

TEMAS

El canal de denuncias: sector privado y público

La protección del informante en la Ley 2/2023,
de 20 de febrero

Eloy Velasco Núñez



TEMAS

El canal de denuncias: sector privado y público

La protección del informante en la Ley 2/2023,
de 20 de febrero

Eloy Velasco Núñez

© Eloy Velasco Núñez, 2023
© Anexo II es de Redacción LA LEY
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.laley.es>

Primera edición: octubre 2023

Depósito Legal: M-29719-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-93-0

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-94-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© LA LEY Soluciones Legales, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY Soluciones Legales, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

II.

CONTENIDO DE LOS SISTEMAS INTERNOS DE INFORMACIÓN

II.1. EL CANAL DE DENUNCIAS

1. CAUCES DE INFORMACIÓN Y SU PREFERENCIA

Son tres los (**niveles**) cauces de información de presuntas irregularidades/incumplimientos que la ley alude y regula:

- El **canal interno** de información (a implantar tanto en las corporaciones del sector privado como en las entidades del sector público obligadas a hacerlo)
- El **canal externo** de información (a implantar por las AIPIs estatal y autonómicas)
- La **revelación pública**.

En principio la norma no ha podido establecer preferencias obligatorias respecto de su uso (porque iría contra la libertad de elección en el ejercicio de libertades públicas, como podría ser la de expresión, e incluso obligaciones legales, como la de denunciar delitos), pero sí ha expresado cierta preferencia —lógica, si tenemos en cuenta parámetros de cooperación público/privada—, con fijación de concretas ventajas incentivadoras de su **aplicación escalonada**, en función, eso sí, exclusivamente, de parámetros de protección al informante.

Además de los **finés públicos** que la responsabilidad social corporativa pretende en aras a colaborar en el interés general —que son los que expresamente protege la L 2/23—, los canales continúan manteniendo **finés inter-**

nos particulares al margen de aquellos que deben seguir atendándose por la nueva norma, de manera que el SII los puede **conjuntar** (art. 7.4 L 2/23) y tratar: «*los canales internos de información podrán estar habilitados por la entidad que los gestione para la recepción de cualesquiera otras comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido en el art. 2 L 2/23*» aunque, en ese caso, sus comunicantes no gozarán de protección, entre otras razones, porque no la necesitarán.

En efecto, el SII puede y debe **conjuntar canales obligatorios sectoriales** de denuncia (protección frente al blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; el que canaliza cualquier infracción de la normativa de ordenación y disciplina realizada por una entidad supervisada por el Banco de España; los canales de protección contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, posibles conforme al art. 48.2 L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, etc. ..) **con los internos preexistentes** en las corporaciones, que con adaptaciones en su confidencialidad —admitiendo el anonimato—, accesibilidad, publicidad, etc.... podrán seguir usándose ahora como obligatorios cumpliendo los requisitos de la L 2/23, porque, como señalan las estadísticas de alguna gran empresa, no todas las comunicaciones encierran denuncias de irregularidades⁽¹⁾.

Antes bien, un porcentaje cercano al 80 % de lo comunicado por los canales internos de las corporaciones son **simples consultas, quejas, denuncias menores** (incumplimientos horarios, retrasos en el pago de cantidades extra...) que la corporación deberá **canalizar al oportuno departamento o área encargada** sin necesidad alguna de investigar, pero que deben nacer y terminar también en el propio escalón y ámbito empresarial, dada su importancia gubernativa y su escaso interés público.

La sociedad también gana residenciando en la empresa los pequeños problemas de empresa.

En consecuencia y como decíamos, la norma **prefiere en primer lugar** que la información (con cierto relevante interés social) se vehiculice a través de los **canales internos**, siempre que (Considerando 47 DW; art. 7.2 DW; 4.1 L 2/23)⁽²⁾:

-
- (1) En las grandes empresas, las denuncias que llegan a investigarse, por la importancia de lo comunicado, no suelen sobrepasar el 15 % de las que se reciben.
 - (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*».

- se pueda **tratar la infracción internamente de manera efectiva** y
- el denunciante considere que **no hay riesgo de represalias**.

Ambos requisitos suponen que siendo la corporación la que conoce la estructura, personal, organización, negociados, actividad, medios, etc..... puede reaccionar ante la irregularidad sin pérdida de tiempo consiguiendo afrontar y aplicar la solución paralizando sus consecuencias perjudiciales antes que cualquier externo no familiarizado con todo lo anterior.

Por eso, declarada su preferencia por el legislador, que interpreta que si hay alta probabilidad de no haber represalias se confiará en el canal interno para denunciar, es, sin embargo, el propio **informante** el que, valorando las circunstancias del caso y los riesgos concretos de sufrirlas o no, **decidirá qué cauce concreto deberá seguir**.

