

LA LEY mercantil

NÚM. 52 | NOVIEMBRE 2018

SUMARIO

Competencia

— «¿Derechos fundamentales *versus* eficacia de las Ordenes de inspección?: La (in)validez del consentimiento prestado por las empresas objeto de inspecciones en el Derecho de la Competencia», por Javier GUILLÉN CARAMÉS

Propiedad industrial e intelectual

— «Caducidad de la marca por vulgarización: caso *After sun* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 6 de junio de 2018)», por Santiago ARAGONÉS SEIJO

Sociedades

— «Las sociedades profesionales como parte de un grupo de sociedades», por José María MORENO-MONTERO OLMO

Empresa y empresario

— «La nueva figura del Informante Protegido en la Legislación europea: Evolución y Desafíos: Canales de Denuncia, Cumplimiento Normativo e Instituciones financieras», por Daniel CORONAS VALLE

DIRECTOR

Alberto Alonso Ureba

SECRETARÍA

María Ángeles Alcalá Díaz

María Enciso Alonso-Muñumer

Reyes Palá Laguna

Jorge Viera González



EMPRESA Y EMPRESARIO

Opinión Legal

La nueva figura del Informante Protegido en la Legislación europea: Evolución y Desafíos: Canales de Denuncia, Cumplimiento Normativo e Instituciones financieras

Daniel Coronas Valle

Universidad de Málaga

FICHA TÉCNICA

Resumen: *El presente artículo analiza la evolución y el estado actual de la legislación europea y nacional respecto de la protección conferida al denunciante anónimo en el seno de una organización. Partiendo de la*

Propuesta de Directiva Europea sobre el informante protegido se atisban cambios profusos no solo en las legislaciones internas sino en la forma de actuar y pensar del legislador, autoridades y ciudadanos. Buena parte de la reforzada protección que se concede a estos últimos debe ponerse en conexión con las normativas que establecen la obligatoriedad de crear y gestionar un canal de denuncias interno como elemento de garantía para un correcto funcionamiento de las normas de conducta interna: transparencia y auto regulación vertebran nuevamente las últimas codificaciones internacionales.

Palabras clave: Denunciante anónimo, cauce interno, actividades irregulares, canal de denuncias, confidencialidad, protección de derechos, transparencia, auto regulación, Propuesta de Directiva europea sobre *whistleblowers*, Cumplimiento Normativo, normas EBA, normas de Gobierno interno de instituciones financieras, Directiva europea de seguros (IDD), MIFID II, legislación contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, legislación penal

Abstract: *This articule is about the current european initiatives around whistleblowers and internal channels in cases of breaches and unlawful activities. Studying the European Directive Proposal, we can discover future and remarkable changes in our law environment. We can discern a strong protection for consumers and citizens all over EU. In this protection the new figure of an internal channel for all kinds of corporations (specially in banking sector) function as a guarantee of rights and a way to secure accurate application of the laws.*

Keywords: *whistleblowers, internal channels, confidentiality, breaches and unlawful activities rights protection, transparency, self regulation, Compliance, EBA rules, Insurance Distribution Directive (IDD), Directive on Markets in financial Instruments (MIFID II), financial institutions internal governance, laws against money laundering, criminal law*

I. La propuesta de Directiva de la UE sobre denunciantes: impacto en el sector público y privado. Un cambio de paradigma en la mentalidad europea

El 23 de abril de 2018 la Unión Europea (UE) publicó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (2018/0106 COD).

El texto parte de la premisa de la inexistencia hasta la fecha de una regulación comunitaria en materia de denuncias y denunciantes (*whistleblowers* en inglés) por actividades ilícitas o abuso de mercado que puedan acarrear graves perjuicios al interés público.

Ciertamente, hasta el momento, puede constatarse una falta de protección eficaz de los denunciantes y de sus derechos fundamentales a la libre expresión así como la libertad de los medios de comunicación, asuntos consagrados en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La débil y sobre todo dispersa protección a los denunciantes a lo largo del territorio comunitario presenta diversas problemáticas que el texto que comentamos pretende paliar.

En efecto la UE detecta un alto grado de fragmentación que origina inseguridad en los posibles

denunciantes y que en numerosas ocasiones genera un efecto disuasorio en la conducta final del denunciante.

Las personas que informan sobre amenazas o perjuicios para el interés público en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. Los denunciantes requieren protección jurídica específica cuando obtienen y transmiten información ya que corren el riesgo de sufrir represalias en su trabajo. Se producen por tanto razones, entre otras, relativas a la vulnerabilidad económica y laboral de quien denuncia.

Otro avance que aporta la introducción regulada de esta figura es una mejora de la transparencia empresarial, asunto que preocupa sobre manera a las autoridades comunitarias encargadas de velar por un correcto funcionamiento del mercado único y la competencia leal.

En conexión con esto las medidas de la Comisión persiguen al tiempo una fiscalidad europea más justa, eficaz y transparente. Puede afirmarse que esta Directiva actúa como complemento de la cooperación tributaria internacional expresada a través de instrumentos como las Directivas de Ahorro (en sus diferentes versiones) y más en concreto en la aplicación del Estándar Común de Intercambio de Información Tributaria conocido internacionalmente como CRS. Estas iniciativas se conectan a su vez con la regulación nacional, europea e internacional sobre prevención en blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Esencialmente nos referimos a la IV Directiva sobre Blanqueo (2015/849) y las Directivas 2011/16 y 2014/107 sobre intercambio de información tributaria entre Estados (1).

