

## **EL CANAL ETICO O DE DENUNCIAS**

**Jesús Mandri Zárate.**

**Abogado.**

### **Sumario.**

**1.- Introducción.**

**2.- Breve justificación histórica y regulación.**

**3.- Concepto y objetivos del canal de denuncias.**

**4.- Proceso de funcionamiento del canal de denuncias.**

**4.1. Principios rectores.**

**4.2. Organización interna: gestión y tramitación de las denuncias.**

**4.3. Resolución de los expedientes incoados por denuncia e información al órgano de administración.**

**4.4. Conclusión y proceso sancionador.**

**5.- La norma ISO 19600:14 y los canales de denuncia o delación.**

**6.- El canal de denuncias y la LOPD: denuncias anónimas versus denuncias identificadas.**

**6.1. Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos.**

**6.2. Criterio del GT29.**

**6.3. La externalización del canal de denuncias como solución a la controversia.**

**6.4 Incidencia del Anteproyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) en los canales de denuncia.**

## 1.- Introducción.

La implementación de los canales de denuncias en las organizaciones forma parte del proceso de implantación de un efectivo programa de prevención de delitos o compliance, y constituye además la exteriorización de una obligación legal.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 31 bis establece en el apartado 5º los requisitos que han de cumplir los modelos de organización y gestión con que han de contar las personas jurídicas imputables penalmente, cuya existencia y eficacia puede tener consecuencias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal.

Pues bien, el sub-apartado 4º del art. 31 bis 5 exige que tales modelos de organización y gestión impongan *"la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención."*

Por tanto, el legislador penal exige que exista un conducto, transparente y confidencial, a través del que la organización reciba, procese y gestione consultas relativas a la aplicación e interpretación del Código Etico, así como comunicaciones sobre posibles riesgos e incumplimientos (constitutivos de delito o simplemente irregulares), y ese conducto precisamente lo constituye el canal de denuncias.

En consecuencia, la propia existencia y el procedimiento que desarrolle el canal de denuncias habrán de ser conocidos por todos los miembros de la organización, y dicho canal deberá garantizar que las denuncias formuladas darán lugar efectivamente a un procedimiento de investigación interna, que se ejecutará con escrupuloso respeto de determinados garantías y derechos tales como la confidencialidad y ausencia de todo tipo de represalias contra el

denunciante y, que finalizará, en su caso, con la imposición de una eventual sanción.

### Regulación normativa

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Art. 31 bis del Código Penal, tras la reforma introducida por la LO 1/2015.

## **2.- Breve justificación histórica y regulación.**

Los mecanismos de denuncia interna (whistleblowing) tienen su origen en el derecho anglosajón (Lloyd-La Follete Act de 1912, Whistleblower Protection Act de 1989) en el ámbito de la administración pública norteamericana. Y más recientemente, la Sarbanes-Oxley Act de 2002 en relación a las empresas estadounidenses cotizadas y sus filiales en Europa.

En España, en un primer momento el art. 48 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley de Igualdad), obligaba a las empresas a arbitrar procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, y a proporcionar un adecuado cauce *"a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo"*.

Posteriormente, tras la reforma del art. 31 bis del Código Penal operada por la LO 1/15, el legislador penal ha introducido en el ámbito de la prevención de delitos en la persona jurídica, la obligación de informar de los posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la

observancia del modelo de prevención, lo que justifica la relevancia y necesidad de los canales de denuncia.

Anteriormente, tras la reformas introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y luego por la LO 7/2012, el Código Penal no hacía referencia alguna a los modelos de prevención de delitos y mucho menos a los requisitos de éstos. Tan sólo aquel art. 31 bis regulaba en su apartado 4º la posibilidad atenuatoria de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando con posterioridad a la comisión del delito y antes del comienzo del juicio oral, se establecían medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse (subapartado d).

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/16, que interpreta el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/15, e imparte instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los planes de prevención de delitos, también entiende que la existencia de los canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Afirma también la Circular que para que la obligación de uso de tales canales pueda ser exigible a los empleados de la empresa, es necesario que exista una regulación protectora específica del denunciante que permita informar sobre los incumplimientos, facilitándose la confidencialidad mediante sistemas que garanticen las comunicaciones sin riesgo a sufrir represalias.

Hasta el momento el TS no se ha pronunciado expresamente sobre el contenido y alcance de los canales de denuncia. Casi todas las resoluciones recaídas desde la reforma vigente del Código Penal, han resuelto sobre cuestiones procesales y no de derecho sustantivo, a excepción de la STS nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016, ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín, que si

bien se refiere al concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no hace referencia concreta alguna a los canales de denuncia.

En el ámbito internacional, actualmente la norma ISO 19600 o la norma norteamericana SA 8000, en el ámbito del compliance laboral y de la responsabilidad social corporativa (RSC), regulan la existencia de canales internos de denuncias o reclamaciones por incumplimientos legales o de la normativa interna de la empresa, constituyendo estos canales o conductos uno de los elementos básico de los programas de gestión de compliance.

