

COMENTARIOS DE EMISORES ESPAÑOLES AL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Con fecha 8 de marzo de 2022, el Ministerio de Justicia ha publicado el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, por la que se transpone 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 (en adelante “el Anteproyecto de Ley”), y ha abierto una fase de audiencia pública.

La finalidad de este documento es trasladar, por parte de Emisores Españoles (EE), al Ministerio de Justicia, en el marco de la audiencia pública abierta, sus comentarios y cuestiones al texto del citado Anteproyecto de Ley, que esperamos puedan ser de utilidad en la redacción final de la norma.

COMENTARIOS Y CUESTIONES DE EMISORES ESPAÑOLES AL ANTEPROYECTO DE LEY

1.- Artículo 2.1.: **Ámbito de aplicación material.**

Conforme a la redacción del Anteproyecto de Ley, la protección a las personas físicas que informen queda circunscrito a infracciones de Derecho europeo, penal, administrativo grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico, siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general. A pesar de que esta relación es excesivamente amplia, para infracciones de otra naturaleza los informantes no resultan amparados por esta protección legal (el art. 7.4 permite que el canal interno de empresas privadas reciba comunicaciones de otra naturaleza, pero sin dotarlas de protección). Ello puede generar inseguridad y reticencia a utilizar el canal por los empleados de una compañía.

Asimismo, teniendo en cuenta las facultades de “admisión a trámite” de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (“AIPI”), sería útil que quedara claro cuáles son los delitos e infracciones a los que verdaderamente se quiere dirigir la Ley, puesto que en la Exposición de Motivos (II, párrafo 4) entiende que “*se consideran particularmente perjudiciales para el interés general aquellas actuaciones que perjudiquen de manera grave los intereses financieros del Estado o que alteren de manera significativa la actuación objetiva e imparcial de los organismos públicos envolviendo prácticas corruptas, de clientelismo o nepotismo*”.

A mayor abundamiento, si el artículo 31 bis.5. 4º del Código Penal impone una “obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos” -es decir, también potenciales riesgos que aún no se han materializado-, no parece adecuado que la Ley solo otorgue protección al informante por las infracciones del art. 2 anteriormente referido. Por el contrario, la Ley podría garantizar la confidencialidad, protección

contra represalias, etc. a cualquier usuario de buena fe del canal. Por otra parte, el art. 2.6, en cuanto a comunicaciones al canal externo (es decir, a la AIPI), únicamente concede protección en caso de que rija la ley española en la relación laboral o profesional. En consecuencia, en una empresa multinacional, con el domicilio de su matriz en España, impide que su “Procedimiento del canal de denuncias” establezca que está garantizada la protección de aquellos informantes que decidan dirigir su denuncia ante la autoridad española, porque no quedarían cubiertos sus empleados, por ejemplo, de sus filiales europeas y estadounidenses.

2.- Artículo 4.1: Priorización del canal interno como preferente al externo.

El Anteproyecto de Ley refleja el carácter preferente de los canales de denuncia interna, para gozar del estatuto de protección de la norma, tanto en su Expositivo como en su artículo 4.1. No obstante, establece que, valorada esa preferencia, será el informante el que valore qué cauce seguir, el interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere.

De conformidad con lo establecido en el **artículo 7.2 de la Directiva (UE) 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en adelante, “**la Directiva**”), debe promoverse el uso de los canales internos con carácter preferente siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias: (“7.2. *Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias.*”)

En base a lo anterior, debería recogerse expresamente y de forma inequívoca el uso preferente de los canales internos antes de los externos, limitándose el uso directo de estos a los supuestos en que medien las referidas circunstancias: (i) que no se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y/o (ii) siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias. Esta cuestión debería reflejarse expresamente en el **artículo 16** del Anteproyecto de Ley.

3.- Artículos 5.2.f) y 9: Responsable del sistema interno de información.

La independencia “absoluta” o en abstracto que postula el **artículo 5.2.f)**, en cuanto al **sistema de información**, puede resultar bastante difícil en una organización privada, porque, normalmente, siempre habrá algún superior jerárquico, de manera que parece más realista hacer referencia a que se “procurará” la independencia del sistema o del responsable del mismo o se evitará establecer dependencias que resulten incompatibles con el desarrollo de las funciones que legalmente le correspondan.

