

## EXPERIENCIA DE LA AGENCIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN DE LA COMUNITAT VALENCIANA EN LA PROTECCIÓN DE PERSONAS DENUNCIANTES

### 1. ANTECEDENTES Y NECESIDAD DE PROTEGER A LAS PERSONAS QUE DENUNCIAN.

Con antecedentes en la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Autoridad Nacional Anticorrupción en Italia (ANAC) y la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), y en el ejercicio de su potestad de autogobierno, la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, crea la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (AVAF) para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción de las instituciones públicas valencianas y para el impulso de la integridad y la ética pública, además del fomento de una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude y la corrupción en el diseño, la ejecución y la evaluación de políticas públicas y en la gestión de recursos públicos. Asimismo, dicha ley presta una atención especial a las personas denunciantes y recoge la posibilidad de otorgar un estatuto de protección a personas que denuncian irregularidades que pueden dar lugar a responsabilidades legales.

La AVAF se crea, dentro del territorio valenciano, como organismo especializado con referencia y en desarrollo de lo establecido en la Resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que entró en vigor en España mediante instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 171 de 19 de julio de 2006 y forma parte, por tanto, del ordenamiento jurídico interno conforme a lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española.

Desde hace tres años la Comunidad Valenciana protege a personas que denuncian hechos o conductas presuntamente constitutivos de fraude o corrupción, a los que generalmente tienen acceso o conocimiento en cumplimiento de las obligaciones laborales o profesionales, lo que les lleva a presentar denuncias ante la propia Agencia Valenciana Antifraude o ante el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.

En nuestra experiencia, el estatuto de protección de personas denunciantes se erige como una potente herramienta en la lucha contra la corrupción: Evita el oscurantismo y el secreto (márgenes donde se mueve y anida la corrupción), anima a los denunciantes potenciales a no mirar hacia otro lado y posibilita la ruptura de la tan extendida ley del silencio. Sin denunciantes, que en un número importante de casos se erigen en testigos clave en procedimientos penales (también sancionadores o disciplinarios), no se puede castigar la corrupción. De ahí la importancia y necesidad de su protección.

Tradicionalmente han sido **tres**, fundamentalmente, las **causas que han impedido que afloren casos de corrupción**:

En primer lugar, el miedo a denunciar por el alto riesgo profesional y personal que se corre al hacerlo, pues el denunciante se encuentra siempre en posición de inferioridad frente al denunciado y por tanto es altamente vulnerable.

En segundo lugar, la inexistencia de canales seguros y confidenciales a los que dirigir las alertas y denuncias sobre malas praxis y conductas corruptas en el seno de las administraciones públicas y del sector público vinculado.

Y en tercer lugar, la creencia de que “la denuncia no sirve para nada”. Es decir, la desconfianza de que si se denuncia, se lleve a cabo una adecuada investigación, de forma rigurosa y con todas sus consecuencias.

A lo que podemos añadir el clásico y despectivo concepto de denunciante, al que se le asocia el apelativo de chivato, delator o soplón; aquel que va en contra del establishment.

En cuanto a la primera de estas causas, la relativa al miedo, la concesión del estatuto de protección implica que la AVAF vela para que estas personas no sufran amenazas, acoso, intimidación, acusaciones falsas, merma de derechos, apertura de expedientes disciplinarios o incluso el despido, puesto que una vez otorgado el mismo, la AVAF realiza un seguimiento de la persona denunciada y de su situación. Contamos para ello con una poderosa herramienta disuasoria: la potestad sancionadora a imponer al represaliador. La Ley valenciana recoge que el incumplimiento de las medidas de protección del denunciante constituye una infracción muy grave, sancionable con multa de hasta 400.000 euros y publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* para conocimiento general.

Respecto a la segunda y tercera de las causas, la AVAF puso en marcha en mayo de 2018 un canal seguro, accesible y eficaz de denuncias, a través de su Buzón, disponible en su página web, el cual permite también las denuncias anónimas; denuncias cuya verosimilitud se analiza y si existen elementos o indicios suficientes dan lugar a la apertura de procedimientos de investigación que lleva a cabo la propia Agencia.

Y por último, por lo que se refiere a la consideración despectiva del término denunciante, tratamos de promover un cambio de cultura, pues es el denunciante, quien poniéndose en riesgo, permite destapar hechos corruptos, fraudes o malas prácticas, que es preciso castigar o corregir.

El denunciante no debe ser un héroe sino una persona normal que cumple con su deber y actúa en aras al bien común; y en este sentido la sociedad debe agradecer su actuación, su ejemplo debe ser replicado y su figura reforzada.

