

La protección al denunciante mediante sanciones*

Tomás Cano Campos

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Consejero académico de Tornos Abogados*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las sanciones como garantía de las políticas públicas de intervención. 3. Régimen jurídico aplicable y autoridad sancionadora competente. 4. Las infracciones. 4.1. Clasificación. 4.2. Infracciones muy graves. 4.3. Infracciones graves. 4.4. Infracciones leves. 5. Las sanciones. 5.1. Las multas. 5.2. Las sanciones complementarias. 5.3. La publicación de algunas sanciones. 6. Los criterios de graduación de las infracciones y de las sanciones. 7. Los sujetos responsables. 8. Prescripción de las infracciones y de las sanciones. 9. Una reflexión final: el problema de la ausencia de un sistema general de sanciones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

En el presente trabajo realizo un análisis crítico del régimen sancionador 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, la denominada por algunos Ley de protección del denunciante, término que la norma trata de evitar y sustituir por informante, aunque finalmente se escapa en su preámbulo (hasta en cuatro ocasiones) y en algún precepto, como en su artículo 4.

* Proyecto de investigación PID2020-115714GB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación. Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo de Integración regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR).

El análisis del régimen sancionador de la ley irá acompañado de dos breves reflexiones generales, una inicial y otra final. El esquema que voy a seguir en la exposición de todo ello es el siguiente:

- En primer lugar, pondré de manifiesto cómo las sanciones administrativas se configuran en la ley como un mecanismo más de protección del informante (denunciante), con las cuales, por tanto, también se trata de fomentar la formulación de denuncias contra los infractores en el contexto laboral o profesional. Lo que lleva a la primera reflexión general: en este sector se demuestra una vez más que las sanciones administrativas se han convertido hoy en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración, en una forma más de administrar.
- En segundo lugar, en lo que constituye el grueso del trabajo, analizaré críticamente los aspectos generales más importantes del régimen sancionador establecido en la ley. En particular, me ocuparé esencialmente de las infracciones que se tipifican, de las sanciones que por su comisión se pueden imponer, de los criterios de graduación de unas y otras, de su régimen de prescripción y, por último, de los sujetos responsables. Mi conclusión, que adelanto ya, es que se trata de un régimen sancionador deficiente, lleno de lagunas y que va a plantear muchos problemas en su aplicación.
- Por último, terminaré con una reflexión general sobre la ausencia y necesidad en nuestro ordenamiento jurídico de una ley general sobre la potestad sancionadora, y cómo esa ausencia afecta a la propia Ley de protección del denunciante.

2. Las sanciones como garantía de las políticas públicas de intervención

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, traspone, con más de un año de retraso, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva de *Whistleblowing*). La propia Directiva destaca la necesidad de las sanciones administrativas (también de las penales y civiles) para garantizar la eficacia de las normas sobre la protección de los denunciantes, así como para impedir también denuncias falsas o maliciosas, preservando de este modo la credibilidad del sistema (considerando 102). Por eso, su artículo 23 dispone que los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las personas físicas o jurídicas que impidan o traten de impedir las denuncias,

que adopten represalias contra los denunciadores o personas de su entorno, que promuevan procedimientos abusivos contra ellos o que incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciadores, así como también contra quienes comuniquen o revelen información falsa a sabiendas (artículo 23).

La Ley 2/2023, en cumplimiento de ese mandato, dedica su último título, el IX, al régimen sancionador (artículos 60 a 68). Su preámbulo se limita a decir al respecto que la ley se cierra con el “régimen sancionador, necesario para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación”. Las recientes SSTs 722 y 723/2023, de 29 de mayo, han destacado ya que dicha ley pretende reforzar la cultura de cumplimiento de las entidades públicas y privadas mediante la protección de los denunciadores que informen sobre infracciones cometidas en el contexto laboral o profesional. Entre las técnicas de protección del denunciante las sanciones administrativas ocupan un importante papel de refuerzo de todo el sistema, como indica la propia Directiva.

La Ley 2/2023, en efecto, demuestra una vez más cómo las sanciones administrativas se han generalizado en todos los sectores de intervención, hasta tal punto que han acabado convirtiéndose en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración, en el respaldo de todas las políticas públicas de intervención (Cano Campos, 2018: 18).

La expansión se ha producido en todos los sentidos y ha sido total: cada vez hay más sectores de intervención administrativa respaldados por la amenaza de una sanción, cada vez hay más sujetos con potestad para sancionar, cada vez es mayor el abanico de los sujetos responsables, las sanciones son cada vez más graves y severas, etc. Por todo ello se ha podido afirmar que “la Administración se ha convertido en una máquina de sancionar y que la vida de los ciudadanos discurre entre denuncias, multas, recargos y recursos administrativos y jurisdiccionales” (Nieto García, 2017: 322). Además, la constante expansión del derecho administrativo sancionador no ha supuesto, en realidad, un retraimiento del derecho penal. Uno y otro continúan ensanchándose a la par, de tal modo que hoy asistimos a una inflación de normas sancionadoras de ambos tipos, porque su aprobación tranquiliza de inmediato y a bajo coste. Nuestro país presenta en esto un gran déficit, pues la eficacia de tales normas depende mucho más del control de su observancia y de su efectiva aplicación en caso de contravención que de su continuo crecimiento y extensión. Es mucho más importante aumentar la probabilidad de ser descubierto y

sancionado que incrementar sin sentido el número de las infracciones, los sujetos responsables y la gravedad de las sanciones.

Las sanciones administrativas se han convertido, en definitiva, en una forma más de administrar. Se administra sancionando (Huergo Lora, 2018: 27). Rara es hoy la ley que no cierra el sistema de intervención pública con un título o capítulo sobre sanciones. La Ley de protección del denunciante no es una excepción, y por eso, además, su ámbito de aplicación es muy amplio.

3. Régimen jurídico aplicable y autoridad sancionadora competente

El régimen sancionador de la ley presenta lagunas y deficiencias, como se irá viendo en este estudio. Dicho régimen se contempla en su título IX (artículos 60 a 68), que, como todos los demás títulos de la ley (salvo el VIII, relativo a la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.), se aplica a todas las Administraciones públicas, dados los diversos títulos competenciales esgrimidos por el Estado para su aprobación (DF 8.^ª).

Sin embargo, hay diversas cuestiones sobre las sanciones en otras partes diferentes de la ley. Por ejemplo, en el artículo 40, que contempla el denominado en otros ámbitos “programa de clemencia”, y que se ocupa de los supuestos de exención y atenuación de las sanciones como consecuencia de la información que facilitan quienes han participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información, de modo que las previsiones de dicho precepto no solo afectan al régimen sancionador específico del referido título de la ley, sino que abarca también a todas las infracciones de derecho de la Unión Europea y todos los delitos e infracciones administrativas graves y muy graves incluidos en el ámbito de aplicación material de la ley que establece su artículo 2.1 (Gosálbez Pequeño, 2023: 311).

También cabe citar los artículos 43.4 y 55, que atribuyen la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones en el sector a la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante; el artículo 52, que se limita a señalar que dicha Autoridad ejercerá la potestad sancionadora por la comisión de infracciones recogidas en el título IV conforme al procedimiento establecido en el mismo (aunque dicho título no establece procedimiento sancionador alguno); o, en fin, el artículo 55.h), que precisa que la competencia para dictar la resolución en los procedimientos sancionadores corresponde al presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

El artículo 60, que abre el régimen sancionador, dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora se llevará a cabo de conformidad con las

leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público (LPAC y LRJSP), las cuales, como ya he señalado en otro lugar (Cano Campos, 2018: 35-37), establecen un régimen jurídico de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas insuficiente, fragmentario y parcial. Lo que, por cierto, incide en toda la normativa sancionadora sectorial, como se podrá comprobar al final de este trabajo.