La propuesta entra en terreno programático cuando alude al diálogo social como garantía de una información eficaz protegiendo en tal sentido los puestos de trabajo en Europa y las necesidades de sus trabajadores y empresas. Es lo que con acierto denominaba el parlamentario europeo Ramón Jáuregui «evitar el *dumping* social en nuestra Europa» (2).

Ciertamente se considera que los trabajadores deben ser consultados sobre los procedimientos internos de denuncia de infracciones que incluso pueden ser incluidos en los correspondientes convenios colectivos.

Como es habitual en la normativa comunitaria de nuevo cuño, dos principios alumbran la aplicación de un nuevo texto para superar barreras y dificultades interpretativas.

Por una parte, el principio de subsidiariedad por el que se prevé que persista la fragmentación de la protección a nivel nacional y se constata que la protección de los denunciantes no puede llevarse a cabo si los Estados actúan en solitario o de forma descoordinada.

Por otra, el principio de proporcionalidad en la aplicación del Derecho de la Unión situando al mismo como un marco mínimo de protección dejando a los Estados la posibilidad de introducir medidas más favorables a los derechos de los denunciantes siempre que no interfieran con las medidas para la protección de los interesados.

En otras palabras, estamos frente a una propuesta de Directiva de armonización mínima para explotar las capacidades de la denuncia como mecanismo de aplicación del Derecho Comunitario.

Otro catalizador a la hora de publicar una regulación sobre las denuncias resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión (art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos (3) así como la Recomendación de 2014 del Consejo de Europa sobre protección de denunciantes y buenas prácticas internacionales en tal sentido).

El Capítulo II de la Directiva denomina «cauce interno» a todo canal que permita tramitar una denuncia interna sobre una supuesta infracción del Derecho comunitario.

Estos cauces deben garantizar la confidencialidad de la identidad del informante como elemento clave para su protección. Otro aspecto a considerar es el plazo razonable en la respuesta que debe asumir el órgano interno que recibe la denuncia y el procedimiento de remisión externa a las autoridades competentes en el asunto.

En el Capítulo IV se obliga a que los informantes tengan razones fundadas para creer que la información comunicada sea cierta en el momento de la denuncia. De hecho el cauce interno debe constituir un primer paso obligatorio en el *iter* de la denuncia pudiendo ser los medios de comunicación un último recurso frente a la incapacidad de los primeros.

Como se ha dicho el texto emite su preocupación por las represalias internas que pueda sufrir el denunciante elaborando un catálogo no exhaustivo (art. 14) de conductas en tal sentido.

La norma propone una vinculación estrecha de causa y efecto entre la denuncia y el trato desfavorable, sufrido directa o indirectamente por el informante y que motiva la protección jurídica.

Por otra parte, el art. 16 señala que los afectados por las denuncias deben disfrutar de sus derechos y significativamente el de la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

El régimen jurídico de la nueva Directiva se completa con la alusión, en este caso muy determinante, a la protección de los datos personales tanto del denunciante como del denunciado. Resulta oportuno recordar la aplicación del nuevo régimen contenido por el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD 2016/679) que ha venido a espolear profundamente la capacidad de los ciudadanos europeos en la protección de sus datos dotándoles de potentes instrumentos con los que gestionar y denunciar abusos sobre estos por las empresas que operan en territorio europeo cualquiera que sea su origen o ubicación.

Especial relevancia consideramos que se confiere al sector financiero y al valor de las denuncias en el mismo. Precisamente, como atinadamente recuerda la introducción de la Directiva, la crisis financiera puso de relieve graves deficiencias en la aplicación de normas comunitarias y se introdujeron normas sobre el acceso a la actividad de las entidades de crédito y empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE). Estas fueron concretadas por las insertas en el Reglamento UE 575/2013 sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y empresas de inversión.

Curiosamente este período de crisis es el que origina asimismo normas que refuerzan el intercambio de información tributaria, el citado CRS, como medio para paliar la evasión y la elusión fiscal y la lucha contra el fraude fiscal en todas sus vertientes. En concreto se mencionan la competencia fiscal desleal de las empresas que socavan el presupuesto comunitario mediante el empleo de subterfugios fiscales como los paraísos y los vehículos de inversión y de baja o nula tributación.

Otros sectores productivos a los que se dedica atención expresa son el de la comercialización de productos en el mercado interior, la seguridad en el transporte, los delitos medioambientales, la cadena alimentaria, la seguridad nuclear, la salud pública, el derecho de los consumidores y la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier actividad que afecte a los gastos de la Unión.

La regulación propuesta contiene una mención a la seguridad nacional y la información clasificada por los Estados miembros y por la propia UE. Se trata de crear un espacio donde la denuncia fluya sin perjuicio de sectores que requieren estratégicamente una mayor protección por asunto de la materia.