## 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN MATERIAL DE LA AVAF.

El ámbito de actuación material de la AVAF, a los efectos de la aplicación de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, y de su Reglamento de funcionamiento y régimen interior de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019), se concreta en los siguientes hechos o conductas:

**a) Corrupción:** Uso o desviación de poder o de recursos de procedencia pública para fines distintos de los concedidos; uso o abuso del poder público para obtener ventajas, beneficios o cualquier otro aprovechamiento particular, propio o de terceros, o para cualquier otro fin contrario al ordenamiento jurídico.

**b) Fraude:** Acto tendente a eludir una disposición legal de forma engañosa; uso inapropiado y perjudicial de los recursos y activos de una organización, contrario a la verdad y a la rectitud; uso o destino irregular de fondos o patrimonio públicos.

**c) Irregularidades administrativas y comportamientos constitutivos de infracción administrativa o disciplinaria,** en los que subyace una situación potencial de fraude o corrupción.

**d)** Conductas y actividades reprochables por ser contrarias a la objetividad, a la imparcialidad, a la eficacia, a la probidad, a la integridad, a la ética pública y al buen gobierno, así como la realización de gastos superfluos e innecesarios de fondos de procedencia pública, impliquen o no una infracción directa del ordenamiento jurídico positivo.

### **3. SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DENUNCIANTES EN LA COMUNITAT VALENCIANA.**

Las personas que denuncian o alertan se relacionan y comunican con la AVAF a través del Buzón de denuncias disponible en nuestra web, por correo electrónico u ordinario, registro de entrada de documentos, sede electrónica, telefónicamente o de modo presencial.

Con independencia de la concesión o no del estatuto de protección, el denunciante, por el solo hecho de denunciar, tiene derecho a asesoramiento jurídico (gratuito y confidencial), lo que permite impulsar la denuncia, redirigirla a otros órganos o autoridades competentes o incluso evitar la presentación de denuncias infundadas.

La AVAF asesora cada año, vía telefónica, presencial o por correo electrónico, a cerca de un centenar de personas.

A la AVAF han llegado hasta el momento 35 solicitudes del estatuto de protección, y el mismo se ha concedido a un total de 21 personas.

En concreto, estas denuncias ponen al descubierto actuaciones irregulares de las administraciones públicas radicadas en el territorio de la Comunidad, entidades vinculadas o dependientes de estas administraciones públicas, universidades públicas y corporaciones de derecho público, contratistas, perceptores de subvenciones, partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicatos, y cualquier otra entidad financiada mayoritariamente con fondos públicos.

Generalmente las denuncias se realizan por personal funcionario de carrera, sobre todo de la administración local, pero también existe personal laboral de empresas y fundaciones públicas y de empresas contratistas de la administración.

Los asuntos denunciados suelen estar relacionados con la contratación pública, el acceso a la función pública (realización de pruebas selectivas o ascensos) y la gestión del personal (derechos y retribuciones), además de temas urbanísticos, subvenciones y patrimonio público.

En la inmensa mayoría de los casos, en los que se ha concedido el estatuto, las denuncias son graves y tienen vertiente penal, por lo que se están sustanciando en este momento ante jueces y tribunales.

Las medidas de protección que conlleva el estatuto se pueden extender a familiares y personas del entorno laboral del denunciante que sufren amenazas o intimidaciones.

La Comunitat Valenciana es pionera en todo el territorio nacional en llevar a cabo la protección de las personas denunciadas, informadoras o alertadoras de fraude o corrupción, anticipándose a la Directiva (UE) 2019/1937, y al propio Estado español, pues con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, se creaba esta Agencia, como entidad adscrita a las Corts e independiente de las administraciones públicas, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Dicha institución pública

asume, además de la protección de personas denunciantes, la investigación de denuncias y la prevención del fraude y la corrupción, las malas prácticas y las irregularidades administrativas.

El artículo 14 de nuestra ley autonómica permite proporcionar, desde la AVAF, no sólo asistencia y asesoramiento a la persona denunciante o informante de buena fe, sino también promover o ejercer, ante las autoridades competentes, las acciones correctoras o de restablecimiento necesarias, cuando se tiene conocimiento que la persona denunciante, alertadora o informadora ha sido objeto, directa o indirectamente, de actos de intimidación o represalias por haber denunciado o proporcionado información sobre una situación de fraude o posible corrupción.

