible arxivament indegut de la denúncia, sinó també si s'imposa o no sanció i una reacció i quin,** almenys quan estigui en joc el patrimoni de tots, això és, el patrimoni de les Administracions Públiques.

**1.11 Cal superar l'autolimitació a l'hora de plantejar incentius per al denunciant, inclosos a vegades premis econòmics.**

La *path dependency* explica alguns debats i omissions en els mateixos en relació amb el tema que ens ocupa. En aquest sentit, sembla necessari incentivar les denúncies i alertes, bé amb premis econòmics a vegades (en sectors on estiguin en joc grans quantitats monetàries), **sense eliminar la motivació intrínseca dels alertadors en altres sectors,** bé mitjançant tècniques provades per l'Economia i el Dret conductual (els ja esmentats *nudges* o esperons), que sense representar despesa necessàriament impliquin un reconeixement de la tasca de denunciar i alertar.

Així, cal pensar en la regulació de:

- Assumpció de la representació legal de la persona alertadora
- Programes de clemència
- Compensació econòmica (quan es recuperen actius gràcies a la denúncia, prevists en la legislació d'altres països)
- Ajudes financeres a través de fórmules diverses (ajudes directes, bonificacions fiscals, etc.)

### **1.12 Ha de regular-se adequadament la revelació pública**

En principi la Llei hauria de considerar la revelació pública com l'última de les opcions de denúncia, havent de començar el denunciant per l'ús dels canals de denúncia interna o externa.

Però els considerants 80 i 81 de la Directiva aclareixen que també és possible la revelació pública com a primera opció, com assenyala també l'articulat. Les persones que revelin directament i públicament infraccions també han de poder acollir-se a protecció en els casos en què:

- a) tinguin motius raonables per a pensar que existeix un perill imminent o manifest per a l'interès públic o un risc de danys irreversibles, inclòs un perill per a la integritat física d'una persona. O,
- b) tinguin motius raonables per a pensar que en cas de denúncia externa existeixi un risc de sofrir represàlies o sigui poc probable que la infracció es tracti de manera efectiva, donades les circumstàncies particulars del cas, com que puguin ocultar-se o destruir-se les proves o que una autoritat pugui estar de connivència amb l'autor de la infracció o implicada en aquesta.

### **1.13. Ha de dotar-se de suficients mecanismes sancionadors i de protecció**

Per a això, ha de dissenyar-se un quadre adequat d'infraccions i sancions i un sistema de protecció a denunciants i denunciats adequat en la futura regulació.

Haurà d'establir un règim sancionador que, a fi de garantir l'efectivitat de la norma, permeti establir sancions efectives, proporcionades i dissuasives als qui impedeixin o intentin impedir les denúncies; adoptin mesures de represàlia o promoguin procediments abusius contra els denunciants; incompleixin el deure de mantenir la confidencialitat de la identitat dels denunciants.

Però a més aquest règim sancionador ha d'impedir un ús abusiu o fraudulent de les denúncies. Per això deuran també establir-se sancions aplicables respecte de denunciants que comuniquin o revelin públicament informació falsa a gratcient. Així mateix, la llei de transposició haurà d'establir mesures per a indemnitzar els danys i perjudicis derivats d'aquestes denúncies o revelacions públiques.

### **1.14. La regulació hauria d'incloure una revisió periòdica de la seva eficàcia**

Això és, una avaluació *ex post* (a la qual dediquem la secció de Models a Usar en el nostre anterior Anuari de 2019, com ja vam dir). Aquesta avaluació no hauria de limitar-se al moment previ a la regulació, sinó que hauria de ser també avaluat *ex post*, per a saber el seu funcionament real, generant indicadors per a saber si el sistema funciona o no.

Podria a més pensar-se en una clàusula *sunset*, tècnica de millora de la normativa, que imposés la seva avaluació transcorregut un període (com a mínim, un parell d'anys) des de la seva posada en funcionament, per a mantenir, derogar o modificar els preceptes que es mostrin com a ineficaços o ineficients.

En aquesta avaluació, hauria de participar també la societat civil, d'una manera o un altre.

**1.15. Els governs estatals, autonòmics i locals haurien de publicar informes amb informació consolidada sobre l'impacte de les lleis de denúncia, en benefici de la societat.**

**1.16. També han de ser públiques les decisions dels casos de denúncies presentades,** en línia, dins de bases de dades amb capacitat de cerca, usant els portals de transparència i d'acord amb el deure de publicitat activa (Llei 19/2013, de transparència, accés a la informació i bon govern i equivalents autonòmiques).

## **2. Aspectes de compromís polític en l'aplicació de la regulació, educació i formació**

Més enllà de l'aprovació de noves lleis, que és només un pas, la seva correcta aplicació i l'evitació dels prejudicis i la discriminació han d'abordar-se mitjançant un compromís real, **l'educació i la formació intensives de tota la ciutadania, especialment dels responsables, públics i privats de tramitació de les denúncies.**

### **2.1 Ha d'existir un compromís polític (en l'àmbit públic) o de l'organització (empresa privada).**

Les idees de bon govern públic i privat i el dret a una bona administració dels ciutadans imposen tal compromís polític i organitzatiu. Cal una formació adequada als alts càrrecs dels sectors públic i privat sobre la rellevància del tema i la necessitat i els avantatges d'una organització ètica.

### **2.2 Ha de garantir-se l'existència d'un sistema de formació per a la gestió adequada de les denúncies**

En el qual s'hagi de participar preferiblement abans que el personal responsable comenci a desenvolupar funcions relacionades amb el canal de denúncies i amb la gestió de denúncies.

### **2.3 Ha de fixar-se un sistema de comunicació i assessorament relacionat amb les denúncies i l'ús del canal.**

## **3. Aspectes de gestió**

Al costat de la millora de la regulació i l'educació i formació adequada dels ciutadans i gestors de denúncies, **cal disposar dels mitjans adequats per a oferir suport i**

**protecció als denunciants i els òrgans gestors de denúncies han de comptar amb els recursos adequats per a poder desenvolupar una bona administració.**