Desde el plano subjetivo es notable el esfuerzo del texto por completar una definición de «trabajador» tal y como lo conceptúa el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) interpretado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) al indicar que se trata de una persona que realiza durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales percibe remuneración. Este incluye a trabajadores en relaciones atípicas como los a tiempo parcial o de duración determinada que presentan dificultades en la aplicación de la protección contra un trato injusto.

En nuestra opinión, la propuesta de ampliar la protección a ciertas categorías de personas físicas o jurídicas que no son expresamente trabajadores como los proveedores, los consultores, los accionistas y quienes ocupan puestos directivos, resulta novedosa y hasta cierto punto revolucionaria, ya que salvo en ciertas regulaciones específicas, no eran objeto de atención al respecto.

Desde el plano objetivo la naturaleza de la protección brindada encuentra su razón de ser en la salvaguarda de la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación. Debe recaer sobre quienes notifiquen acciones u omisiones en una organización interna o ante una autoridad externa como sobre quienes actúen haciendo pública la denuncia directamente a través, por ejemplo, de redes sociales o canales públicos establecidos al efecto.

Nos parece acertada la protección al llamado «Cuarto Poder», el de la prensa, dentro de una

sociedad democrática. En tal sentido el texto consagra el importante papel que el denunciante aporta a la prensa de investigación y el derecho de la misma a su empleo tras el lógico contraste de la fuente.

Se producen algunas menciones a las especialidades de ciertas Agencias de la UE que ya funcionan mediante el mecanismo de la denuncia y el informante protegido. En concreto se alude a los cauces ya establecidos en la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea del Medicamento (EMA) o la Agencia Europea de la Seguridad Aérea (AESA). Todas establecen un régimen de confidencialidad sobre la identidad del informante que no se ve afectado por el texto propuesto que ahora comentamos.

El texto consagra un criterio de razonabilidad que debe ser destacado por su prudencia y aplicabilidad en el futuro; nos estamos refiriendo a empresas del sector privado y sus obligaciones de establecer cauces internos de forma proporcional a su tamaño y nivel de riesgo sectorial en relación al interés público. Es evidente que esta Directiva obligará a numerosas empresas de diversos sectores a implantar un canal de denuncias pero su gestión no será eficaz ni aportará beneficios a los ciudadanos si no se llevaba a cabo de manera adecuada a los fines de la propia empresa y tiene en cuenta los costes de su implantación.

Se entiende que la regulación propuesta atañe a todas las empresas de cualquier sector consideradas medianas o grandes. Al hilo de esta aclaración destaca la especialidad, dentro del sector de servicios financieros (4), de la excepción a la exención de las pequeñas y medianas empresas o microempresas sobre establecer un cauce interno de denuncias. Se entiende que por la cualificación y dificultad sus obligaciones deben ser tratadas con mayor rigor con independencia del tamaño del operador.

Los procedimientos internos de denuncia han de permitir a las empresas investigar las denuncias de sus empleados tanto de la matriz como empresas filiales del grupo en cuestión, y como se ha dicho, posibilitar tal investigación cuando la procedencia de la denuncia sea de algún agente o proveedor del grupo o persona relacionada con información por sus actividades laborales con la empresa o filial.

Internamente se abre un proceso, no del todo singular, para ubicar la persona y equipo que recibirá las denuncias y las tramitará. En cualquier caso los Departamentos de Cumplimiento Normativo son los primeros llamados a la gestión de estas actividades partiendo siempre de la ausencia de conflictos de interés y asegurando la independencia como rasgos consustanciales al Cumplimiento en sí mismo.

Para que el proceso pueda resultar exitoso y contenga notas de calidad y transparencia la Directiva señala un plazo de tres meses para la resolución de la denuncia; se trata de un plazo en total lo que nos da idea de la agilidad de la que se pretende dotar al mecanismo y al circuito interno de denuncia y resolución. Es lógico pensar que para cumplir con tan exigente calendario las organizaciones empresariales van a requerir una dotación presupuestaria *extra* (básicamente recursos técnicos y personal de gestión especializado).

Pormenorizadamente el texto propuesto se compone de veintitrés artículos expuestos a lo largo de cinco capítulos.

Los tres primeros determinan el ámbito objetivo y subjetivo del texto y puntualizan las definiciones (art.3).

Las exigencias previstas y los procedimientos internos de denuncia se desgranán a lo largo del art. 4 y en su punto 3 se recogen las entidades jurídicas del sector privado que se ven afectadas por la nueva regulación propuesta.

El alcance afecta a estos tipos de empresas:

- I.** Aquellas con cincuenta o más empleados.
- II.** Aquellas con un volumen de negocio o balances anual igual o superior a 10 millones de euros.
- III.** Aquellas, de cualquier dimensión, que actúen en el ámbito de los servicios financieros o que sean vulnerables al blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Las características técnicas de la denuncia interna (electrónica o papel) y su contenido aparecen

a lo largo del art.5 y el diseño de los cauces internos se desglosa en el art. 7 donde aparece una singularidad en su apartado 1 al citar como modalidad de denuncia tres opciones: formato electrónico o papel, denuncia oral vía telefónica grabada o no y la reunión física con personal específico de la autoridad competente. De la norma deducimos que deben convivir y poder ofrecerse al denunciante todas estas opciones simultáneamente. Sin duda estas opciones generan importantes retos técnicos de cara a la prueba de las denuncias pues al menos en la mayoría de sectores regulados se está habituado a trabajar con denuncias escritas.