A diferencia de EEUU, en Europa no se encuentran regulados expresamente los canales de denuncia, pudiendo las empresas crear los canales o conductos de denuncias internas, existiendo tan sólo ciertas recomendaciones en materia de protección de datos, como luego veremos.

#### Regulación normativa

Art. 48 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley de Igualdad).

Art. 31 bis tras las reformas introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Circular de la FGE 1/2016.

Norma ISO 19600

### Jurisprudencia relevante

Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016, Ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín.

### **3.- Concepto y objetivos del canal de denuncias.**

El canal de denuncias nace como un medio eficaz de autocontrol en la organización o persona jurídica, para prevenir, evitar y detectar la comisión de conductas que vulneren el Código Etico, de ilícitos penales y la corrupción en el sentido más amplio; es decir, no sólo la comisión de delitos en sentido estricto, sino cualesquiera conductas irregulares e incumplimientos, aún no delictivos, de las normas internas de la empresa plasmadas en el mencionado Código.

El canal de denuncias, por tanto, es un vehículo o instrumento de comunicación bidireccional, a través del que se gestionará y atenderá cualquier consulta o comunicación formulada por los propios empleados y profesionales de la organización, sobre determinadas conductas y comportamientos de los que hayan tenido conocimiento, contrarios a la normativa estatal o interna de la propia compañía, plasmada en sus protocolos o en sus códigos de conducta.

La comisión de delitos o de conductas irregulares no delictivas, vulnera la cultura ética de la empresa en particular y de la sociedad en general. Por ello es habitual referirse a los canales de denuncias como canales de delación o canales éticos, ya que el delator contribuirá a preservar la cultura de cumplimiento en la organización y por extensión, en la sociedad.

Estructuralmente la denuncia puede ser interna (a los gestores del canal) o externa (ante las autoridades). Sin embargo, actualmente es habitual que las empresas con preeminencia comercial, por temor al daño reputacional derivado de un incidente de cierta relevancia, prefieran no denunciarlo externamente y

depurar responsabilidades a nivel interno, sin perjuicio de la obligación de poner en conocimiento de la Justicia la comisión de un hecho delictivo.

Y es que el escenario de depuración privada o interna resulta insatisfactorio desde un punto de vista político criminal, pues conductas ilícitas de cierta entidad podrían quedar impunes y además determinados derechos y garantías del investigado en un procedimiento penal (asistencia letrada, presunción de inocencia, etc.) brillarían por su ausencia en un eventual procedimiento de investigación interna de una empresa.

Lo anterior podría evitarse mediante el reforzamiento de los deberes de denuncia, las sanciones en caso de incumplimiento, premiando o incentivando el uso del canal de denuncia, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pueda incurrirse por el ocultamiento o encubrimiento de la comisión de hechos delictivos o la omisión del deber genérico de denunciarlos.

Por ello, los objetivos de la implementación de un eficaz canal de denuncias serían los siguientes:

- Establecimiento de un conducto, en cumplimiento de la ley, eficaz y efectivo en la detección, prevención y evitación de conductas delictivas o contrarias al Código Ético de la organización.
- Dotar a la persona jurídica de una medida de control sobre su propia actividad.
- Detección anticipada e identificación de las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidas las infracciones penales que se pretenden evitar.
- Posibilitar la imposición de sanciones a los autores de las conductas denunciadas, en los supuestos que así proceda, dando además así cumplimiento a otra de las obligaciones o requisitos regulados en el art. 31 bis 5 (sub-apartado 5º) del Código Penal, sin perjuicio de las posibles

responsabilidades penales que hayan de ventilarse ante los Juzgados y Tribunales de ese orden.

- Permitir a la organización poner en conocimiento de las autoridades la infracción detectada a través del canal de denuncias, con la consiguiente atenuación de la responsabilidad penal ex art. 31 quater del Código Penal.
- Incluso colaborar con la investigación judicial aportando pruebas o proceder a la reparación o disminución del daño en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral, con la misma consecuencia penológica.
- Contribuir a la mejora continua de los procesos internos para la gestión y control de conductas ilegales o contrarias a la cultura ética de la empresa.

En definitiva, el canal de denuncias contribuye a que se haga efectivo aquel "*debido control*" -que propugnaba la reforma introducida por la LO 5/2010- por parte de los directivos y administradores respecto de las actividades de sus subordinados, cuya carencia o deficiencia conllevaba la responsabilidad penal de la persona jurídica si tales subordinados delinquían y lo hacían en el ejercicio de su actividad social (anterior redacción del art. 31 bis 1 del Código Penal).

Tras la reforma del Código Penal que entró en vigor el 01 de julio de 2015, aquel "*debido control*" fue terminológicamente sustituido por "*los deberes de supervisión, vigilancia y control*" de la actividad de los subordinados por parte de quienes tienen funciones ejecutivas o de organización y control de la compañía, de tal modo que si el incumplimiento de tales deberes es grave y aquellos subordinados han cometido alguno de los delitos que generan responsabilidad penal para la persona jurídica, ésta podría resultar condenada (art. 31 bis 1 b).

Resulta evidente, por tanto, desde este momento, la relevancia y la necesidad de un efectivo canal de denuncias como fuente de información y parte



integrante del proceso de implantación de un programa de prevención de delitos o compliance en una organización.