La competencia para ejercer la potestad sancionadora que contempla la ley se atribuye al titular de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (que es una de las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal de las previstas en el artículo 109 de la LRJSP) y a los órganos competentes de las comunidades autónomas, en cuyo seno ya existen algunas autoridades similares (Cerrillo i Martínez, 2023: 158) con modelos diferentes (Jiménez Franco, 2023: 343-388).

La Autoridad Independiente estatal, señala el artículo 61.2, es competente para sancionar las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal, así como en el ámbito del sector privado cuando afecten a todo el territorio nacional, pero en este caso únicamente si la normativa autonómica correspondiente no ha atribuido esta competencia (en su territorio) a los organismos autonómicos correspondientes. Estos —añade el artículo 61.3— son competentes para sancionar las infracciones cometidas en el ámbito del sector público autonómico y local de la correspondiente comunidad autónoma, así como, si lo prevé la normativa autonómica correspondiente, las cometidas en el ámbito del sector privado cuando afecten únicamente a su ámbito territorial.

No hay ningún precepto de la ley que establezca el plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo sancionador, por lo que será aplicable el plazo supletorio de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la LPAC.

El artículo 20.4 de la ley dispone que las decisiones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante en la gestión de la información denunciada “no serán recurribles en vía administrativa ni contencioso-administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso-administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados”. Por tanto, contra la resolución sancionadora cabrá recurso potestativo de reposición ante la propia Autoridad y recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el caso de la Autoridad estatal, y ante la Sala de

lo Contencioso-Administrativo de los tribunales superiores de justicia, en el caso de las autoridades autonómicas (disposición final segunda de la propia ley, que modifica la letra m] del artículo 10.1 de la LJCA, introduce en ese precepto una nueva letra n] y modifica el apartado 5 de su disposición adicional cuarta para incluir a la Autoridad Independiente de Protección del Informante junto a las demás autoridades administrativas independientes estatales).

El apartado primero del artículo 61 de la ley deja a salvo las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización correspondan a los órganos competentes. Estas sanciones, como luego precisa el artículo 67, son compatibles con las sanciones impuestas en virtud de la Ley protección del denunciante, ya que con ellas se protegen otros bienes jurídicos diferentes y, en consecuencia, su imposición conjunta no vulnera el *non bis in idem*.

4. Las infracciones

4.1. Clasificación

Las infracciones administrativas se tipifican en el artículo 63 de la ley. Como suele ser habitual en casi todas las leyes, y exige hoy de nuevo el artículo 27.1 de la LRJSP (el artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, contenía también esa previsión, pero fue suprimida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves. La clasificación de las infracciones por su gravedad es relevante a efectos de la sanción a imponer, de la tramitación del procedimiento a seguir (simplificada si la sanción es leve, según dispone el artículo 96.5 de la LPAC), del plazo de prescripción, etc.

En cualquier caso, como señalo al final del trabajo, lo que debería ser objeto de clasificación según su gravedad en una ley general no son las infracciones, sino las sanciones.

La clasificación de las infracciones en la ley es una clasificación abierta. No solo porque, como suele ser habitual, establece la típica cláusula residual para las infracciones leves (son tales cualquier incumplimiento de la ley no tipificado como infracción muy grave o grave), sino porque su artículo 66 establece una serie de criterios de graduación que, paradójicamente, no solo sirven para graduar las sanciones, como hacen prácticamente todas las leyes sancionadoras sectoriales, sino también las propias infracciones, como luego veremos.

Las infracciones que la ley contempla pueden ser de *acción* (la adopción de represalias, la vulneración de la confidencialidad o del anonimato) y de *omisión* (el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información en los términos que la ley exige, o de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y el secreto de las informaciones), como reconoce el propio artículo 63.1 de la ley.

Las infracciones también pueden ser *instantáneas* (comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad) o *permanentes* (el incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información en los términos que la ley exige), lo que resulta relevante a efectos del comienzo del plazo de prescripción. Así, mientras que en las instantáneas el plazo comienza a computarse desde que se realiza el hecho típico, en las infracciones permanentes, como la acción u omisión crea un estado antijurídico cuya cesación depende de la voluntad de su autor, el plazo solo comienza a correr cuando cesa la situación antijurídica creada (en el ejemplo, cuando se cumpla la obligación de disponer de un sistema interno de información). A ellas se refiere, como luego veremos, el artículo 64.2 de la ley cuando habla de “infracciones derivadas de una actividad continuada”.

En las infracciones de *estado* también se crea una situación antijurídica duradera, pero la consumación tiene lugar con la creación de dicho estado porque el tipo solo describe la producción de este y no su mantenimiento. El autor de la infracción se desprende de su hecho con la consumación, mientras que en las infracciones permanentes el autor omite poner término a la situación creada. Dicho de otro modo: en las infracciones permanentes se prolonga en el tiempo la acción típica, en las de estado lo que se prolonga son solo sus efectos. Por eso, en las infracciones de estado (al igual que en las instantáneas) la prescripción comienza cuando se realiza la conducta que crea el estado antijurídico.

También cabe, desde luego, que en el ámbito que estamos analizando se cometan infracciones *continuadas*, que son aquellas que consisten en una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo precepto administrativo o preceptos semejantes, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión (artículo 29.6 de la LRJSP). La categoría resulta relevante para determinar el castigo a imponer y también a efectos de retroactividad y prescripción. En la infracción continuada se realizan varios comportamientos o hechos típicos que dan lugar a otras tantas infracciones (concurso real de infracciones), pero se sanciona como si solo se hubiera cometido una infracción para evitar un resultado que se considera desproporcionado en una valoración conjunta de todas las acciones realiza-

das. Como la infracción se entiende cometida desde el primero hasta el último acto u omisión, la normativa aplicable será la que esté vigente durante todo el tracto temporal. En cuanto a la prescripción, el plazo comienza con la consumación de la última infracción cometida.

4.2. Infracciones muy graves

El artículo 63.1 establece siete apartados con infracciones muy graves, aunque en alguno de tales apartados tipifica más de una infracción.

Lo primero que conviene destacar es que para la comisión de una infracción muy grave la ley exige la forma dolosa (“Tendrán la consideración de infracciones muy graves las siguientes acciones y omisiones dolosas”), lo que no suele ser habitual en el panorama del derecho administrativo sancionador. En el anteproyecto de ley se exigía la comisión dolosa de todas las infracciones.

El dolo, como se sabe, requiere conocimiento y voluntad del hecho típico: actúa con dolo el que sabe lo que hace y quiere hacerlo. Se distinguen hasta tres clases, aunque esto está menos presente —y estudiado— en el derecho administrativo sancionador que en el penal. El dolo directo de primer grado (o intención) se da cuando el autor persigue la realización de la infracción. En el dolo directo de segundo grado el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro que su actuación dará lugar a la infracción: no la persigue, pero se le representa como consecuencia necesaria. En el dolo eventual, sin embargo, la infracción se le representa al autor como resultado posible.

En alguna de las infracciones muy graves parece estar presente lo que los penalistas denominan un “elemento subjetivo del injusto”. Así, por ejemplo, la letra f) del artículo 63.1 tipifica como infracción muy grave: “Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad”. Pero ese “a sabiendas”, al igual que ocurre con el conocimiento de la falsedad en los denominados delitos de expresión (falso testimonio de los artículos 458 y ss., y acusación y denuncia falsa del artículo 456, ambos del Código Penal), integra el conocimiento necesario propio del dolo, pues solo comete dolosamente esa infracción quien conoce la falsedad de lo que comunica o revela públicamente. Por tanto, no se trataría de un elemento subjetivo distinto al propio dolo.