Quizás uno de los aspectos de mayor interés radique en el art.9 al ocuparse del procedimiento aplicable a las denuncias externas. Dado que la resolución de las mismas recae en la Autoridad competente, esta podrá requerir al informante aclaraciones sobre la naturaleza de la información facilitada o ampliaciones de la misma.

Señala, asimismo, un plazo «no superior a tres meses o seis en casos debidamente justificados» para contactar con el informante sobre la tramitación de la denuncia; simultáneamente se preocupa por la confidencialidad y regula situaciones excepcionales en que esta deba ser revelada en procesos judiciales o para salvaguardar las libertades de terceros.

Dado que en cada Estado debe existir una Autoridad competente al respecto será esta la encargada de publicar con claridad las condiciones y direcciones bajo las cuales los informantes pueden optar a protección según el texto que ahora comentamos.

Toda la información sobre denuncias ha de ser registrada por la Autoridad competente según el procedimiento descrito en el art. 11 que constituye un repositorio que agrupa las denuncias y sus trámites según la naturaleza de la misma (escrita, electrónica o en grabación de voz). Dado el nivel de protección tan alto que se pretende conceder al informante se prevé que en ciertas situaciones extraordinarias no se le remita acuse de recibo de la comunicación para mantener así protegida su identidad.

Es habitual que se establezca un período de revisión de los procedimientos administrativos en el ámbito comunitario como en este caso pero no lo es tanto que se señale como fuente de inspiración de tal revisión la experiencia y las mejores prácticas de otras autoridades competentes. Nos parece acertada, pese a lo indefinido de la regulación, la opción de poder aplicar prácticas de éxito para un cumplimiento eficaz de la regulación. Todo ello redundará, *in fine*, en el ciudadano.

Para recibir la protección dispensada por la Directiva la información aportada por el ciudadano debe ser veraz al presentar la denuncia y/o haber presentado la misma previamente en un cauce interno y/o no haber sido la misma atendida.

Las formas de represalias prohibidas se hallan enumeradas en el art. 14 y abarcan desde el despido, suspensión o cambio de puesto a la discriminación laboral o la pérdida de derechos económicos del trabajador.

El art. 15 es uno de los más trascendentes al expresar las actuaciones que los informantes pueden esperar de las Autoridades para su protección personal.

En tal sentido la revelación de información no se considera infracción laboral si se efectúa al amparo de esta nueva Directiva (art.15.4) y en los procesos judiciales se invierte la habitual carga de la prueba ya que el empleador ha de demostrar que un cambio en el puesto de trabajo de denunciante no se ha producido como consecuencia de la denuncia sino por motivos debidamente justificados. Entre otras medidas, se garantiza asistencia jurídica gratuita los informantes en caso de procesos penales o civiles transfronterizos.

Los procedimientos y garantías de los art. 9 y 11 deben aplicarse a los «interesados» (tal y como el texto denomina a los denunciados).

Finalmente en el apartado sancionador tenemos el art. 17 que atribuye a los Estados miembros tal potestad de cara a las personas físicas y jurídicas. Las sanciones deben ser eficaces y proporcionadas y estar orientadas a la disuasión de la represalia sobre el informante.

Por último se alude al plazo de transposición de la Directiva (lógicamente podría sufrir alguna modificación tras su aprobación final) estableciéndose la misma en el 15 de mayo de 2021.

II. Los Canales de Denuncia y su marco normativo: Alcance y perspectiva de futuro

Los canales de denuncia o cumplimiento pueden definirse como vías de comunicación para que los empleados de una empresa encuentren un cauce de expresión, basado en fundadas sospechas, de que se están cometiendo irregularidades en el funcionamiento interno de la empresa.

Habitualmente, merced a lo acordado por el órgano superior de gobierno de una sociedad (p. ej. Consejo de Administración) se establece un canal de comunicación, destinado a empleados, directivos y administradores cuando detectan o desean comunicar la existencia de situaciones concretas de riesgo con trascendencia y significativamente situaciones penales.

Se garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones cursadas y la protección de los datos de carácter personal de todos los afectados. Las comunicaciones se realizarán siempre por escrito utilizando el cauce interno desarrollado en un procedimiento que ha de ser escrito y predeterminado. Se mantendrá la confidencialidad en todo momento, salvo que la información deba ser, en ciertos casos, revelada a una autoridad administrativa o judicial, incluido el ministerio fiscal (5).

Tan amplio espectro de temas y personas puede dificultar la gestión por parte de las Unidades que tienen encomendado el acceso y resolución a las denuncias (generalmente los Departamentos de Cumplimiento Normativo) con el objetivo último de trasladar al mundo empresarial el compromiso de la ética y la conducta auto regulada más allá de las normas exigibles (civiles, penales, administrativas, mercantiles, etc.).