Como hemos expuesto anteriormente, la propia Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado, que exponía el parecer y la interpretación de la fiscalía respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma introducida por la LO 1/15, apuntaba que los canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas constituyen uno de los elementos clave de los modelos de prevención. En un eventual proceso penal, a juicio de la fiscalía no se considerará efectivo tal modelo si carece de un efectivo canal de denuncias internas que garantice la confidencialidad e indemnidad del denunciante.

En conclusión, dichos canales éticos o de denuncia favorecerán la cultura de cumplimiento de la organización con el propio modelo de prevención y con la normativa vigente, así como con los principios y valores de ética empresarial, de tal forma que tal cultura de cumplimiento, a la que se ha referido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en recientes sentencias, forme parte del ADN de la empresa, desde la alta dirección hasta el último nivel jerárquico, de modo que el grado de utilización del canal de denuncias será un indicador de la mencionada cultura de cumplimiento.

#### Regulación normativa

Arts. 31 bis y quater del Código Penal, texto vigente.

Art. 31 bis del Código Penal tras la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Circular de la FGE 1/2016.

### Jurisprudencia relevante

Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016, Ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín.

#### **4.- Proceso de funcionamiento del canal de denuncias.**

##### **4.1.- Principios rectores.**

A fin cumplir con la normativa aplicable y con su finalidad, que no es otra que prevenir incumplimientos normativos o corregir los ya detectados, los canales de denuncias han de estar dotados de determinados principios que rijan su funcionamiento y garanticen su eficacia, con la consiguiente credibilidad y confianza que generará el canal ético o de denuncias en los empleados de la organización. Ello, sin duda, repercutirá positivamente en el uso recurrente del sistema, canalizándose a través del mismo cualquier denuncia o reclamación relativa a conductas o acciones cometidos por otros empleados o directivos que puedan vulnerar las leyes estatales y la propia normativa interna o códigos éticos de la organización.

La cuestión debe abordarse no sólo desde el punto de vista de la normativa o perspectiva jurídico-penal, sino de forma integral teniendo en consideración otras normativas nacionales e incluso internacionales, en materia laboral, prevención de riesgos, tributaria, protección de datos, etc.

Los requisitos o principios rectores del funcionamiento de los canales internos de denuncias o canales éticos, podrían ser los siguientes:

- a) Confidencialidad en el tratamiento de las comunicaciones y garantía de protección e indemnidad al denunciante.

Se trata quizá del requisito más relevante, que fomentará el uso y la eficacia del canal. La referida Circular 1/2016 FGE establecía que las empresas han de

disponer de una *regulación protectora específica del denunciante (whistleblower)*, imprescindible para que pueda resultar exigible a los trabajadores la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de controlar el funcionamiento del modelo de prevención (art. 31 bis CP).

Se debe garantizar por tanto (i) la confidencialidad del denunciante mediante eficaces sistemas de comunicaciones (correos electrónicos, llamadas o mensajes telefónicos, etc.) y (ii) el derecho a la indemnidad, esto es, la no existencia de represalias tras la formulación de la denuncia, queja o comunicación.

Efectivamente, desde la óptica del trabajador denunciante, una de las cuestiones más relevantes será conocer las consecuencias laborales de su denuncia. Se trataría de determinar si el empresario está legitimado para despedir disciplinariamente al trabajador (art. 54.2 ET) o reubicarle en un puesto de trabajo de peor condición, sobre la base de un quebrantamiento de la buena fe contractual.

En España la cuestión se ha sustanciado por la vía del recurso de amparo ante el TC, interpuesto por trabajadores despedidos por haber denunciado irregularidades e incluso delitos en el ámbito de la empresa. Al respecto la postura mayoritaria del TC mantiene que el despido del trabajador por denunciar hechos noticiables y de interés general atenta contra el derecho fundamental a la información (art. 20.1 d CE).

Por ello, en el ámbito jurisdiccional laboral, tal derecho conllevaría la nulidad de cualquier sanción laboral impuesta por la empresa que venga motivada o guarde relación con una previa denuncia del trabajador.

Lo anterior contrasta con el pronunciamiento de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su Informe Jurídico 128/2007, que concluía que ha de evitarse la existencia de denuncias anónimas, si bien se garantice el tratamiento confidencial de las denuncias formuladas a través de los sistemas de *whistleblowing*. Posteriormente nos referiremos a esta cuestión.

b) Objetividad y transparencia en el proceso de investigación de las denuncias.

El órgano gestor del canal de denuncias o ético habrá de ser plenamente objetivo y transparente en los procesos de investigación y resolución de las denuncias que se formulen. A tal fin será conveniente que el instructor del expediente sea una persona distinta de las encargadas de la resolución del mismo.

También la Circular 1/16 FGE recomendaba incluso la externalización del servicio de *whistleblowing*, lo que dotaría al sistema de una mayor imparcialidad y confiabilidad. Luego nos referiremos también a esta cuestión.