El grado de taxatividad o determinación en la tipificación de las infracciones muy graves (y en las demás) varía en los diversos apartados del artículo

lo 63.1, pues en algunos casos la tipificación se hace de forma muy genérica (“cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley [...]”), mientras que en otros se realiza de forma mucho más específica (“cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato”; el “incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley”).

No es este estudio el lugar adecuado para analizar todas y cada una de las infracciones tipificadas, por lo que me limitaré a reproducirlas a continuación y a destacar una de las que creo que pueden plantear más problemas. Las infracciones tipificadas como muy graves son estas:

- a) Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de 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.
- b) La adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación frente a los informantes o las demás personas incluidas en el ámbito de protección establecido en el artículo 3 de esta ley.
- c) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta 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.
- d) Vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información.
- e) La comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.
- f) Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad.
- g) Incumplimiento de la obligación de disponer de un Sistema interno de información en los términos exigidos en esta ley”.

Conviene centrarse en la infracción que tiene que ver con las represalias, pues buena parte de la ley gira en torno a ellas. El apartado b) del artículo 63.1, como se acaba de ver, tipifica como infracción muy grave “la

adopción de cualquier represalia” frente a los denunciantes y el resto de las personas incluidas en el ámbito de protección del artículo 3 (personas que asistan al denunciante, familiares, compañeros de trabajo, etc.). El artículo 36.1 de la ley, por su parte, prohíbe los actos constitutivos de represalias, incluidas —añade— las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en esta ley.

La primera duda que surge es si la infracción muy grave consistente en la adopción de cualquier represalia incluye solo los actos constitutivos de represalia (es decir, la consumación) o también las amenazas y las tentativas de represalias. En sentido estricto y literal (que parece que es la interpretación por la que hay que inclinarse en el ámbito punitivo) realizar o efectuar una represalia no es amenazar con ella o intentarla, por lo que estos últimos comportamientos no entrarían en el tipo infractor muy grave del artículo 63.1.b) de la ley. El problema es que las amenazas de represalias y su tentativa no están tipificadas expresamente en el resto de los apartados del artículo 63, ni como infracción muy grave ni tampoco como grave o leve. No obstante, cabría calificarla como infracción leve, ya que el artículo 63.3.c) tipifica como tal “cualquier incumplimiento de las obligaciones [sería más correcto que dijera mandatos y prohibiciones] prevista en esta ley”. La otra opción es hacer una interpretación extensiva (de dudosa constitucionalidad) del tipo de infracción muy grave, y sostener que la adopción de cualquier represalia también incluye la amenaza de represalia y la tentativa de represaliar.

Pero el problema no solo es este, sino el concepto mismo de represalia que establece al apartado 2 del artículo 36, que literalmente señala lo siguiente:

“Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, 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”.

Obsérvese que el precepto señala que constituye represalia cualquier acto prohibido por la ley o que de forma directa o indirecta suponga un trato desfavorable.... Es decir, utiliza la conjunción disyuntiva “o”, por lo que parece que es represalia cualquier acción u omisión prohibida por la ley y, además, también cualquier acción u omisión que suponga un trato desfavorable que sitúe a quien la sufre en desventaja con respecto a otra persona en el ámbito laboral o profesional. A ello debe añadirse que el artículo 36.5 cali-

fica como nulos de pleno derecho los actos administrativos que constituyan represalia, por lo que se llegaría al absurdo de que cualquier acto contrario a la ley sería nulo de pleno derecho. El concepto se puede acotar, en la línea de lo que establece el inciso final del apartado, señalando que debe tratarse de un acto prohibido por la ley adoptado contra el denunciante por su sola condición de informante o por haber realizado una revelación pública. Pero me parece, en todo caso, un concepto amplio en exceso, que ni siquiera el artículo 36.3 acota debidamente, por cuanto que el elenco de represalias que contempla tiene carácter puramente “enunciativo”.

La Directiva 2019/1937, sin embargo, no plantea dicho problema, pues su artículo 5.11 define la represalia como “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”. Por eso, la conjunción disyuntiva “o” que establece el artículo 36.2 de la ley debería suprimirse o ser sustituida por la conjunción copulativa “y”.

4.3. Infracciones graves

Las infracciones graves, al igual que las leves, se pueden cometer tanto de forma dolosa como culposa o negligente, como, por lo demás, dispone con carácter general el artículo 28.1 de la LRJSP: “Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes y autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

La culpa o negligencia es la falta del cuidado debido. Por lo tanto, realiza la infracción quien infringe de ese modo la norma de conducta que constituye el presupuesto de la sanción. Ahora bien, conviene tener en cuenta que, en nuestro derecho administrativo (y la ley que estamos analizando es un ejemplo más de ello), las normas de cuidado están positivizadas. Es decir, la regulación de muchos sectores no es más que la normativización de la diligencia exigible en tal sector, la positivización de las normas de cuidado que deben seguirse en él y que marcan las fronteras entre lo permitido y lo prohibido y, por tanto, el injusto administrativo, de modo que quien traspasa esa frontera e incumple la norma incurre ya en culpa. Por ello, la simple realización del tipo supone, salvo que concurra una causa de justificación (estado de necesidad, cumplimiento de un deber) o de exculpación (tras-

torno mental, minoría de edad), la comisión de la infracción, sin necesidad de analizar si dicho comportamiento es negligente desde el baremo habitual de la diligencia del hombre medio o de una persona razonable, pues la diligencia exigible la marca el propio tipo al positivizar el cuidado debido (Rebollo Puig, 1989: 635-637, 767; Huergo Lora, 2007: 388-394; Cano Campos, 2014: 185, 2018: 83). Por ejemplo, si se vulneran las garantías de confidencialidad o anonimato que prevé expresamente la ley o se incumple la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad o el secreto, no es preciso analizar si ello se ha realizado sin el cuidado debido, pues el hecho mismo del incumplimiento ya revela esa falta de cuidado y supone la realización del tipo. Sin perjuicio, como se acaba de indicar, de que pueda concurrir una causa de justificación o de exculpación.

El que las infracciones graves (y leves) se puedan cometer tanto de forma dolosa como culposa o imprudente no significa que sea indiferente una u otra forma de comisión, pues si concurre dolo operará como agravante de la sanción (artículos 66.1.c] de la Ley 2/2023 y 29.3 de la LRJSP).

La ley contempla cinco apartados con infracciones graves, la mayoría de las cuales se solapan con las muy graves, de modo que el mismo comportamiento será infracción grave cuando no tenga la consideración de muy grave, lo que ocurrirá cuando no se pruebe la forma dolosa o los criterios de graduación jueguen a favor de ello.

Las infracciones graves que contempla la ley son las siguientes:

- “a) Cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1.
- b) Vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave.
- c) Vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave.
- d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones.
- e) La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones”.

Me ocuparé únicamente del estudio de la prevista en la letra e), que guarda similitudes con la infracción muy grave de la letra e) del artículo 63.1.

El artículo 63.2.e) de la ley tipifica como infracción grave: “La comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves, graves o muy graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones”. La letra e) del artículo 63.1 tipifica como muy grave la comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado “mediante resolución firme” (este inciso no aparece en el artículo 63.2.e]) por dos infracciones graves o muy graves en los dos años anteriores.

Estos preceptos plantean, al menos, dos problemas. A qué tipo de firmeza se refieren y si resultan o no compatibles con el *non bis in idem*, que impide sancionar dos o más veces por lo mismo.