En esa tarea consustancial, los Códigos de Conducta de las corporaciones gozan de posición privilegiada pues contienen no una simple declaración de principios e intenciones sino que sustentan (o deben sustentar) el compromiso ético de la empresa para la consecución de sus fines pues la aportación de valor para el cliente y accionista debe hacerse siguiendo unas reglas de juego morales y al tiempo iguales para todos los competidores en un sector empresarial (6). Bajo estas coordenadas los textos con mayor relevancia (7) que muestran una preocupación por la existencia de un Canal de Denuncias son:

Ha de resaltarse, en este marco de referencia, las vigorosas conexiones que las regulaciones citadas mantienen entre sí en términos evolutivos y que permiten atisbar un singular propósito sobre la adopción de criterios legislativos que impregnan los textos: Transversalidad y transparencia normativas como *ultima ratio* para los ciudadanos (consumidores).

1 En el ámbito internacional

1. Guía EBA GL/2017/11.
2. Principios de Gobierno Corporativo para Bancos (Comité Basilea).
3. Reglamento UE 596/2014 de Parlamento Europeo y del Consejo sobre el abuso de mercado.
4. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID II).
5. Directiva Europea 2016/97 sobre distribución de seguros (IDD).

2. En el ámbito nacional

6. Código Penal (art. 31 bis) y Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado
7. Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado.
8. Norma UNE 19601.
9. Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (CNMV) febrero de 2015.
10. Ley 10/2014 sobre ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
11. Real Decreto Ley 14/2018 de 28 de septiembre por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el RD Legislativo 4/2015 de 23 de octubre.
12. Real Decreto Ley 11/2018 de 31 de agosto que modifica la Ley y el Reglamento español de

Blanqueo de Capitales al transponer la Cuarta Directiva comunitaria.

13. Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal adaptada al Reglamento europeo General de Protección de Datos (2016/679) para las personas físicas.

2.1 Ámbito Internacional

1. La Guía EBA 2017/11, publicada el 21 de marzo de 2018, aborda cuestiones trascendentes sobre Gobierno corporativo de las instituciones financieras europeas. Constituyen un conjunto de directrices esenciales para los bancos y operadores financieros que han de aplicarlas y demostrar su cumplimiento en las supervisiones periódicas, que de las mismas, lleva a cabo el Banco Central Europeo (BCE).

En esta ocasión la Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) denomina «Procedimiento interno de alerta» al canal específico que las instituciones financieras deben establecer y mantener.

Ya en su Título IV sobre Cultura de Riesgos y conducta profesional alude a la necesidad de un elemento para la comunicación interna de los valores de la corporación así como un procedimiento de denuncia de irregularidades. Un entorno crítico y una comunicación efectiva, asegura la Guía, son rasgos clave para una entidad constructiva y comprometida.

Su punto 13 aborda concretamente los «Procedimientos internos de alerta».

En ellos se menciona la necesidad de que las instituciones financieras mantengan «un canal específico, independiente y autónomo sobre incumplimientos potenciales o reales de requisitos regulatorios o internos». Se añade que no es preciso que el personal que formule denuncia disponga de prueba del incumplimiento aunque sí de certeza elevada sobre la misma.

Asimismo dispone que las infracciones puedan denunciarse por el personal sin seguir los canales de comunicación ordinarios como, por ejemplo, acudir a la auditoría interna o al departamento de cumplimiento normativo correspondiente.

Todo el personal de la entidad deberá disponer de acceso a un procedimiento de alerta y se asegurará que no habrá represalias contra el denunciante interno. A tal fin los procedimientos internos deben regularse por escrito, registrarse internamente y determinar claramente las medidas de confidencialidad que ofrece a denunciante y denunciado.

2. Continuando con un marco general podemos citar los Principios de Gobierno Corporativo para Bancos que fueron publicados por el conocido Comité de Basilea en julio de 2015.

En su Recomendación 32 se explica que cualquier «práctica ilegal o contraria a la ética» (mención muy amplia que engloba todo el campo de la Conducta en las entidades bancarias) debe permitirse (e incluso animarse) a los empleados a comunicar «sospechas legítimas» de prácticas ilegales (no solo certezas) contrarias a la ética. Esta comunicación gozará del privilegio de la confidencialidad y garantizará las no represalias. La profundidad y la importancia de la medida es tal que el texto internacional incluye la posible comunicación del empleado directamente con el supervisor bancario nacional si detecta problemas relevantes del banco en cuestión. Lógicamente encarga al Consejo de Administración (CdA) de los bancos, en última instancia, dando así testimonio del valor que concede a la denuncia en el funcionamiento diario de una entidad, la vigilancia sobre el mecanismo de denuncias internas. Se involucra asimismo a la Alta Dirección de la Entidad para que garantice el mecanismo de denuncia y la protección de los denunciantes frente a represalias o perjuicios posteriores.

El CdA es igualmente responsable último de aprobar el procedimiento y vigilar la investigación de los asuntos puestos de relieve (sospechas legítimas significativas) mediante un órgano independiente (interno o externo). Esta última *ratio* ha sido incluida y asumida por los textos penales internacionales sobre la responsabilidad de la persona jurídica (bancaria y no bancaria).

3. Por su parte el Reglamento UE 596/2014 sobre abuso de mercado asegura que los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes establezcan «mecanismos eficaces para permitir la comunicación de posibles infracciones» del Reglamento.

En tal sentido se establece que, en el marco de su actividad laboral, opere la protección frente a represalias o discriminaciones de quienes actúan en virtud de un contrato de trabajo y comuniquen

infracciones o sean acusados de cometerlas.