En relación con este requisito o principio, será necesario un análisis riguroso y exhaustivo de los hechos denunciados para confirmar la veracidad o no del incumplimiento denunciado, con respeto a la presunción de inocencia y demás derechos y garantías de las personas involucradas. Es decir, el órgano gestor del canal ético habrá de ejecutar con el máximo rigor el proceso de investigación derivado de las denuncias o comunicaciones recibidas, fundamentando y justificando suficientemente sus conclusiones.

Respecto a los procesos internos de investigación, dependiendo de cómo se efectúen tales investigaciones, la prueba obtenida podrá ser lícita y por tanto válida y eficaz en un eventual procedimiento judicial, ya sea de índole laboral

para fundamentar un despido disciplinario, por ejemplo, o de orden penal para motivar una condena por la comisión de un delito.

Por el contrario, la prueba obtenida como consecuencia de los procesos de investigación interna, podrá reputarse ilícita y por tanto nula e ineficaz a efectos probatorios, en supuestos de vulneración de derechos fundamentales (derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones ex art. 18 CE), al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ.

En España, es muy relevante la jurisprudencia del TS y TC con relación a la valoración de las pruebas obtenidas por el empresario a los efectos de acreditar la comisión de un delito o la existencia de motivos de un despido disciplinario.

Dicha jurisprudencia reconoce las facultades de control y fiscalización por el empresario de los medios puestos a disposición del trabajador para la producción (teléfono, ordenador corporativo, cuentas de correo electrónico, etc.), si previamente la empresa ha establecido unas reglas de uso de tales medios y estas han sido puestas en conocimiento de los trabajadores y han sido aceptadas por estos. En tales casos, no puede presumirse la existencia de expectativa de privacidad por parte del trabajador y las facultades de control del empresario priman sobre los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, al amparo de lo dispuesto en el art. 20.3 del ET.

#### c) Formación previa a los empleados.

La organización ha de informar y formar previamente a sus empleados, sobre la existencia, finalidad y funcionamiento del canal ético o de denuncias, así como de que se garantizará la confidencialidad respecto a la identidad del denunciante y los hechos denunciados, y que no se producirá ninguna represalia derivada del hecho de denunciar e informar a través del canal de denuncias (confidencialidad e indemnidad).

También se debe informar al empleado de cuestiones formales tales como la forma de presentación de la denuncia, trámites y plazos de resolución, así como también garantizarle que efectivamente se informará a la persona afectada de la existencia de la denuncia formulada en su contra, respetándose la normativa existente en materia de protección de datos personales.

Tal formación no sólo ha de impartirse previamente a la implantación del canal de denuncias o del propio modelo de prevención (por ejemplo a través del Código Etico), sino también posteriormente y de manera periódica, con ocasión de la revisión y actualización del sistema o modelo, debiendo insistir la organización en el uso y finalidades del canal de denuncias.

d) Revisión y actualización periódica del sistema.

Ya el art. 31 bis apartado 5.6º establece como uno de los requisitos que han de cumplir los modelos de prevención de delitos, la realización de verificaciones y revisiones periódicas de los mismos y sus eventuales modificaciones cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada por la organización. También dichas verificaciones serán aconsejables con ocasión de cambios normativos o de criterios jurisprudenciales que recomienden ajustes de los propios modelos.

Por tanto y coherentemente, la evaluación periódica del sistema interno de denuncias será un elemento clave que garantice su eficacia, pudiendo detectarse deficiencias y errores a subsanar (en el propio funcionamiento o diseño del sistema, fugas de información durante la investigación, etc.) y comprobarse si los resultados están alineados o no con la política de cumplimiento normativo de la compañía.

Por último, también resulta conveniente que la validación del sistema vaya acompañada de una auditoría externa que verifique todo el proceso.

e) Establecimiento de un sistema disciplinario de incumplimientos.

También el art. 31 bis 5.5º del Código Penal exige el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo de prevención de delitos.

Lo mismo ha de predicarse respecto de los incumplimientos de la obligación de informar a través del canal ético o de denuncias. Es decir, el modelo no sólo debe prever las sanciones derivadas de los incumplimientos o infracciones detectadas, sino también las sanciones derivadas de la vulneración del deber de informar de tales infracciones o no hacerlo con sujeción al procedimiento y forma establecidos.

La obligación de informar y las sanciones derivadas del incumplimiento de tal obligación, pueden regularse perfectamente en el Código Etico que han de conocer todos los miembros de la organización.

f) Comunicación a los legales representantes de los trabajadores.

Respecto a los canales de denuncia destinados al control o prevención de incumplimientos laborales, su implementación ha de comunicarse y negociarse con los representantes de los trabajadores.

Así se desprende del art. 64.5 del Estatuto de los Trabajadores, que regula el derecho de los representantes legales de los trabajadores a ser informados y consultados sobre la adopción de medidas preventivas adoptadas por la empresa, así como a emitir un informe previo a la implantación y revisión de los sistemas de control de trabajo.

Por su parte, el art. 48 de la antes aludida Ley 3/2007, de Igualdad impone a las empresas la obligación de negociar con los legales representantes de los trabajadores, la implantación de medidas preventivas del acoso sexual o por razón de sexo, tales como elaboración y difusión de códigos éticos, acciones de formación o campañas informativas.