El precepto agrava la infracción cometida si en el plazo de los dos años anteriores el autor ha sido sancionado en firme por la comisión de otras dos infracciones (de la propia ley, se entiende). La primera pregunta es si en esos dos años anteriores se deben haber cometido las dos infracciones y, además, deben haber sido sancionadas en firme, a lo que cabe responder que sí. La segunda es de qué tipo de firmeza se trata. Cuando un precepto no precisa de qué tipo de firmeza se trata, lo inmediato es pensar que se refiere a la firmeza en general, por lo que una sanción solo será firme cuando contra ella no quepa ningún recurso administrativo o judicial, bien por haberse agotado los previstos o bien por no haber interpuesto en plazo los procedentes. La firmeza en vía administrativa alude, simplemente, a que contra un acto no caben ya más recursos en esa vía, que es, además, cuando la sanción puede ejecutarse, de conformidad con el artículo 90.3 LPAC (“La resolución que ponga fin al procedimiento [sancionador] será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, [...]”).

Me inclino por esta segunda opción, pues, si en esos dos años previos se exige la comisión de dos infracciones y su sanción firme en la vía contencioso-administrativa, el precepto tendrá escasa o nula aplicación, dado el tiempo que tardan en resolverse los recursos contencioso-administrativos. Además, ahora la casación cabe respecto de buena parte de las sanciones administrativas para garantizar el derecho a la revisión por un tribunal superior, tal y como he señalado en otro lugar (Cano Campos, 2022). La doctrina (Izquierdo Carrasco, 2001: 244) y la jurisprudencia (por todas, SSTs de 23 de marzo de 2005, RJ 2005, 2613, y de 30 de septiembre de 2011, RJ 2012, 1012) señalaron, respecto de la agravante de reincidencia del antiguo artículo 138.3 de la Ley 30/1992, que no precisaba el tipo de firmeza de que hablaba, que

había que entender que se trataba de firmeza en vía administrativa. A favor de esta tesis también juega el concepto actual de reincidencia del artículo 29.3.d) de la LRJSP (la “comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme en vía administrativa”), con el que se conecta claramente esta técnica de tipificar nuevas infracciones, tal y como puede verse en el artículo 66.1.a) de la Ley 2/2023, en virtud del cual para la graduación de las infracciones debe tenerse en cuenta la reincidencia, siempre que no hubiera sido tenida en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 63.2.e). La propia ley, como puede verse, reconoce que la infracción se tipifica de forma más grave en los casos de reincidencia.

En segundo lugar, conviene precisar que las previsiones del artículo 63.2.e) y 63.1.e) de la Ley 2/2023 no vulneran la garantía del *non bis in idem*. Lo que este derecho fundamental prohíbe realmente, entre otras cosas, es que el legislador cree un tipo infractor autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho ilícito (por ejemplo, constituye infracción muy grave el hecho de haber sido sancionado más de dos veces por dos infracciones graves o una muy grave), pero no impide que el legislador pueda tipificar como una infracción de mayor gravedad y, por tanto, castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de forma más dura, pues en estos casos “no concurre una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de manera más severa” (SSTC 188/2005 y 86/2017, a propósito de la agravante de reincidencia). Lo que sí que prohíbe el *non bis in idem* es que, además, la comisión de las infracciones anteriores se tenga en cuenta a efectos de reincidencia, pues entonces sí que se estaría valorando y sancionando dos veces lo mismo. Por eso, el artículo 66.1 de la ley dispone con toda corrección que solo cabe apreciar la reincidencia “siempre que no hubiera sido tenida en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 2.e)”.

4.4. Infracciones leves

El artículo 63.3 contempla tres apartados con infracciones leves. El primero de tales apartados contiene, a su vez, dos infracciones distintas. La primera consiste en la “remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del Responsable del Sistema a la Autoridad”. Como puede verse, la comisión de esta infracción solo admite la forma dolosa. La segunda infracción consiste en la remisión de dicha información “fuera del plazo concedido para ello”, sin que sea preciso que el retraso sea deliberado,

esto es, intencionado o hecho a propósito. Por tanto, cabe tanto su comisión dolosa como imprudente.

El segundo apartado tipifica como infracción leve el “incumplimiento de la obligación de colaboración con la investigación de informaciones”. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el artículo 19.5 de la ley (relativo a las actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos denunciados a través del canal externo de la Autoridad Independiente) dispone que todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, deberán colaborar con las autoridades competentes y estarán obligadas a atender los requerimientos que se les dirijan para aportar documentación, datos o cualquier información que tenga que ver con los procedimientos que se estén tramitando.

El último tipo infractor leve, como suele ser habitual, es de tipo residual y de gran amplitud: “cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave”. Esta forma de tipificar, ya generalizada, plantea dos problemas. El primero es que obliga a rastrear por todo el articulado de la ley las normas que contienen mandatos y prohibiciones, pues solo ellas pueden ser objeto de castigo o sanción. El segundo, que hay una escisión total entre el mensaje prescriptivo y el punitivo, por lo que el destinatario de la norma no sabe de forma inmediata las consecuencias que acarrea el incumplimiento de una norma, sino que para ello ha de acudir a varios preceptos de la ley.

5. Las sanciones

5.1. Las multas

El artículo 65 de la ley, que es el que se ocupa de las sanciones, prevé la multa como castigo o sanción en todo tipo de infracción. Se prevé como sanción única en las infracciones leves y graves y como sanción principal, junto con otras adicionales que ahora veremos, en las infracciones muy graves.

La ley determina la cuantía de las multas no solo en función de la clase de infracción cometida, sino también de si el sujeto infractor es una persona física o una jurídica (pública o privada).

En el caso de las personas físicas, las infracciones leves serán castigadas con una multa de 1001 a 10 000 euros, las graves con multa de 10 001 a 30 000 euros, y las muy graves con una multa de 30 001 a 300 000 euros. En el caso de las personas jurídicas, sin embargo, las cuantías respectivas son

estas: multa de hasta 100 000 euros para las infracciones leves (por lo que, paradójicamente, la sanción podría ser menor que la que puede imponerse por una infracción leve a una persona física), multa de 100 001 a 600 000 euros para las infracciones graves, y multa de 600 001 a 1 000 000 de euros para las infracciones muy graves.

5.2. Las sanciones complementarias

Como se acaba de señalar, la ley únicamente prevé sanciones diferentes y complementarias a la multa (“Adicionalmente”) para las infracciones muy graves. El artículo 65.2 establece que la Autoridad Independiente de Protección del Informante “podrá acordarlas”, pero no se trata del apoderamiento a la Administración de una potestad discrecional, sino de una habilitación para que, en función de los criterios de graduación, imponga la sanción complementaria; es decir, no es una discrecionalidad permisiva, sino una competencia permisiva.

Las sanciones adicionales o complementarias que se prevén para las infracciones muy graves son la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años, y la prohibición de contratar en el sector público durante un plazo máximo de tres años, todas las cuales han sido estudiadas de forma exhaustiva, y con carácter general, por Rebollo Puig (2001). Algún autor, sin embargo, sostiene la tesis radical de que medidas como esas en realidad no son sanciones, y de que en nuestro derecho solo son (o deberían ser) tales las multas (Casino Rubio, 2021a: 174-177)

La amonestación pública consiste en la advertencia, el apercibimiento o la llamada de atención al sujeto responsable, haciéndole saber el carácter antisocial de su conducta, el reproche social que merece su conducta infractora. Algunas leyes también prevén la amonestación privada y la amonestación verbal o por escrito. Aquí no se precisa dónde ha de publicarse la amonestación. Si se realiza en el BOE, se plantea el problema de su solapamiento con la publicación de las sanciones muy graves que analizaré de inmediato.

Por su parte, las sanciones de prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales y de contratar con el sector público de conformidad con lo previsto en la LCSP (hay que entender que con todos los entes a los que se refiere el artículo 3.1. de dicha ley) afectan, en sentido estricto, a la capacidad jurídica del infractor en relaciones jurídico-administrativas (Rebollo Puig, 2001: 200). Alguna de ellas, como la prohibición para contratar, ha planteado numerosos problemas de los que ahora no podemos ocuparnos (Guillén Caramés, 2022). La competencia para apreciar la prohibición de contratar por haber sido

sancionado corresponde al órgano de contratación (artículo 72.2 LCSP), y el alcance de sus efectos de la prohibición se regula en el artículo 73.3 LCSP.