En cuanto al “**Responsable del Sistema**”, el **artículo 9.2** establece que, si se opta por “*órgano colegiado, este deberá delegar en uno de sus miembros las*

facultades de gestión del sistema interno de información y de tramitación de expedientes de investigación". Esta redacción da a entender que el canal de denuncias y sus correspondientes investigaciones necesariamente deben ser gestionadas por una única persona, cuando la virtud de un órgano colegiado precisamente consiste en que sea una pluralidad de directivos, que además cubren distintas perspectivas (Compliance, Legal, RR. HH., Financiero, etc.) los que adopten una decisión colegiada, en la recepción y tramitación de las denuncias internas. Ello reduce el riesgo de una potencial mala praxis por cualquiera de ellos al ejercer esa función. Más aún, el que haya un único delegado del sistema y expedientes, plantea la problemática de que no se puede eludir el conflicto de interés cuando se quiera dirigir la denuncia contra tal delegado responsable del canal, puesto que no se da al denunciante ninguna alternativa de destinatario al que remitir su denuncia.

Por otra parte, el **artículo 9.5** establece que el citado "Responsable del Sistema" debe ser un "alto directivo" de la entidad y que tiene que desarrollar las funciones en exclusiva, lo que no parece en absoluto necesario. Tanto la redacción de la segunda parte del apartado 5 como del apartado 6 de este artículo 9 reconocen la posibilidad de otras formas de organización del "Responsable del Sistema". Este tema, lo mismo que la gestión del sistema por un responsable "interno" o por un "tercero externo (art. 6. 1 y 2), debería regularse con mucha flexibilidad, sobre todo en el momento inicial, exigiendo, básicamente, que el responsable esté dotado de medios materiales y humanos suficientes y que no tenga una dependencia que resulte incompatible con el adecuado desempeño de su función.

4.- Artículo 7: Cauces de Comunicación en los Canales Internos:

El **artículo 7 del Anteproyecto de Ley** establece en su apartado segundo lo siguiente: *"2. Los canales internos deberán permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente, o de las dos formas. La información se podrá realizar bien por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de sistema de mensajería de voz. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial. En estos últimos casos, bien sea realice la comunicación verbalmente bien de manera presencial, se advertirá al informante de que la comunicación será grabada y se le informará del tratamiento de sus datos de acuerdo a lo que establecen el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales."*

En este sentido, debería reflejarse expresamente que la posibilidad de presentar denuncias a través de una reunión presencial, previamente solicitada por el denunciante, se limita a aquellos casos en los que los canales internos aceptan las denuncias verbales, no en aquellos casos en los que se permiten únicamente las denuncias por escrito. Así lo establece la Directiva, en su artículo 10.2: *"[...] 2. Los canales previstos en el apartado 1, letra a), permitirán denunciar por escrito o verbalmente, o de ambos modos. La denuncia verbal será posible por vía telefónica o*

a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable. [...]

5.- Artículo 10.2: Entidades obligadas del sector privado.

Si las personas jurídicas privadas no están obligadas a organizar un sistema interno de informaciones y, por lo tanto, pueden hacerlo voluntariamente, no parece lógico que deban cumplir todos los requisitos de la Ley. Parece más lógico establecer alguna referencia mínima, pero que no resulten necesariamente de aplicación todos los requisitos previstos en la Ley.

6.- Artículo 11: Grupos de sociedades.

En el Anteproyecto de Ley se hace mención a los **grupos de empresas** en los **artículos 10, 11 y 12 del Capítulo II** y en la **Exposición de Motivos**. Si bien se indica en el **artículo 11** que los grupos de empresas pueden establecer la organización de sus canales de comunicación, en la **Exposición de motivos** se establece lo siguiente: *“En el ámbito privado, siguiendo la previsión de la Directiva, estarán obligadas a configurar un sistema interno de información todas aquellas empresas que tengan más de cincuenta trabajadores. En los grupos de empresas será la sociedad dominante la que decida la organización de los canales de comunicación. Siendo conscientes del coste que esta nueva carga pueda generar en las empresas, la ley admite que aquellas que, superando la cifra de cincuenta cuenten con menos de doscientos cincuenta trabajadores, puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa”*

Al no quedar clara la regulación de esta materia, surgen las siguientes cuestiones: (i) ¿es suficiente con que exista un único canal para todas las empresas del Grupo o cada una de las empresas que tenga más de 50 trabajadores debe tener su propio canal ético, independientemente de que se gestione de forma centralizada compartiendo medios y recursos?, (ii) ¿cómo quedan las empresas integradas en un grupo de sociedades con más de 249 trabajadores? y (iii) ¿no pueden utilizar el canal de la matriz y necesitan tener encargados diferentes de la gestión del canal de cada empresa? Como se puede apreciar, existiría una contradicción con los modelos de cumplimiento de las grandes compañías, que normalmente unifican en un solo canal muy diversas empresas. En consecuencia, entendemos que, en línea con lo establecido en el **artículo 11** del Anteproyecto de Ley, que no distingue el tamaño de las sociedades dependientes, lo conveniente sería dejar que los grupos decidan qué entidades quedan bajo la competencia de su “Responsable del Sistema”, con independencia del tamaño.