#### Regulación normativa

Art. 31 bis del Código Penal, texto vigente.

Circular 1/2016 FGE.

Arts. 54.2, 20.3 y 64.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Arts. 18 y 20.1 de la Constitución Española.

Art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Art. 48 de la LO 3/2007, de Igualdad.

Informe jurídico nº 128/2007, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

#### Jurisprudencia relevante

#### **4.2.- Organización interna: gestión y tramitación de las denuncias.**

A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 31 bis 5-4º, las organizaciones deben crear un departamento específico en el seno de la empresa, dedicado a la recepción y gestión de las denuncias y a la organización de la investigación. Tal departamento podría constituir o denominarse "Comité de Ética" o incluso podría formar parte o estar integrado en el de cumplimiento normativo o compliance, o incluso la recepción y gestión de las denuncias podría llevarla a cabo, en compañías de dimensiones no muy grandes, el compliance officer u oficial de cumplimiento.



El departamento de recepción y gestión de las denuncias deberá estar compuesto por un número limitado y definido de personas con formación específica y vinculados contractualmente (por escrito) en lo que respecta a la concreta obligación de confidencialidad que han de asumir en su gestión.

La formación de estas personas debiera ser jurídica y suficiente como para clasificar las denuncias y los hechos objeto de las mismas, de tal modo que puedan discriminarse las que carezcan de toda relevancia u obedezcan a otra serie de motivaciones –sin perjuicio de su registro o apunte- de las que si sean relevantes o deriven de hechos especialmente graves, lo que habrá de propiciar su gestión mediante un procedimiento más ágil y rápido, y/o su comunicación al órgano de administración o a la autoridad competente, según el procedimiento previamente confeccionado y documentado. Es también conveniente que la formación de los gestores sea jurídica, para garantizar en el proceso de investigación el respeto a las garantías y derechos de los trabajadores, cuestión a la que antes nos hemos referido.

Dicha gestión, en la recepción y tramitación de las denuncias, debe estar presidida en todo momento por los principios de imparcialidad y objetividad, por lo que el sistema interno de denuncias debe estar funcional y materialmente separado de otros departamentos de la compañía, como el de recursos humanos, el financiero o tributario, a fin de evitar *contaminaciones* o filtraciones.

Este departamento de recepción y gestión, garantizará que la información recogida se tratará confidencialmente (incluso con la adopción de ciertas medidas de seguridad, tales como el registro de la información en registros encriptados, custodia del servidor, etc.) y se transmitirá exclusivamente a las personas responsables de la investigación de los hechos o conductas denunciadas.

Con la finalidad de facilitar la formalización de la denuncia por los trabajadores, es conveniente que las organizaciones dispongan de un formulario o impreso estandarizado. Respecto al contenido mínimo de las denuncias podría ser el siguiente:

- Exposición clara y detallada de los hechos.
- Identificación de la sociedad, unidad de negocio o departamento en la que se han producido los hechos.
- Identidad y puesto de trabajo del denunciante.
- Identificación de las personas involucradas en los hechos, así como de los posibles testigos o personas conocedoras de los mismos.
- Fecha de los hechos.
- Cuantificación económica, si es posible, del impacto de los hechos denunciados.
- Posibilidad de aportar documentos, archivos u otra información conveniente para la acreditación o resolución de los hechos denunciados.

Como hemos apuntado anteriormente, resulta deseable que las personas que recepcionen y gestionen las denuncias no sean las mismas que lleven a cabo el posterior proceso de investigación a fin de garantizar la imparcialidad y objetividad en la resolución de los expedientes incoados a raíz de las denuncias.

En consecuencia, es conveniente que todas las denuncias deban ser escaladas y comunicadas al nivel jerárquico establecido, habilitándose en todo momento un canal de comunicación abierta y fluida con el denunciante, lo que propiciará la aportación de nuevos datos o pruebas adicionales, una ampliación de los hechos inicialmente denunciados o de la propia investigación. Todo ello, sin perjuicio de la confidencialidad de la información recibida a través de la

denuncia y el resultado de la investigación posterior, que no ha de comunicarse al denunciante.

En la gestión del proceso será necesaria la utilización de herramientas que revistan de las máximas medidas de seguridad, pudiéndose recurrir incluso a personal más especializado si los hechos denunciados o la propia investigación así lo requiere. Los resultados de las investigaciones podrán ser incluidos en un informe elaborado por el departamento competente de la organización que podría ser aportado posteriormente al correspondiente procedimiento judicial o administrativo.

Por último, posteriormente nos referiremos con más detalle respecto a la posibilidad de externalizar del canal de denuncias o de delación, al tratar la cuestión relativa a si las denuncias pueden ser anónimas, en todo caso identificadas, o si pueden admitirse ambos tipos.

#### **4.3.- Resolución de los expedientes incoados por denuncia e información al órgano de administración.**

Recibida la denuncia, es conveniente proceder a su evaluación previa en el breve plazo que se estipule, y posteriormente iniciar el proceso de investigación interna, con el conocimiento de las personas implicadas y con escrupuloso respeto de los principios de transparencia y responsabilidad y bajo un régimen estricto de confidencialidad respecto a la identidad del denunciante.