5.3. La publicación de algunas sanciones

Por último, el artículo 65.3 dispone que las sanciones por infracciones muy graves de cuantía superior a 600 001 euros (por tanto, las impuestas a las personas jurídicas, y parece que solo las multas, lo cual no tiene mucho sentido) “podrán ser publicadas” en el BOE tras la firmeza de la resolución en vía administrativa. La publicación —precisa el precepto— deberá contener, cuando menos, el tipo y la naturaleza de la infracción cometida y, en su caso, la identidad de las personas responsables de acuerdo con la normativa de protección de datos.

El dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley (dictamen núm. 1361/2022, de 8 de septiembre) consideró que deberían objetivarse los criterios de decisión sobre la publicación, para limitar su discrecionalidad, así como su contenido y el momento en que deba realizarse. El legislador solo ha seguido esta segunda recomendación, pero el que no haya seguido la primera, ya que la ley sigue utilizando el término “podrá”, no quiere decir, como ya se ha visto a propósito de las sanciones complementarias a las multas, que la Autoridad Independiente pueda publicar las referidas sanciones cuando lo crea conveniente, ya que se trata en realidad de una competencia permisiva.

La previsión de que las sanciones muy graves superiores a 600 001 euros puedan publicarse en el BOE plantea numerosos problemas, que simplemente dejo apuntados.

Lo primero que llama la atención es esa alusión a que, en su caso, se publicará también la identidad de las personas responsables de acuerdo con la normativa de protección de datos. Si las sanciones que se publican son las superiores a la referida cantidad, solo las pueden cometer las personas jurídicas (como apunta el propio artículo 65.3), por lo que choca la alusión a que en su caso se publicará también la identidad del responsable de conformidad con la normativa de protección de datos, dado que la protección de datos es un derecho que solo protege a las personas físicas (artículo 1 del RGPD y artículo 1 de la LOPDPDD; STS núm. 547/2023, de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2023:1946). Si el precepto se refiere a la identidad de las personas físicas que ostenten los puestos de representación de la persona jurídica, parece que eso sería un tratamiento de datos amparado por el artículo 6.1 del RGPD, ya que se trata de una publicación prevista en una norma con rango

de ley en relación con el ejercicio de una potestad pública y, por lo tanto, no haría falta esa salvedad.

En cualquier caso, como certeramente se ha señalado (Huergo Lora, 2021: 96, 114), la publicación sin el nombre de la persona responsable de la infracción no carece de sentido, pues en ese caso la finalidad no es tanto incrementar el efecto perjudicial de la sanción (por eso se suele considerar que la publicación tiene naturaleza punitiva) e informar a los ciudadanos acerca de las conductas infractoras realizadas por determinados sujetos, sino dar a conocer a todos, especialmente a los potenciales infractores, las sanciones impuestas para que se tenga conocimiento de la seriedad del régimen sancionador, esto es, que se aplica de forma estricta y que las infracciones se castigan (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 8 de diciembre de 2010, sobre regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de los servicios financieros). La publicación cumple de este modo una clara función comunicativa simbólica. De hecho, el dictamen del Consejo de Estado sugiere que se valore la posibilidad de ampliar los supuestos de la publicación, dado “el importante efecto disuasorio que esta tiene”.

Por otra parte, la publicación de las sanciones también plantea el problema de su distinción con la amonestación pública (cuando esta tiene lugar en el BOE) y de su naturaleza jurídica, pues en unas ocasiones las leyes prevén expresamente la publicación como sanción accesoria o complementaria a una multa, pero en otras, como sucede en este caso, se habla asépticamente, sin calificarla como sanción, de la publicación de determinadas sanciones. Sobre este tema es muy esclarecedor el referido estudio de Huergo Lora (2021: 115-140), a quien sigo en este punto.

En cuanto a lo primero, el Consejo de Estado, en su dictamen 195/2018, de 26 de abril, sobre el anteproyecto de ley de distribución de seguros y reaseguros privados, ha destacado que no está clara la distinción entre la sanción de amonestación pública y la sanción consistente en publicar la sanción impuesta al infractor. Parece claro, no obstante, que en la amonestación pública la sanción consiste únicamente en publicar que un determinado sujeto ha cometido una infracción. El único contenido aflictivo o sancionador que tiene es la publicación del nombre del infractor y la infracción cometida. En cambio, cuando se ordena la publicación de la sanción, tenemos dos sanciones: la primera, que generalmente (como aquí) es una multa, y una segunda (complementaria o accesoria a la primera), que consiste en la publicación de la primera en el BOE.

Respecto al segundo problema planteado, algunas leyes incluyen la publicación en el elenco de sanciones que contemplan (como hace en este caso el artículo 65.3 de la ley), mientras que en otras la publicación no aparece calificada como sanción, sino que la ley se limita a prever la publicación de determinadas sanciones por la comisión de infracciones normalmente graves o muy graves. En ambos casos, en el primero con el argumento adicional de que el propio legislador califica la publicación como sanción, podría considerarse que estamos ante auténticas sanciones, porque la finalidad de la publicación es causar un mal al infractor a través del descrédito público, y esa es la función propia de las sanciones (infligir deliberadamente un mal a un sujeto como castigo o reproche por la vulneración de una norma de conducta). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que para concluir que la publicación de la sanción tiene en sí misma carácter sancionador hay que determinar si responde *per se*, de forma autónoma y preeminente, a la “finalidad represiva, retributiva o de castigo” que es específica de las sanciones (STC 23/2022, de 21 de febrero). Por eso, en el caso enjuiciado (la publicación de una sanción por la comisión de una infracción muy grave, prevista en el artículo 304 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), el Tribunal Constitucional concluye que no se trata de una sanción, sino de una consecuencia accesoria a la imposición de las sanciones graves prevista por la propia ley, cuya finalidad primordial es advertir a los inversores de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero —en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada—, y garantizar la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMV, no infligir un perjuicio al infractor (FD 2.B y 4).

En cualquier caso, cuando la publicación se prevé, como en este caso, en una norma con rango de ley, las consecuencias de que se califique o no como sanción no son tan relevantes, pues se acuerda tras la tramitación de un procedimiento sancionador con todas las garantías en el que se analiza si se ha cometido una infracción y concurren todas las garantías formales y materiales de las sanciones.

La publicación plantea más problemas (Huergo Lora, 2021: 121-140). Por ejemplo, las leyes contemplan la publicación cuando la sanción es firme en vía administrativa, por lo que después puede ser anulada, de modo que produce unos efectos difícilmente reversibles, lo que se atenuaría si en la publicación se indica que la sanción no es firme. Además, no se establece un plazo máximo para realizar la publicación, por lo que debería entenderse que es el propio plazo de prescripción de la sanción que se publica. Por úl-

timo, la publicación es poco menos que perpetua, por lo que, en el caso de las personas físicas, debería establecerse el plazo a partir del cual dejará de estar accesible a través de los buscadores, sin que sea suficiente remitirse al ejercicio del derecho al olvido por el interesado.

6. Los criterios de graduación de las infracciones y de las sanciones

El artículo 66 de la ley establece unos criterios de graduación tanto de las infracciones como de las sanciones. Dicho precepto establece lo siguiente:

“1. Para la graduación de las infracciones se podrán tener en cuenta los criterios siguientes:

- a) La reincidencia, siempre que no hubiera sido tenido en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 2.e).
- b) La entidad y persistencia temporal del daño o perjuicio causado.
- c) La intencionalidad y culpabilidad del autor.
- d) El resultado económico del ejercicio anterior del infractor.
- e) La circunstancias de haber procedido a la subsanación del incumplimiento que dio lugar a la infracción por propia iniciativa.
- f) La reparación de los daños o perjuicios causados.
- g) La colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., u otras autoridades administrativas.