En consecuencia, las actuaciones de la AVAF en este sentido se concretan en el establecimiento de medidas de seguimiento que aseguren la protección real y efectiva, así como si procede, los mecanismos que permitan contrarrestar las represalias que lamentablemente sufren las personas que, en defensa del interés general, deciden denunciar irregularidades en cumplimiento de su deber.

Para posibilitar la identificación de la existencia de represalias, vulnerando las garantías del estatuto del denunciante, la AVAF, como se expone detalladamente en las Memorias de actividad anuales (2017, 2018 y 2019), disponibles en su web, ha reconocido, en todos los expedientes, los siguientes elementos caracterizadores:

- Elemento objetivo: Perjuicio o daño causado a la persona denunciante.
- Elemento subjetivo: Intencionalidad o ánimo lesivo del represaliador tras la interposición de la denuncia.
- Nexo causal: Contextualización del momento en el que surge la conducta represaliadora, como consecuencia directa de haber efectuado la denuncia o proporcionado la información, siempre posterior a dicha acción.

Por otra parte, se destaca que la configuración de esta protección es interpretada en consonancia con la Directiva (UE) 2019/1937, habida cuenta que muchas pueden ser las personas que denuncian, pero no todas ellas necesitan, activamente, la protección que nuestro texto legal reconoce, específicamente, a través del estatuto de protección de la persona denunciante.

#### **4. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES. ESTATUTO DE PROTECCIÓN.**

El otorgamiento del estatuto de protección conlleva la existencia de una serie de derechos a la persona denunciante, pero también deberes y responsabilidades.

##### **4.1. DERECHOS.**

En este sentido, los denunciantes tienen derecho a:

- a)** Asesoría legal en relación con los hechos denunciados, la cual se extiende a los procedimientos que contra las personas denunciadas se interpongan con motivo de la denuncia.
- b)** Anonimato, y si la persona se identifica, confidencialidad tanto de los hechos denunciados como de su identidad.

- c)** Garantía de que la denuncia de los hechos o conductas no supondrá infracción del deber de sigilo impuesto al personal empleado respecto de los asuntos que conozcan por razón de sus funciones ni responsabilidad alguna por la revelación realizada.
- d)** Derecho a recibir comunicación acerca del inicio de las actuaciones de investigación en caso de que las mismas se estén llevando a cabo por la AVAF o del archivo, así como de los resultados de la investigación.
- e)** Derecho a favorecer su atención y apoyo psicológico o médico, a través del sistema sanitario público.
- f)** Derecho a alegar en su descargo el haber presentado una denuncia o haber revelado determinada información de interés para la investigación, en los procesos judiciales que la persona denunciante entable para defender o restablecer sus derechos perjudicados por interposición de la denuncia.
- g)** Derecho a la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de existencia de represalias, contra las que la AVAF podrá adoptar medidas correctivas o de restablecimiento de derechos, previa audiencia a las personas, físicas o jurídicas, causantes de la lesión. Ello comporta que corresponde a estas últimas probar que el perjuicio no ha sido consecuencia de la denuncia interpuesta, sino que se basa en razones objetivas, justificadas y de conformidad con lo establecido en la ley.
- h)** Derecho a que la Agencia ejerza acciones correctivas y de restablecimiento, a instancia de la persona denunciante, como solicitar al órgano competente su traslado a otro puesto, siempre que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional, o conceder un permiso por tiempo determinado con mantenimiento de la retribución.
- i)** Derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, determinados e individualizados económicamente, cuando se acredite que son producidos como consecuencia directa de la presentación de la denuncia.
- j)** Garantía de indemnidad laboral.
- k)** Derecho fundamental a su seguridad personal y familiar, por lo que deberá recibir protección policial cuando comunique la existencia de un peligro o amenaza sobre su vida, su integridad física o sobre sus bienes.

Se incluye en el concepto de persona denunciante toda aquella que alerta, denuncia, comunica o informa sobre estos hechos o conductas.

También pueden beneficiarse de los derechos derivados del estatuto de la persona denunciante los testigos y peritos, así como los cónyuges o las personas con quienes se encuentren ligados por análoga relación de afectividad y los ascendientes, descendientes y hermanos, siempre que también estos sufran represalias o amenaza de actos lesivos como consecuencia de la presentación de la denuncia, la declaración testifical o la emisión del informe pericial.