En este punto es relevante la figura del Instructor del expediente, pudiendo no ser la misma persona que ha recibido, gestionado y evaluado la denuncia. El Instructor (o equipo de instrucción) puede ser una persona integrante del Comité de Ética o departamento de cumplimiento, o un tercero externo. Deberá emitir un informe de investigación en los plazos al efecto estipulados, debiendo recomendar las medidas o diligencias a adoptar para una eficaz investigación de

los hechos (entrevistas al denunciante, implicados, solicitud de información o documentación a otros departamentos de la organización, análisis de datos, obtención de información a través de fuentes externas, etc.). Es conveniente que la fase de investigación no tenga una duración excesiva, a lo sumo tres meses.

Concluida la investigación, deberá emitir un Informe con al menos las siguientes conclusiones:

- Infracciones detectadas.
- Posibles responsables.
- Controles establecidos.
- Cuantificación económica de los perjuicios.
- Planes de acción.
- Alegaciones del denunciado, a quien se otorgará un plazo razonable (por ejemplo no inferior a 10 días), a fin de que pueda efectuar alegaciones y aportar las evidencias que estime oportunas.

Dicho informe será remitido por el instructor o el equipo de instrucción, al órgano que previamente se establezca: comité de ética, órgano de cumplimiento normativo, unidad de riesgos empresariales, servicios jurídicos, recursos humanos, o al departamento de que se trate, que deberá alcanzar determinadas conclusiones derivadas de la investigación.

#### **4.4.- Conclusión y proceso sancionador.**

El proceso de denuncia quedará documentado por escrito y el órgano o departamento antes descrito, habrá de emitir un informe de conclusiones, salvo

que entienda que la investigación de los hechos resulta insuficiente y solicite una ampliación de la misma.

Dicho informe definitivo debería incluir una propuesta de sanción en función de la gravedad de los hechos investigados así la recomendación de medidas y acciones a implementar como consecuencia de las conclusiones del estudio.

El informe debería remitirse al órgano de administración, Presidencia o a la Comisión de Auditoría y Control, según se establezca, debiendo ponerse los hechos y el informe en conocimiento de la fiscalía o de las autoridades competentes en el supuesto que los hechos sean a priori constitutivos de delito.

Deberá informarse al denunciante que la investigación ha concluido y que el expediente originado por su denuncia ha finalizado. Resulta discutible que deba informarse al denunciante del resultado de la investigación y de las medidas o acciones a adoptar.

Por supuesto también deberá informarse al denunciado del resultado de la investigación y de la decisión de la compañía al respecto.

Es conveniente llevar a cabo el registro de todos los trámites del proceso descrito, desde la recepción de la denuncia hasta la fase de conclusiones del mismo, con objeto de garantizar la trazabilidad de todas las gestiones.

También es necesario informar al menos anualmente al Código Etico mediante un informe que incluya todos los datos del ejercicio: número de denuncias, identidad del denunciante y denunciado, acciones adoptadas, etc.

## **5.- La norma ISO 19600:14 y los canales de denuncia o delación.**

Las normas ISO son dictadas por la Organización Internacional de Normalización. Esta entidad dicta normas de certificación y directrices que sirven para estandarizar y homologar determinados productos y procesos. Su

aportación es por tanto relevante, al igual que el papel que juega la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), que extrapola las normas técnicas preparadas por ISO a España.

La norma ISO 19600-2014 "Sistemas de gestión de compliance – Directrices", considera los canales de denuncia o delación como una herramienta efectiva de comunicación, sin perjuicio de la existencia de otras.

Su cláusula 9.1.3 "Fuentes de opinión sobre el desempeño de compliance", establece que la organización debe contar con procedimientos para recabar opiniones y percepciones de sus empleados en lo relativo al compliance, a través de diversas fuentes, tales como los empleados mediante canales de denuncia, sugerencias y buzones de opinión.

Y en la cláusula 10.1.2 "Escalado de información", dispone que un sistema de compliance eficaz ha de incluir un mecanismo para que los empleados de la organización y otras personas informen sobre las malas prácticas reales o sospechosas, o sobre violaciones de las obligaciones de compliance, de forma confidencial y sin temor a represalias (derecho a la indemnidad).

En otros países en los que se han implementado los canales de denuncia o delación, antes que en España, se ha evidenciado que estos son un elemento básico en el sistema de detección de conductas irregulares y delictivas, más allá de descubrimientos fortuitos o tardíos poco efectivos cuando la conducta es reiterada y especialmente grave.

En cualquier caso, del tenor literal del vigente artículo 31 bis del Código Penal, se desprende con claridad que no se considerará un modelo de prevención de delitos apto y suficiente para eximir de responsabilidad penal a las persona jurídica, aquel que no disponga de un canal de delación debidamente implantado, conocido y utilizado. Además, constituye una prueba o

exteriorización de la cultura de cumplimiento de la empresa, y de que esta emplea medidas efectivas de diligencia debida en su modelo de prevención penal y de su compromiso con el Buen Gobierno y la Responsabilidad Social corporativos.