2. Las sanciones a imponer como consecuencia de la comisión de infracciones tipificadas en esta ley se graduarán teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso. De modo especial, y siempre que no se hubieran tenido en cuenta para la graduación de la infracción, la ponderación de las sanciones atenderá a los criterios del apartado anterior”.

Se trata de criterios algunos de los cuales aparecen en la LRJSP (artículo 29.3) y otros en las diversas leyes sectoriales. La inclusión en estas de criterios de graduación de las sanciones, al efecto de determinar la concreta sanción aplicable dentro de los amplios márgenes que las leyes establecen (sobre todo en el caso de las multas), suele ser lo habitual. Pero la previsión de que esos mismos criterios sirvan también para graduar (supongo que el precepto quiere decir clasificar) las infracciones y, por tanto, para determinar si son leves, graves o muy graves es una novedad. Una novedad que no estaba en el anteproyecto de ley (que solo establecía criterios de graduación de las sanciones) y que me parece criticable, por lo siguiente.

El Tribunal Constitucional ha señalado hasta en cinco ocasiones que los preceptos legales que simplemente establecen una serie de criterios para

que la Administración en cada caso califique la infracción como leve, grave o muy grave son inconstitucionales (STC 2017/1990, sobre el Estatuto de los Trabajadores; STC 100/2003, sobre la Ley de Conservación de Espacios Naturales; STC 166/2013, sobre la Ley catalana del Estatuto del Consumidor; STC 10/2015, sobre el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; STC 150/2020, sobre la Ley Foral también de Defensa Consumidores y Usuarios). El Tribunal Constitucional ha considerado en todos estos casos que se vulnera el artículo 25.1 CE, porque “la calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa”.

Aquí no estamos ante el mismo supuesto, porque ya la propia ley clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves; y, además, señala que las muy graves solo admiten la forma dolosa. Pero algo de eso hay, en detrimento de la seguridad jurídica, porque, en cierto modo, se remite a la Administración a la hora de aplicar la ley el que con arreglo a una serie de criterios pueda calificar una infracción como muy grave o como grave. Si se comete uno de los comportamientos previstos en el artículo 63.1 o en el artículo 63.2, su autor no sabe *ex ante* a qué concreta sanción se expone, pues la misma puede ir de 10 001 a 300 000 euros.

El problema que subyace es si la reserva de ley en el ámbito sancionador incluye también la clasificación de las infracciones, en cuanto que de tal clasificación depende la correlación con las sanciones, como hemos sostenido Rebollo y Cano (2022), o si, por el contrario, eso lo puede hacer la propia Administración en cada caso concreto cuando impone una sanción, como sostiene Casino Rubio (2021b).

7. Los sujetos responsables

El artículo 62, que es el que se ocupa del tema, dispone en su apartado 1 que están sujetas al régimen sancionador de la ley las personas físicas y jurídicas que realicen las actuaciones descritas (tipificadas) en el artículo 63.

Algunas de las infracciones tipificadas solo las pueden cometer las personas físicas, como, por ejemplo, comunicar o publicar información a sabiendas de su falsedad, ya que según el artículo 2.1 de la ley solo puede ser denunciante una persona física (en la legislación andaluza, sin embargo, también pueden ser denunciante las personas jurídicas). Pero la mayoría

de las infracciones las pueden realizar tanto las personas físicas como las jurídicas, por ejemplo, no disponer de un sistema interno de información; ya el artículo 10.1.a) de la ley impone en el sector privado dicha obligación tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

La obligación de no disponer de tal sistema interno de información en el sector público, la pueden incumplir —y, por tanto, pueden cometer la respectiva infracción— las personas jurídicas públicas (Administraciones territoriales, autoridades administrativas independientes, universidades, corporaciones de derecho público, etc.), las entidades del sector público constituidas de forma privada (fundaciones del sector público, sociedades mayoritariamente públicas), o, también, los órganos constitucionales (Gobierno, Congreso, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas; estos son los que enumera como tales la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP), los de relevancia constitucional (Consejo de Estado, Casa del Rey, Consejo Económico y Social, etc.; aunque no acabo de entender muy bien la diferencia entre estos y aquellos) y las instituciones autonómicas análogas (artículo 13.2).

El apartado segundo del artículo 62 contiene una previsión de la que cabe inferir que también los órganos colegiados —sus miembros— pueden ser responsables de las infracciones; aceptan esta posibilidad Tardío Pato (2023: 114) y Brufao Curiel (2023: 395). Ello plantea numerosos problemas. El enunciado del artículo 62.2 es el siguiente:

“Cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado la responsabilidad será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora. Quedarán exentos de responsabilidad aquellos miembros que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo”.

Hay varios preceptos en la ley que establecen obligaciones para los órganos de administración o de gobierno de las personas jurídicas públicas y privadas, los cuales pueden ser órganos colegiados. Por ejemplo, el artículo 5 señala que el órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo será el responsable de la implantación del sistema interno de información que el artículo 4 (en relación con los artículos 10 y 13) exige a las personas jurídicas privadas y públicas; el artículo 9, por su parte, establece que son tales órganos colegiados los responsables también de aprobar el procedimiento de gestión de la información; etc.

El problema que se plantea es si el incumplimiento de tales obligaciones y, por tanto, la correspondiente infracción cometida se imputan y

sancionan solo a los miembros del órgano colegiado que no han asistido justificadamente o han votado en contra, se imputan a la persona jurídica a la que dicho órgano pertenece y representa, que es a la que se sancionaría, o se imputan y sancionan tanto a la persona jurídica como a las personas físicas que integran el órgano (y no han asistido o se han abstenido) cuyo acuerdo ha dado lugar a la infracción.

Con carácter general, la actuación de los administradores de las personas jurídicas se imputa a estas, que son las que cometen la infracción. La responsabilidad sancionadora en la que incurren es una responsabilidad por una acción y una culpa propias, pues la acción y la culpa del administrador, como titular del órgano, son las de la entidad. Es la persona jurídica la que como consecuencia de la conducta de sus administradores o empleados realiza la acción típica, antijurídica y culpable (Rebollo Puig, 2017).

Esto no presenta ninguna singularidad, pues se trata de aplicar la teoría general del órgano y de la persona jurídica y, por tanto, de la imputación de la actuación de aquel a esta. Las personas jurídicas actúan mediante órganos y estos tienen, entre otros elementos, el subjetivo de uno o varios titulares (que son personas físicas) que imputan su actuación a la persona jurídica a la que pertenecen. Por ello, en el ámbito sancionador, no cabe hablar de dos voluntades o de dos culpas distintas: la de la persona jurídica es la de los titulares de sus órganos. Su responsabilidad, por tanto, es una responsabilidad por una infracción propia (como los contratos que celebra o la responsabilidad patrimonial en la que puede incurrir), subjetiva (no hay una excepción a la exigencia de dolo o culpa) y normalmente exclusiva de la persona jurídica. Ello supone, generalmente, la irresponsabilidad personal de sus administradores.