El texto europeo introduce dos rasgos:

- El carácter confidencial de la denuncia.
- El posible ofrecimiento de una recompensa o incentivo económico al denunciante que aporte información relevante.

Esta recompensa también es tratada por la Propuesta de Directiva sobre informantes que hemos explicado en el apartado anterior. Se trata de un mecanismo muy habitual en el derecho anglosajón y especialmente utilizado en Estados Unidos para fomentar la revelación de conductas ilícitas y fomentar la correcta aplicación de las normas de diversos sectores. Ha sido empleado con profusión desde la última crisis financiera por los reguladores norteamericanos de diversas materias (bancarias y aseguradoras) así como Tribunales.

4. Por su parte la Directiva 2014/65/UE sobre mercados de instrumentos financieros, conocida como MIFID II, se centra en su art. 73 en reiterar la garantía de protección al denunciante para evitarle cualquier trato injusto como fruto de su denuncia. Aunque pone especial énfasis en la identidad de la persona que denuncia, señala que esta podría tener que ser revelada en posteriores fases de una ulterior investigación.

El cauce para canalizar la información deberá ser específico, independiente y autónomo.

5. La Directiva UE 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre distribución de seguros (IDD por sus siglas en inglés) aborda asimismo el asunto de los mecanismos de denuncia de infracciones.

Entre los requisitos exigidos (art.35) aparece la creación de cauces específicos para denuncias de esta naturaleza y la protección adecuada frente a represalias hacia los empleados de los distribuidores de seguros y reaseguros al tiempo que cualquier denunciante. La protección es extensiva igualmente al denunciado y lo será durante todas las fases de la instrucción del procedimiento salvo que una autoridad judicial o administrativa señale lo contrario en una investigación posterior.

En correlación con esto y en nuestro país, el Proyecto de Ley de distribución de Seguros y Reaseguros regula (art. 73) la existencia de un canal para empleados que permita la denuncia de actuaciones contrarias a la Ley y predica el carácter confidencial de las partes y del contenido de la posible infracción.

2.2 Ámbito Nacional

6. Continuando con el ámbito nacional y por la gravedad de las sanciones que se puedan derivarse, ha de citarse al Código Penal. Efectivamente el art. 31 bis codifica la importancia de los programas de cumplimiento como elemento para prevenir riesgos e incumplimientos del modelo de prevención y alude al «canal de denuncias internas» como una obligación normativa de las empresas.

Consideramos que este canal ha de considerarse por antigüedad (2015) y rigor una fuente de inspiración para el resto de cauces internos que devienen posteriormente. Apreciamos en numerosas iniciativas posteriores rastros de la técnica y del carácter regulado en esta legislación de muy notable trascendencia.

7. Adicionalmente la Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado califica en su punto 5.3 al canal de denuncia como elemento clave en los modelos de prevención de riesgo penal de las corporaciones. La protección al denunciante resulta esencial para informar de los incumplimientos siempre desde la confidencialidad y sin riesgos de represalias. Para resaltar la importancia conferida al asunto propone incluso la opción de la externalización del canal al objeto de conseguir una mayor independencia en su gestión.

8. Para concluir con esta breve revisión del entorno penal en nuestro país, hemos de comentar la Norma UNE 19601. Pese a carácter no vinculante (y voluntario de someterse a la misma) como toda norma de *soft law* (8) estandariza un patrón de comportamiento y fija un nivel por el que medir el comportamiento de una organización empresarial.

En su apartado 8.7 se regula la comunicación de incumplimientos e irregularidades. Parece, por

lo tanto, tener un carácter global que permita abarcar todo tipo de denuncias internas al margen de su temática lo cual puede ser de utilidad para la gestión y resolución de las mismas especialmente si se tiene ya un bagaje en las denuncias de contenido penal. En cualquier caso, la preocupación de este texto se centra la prohibición de represalias internas para quien denuncia, el aseguramiento de la existencia de «indicios razonables» sobre el asunto y dos aspectos propios de la gestión interna:

a. Conocimientos técnicos de quienes gestionan el canal.

b. Canal que permita ser usado tanto para empleados como para terceros ajenos a la empresa.

9. Como antecedente más remoto podemos citar el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas promulgado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). En su Recomendación 42, el texto emanado en febrero de 2015, ya cita la oportunidad de establecer «canales de comunicación» para empleados que de forma confidencial e incluso anónima puedan comunicar «irregularidades».

Esta recomendación se actualiza en enero de 2018 con la puesta en funcionamiento de un canal interno de comunicación de infracciones en la CNMV que trae causa en las obligaciones contempladas en el Reglamento de Abuso de Mercado 596/2014 y su desarrollo así como en el paquete normativo conocido como MIFID II.

La información que este canal reciba ayudará a identificar y corregir posibles infracciones sobre abusos de mercado (uso ilegítimo de información privilegiada y manipulación de mercado) tratando de reducir el daño a inversores incluso mediante el anonimato.

En suma, se persigue mejorar la transparencia y la confianza en los mercados de valores españoles.

10. La Ley 10/2014 de 26 de junio sobre ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito es un pilar fundamental de la regulación post crisis financiera 2007-2008.