## **6.- El canal de denuncias y la LOPD: denuncias anónimas versus denuncias identificadas.**

Es relevante la cuestión relativa a si las denuncias formuladas a través del Canal Ético deben ser anónimas, identificadas, o si pueden admitirse ambos tipos.

### **6.1.- Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).**

En España, respecto a la conformidad de los canales de denuncia con la LO 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), así como con los derechos de los trabajadores, resulta relevante el informe que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emite con ocasión de una consulta realizada en 2007 por una empresa multinacional.

Sin perjuicio de que los informes de la AEPD no tienen carácter vinculante, si poseen argumentación jurídica que debe ser tenida en consideración para la implementación de los canales de denuncias.

La AEPD interpreta restrictivamente la posibilidad de las denuncias anónimas. En su Informe Jurídico 128/2007 indica: *"Por ello, a fin de garantizar el cumplimiento del mencionado principio (derecho de acceso) deberá exigirse que el sistema únicamente acepte la inclusión de denuncias en que aparezca identificado el denunciante, sin perjuicio de las salvaguardas que se han señalado para garantizar la confidencialidad de sus datos de carácter personal, no bastando el establecimiento de un primer filtro de confidencialidad y una posible alegación última del anonimato para el funcionamiento del sistema."*

En opinión de la AEPD, los canales de denuncia serán conformes con la LOPD cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Todos los empleados de la compañía podrían ser denunciantes o denunciados. Los empleados serán previamente informados de la existencia y finalidad del sistema, su funcionamiento, la garantía de confidencialidad de los datos del denunciante y la garantía de la información al denunciado de la existencia de la denuncia.
- b) La información ha de constar en el contrato de trabajo.
- c) El procedimiento de denuncia será telefónico o presencial. A los datos sólo accederán, en principio, el oficial de cumplimiento y las personas para las que resulte imprescindible para la investigación de los hechos.
- d) El sistema incorporará los datos del denunciante y denunciado, los hechos denunciados y el resultado de las investigaciones.
- e) Se informará al denunciado a la mayor brevedad de los hechos denunciados, los destinatarios de la información, el departamento responsable del sistema y sus derechos en materia de protección de datos. No se informará en principio sobre la identidad del denunciante.
- f) Los datos serán cancelados en un plazo máximo de dos meses tras el fin de las investigaciones si los hechos no hubieran sido probados. En caso de entablarse acciones, los datos se conservarán en tanto sea necesario para que la compañía ejercite sus derechos en el juicio.

Ante la disyuntiva sobre si la denuncia debe ser anónima o confidencial, la AGPD entiende que las denuncias deben ser identificadas sin perjuicio de garantizarse la confidencialidad del denunciante. Descarta la posibilidad de que sea anónima, en aras de los principios de exactitud e integridad de la información que conste en el sistema. El denunciante deberá identificarse ante



el receptor de la denuncia, pero su identidad permanecerá reservada para al denunciado. No será aplicable, por tanto, el denominado "derecho de acceso" del denunciado, pues este sólo podrá acceder a los "datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos" (art. 15.1 LOPD), y la identidad del denunciante es un dato de un tercero, no un dato personal del denunciado.

## **6.2.- Criterio del GT29.**

El Grupo de Trabajo del artículo 29, grupo consultivo europeo sobre protección de datos, considera que los canales de denuncia deben establecerse de tal modo que no fomenten la denuncia anónima como forma habitual de su presentación.

Dado que los canales de denuncia deben garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante, quien pretenda denunciar deberá saber que no sufrirá perjuicio alguno como consecuencia de su acción (indemnidad). Por ello, los sistemas de denuncia de irregularidades deben informar al denunciante desde el primer contacto, que su identidad se mantendrá confidencial en todas las etapas del proceso, y en ningún caso se revelará a terceros, a la persona denunciada o a los superiores jerárquicos del denunciante. Y no obstante toda esta información, si el denunciante desea mantener el anonimato, la denuncia se admitirá.

Por tanto, la interpretación de este grupo de trabajo respecto a la denuncia anónima es menos restrictiva que la de la AGPD.

### **6.3.- La externalización del canal de denuncias como solución a la controversia.**

La propia AEPD, con posterioridad a la reforma del Código Penal introducida por la LO 1/2015, ha considerado la posibilidad de que la organización contrate a un tercero ajeno que se encargue del tratamiento y conservación de los datos identificativos del denunciante sin comunicarlos siquiera a la empresa.

Efectivamente, la externalización de la gestión del canal de denuncias, especialmente en lo relativo a fase de recepción y gestión de las mismas, presenta muchas ventajas como ya ponía de manifiesto de Circular 1/16 de la FGE.

Ventajas no sólo en lo relativo a la imparcialidad y objetividad del órgano gestor, sino también respecto al tratamiento, conservación y confidencialidad de los datos de carácter personal del denunciante.