En ocasiones, sin embargo, las leyes sectoriales establecen algún género de responsabilidad sancionadora de los administradores. Lo hacen de diversas formas. La primera consiste en declararlos responsables subsidiarios o solidarios del pago de las multas (artículos 41.4 de la Ley 24/2003, de 10 de junio, de la Viña y del Vino; 57.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; 181 y 182 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, etc.). Otras veces las leyes sectoriales los hacen responsables en exclusiva de ciertas infracciones (artículo 157.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, respecto de las infracciones administrativas por negocios sobre las propias participaciones y acciones). Y una tercera posibilidad, que suele ser la más frecuente, consiste en establecer la responsabilidad de los ad-

ministradores además de la de la persona jurídica (artículos 271.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre; y 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

El apartado 2 del artículo 63 de la Ley del denunciante no deja claro si, en el supuesto al que se refiere, también es responsable la persona jurídica. Lo único que creo que deja claro es que los miembros de los órganos colegiados pueden ser responsables de algunas infracciones, y por eso exime de responsabilidad a los que no hayan asistido justificadamente o voten en contra. Si no se partiera de la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados no tendría sentido la excepción que establece. Esto se ve corroborado con el apartado 3 del precepto, a cuyo tenor la exigencia de responsabilidades derivadas de las infracciones se extenderá a los responsables incluso aunque haya desaparecido su relación o hayan cesado en su actividad en o con la entidad, lo que apunta claramente a los administradores, ya que son aquellos respecto de los cuales puede predicarse que su relación con la entidad o su actividad en ella haya desaparecido o cesado.

En cualquier caso, cuando responden los miembros de los órganos colegiados no queda claro si, además, también es responsable la persona jurídica a la que tales órganos pertenecen. Algunas leyes lo establecen expresamente, como se ha adelantado, aunque ello no deja de plantear problemas desde el punto de vista del *non bis in idem* (pues se imputa una única conducta de un único sujeto a dos personas distintas: sociedad unipersonal en la que su único socio es su administrador), que se han tratado de salvar con el argumento de que al administrador se le castiga por participar en la infracción de la persona jurídica y que refuerza las funciones de retribución y prevención que deben cumplir las sanciones. Pero, en todo caso, debería decirlo expresamente la ley. Y esta no lo dice.

En cuanto a la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados, cabe preguntarse qué pasa con los que se han ausentado injustificadamente o con los que se han abstenido en la votación, ya que el artículo 62.2 no les exime de la responsabilidad sancionadora, lo que no parece tener sentido.

El apartado 3 del artículo 62 dispone que la exigencia de responsabilidades derivada de las infracciones tipificadas en esta ley se extenderá a los responsables de tales infracciones “incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva”.

Una última cuestión que se plantea a propósito de los sujetos responsables es si también puede cometer las infracciones previstas en la ley la

propia Autoridad Independiente de Protección del Informante que las sanciona o sus homólogas autonómicas. Creo que sí, pues hay mandatos dirigidos claramente a ella (o a ellas) que se pueden incumplir, como es el caso, por ejemplo, y entre otros muchos, de la obligación de no revelar al sujeto afectado la identidad del denunciante (artículo 19), la de publicar el procedimiento de gestión de informaciones (artículo 22), o la de nombrar un delegado de protección de datos (artículo 34). Tales incumplimientos pueden ser constitutivos de infracción ex artículo 63.

Si esto es así, el problema que se plantea entonces es si tales infracciones se pueden sancionar y quién sancionaría a la autoridad competente para sancionar, ya que (salvo en lo relativo al nombramiento de protección de datos) no hay ninguna norma que atribuya a otro sujeto o entidad esa potestad.

8. Prescripción de las infracciones y de las sanciones

La regulación de la prescripción de las infracciones y de las sanciones es la única forma de extinción de la responsabilidad sancionadora de la que se ocupa la ley, como, por lo demás, hacen casi todas las leyes sectoriales.

La regulación, que aparece en el artículo 64 para las infracciones y en el artículo 68 para las sanciones, no incluye novedades relevantes: los plazos de prescripción de unas y otras son los habituales en otras leyes y en la propia LRJSP: tres años en el caso de las infracciones muy graves, dos años en el caso de las graves y seis meses en el de las leves. Y, en el caso de las sanciones, tres, dos y un año, respectivamente.

El artículo 64.2 precisa que, en las “infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume”. Este precepto se refiere, en realidad, tanto a las infracciones permanentes como a las continuadas, a las que ya nos hemos referido más atrás. Esto se ve confirmado con la precisión del precepto de que tales infracciones comienzan a prescribir cuando finalice la actividad (infracción permanente) o con el último acto con el que la infracción se consume (infracción continuada). El artículo 30.2 de la LRJSP se refiere de forma conjunta a ambos tipos de infracciones, y dispone que el plazo comenzará a correr en tales casos desde que finalizó la conducta infractora.

Como se ha destacado más arriba, las *infracciones permanentes* suponen la creación de un estado antijurídico de cierta duración cuya cesación depende de la voluntad de su autor. La infracción no está concluida con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor tanto

tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él. De este modo, la infracción se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica, y por eso el plazo de prescripción solo comienza a correr cuando cesa la situación antijurídica creada (STS de 21 de julio de 2008 [rec. cas. 5469/2004], SAN de 24 de marzo de 2014 [rec. núm. 3/2014]). Por ejemplo, es una infracción permanente no implantar un sistema interno de información o no nombrar un delegado de protección de datos (artículo 34), cuyo plazo de prescripción no comenzará a correr hasta que cese ese estado antijurídico implantando el sistema de información.

La *infracción continuada*, sin embargo, consiste en una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo precepto administrativo o preceptos semejantes, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión (artículo 29.6 de la LRJSP). Por ejemplo, comete dicha infracción el denunciante que comunica sucesivamente información que sabe que es falsa en varios canales internos o ante la Autoridad Independiente, o el responsable del canal interno que de forma reiterada revela la identidad del informante. En tales casos, el plazo de prescripción comienza a computarse cuando se realiza la última infracción. En lo que respecta a las infracciones, el artículo 64.3 de la ley precisa que la prescripción se interrumpirá con la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado, “reanudándose si el expediente está paralizado durante tres meses por causa no imputable a aquellos contra los que se dirija”. El artículo 30.2.2.º de LRJSP señala que, en tales casos, el plazo se *reinicia*, lo que podría dar a entender que, mientras en este caso el plazo de prescripción vuelve a contar de cero, en el supuesto de la Ley de protección del denunciante el plazo se reanuda desde donde se quedó.

En el caso de las sanciones, el artículo 68 dispone que el plazo comienza a correr desde el día siguiente a aquel en que la resolución sancionadora sea ejecutable, lo que tiene lugar cuando contra ella no quepa ningún recurso ordinario en la vía administrativa (artículo 90.3 LPAC). El plazo de prescripción se interrumpirá cuando se inicie el procedimiento sancionador con conocimiento del interesado. Al igual que dispone el artículo 30.3 LRJSP, el párrafo tercero del artículo 68 de la Ley de protección del denunciante dispone que el plazo de prescripción volverá a transcurrir (desde el principio hay que entender) si está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

9. Una reflexión final: el problema de la ausencia de un sistema general de sanciones

Las medidas de protección del denunciante, entre ellas las sanciones que acabamos de estudiar, solo se aplican a los que denuncien o informen las infracciones previstas en el artículo 2, tal y como se desprende, entre otros, de los artículos 1, 2 y 35 de la propia ley; esto es, a quienes informen de las contravenciones del derecho de la Unión Europea, los delitos y las infracciones administrativas *graves o muy graves*. La Directiva 2019/1937, sin embargo, solo alude a determinadas contravenciones del derecho de la Unión Europea, pero para ellas ni siquiera exige que estén tipificadas como infracción (artículo 5). La ley amplía el ámbito de protección a los delitos y a las infracciones administrativas calificadas como graves o muy graves, lo que se justifica, según explicita su exposición de motivos, en que con ello se trata de que los canales internos y externos de información “puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad”.

Algunos autores, no obstante, han criticado la referida acotación legal porque quedan al margen del ámbito de protección las denuncias sobre incumplimientos de indudable interés público, pero que, sin embargo, no se califican formalmente como infracciones administrativas en las leyes como ocurre con muchos incumplimientos o irregularidades en el ámbito de la contratación, el empleo público o las subvenciones (Tardío Pato, 2022: 24; Fernández Ramos, 2023: 19-20).