En tal sentido se ha propuesto una modificación del Capítulo V de la misma que persigue un reforzamiento del sistema financiero y una mayor protección directa de los consumidores mediante nuevas normas de conducta para las entidades financieras.

De esta forma se establece la comunicación de infracciones a la Ley 10/2014 y al incumplimiento de obligaciones en materia de supervisión prudencial siempre que se hallen previstas en la legislación europea (Directiva 2013/36 y Reglamento 575/2013). En esos casos se podrá informar al Banco de España (BdE) sin posibilidad expresa de hacerlo anónimamente; tan solo cabe la confidencialidad de la actuación entre otras razones por la importancia de la reputación en sector financiero.

11. En líneas generales este Real Decreto Ley 14/2018 de 28 de septiembre se ocupa de la regulación de los mercados de valores y los servicios así como de los instrumentos financieros y la gobernanza de productos. Estas funciones se articulan entorno a una mayor protección al inversor elevando el nivel de exigencias sobre las obligaciones de información por parte de las instituciones financieras al cliente, un mayor control de las circunstancias sobre conflictos de interés de las empresas de servicios de inversión sobre el marco MIFID I, el otorgamiento de nuevas facultades supervisoras a la CNMV y la exigencia de una mayor cooperación entre autoridades naciones de supervisión y la Agencia Europea de Mercado de Valores (AEMV).

Un aspecto destacable es la regulación de la actuación transfronteriza, la libre prestación de servicios y el establecimiento de sucursales en la UE o terceros países (pensemos en Reino Unido y sus territorios de ultramar especialmente en un escenario post *Brexit*). En estos casos se produce la obligatoriedad de contar con sucursal en España por parte de las empresas de servicios de inversión en terceros Estados cuando presten servicios de inversión a clientes minoristas en territorio nacional.

Otros dos bloques son relevantes: el relativo a normas de conducta y el régimen de supervisión, inspección y sanción. Las modificaciones relativas a supervisión e inspección se aplicarán una vez entre en vigor la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos que adapta e integra el Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016/679 y los notables cambios que instituye.

En efecto se deberán establecer sistemas y políticas de gobierno corporativo para las empresas del sector y en el plano operativo tiene gran impacto la exigencia de realizar grabaciones sobre conversaciones y comunicaciones electrónicas que atañen a las órdenes dadas por los clientes.

Como en todo texto europeo se consagra, transversalmente, la transparencia en la adopción de medidas de gestión de posibles conflictos de interés así como el deber de información al clientes (costes, incentivos, etc.).

El régimen sancionador queda modificado al considerarse infracción muy grave, en materia de protección al inversor, el incumplimiento no meramente ocasional por parte de las empresas de servicios y actividades de inversión de las obligaciones en materia de asesoramiento independiente.

El nuevo art. 197 introducido por este texto legislativo alude a la notificación de infracciones.

Precisamente la infracción denunciada a nivel interno («potencial o efectiva») debe poder encauzarse por un canal específico, autónomo e independiente; estos rasgos, alineados con la regulación europea e internacional, vienen a señalar (y alinear) el camino a otros canales de denuncia en nuestro país en diversas materias.

Se aborda el canal de denuncias resaltando el carácter confidencial de las comunicaciones que fluyan por el mismo (tanto de denunciante como denunciado). En conexión con propuesta de Directiva europea sobre *whistleblowers* han de garantizarse que los empleados que informen de infracciones cometidas en una entidad o empresa de servicio de inversión no sufrirán represalias o discriminaciones por razón de su denuncia.

12. En el campo de la prevención del blanqueo de capitales se ha incorporado igualmente la exigencia europea de un canal de comunicaciones para infracciones. Así el Real Decreto Ley 11/2018 de 31 de agosto traspone Directivas en materia de protección de compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales entre otros.

Se introduce un nuevo art. 26 bis en la legislación española sobre la materia que viene a desglosar los requisitos de actuación de «empleados, directivos o agentes» para que incluso anónimamente puedan informar de incumplimientos sobre esta normativa. El régimen supletorio señalado es el de protección de datos que como sabemos ha sido recientemente actualizado en la UE con la entrada en vigor del Reglamento 2016/679. La protección impuesta atañe a «represalias, discriminaciones y cualquier otro trato injusto». Concluye esta nueva regulación exceptuando posibles casos regulados en otros artículos de la legislación anti blanqueo mediante la técnica reglamentaria.

13. Finalmente el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos en su art. 24.1 contiene menciones a un «sistema de información de denuncias internas en el sector privado». El artículo recuerda la licitud de sistemas de información por lo que pueda ponerse en conocimiento de «una entidad de derecho privado, incluso anónimamente» la comisión de un acto o conducta que sea contraria a la normativa. Se asevera el deber de la empresa de comunicar a sus empleados y terceros (accionistas, proveedores, clientes e interesados en general) la existencia de un canal para comunicar la incidencia correspondiente.