7.- Título III.

Teniendo en cuenta que el “canal externo” es, en realidad, la comunicación a la AIPI, seguramente sería más claro denominar a este título (y a lo largo de la Ley) como “Comunicaciones a la Autoridad Independiente de Protección del Informante”.

8.- Artículo 18.2: Trámite de admisión.

En relación con el artículo 18.2.2., parece coherente, con lo previsto para los otros supuestos de este artículo, que cuando la denuncia sea remitida al Ministerio Fiscal o a alguna otra autoridad, sea también informado de ello el denunciante.

En cuanto a los supuestos de inadmisión, debería contemplarse el previsto en el artículo 11.3 de la Directiva, relativo a que la “infracción denunciada sea manifiestamente menor y no requiere más seguimiento”.

9.- Artículo 19.5: Colaboración en la instrucción.

Aunque resulta razonable establecer algún deber de colaboración de los sujetos privados con la AIPI, resulta discutible si puede suponer tener que contribuir a la “autoimputación”. Parece claro que este deber de colaboración no puede ser similar al que existe en relación con las autoridades judiciales o con la Hacienda Pública y en ningún caso puede suponer el deber de facilitar la imputación de la persona o entidad que colabore. Sería razonable que, en situaciones de este estilo, el denunciado pudiera solicitar la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

10.- Artículo 20.4: Terminación de las actuaciones.

Resulta muy acertado el establecimiento de un plazo para la tramitación de las denuncias ante la AIPI (3 meses), pero, para reforzar esta limitación temporal, podría añadirse que, transcurrido el plazo indicado, la AIPI no podrá realizar más actuaciones y, como mucho, que pueda remitir las mismas (sin más gestiones o averiguaciones) al Ministerio Fiscal o a la autoridad que pueda resultar competente. También podría preverse que, transcurrido el plazo indicado (3 meses) sin que la AIPI haya adoptado alguna de las decisiones mencionadas en el artículo 20.2 del Anteproyecto de Ley, se entenderá archivada la denuncia (sin que sea necesaria decisión expresa).

11.- Artículo 26.2: Plazo de conservación de los datos en el Sistema.

Mientras al comienzo del párrafo se utiliza el concepto de “datos personales”, en la última frase solo se habla de “datos”, creando la duda sobre si existe la posibilidad de conservar los datos no personales, más allá de diez años, o si toda información incluida en el Sistema ha de ser borrada tras dicho plazo, consista o no en datos personales.

Por ello, consideramos adecuada la inclusión del concepto “datos personales” en el final de este apartado, de modo que se reconozca de forma expresa la posibilidad de conservar indefinidamente la información anonimizada.

12.- Artículo 32.2: Concepto de “procedimientos sancionadores”.

Convendría aclarar si por “procedimientos sancionadores” han de entenderse únicamente los procedimientos administrativos sancionadores, o bien si han de entenderse incluidos en este apartado los procedimientos sancionadores de una empresa frente a un empleado. Asimismo, no está claro si se refiere a la comunicación a un tercero contratado por la empresa para iniciar dichos procedimientos (por ejemplo, un abogado) o si se refiere a la posibilidad para una empresa que haya detectado, a través de su Sistema, un comportamiento infractor cometido por un empleado de una tercera entidad, de comunicar dicha infracción a esa tercera empresa para que tome las medidas disciplinarias oportunas con respecto a su empleado.

13.- Artículo 32.3: Plazo de conservación.

Este párrafo entra en contradicción con lo establecido en los artículos 26.2 y 32.4, por lo que se solicita su supresión.

14.- Artículo 32.4: Concepto de “denuncia cursada”.

Se agradecería algún tipo de aclaración sobre qué ha de entenderse por “no haber dado curso” a una denuncia, para aquellos supuestos de nimia importancia en los que el objeto de la denuncia no requiere de investigaciones o excesivas medidas.

(24 de marzo de 2022)