Ahora bien, al margen de estas críticas, ¿es acertada esa acotación que hace el legislador a las infracciones administrativas graves y muy graves?; ¿son siempre esta clase de infracciones las vulneraciones más relevantes del ordenamiento jurídico o de mayor impacto para la sociedad?; ¿se garantiza mejor de ese modo la seguridad jurídica, como parece apuntar el dictamen del Consejo de Estado en su página 25?

Mi respuesta es que no, pues hay infracciones calificadas como leves que son más graves o de mayor impacto o trascendencia que otras calificadas como graves o muy graves, lo que se debe a la ausencia en nuestro país de una ley general sobre la potestad sancionadora que, entre otras cuestiones, incluya un sistema general de sanciones administrativas que establezca sus clases en función de su contenido y extensión, tal y como hace el Código Penal respecto de las penas.

Veamos por qué esto es así, para lo cual es necesario comparar lo que hace el Código Penal y lo que hacen las leyes administrativas, tanto las generales (LRJSP) como las sectoriales.

El Código Penal establece en su artículo 32 los tipos de penas, principales y accesorias, que hay en nuestro sistema normativo: privativas de libertad, privativas de derechos y multa. Y el artículo 33 las clasifica en graves, menos graves y leves en función de su naturaleza y duración: por ejemplo, el arresto de siete a veinticuatro fines de semana es una pena grave, el de uno a seis fines de semana leve; la multa de más de dos meses es pena grave, mientras que la de cinco días a dos meses es leve. Esta es la clasificación verdaderamente relevante y no la de los ilícitos. La gravedad de los delitos, esto es, lo que determina si son graves, menos graves o leves, no es la clasificación que de ellos se haga de forma abstracta o general, sino la pena que de forma individualizada les atribuya el propio Código Penal o las leyes penales especiales. Este es el sistema lógico y racional, pues el único elemento que permite calificar externamente la gravedad de una infracción es su castigo o penalidad (Izquierdo Carrasco, 2001: 222).

El derecho administrativo sancionador, sin embargo, lo hace al revés, y lo que clasifica según su gravedad son las infracciones, pero no de forma abstracta y general en una norma aplicable a todas las Administraciones públicas, sino de forma individualizada en cada ley sectorial. La LRJSP establece el deber de que las leyes sectoriales clasifiquen las infracciones según su gravedad en muy graves, graves y leves (artículo 27.1.2.º), y eso es lo que hacen casi todas las leyes sectoriales, entre ellas la de protección del denunciante (salvo alguna relevante excepción como la legislación de patrimonio histórico, artículo 76 de la Ley 16/1985, de 25 de junio). Pero cada una lo hace a su antojo, porque la clasificación que establecen no depende de la sanción que realmente lleva aparejada cada infracción, sino de la voluntad del legislador en cada concreto sector. No hay una correspondencia general y abstracta entre la gravedad de la infracción y su sanción, pues esa correlación solo se da en la respectiva ley sectorial, que puede apartarse por completo de la clasificación y de la sanción que prevén otras leyes próximas para un tipo de injusto similar.

Este sistema, tan alejado del derecho penal, es, además, muy rudimentario y elemental, porque todas las infracciones incluidas en cada uno de esos grupos o categorías son tratadas punitivamente por igual (en cada sector hay solo tres o cuatro tipos de infracciones según su gravedad), ya que las sanciones que a tales grupos se asignan se establecen a través de unos topes mínimos y máximos tan amplios que rebasan muchas veces las exigencias mínimas del principio de taxatividad de la sanción, porque de ese modo se otorga a la Administración un margen excesivo en la determinación de la sanción, y, en fin, porque, como se acaba de señalar, al ser cada ley la que clasifica las infracciones según su gravedad y establece de ese modo las correspondientes sanciones, es frecuente que en sectores muy próximos

infracciones calificadas como muy graves conlleven sanciones menos aflictivas que otras similares clasificadas como graves o leves. En el ámbito local, la mayor parte de las infracciones muy graves y graves que pueden tipificar las ordenanzas municipales llevan aparejadas sanciones que no sobrepasan, respectivamente, los 1500 y los 3000 euros (artículo 141 LBRL), cuantías que las leyes sectoriales atribuyen generalmente a las infracciones leves.

Con este sistema, cada ley sectorial crea las sanciones que considera más adecuadas y establece la extensión que tiene por conveniente. Las leyes sectoriales incluso denominan de forma distinta las mismas sanciones o del mismo modo sanciones diferentes; y, lo que es peor aún, unas leyes consideran sanciones lo que para otras leyes no lo son (por ejemplo, la publicación de la resolución sancionadora), y otras consideran sanciones lo que de ningún modo debería ser un castigo (por ejemplo, el precinto de locales o establecimientos, equipos, máquinas, productos o materiales). El resultado final es incoherente, confuso y caótico.

En consecuencia, la protección que se otorga al denunciante en esta ley es deficiente y parcial, pues no abarca realmente a quienes informan de las vulneraciones del ordenamiento más graves y de mayor trascendencia social. Además, y concluyo, ¿es razonable hacer recaer sobre el denunciante la carga de indagar si los hechos que denuncia son constitutivos de infracción grave o muy grave para, en función de eso, saber si la ley le protege o no?

10. Bibliografía

- Brufao Curiel P. (2023). Régimen sancionador. En J. M.^a Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *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* (pp. 389- 409). Las Rozas: Bosch-La Ley.
- Cano Campos, T. (2014). *Las sanciones de tráfico* (2.^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018). *Sanciones Administrativas*. Madrid: Lefebvre.
 - (2022). Revisión de las sanciones por un tribunal superior, casación y doble instancia en el contencioso. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 99, 88-99.
- Casino Rubio, M. (2021a). *El concepto constitucional de sanción administrativa* (2.^a ed.). Madrid: CEPC.

- (2021b). La graduación *ad hoc* de las infracciones. Motivos para la discusión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 53-70.
- Cerrillo i Martínez, A. (2023). Canal externo de información. En J. M.^a Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *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* (pp. 151-173). Las Rozas: Bosch-La Ley.
- Fernández Ramos, S. (2023). La Ley 272023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 1-31.
- Gosálbez Pequeño, H. (2023). La protección del denunciado. El denunciante infractor arrepentido. En J. M.^a Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *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* (pp. 305- 320). Las Rozas: Bosch-La Ley.
- Guillén Caramés, J. (2022). Las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022* (pp. 341-398). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
- (2018). Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas. En A. Huergo Lora (dir.). *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 15-59). Madrid: Iustel.
- (2021). La publicación del nombre de los infractores como sanción administrativa. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos (dirs.). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (pp. 93-140). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- Izquierdo Carrasco, M. (2001). La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa. Número extraordinario*, 1, 207-258.
- Jiménez Franco, E. (2023). La nueva autoridad independiente de protección del informante. En J. M.^a Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *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* (pp. 321- 388). Las Rozas: Bosch-La Ley.

- Nieto García, A. (2017). *Testimonios de un jurista (1930-2017)*. Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global, INAP.
- Rebollo Puig, M. (1989). *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: MAP.
- (2001). El contenido de las sanciones. La determinación de la sanción administrativa. *Justicia Administrativa*. Número extraordinario, 1, 151-206.
 - (2017). Responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. En L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (coords.). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo* (tomo I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rebollo Puig, M. y Cano Campos, T. (2022). Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas? *Revista de Administración Pública*, 217, 53-90.
- Tardío Pato, J. A. (2022). La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 217, 11-60.
- (2023). La protección del informante en la Ley española 2/2023, de transposición de la Directiva 2019/1937. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 226, 71-121.