El tercero externo subcontratado para la recepción y gestión de las denuncias, ha de tener preferentemente formación jurídica por las razones expuestas anteriormente (respeto a los derechos y garantías del denunciado, rigor en la evaluación y filtración de las denuncias recibidas, etc.) y las ventajas que reportará dicha externalización serán las siguientes:

- El denunciante puede actuar de manera identificada garantizándose más fácilmente la confidencialidad de su identidad y de la información facilitada. Ello redundará además en una mayor confianza por parte de los empleados y usuarios del canal de denuncias, en este tipo de gestión o sistema externo y ajeno a la organización. De este modo además se da cumplimiento al criterio jurídico de la AEPD y no se lesiona ni vicia el valor probatorio de las evidencias que posteriormente se aportarán en un eventual procedimiento judicial.

- En relación con lo anterior, evidentemente se evitará más fácilmente cualquier tipo de represalia contra el denunciante por parte de la organización u otro empleado o directivo, al recibir la denuncia un tercero ajeno a la empresa, que además podrá filtrar y seleccionar la información que finalmente se facilita a la organización.
- La propia organización quedará liberada de aplicar fuertes medidas de seguridad de conformidad con la normativa en materia de protección de datos, al encontrarse el servidor o base de datos de las denuncias fuera del control de la empresa.
- La gestión del canal por un tercero ajeno a la empresa, con los gastos y costes que ello conlleva, denota un mayor compromiso de la organización con la cultura de cumplimiento y más eficacia del modelo de prevención, lo que redundará en una eventual exención de responsabilidad penal de la persona jurídica.
- El gestor externo del canal de denuncias será un mero intermediario entre los denunciantes y el órgano de cumplimiento de la organización, o el oficial de cumplimiento (compliance officer), y no guardará relación ni vinculación alguna, en principio, con los órganos de instrucción interno y el de administración de la empresa. Ello sin perjuicio de los necesarios reportes confidenciales de actividad al compliance officer, para efectuar un seguimiento del funcionamiento del canal de denuncias.

Alternativamente, pueden coexistir y combinarse diversos canales de denuncia en la misma organización, que faciliten su uso alternativo en determinados casos, generando ello la confianza del empleado o usuario del canal. En este sentido, existen en España algunas organizaciones que utilizan éste método combinado de diversos canales de denuncia, por ejemplo uno interno (sistematizado on line, por correo electrónico o mediante una carta confidencial

explicativa) en la propia organización gestionado por la asesoría jurídica o departamento de cumplimiento normativo, y otro externo o externalizado contratado y gestionado por un gestor jurídico o despacho de abogados.

Por último, refiriéndonos al ámbito jurisdiccional penal, se exige la identificación del denunciante pero en la práctica se admiten a trámite denuncias anónimas con ciertas cautelas.

En concreto, se considera que la denuncia anónima es legal (art. 308 LECr.) y que no impide por sí sola la investigación de los hechos de que en ella se de cuenta, si bien ha de actuarse con la máxima prudencia y rigor, especialmente cuando determinados preceptos de la LECr. (arts. 266 y 267) requieren la identificación del denunciante. Sin embargo, al no proscribir la denuncia anónima la ley procesal penal, no puede decretarse su reproche automático.

#### **6.4.- Incidencia del Anteproyecto de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) en los canales de denuncia.**

El anteproyecto de dicha Ley se hace eco de lo dispuesto en el Reglamento Europeo 2016/679, aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. De aprobarse con la redacción actual de su anteproyecto, las denuncias que se presenten a través de los canales internos de denuncia, podrán ser anónimas.

No admitir el anonimato puede impedir o dificultar que muchos denunciante comunicen irregularidades o ilícitos de los que han tenido conocimiento, mermando la eficacia del canal de denuncias y del propio sistema de compliance.

Por el contrario, la denuncia anónima también puede resultar perjudicial pues parece liberar de responsabilidad al denunciante, y puede propiciar una oleada de denuncias por hechos falsos, inexactos o que obedezcan a intereses espúreos.

El artículo 17 del anteproyecto refuerza la efectividad de los programas compliance y establece que “será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad privada, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de esos sistemas de información.”

Por tanto, se exige expresamente que los empleados o terceros que contraten con la persona jurídica estén informados de la existencia de los canales de denuncia.

En su apartado 2, el art. 17 del anteproyecto afirma que los datos contenidos en el canal o sistemas de denuncias quedará exclusivamente limitado al personal con funciones de control interno y de cumplimiento y, sólo en los supuestos de adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, también al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.

También la organización debe preservar la identidad y garantizar la confidencialidad del denunciante (apartado 3), y tanto sus datos como los de los empleados y terceros deberán conservarse en el sistema durante el tiempo imprescindible para la averiguación de los hechos denunciados, con un límite máximo de tres meses desde su introducción en el canal (apartado 4).

Por tanto, parece que la tendencia será considerar los canales de denuncia no sólo como confidenciales sino también anónimos, al menos en lo que a la identidad del denunciante se refiere.

En conclusión, los sistemas o canales de denuncia cobrarán cada vez más relevancia en las organizaciones españolas. Ya no sólo hace referencia a ellos la

legislación laboral y penal, sino también la relativa a la regulación de datos de carácter personal en el ámbito de los sistemas de denuncias internas en el sector privado.

Jesús Mandri Zárate.

Abogado.