## **4.2. DEBERES Y RESPONSABILIDADES.**

Son deberes y responsabilidades de las personas denunciantes:

- a)** Actuar de buena fe, entendida esta como la creencia racional de que la información revelada es cierta y que con la denuncia actúa en aras de salvaguardar los intereses públicos y el bien común.
- b)** Deber de colaborar en la investigación que se esté llevando a cabo, a requerimiento de la AVAF, del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial.
- c)** La protección de la persona denunciante no exime a esta de las responsabilidades en que haya podido incurrir por hechos diferentes de los que constituyan el objeto de la denuncia.
- d)** En el supuesto de que la denuncia revele información falsa, tergiversada u obtenida ilícitamente, que pudiera derivar responsabilidades de orden penal, civil o disciplinario, se advierte de ello a la persona denunciante, pudiendo dar lugar a una sanción por falta muy grave.
- e)** No será responsable por los daños y perjuicios que puedan derivarse de la comunicación o divulgación de la alerta fundada, ni incurrirá en ningún otro tipo de responsabilidad, civil o penal, que pueda desprenderse de tales circunstancias, incluidas expresamente las referidas al posible menoscabo del derecho al honor y de la protección de datos personales, salvo que la resolución que ponga fin al procedimiento demuestre que la persona denunciante conocía la escasa fiabilidad, inexactitud o falsedad de la información o se le condene por denuncia falsa.

La protección puede prolongarse durante la investigación y más allá de la misma. Los derechos-deberes inherentes a la concesión del estatuto de persona denunciante se mantienen durante todo el tiempo que se encuentre vigente la resolución administrativa que lo declara hasta que desaparezcan las causas que dieron lugar al otorgamiento de la protección, en cuyo caso se abre el procedimiento de pérdida del mismo.

## **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

La AVAF es en estos momentos la única autoridad en España que ofrece protección a las personas que denuncian fraude y corrupción; y trabaja porque su experiencia sea exportada a otros territorios, especialmente a nivel nacional, toda vez que está pendiente la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la protección de personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión.

El informe de la Comisión Europea de 30 de septiembre de 2020, comunicado al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el Estado de Derecho de los 27 en 2020, en el capítulo concerniente a España, menciona como problemas, entre otros, la falta de un marco de protección de los denunciantes de corrupción y que España no tenga una estrategia global contra esta lacra. Añade que según el último Eurobarómetro, el 94% de los españoles considera que la corrupción está extendida, frente al 71% de la media europea; y el 58% señaló verse afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana, frente al 26% de media en la Unión Europea.

No cabe duda que la necesidad de transponer esta Directiva debe aprovecharse como una oportunidad única de introducir en nuestro Derecho positivo medidas de lucha contra la corrupción y de protección de las personas que la denuncian, así como de delimitar nuevos marcos de integridad y ética pública. Una correcta transposición de la Directiva supone cambios trascendentales, pero también ofrece riesgos y peligros. Serán precisas importantes reformas en nuestro ordenamiento jurídico estatal, que deben pasar por la aprobación de una Ley específica e integral de lucha contra la corrupción, así como por la revisión de otras muchas leyes reguladoras del sector privado y otras del sector público, entre las que debe tener cabida también la

modificación de leyes procesales y del propio Código Penal, y leyes reguladoras de la función pública y laborales.

Entre las **líneas básicas para efectuar una adecuada transposición de la citada Directiva en España**, consideramos oportuno citar las siguientes:

- 1.** La nueva regulación ha de ser integral, pues la Directiva presenta como objetivo combatir las actividades ilegales y los abusos que se producen tanto en el sector público como en el sector privado, y luchar contra el fraude, la corrupción y las infracciones en todas las materias a que se refiere el artículo 2 de aquélla.
- 2.** Al igual que ya ha hecho Italia o Francia, debe crearse una Autoridad Nacional de Lucha contra la Corrupción, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, independiente de las administraciones públicas y de su sector público, y adscrita al Congreso de los Diputados, debiendo rendir cuentas tanto al órgano de poder legislativo como a la ciudadanía. Esta autoridad independiente debe tener conocimiento, experiencia y solvencia, y ser neutral desde el punto de vista político.
- 3.** Es necesario delimitar el ámbito de actuación de dicha Autoridad: ámbito material (conceptos de fraude y corrupción), ámbito subjetivo (sujetos sobre los que la Autoridad despliega sus funciones) y ámbito territorial (con respeto a la organización territorial del Estado y a las competencias de las Comunidades Autónomas).
- 4.** Han de especificarse sus funciones: protección a las personas que denuncian, informan o alertan, potestad sancionadora, investigación de denuncias y actuaciones de oficio, prevención, formación y sensibilización, realización de informes y recomendaciones, elaboración de planes nacionales y de una memoria anual, entre otras.
- 5.** En virtud de dichas funciones, deberá valorarse la integración en la Autoridad Nacional de Lucha contra la Corrupción de algunas estructuras estatales ya existentes, como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y la Oficina de Evaluación, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, la Oficina de Conflictos de Intereses o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.
- 6.** Se implantarán canales obligatorios de denuncias, internos y externos, en el sector público y en el privado, con exigencias de su establecimiento por debajo de los mínimos planteados en la Directiva, dada la configuración de nuestros ayuntamientos y municipios, y pequeñas y medianas empresas.
- 7.** Será imprescindible determinar y asegurar la confidencialidad de todos los datos, documentos e informaciones que se manejen.
- 8.** Debe permitirse la denuncia anónima como fuente de información, lo cual es admitido de forma clara y contundente en nuestra jurisprudencia. Es el anonimato la mejor forma de proteger a un denunciante.
- 9.** En ningún caso, la denuncia de estos hechos o conductas supondrá una infracción del deber de sigilo impuesto al personal empleado respecto de los asuntos que conozcan por razón de sus funciones, ni tampoco responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha revelación.