Dice el considerando 33 DW que: *«en general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público. Al mismo tiempo, el denunciante debe poder elegir el canal de denuncia más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso. Además, es necesario proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, al tiempo que se encuentra un equilibrio entre el interés de los empresarios en la gestión de sus organizaciones y la defensa de sus intereses, por un lado, y el interés de los ciudadanos en que se los proteja contra todo perjuicio, por otro, conforme a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TEDH».*

Queda pues el **canal externo en un segundo plano**, por:

- estar más alejado del conocimiento de la estructura y medios de la corporación/entidad concernida,
- no quedar obligado a reinstaurar ni reparar el mal generado por la infracción no estando obligado a reintegrar la situación a como estaba antes de aquella, y
- estar regido por consideraciones de carácter público (arts. 7.2, 10 y 15 DW; 16.1 y 28.1 L 2/23).

Normalmente se acudirá a él cuando:

— el denunciante considere que podría ser **objeto de represalias** o entienda que la **corporación no puede o no va a querer enfrentar de manera efectiva las consecuencias de lo informado**, *debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una Autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción, o*

— «*tras haberla comunicado en primer lugar a través de los canales de denuncia interna...no se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo*» de 3 meses desde que se formuló la denuncia, o

— «*la persona tiene motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un **peligro inminente o manifiesto para el interés público**, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles*».

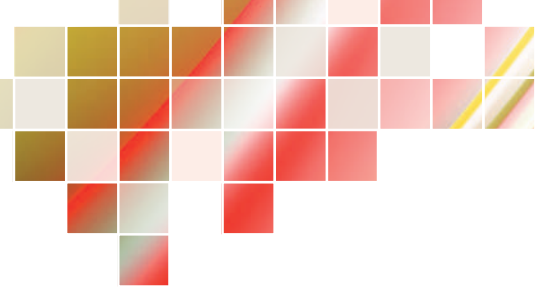
En resumen, el legislador piensa que este segundo nivel lo pondrá en marcha el comunicante cuando el primero haya resultado inefectivo —en una a modo de segunda instancia—, de forma que cómo se resuelvan o no las irregularidades denunciadas internamente en la corporación/entidad en el pasado, incentivará o detraerá mucho su futuro uso por el mismo u otros comunicantes.

También, por otra parte, lo usará preferentemente el comunicante cuando no se encuentre cómodo o seguro en el interno, bien por temerse represalias, bien por pensar que en razón de la importancia de los implicados en la irregularidad —directivos, Autoridades externas...—, la corporación tendrá tentaciones de eliminar prueba o de no reaccionar adecuadamente.

Y, en tercer lugar, el denunciante acudirá normalmente a este segundo nivel, pero también a la prensa, redes sociales o a la Policía, Fiscalía o Tribunales, cuando la inminencia y envergadura del mal generado por la irregularidad parezca exceder de las facultades de la corporación/entidad para enfrentarlo y repararlo por sobrepasar el mero carácter interno, afectar al interés público, generando situaciones de emergencia o que produzcan daños irreversibles —p. e.: fugas radioactivas, emisiones contaminantes de envergadura, implicación de políticos...—.

En un tercer escalón, se optará (arts. 15 DW y 28.1 L 2/23) por la **revelación pública**, cuando:

— el denunciante **no haya obtenido respuesta eficaz** («*medidas apropiadas*» dice la DW) en el plazo de 3 meses desde que lo denunció por



En aplicación de la conocida como Directiva Whistleblowing 2019/1937, **la Ley reguladora de la de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Ley 2/2023**, regula por primera vez los que llama sistemas internos de información (canal de denuncias, responsable y procedimiento de su gestión) tanto en el sector público como en el privado.

La presente obra, de gran ayuda a los encargados de cumplimiento normativo (**compliance officers**) con cita de abundante jurisprudencia, se centra más en los **canales internos de denuncias** en las corporaciones privadas (**empresas**, asociaciones, fundaciones, ONGs), desgranado desde una perspectiva eminentemente práctica el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y de exclusión, la afección al interés público y la necesidad de que ocurran en un contexto profesional, el procedimiento para llevar a cabo las **investigaciones internas corporativas** –cuestiones previas, principios rectores, admisión y triaje, medidas cautelares, diligencias de averiguación, prueba prohibida, conclusiones y propuestas de actuación–, la labor y responsabilidad del encargado de gestionarlos, sus relaciones con la empresa, las ventajas de denunciar por el cauce interno.....aportando la experiencia del **autor, juez de profesión**, acumulada en sus 35 años investigando delitos.

Pero también sirve a los **abogados** laboralistas, mercantilistas, penalistas y administrativistas, en su análisis de los derechos de defensa del afectado, del límite de la autodefensa preventiva en la corporación, del alcance de las medidas de apoyo y protección al denunciante, de la confidencialidad en la protección de datos personales, etc.

Evidentemente todo, sin olvidar y tratar lo referente al canal externo, la revelación pública, las Agencias de Protección del Informante –estatal y autonómicas– y el régimen sancionador compartido que implanta.

ISBN: 978-84-19446-93-0



ER-0280/2005

GA-2025C1100