La primera conclusión es nítida: se trata de poder denunciar por un cauce interno una conducta o acción contraria a la normativa general o sectorial aplicable. Podrían quedar fuera las omisiones en sentido estricto aunque la opción de denuncia anónima «incluso» plantea dos cuestiones a su vez: naturaleza confidencial (art. 24.3) del canal de denuncias sobre protección de datos y dificultad técnica de conjugar el mismo con el anonimato, al menos escrito, en una denuncia. Otras fuentes (orales) pudieran admitirse pero quizás sea prudente unificar criterios en nuestra legislación integrando el elemento de la denuncia, su cauce y la protección al informante para después abordar el anonimato una vez madurada la cultura del cumplimiento en esta sensible tarea.

De los encargados de gestionar el canal se ocupa el párrafo 2 al aludir a los involucrados en funciones de control interno y cumplimiento normativo.

Las medidas para garantizar la confidencialidad se regulan en los párrafos 3 y 4 donde se incluye, al mismo tiempo, el plazo de tres meses (coincidiendo con la ya comentada Directiva) para

eliminar datos del denunciante del sistema de gestión de denuncias de la empresa en cuestión. En consecuencia la denuncia ha debido ser resuelta o archivada antes de esos tres meses.

III. Consideraciones finales

1. En los últimos (cinco) años y a raíz de la pasada crisis financiera y bancaria, se han reforzado las normas de transparencia y buen gobierno de empresas y corporaciones y con especial relevancia de bancos y aseguradoras.

2. Entre esas normas nacionales e internacionales que persiguen un reforzamiento en la protección del consumidor podríamos establecer un marco general atendiendo a su naturaleza y citar la actual Propuesta de Directiva (23-4-18) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Union Europea (*whistleblowers*) así como la publicación de Recomendaciones para el sector bancario por parte del Comité de Basilea (2015) y la Guía de la EBA /GL/2017/11.

3. Dentro de la legislación sectorial son dignas de mención por su importancia al menos cuatro regulaciones específicas:

- Penal: compuesta por Código Penal, Circulares Fiscalía y Norma UNE 19601
- PBC: Directivas comunitarias al respecto y transposición en RDL 11/2018 que reforma la Ley y Reglamento de PBC
- MIFID II: ámbito de los mercados financieros y de valores han de considerarse las normas de la CNMV como los textos comunitarios Directiva 2014/65 (instrumentos financieros) en consonancia con el Reglamento 596/2014 sobre abuso de mercado.
- Seguros y Reaseguros: formada por la Directiva Europea 2016/97 sobre distribución de seguros y el Proyecto de Ley español sobre distribución de seguros y reaseguros privados.

4. Como marco general europeo ha de tenerse siempre en cuenta el Reglamento sobre Protección de Datos y la legislación nacional que se publique al respecto dado que configuran un ecosistema que protege no solo al denunciante y sus datos sino también los que puedan manejar cualquier corporación sobre una persona física cuando la actuación radique en suelo comunitario.

5. La naturaleza de la información y el rasgo determinante de todo cauce o canal de denuncias es la confidencialidad. El carácter anónimo es potestativo de la empresa que establece el canal. La confidencialidad debe aplicarse al denunciante y denunciado así como a todo el conjunto de datos que se aporten.

6. Las medidas de protección establecidas y potenciadas por los nuevos textos (especialmente la Directiva propuesta de *whistleblowers*) elevarán la frecuencia y el rol que el denunciante asume debiendo redundar en mayor transparencia y una aplicación eficaz de las normas.

Notas

(1) CORONAS VALLE, D.: "CRS o el imparable Big Bang en el ámbito intercambio automático de información tributaria". Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa, noviembre, 2015.

[Ver Texto](#)

(2) JÁUREGUI, R.: Conferencia de Clausura pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad de Málaga, Marbella, julio 2017.

[Ver Texto](#)

(3) Artículo 10

Libertad de expresión

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad

pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

[Ver Texto](#)

- (4) Al hilo de esta razonamiento considérese lo expuesto en páginas anteriores sobre el criterio de proporcionalidad; es preciso conjugar tamaño de la empresa y grado de protección con importancia del sector en cuestión.

[Ver Texto](#)

- (5) Sobre la evolución del carácter confidencial hacia el anonimato en los canales de denuncia véase GIMENO BEVIÁ, J.: "Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas", Ed. Aranzadi, 2016.

[Ver Texto](#)

- (6) A este respecto véanse las aportaciones de Stuart Mill, A. Smith y más recientemente de V. Tanzi (sobre la corrupción) o de K. Tipke (sobre la moralidad de los tributos)...entre las de mayor rigor.

[Ver Texto](#)

- (7) Apréciase que la práctica totalidad de esta relación de textos atañe al sector financiero y bancario. Habitualmente denostado por la opinión pública, muy especialmente tras la crisis financiera de 2007-08, el sector ha sufrido y padecido una auténtica avalancha regulatoria para evitar nuevos desmanes como los cometidos en su día por ciertos directivos. La novedad radica en que la fuente de producción de los textos normativos que tratan de paliar deficiencias regulatorias es internacional y su impulso llega tras la generación de un consenso estable y unánime que se aplica a la práctica totalidad del sector mundial.

[Ver Texto](#)

- (8) Se trata de un concepto anglosajón que aglutina en Derecho Fiscal Internacional una gama de instrumentos que sin ser fuentes del Derecho tienen influencia en la formación e interpretación de normas; por ello se interpreta como un derecho "suave" o blando.

[Ver Texto](#)