10. Se deberán prohibir las represalias como consecuencia de haber presentado una denuncia, así como asegurar la reparación integral del daño y el reconocimiento a la ejemplaridad de quienes denuncian en aras al bien común.
11. Debe corresponder al presunto represaliador probar que el perjuicio causado al denunciante no fue consecuencia de la denuncia interpuesta; esto es, debe proceder la inversión de la carga de la prueba.
12. En relación con las personas denunciantes, deberán especificarse sus derechos y deberes (estatuto de protección), y el concepto de denunciante de buena fe.
13. Será necesario articular la coordinación entre los controles e investigaciones administrativos y penales, e integrar en el sistema de control la información procedente de medios de comunicación y de los denunciantes.
14. La corrupción es perseguible no solo desde el ámbito penal, sino también desde el ámbito administrativo (sancionador y disciplinario), y a tal efecto, deben ponerse en valor principios como la objetividad, la imparcialidad, la integridad y ética pública, la honestidad y la rendición de cuentas.
15. Se implementará un enfoque basado en el análisis de riesgos para detectar las irregularidades y el fraude, incluido el uso de herramientas informáticas.
16. La nueva autoridad estatal de lucha contra la corrupción y protección del denunciante debe coordinarse con las Comunidades Autónomas y las oficinas y agencias ya existentes, dada la configuración de nuestro Estado territorial. Deberán armonizarse legislaciones y contemplar determinadas normas básicas y exigencias mínimas.

Es evidente que la lucha contra la corrupción pasa por el compromiso conjunto de nuestras instituciones, la coordinación con los demás organismos que ya actúan desde planos judiciales y administrativos complementarios, ya sean europeos, estatales y autonómicos (a título de ejemplo, la OLAF, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal, Juzgados y Tribunales, Tribunal de Cuentas, órganos análogos en CCCA, OIRESCON o Servicio Nacional de Coordinación Antifraude), así como también por una gran alianza con la ciudadanía.

Finalmente, no podemos olvidar que la **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción**, ratificada por España en 2006, establece una serie de medidas que deben de ser introducidas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la mayor brevedad, que se enuncian en los tres puntos subsiguientes:

- a) Tipificar como delito el enriquecimiento ilícito o incremento significativo del patrimonio de una autoridad o funcionario público respecto de sus ingresos legítimos, cuando no pueda ser razonablemente justificado, con inversión de la carga de la prueba.
- b) Alentar a las personas que participen o hayan participado en actos de corrupción a que proporcionen información con fines de mitigación de la pena o concesión de inmunidad judicial, así como proteger a los delinquentes que cooperen.
- c) Establecer plazos de prescripción más amplios para los procesos por delitos de corrupción. En las actuales circunstancias de carencias de medios de la Justicia, la limitación en los plazos de instrucción ha llevado en ocasiones a la impunidad, alimentando entre los ciudadanos la creencia de que no hay una verdadera voluntad de perseguir a los corruptos.

Cualquier avance en la lucha contra el fraude y la corrupción en España, máxime en estos tiempos en los que tenemos que esforzarnos en luchar contra una gravísima pandemia, pasa por combatir, tanto desde el sector privado como desde el sector público, los abusos y la desviación de poder para la obtención de ventajas o beneficios ilegítimos. Ello permitirá fomentar la economía y la competitividad de nuestras empresas, aumentar la capacidad y confianza de la ciudadanía en nuestras instituciones públicas para resolver los problemas que a todos afectan, y fortalecer el principio constitucional de igualdad y los pilares mismos de la democracia.