

RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN



Madrid a 26 de enero de 2020,

En relación con el proceso legislativo de transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, y después de la reunión mantenida telemáticamente con el Subsecretario y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en día 27 de octubre de 2020:

- **Cumplen** - Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo,
- **IOC** (Instituto de Oficiales de Cumplimiento) y
- **WCA** (World Compliance Association),

• *presentan esta propuesta elaborada de forma conjunta¹ y en representación del **interés de más de 500 empresas y 2000 profesionales asociados.***

Como se comprometió CUMPLEN en la reunión de consulta mantenida durante 27 de octubre de 2020, como invitados al proceso, extendimos la consulta a las tres asociaciones de referencia en materia y, fruto de ese trabajo, presentamos el presente documento que responde a un profundo proceso de discusión en el que han intervenido representantes de las tres asociaciones.

Los profesionales de Compliance agrupados en las asociaciones firmantes reciben con enorme agrado la oportunidad de participar en la consulta pública sobre la transposición de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. De forma inequívoca, la profesión se manifiesta favorablemente ante el establecimiento de medidas que desarrollen la función de Compliance entre las empresas que operan en España. Uno de los pilares fundamentales de un efectivo programa de Compliance es la existencia de un canal de denuncias que permita a cualquier persona interesada, bajo la más estricta confidencialidad, presentar quejas, formular consultas o denunciar hechos que considere irregulares o no adecuados con los mejores estándares de ética empresarial. Desde luego, quienes utilicen esos canales o cualesquiera otros disponibles con la misma finalidad deben sentirse protegidos contra cualquier forma de represalia.

Aportamos seguidamente una breve respuesta a las preguntas que la consulta invita a responder y terminamos con una breve exposición de las características generales que deben reunir estos mecanismos de denuncias para merecer la confianza de los operadores económicos, de las autoridades y de los ciudadanos.

¹ Este documento fue redactado conjuntamente por Pedro Montoya – Eduardo Navarro – Carlos A. Sáiz - Alba Lema - Alfredo Domínguez – Miquel Fortuny – Berta Balanzategui - Diego Cabezuela – Ignacio Martínez San Macario- Ignacio Esteban.

RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN



RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA CONSULTA PÚBLICA

1. En relación con la facultad reconocida a los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el artículo 1.1 de la Directiva:

- ¿Debe ampliarse la protección del denunciante a cualquier materia del Derecho nacional más allá de la normativa con origen en el Derecho europeo?

Sí. Lo contrario resultaría confuso para el ciudadano, habida cuenta de la extensión del ámbito del concepto “infracciones del derecho de la unión” y la profunda introducción del acervo comunitario en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, esto ayudaría a canalizar las infracciones por una única vía generando sinergias en la gestión y facilitando al informante. Hoy ya son obligatorios en ciertos convenios, para sujetos obligados de prevención de blanqueo de capitales, etc.

- ¿En qué ámbitos o materias concretas la protección de los denunciantes necesita un mayor refuerzo?

En todas las materias se requiere la protección de los denunciantes, pero de incidir con mayor énfasis en alguna, debería ser en materia de corrupción, por la dificultad de acceder a informaciones relevantes para el descubrimiento de prácticas corruptas y el riesgo para el denunciante en caso de revelarse su condición.

En el caso del ámbito subjetivo, cuando se denuncia a personas de la Alta Dirección o de quienes dependa el denunciante directa o indirectamente, en cualquier tipo de organización porque es donde más daño puede recibir por la capacidad de “poder” de los potenciales incumplidores.

2. En relación con el ámbito de aplicación personal previsto en el artículo 4 de la Directiva:

- ¿Qué entidades del sector público deberían quedar integradas en el ámbito de aplicación personal de la Directiva?

Debería quedar incluido todo el sector público, con las posibles exclusiones que contempla la Directiva.

- ¿Debe apostarse por una concepción amplia de sector público tomando como referencia el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? ¿Ha de incluirse órganos constitucionales y/o partidos políticos?

Sí, con independencia del régimen jurídico aplicable en cada caso a las situaciones derivadas de la investigación y a las consecuencias de las conductas denunciadas, por la misma razón de interés público que apunta el propio texto de la consulta pública: “las personas que trabajan para una organización pública o privada son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en su seno. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (conocidas coloquialmente en inglés como whistleblowers) y desempeñan un papel clave: proteger el bienestar de la sociedad”.

3. En relación con la obligación de establecer canales y mecanismos de denuncia internos recogida en el artículo 8 de la Directiva:

- ¿Debe España acoger a la opción de denuncias anónimas?

Sí. Los estudios más recientes sobre sistemas de denuncias en Europa muestran que la mayoría de las entidades con un canal de denuncias permiten la recepción de comunicaciones anónimas y, de hecho, la mayoría de las denuncias que se reciben son anónimas.

- ¿Deben las denuncias anónimas reconocerse tanto en el sector público como en el privado?

Sí. No resultaría comprensible para la opinión pública un régimen diferente que excluyera la posibilidad de denuncias anónimas en el sector público.

- ¿Qué sujetos deberían cumplir con la obligación de establecer canales y/o mecanismos de denuncia interna?

Todas aquellas personas jurídicas sujetas al régimen de responsabilidad penal establecido en nuestro Código Penal y para las cuales la existencia de un modelo de prevención de delitos puede actuar como atenuante o eximente. Como mínimo, las contempladas en la propia Directiva: toda organización de más de 50 empleados.

- ¿Debe España asegurarse que las entidades privadas de menos de 50 trabajadores establezcan mecanismos y/o canales de denuncia internos?

Como señala la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, “la única especialidad que el legislador dispensa a estas entidades consiste en (...) que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene por tanto la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión (...)”. Si bien entre los requisitos que el propio Código Penal establece para esos modelos de organización y gestión no figura expresamente la existencia de canales de denuncias, sí indica que “impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. El establecimiento de mecanismos o canales de denuncia internos con la adecuada protección de los denunciantes constituye la forma más evidente de cumplir con las previsiones del código y desde luego con los mejores estándares internacionales. Por razones prácticas, debe facilitarse siempre la agrupación bajo asociaciones gremiales u otras disposiciones específicas.

- ¿En qué sectores concretos debería garantizarse especialmente el cumplimiento por parte de las empresas de disponer de canales de denuncia internos?

Todas las empresas deberían disponer de canales de denuncia internos, pero esta circunstancia debería exigirse especialmente para aquellas empresas que reciban subvenciones o contraten con las administraciones públicas, a los efectos de fomentar una conducta ética en ese sector clave de la actividad económica y prevenir prácticas fraudulentas o corruptas.

- ¿Debería España exonerar a las entidades públicas de menos de 50 trabajadores de la obligación de establecer canales y/o mecanismos de denuncia internos?

No es ese el espíritu de nuestro Código Penal ni la tendencia en la legislación comparada. Las pequeñas y medianas empresas pueden perfectamente externalizar los canales de denuncia internos para adaptarse a

su estructura organizativa dotada de menores recursos humanos y materiales. No obstante, sería factible acogerse a la excepción del ámbito subjetivo contemplado en la Directiva con carácter temporal o permanente

- ¿Debe permitirse que los canales de denuncia puedan ser gestionados tanto internamente por parte de una persona o departamento designado al efecto como externamente por parte de un tercero, sin perjuicio de que la responsabilidad de la llevanza del canal sea del órgano interno de la compañía o entidad?

Sí, como dice la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, “no existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica”. Entre estas actividades, la gestión del canal de denuncias es una de la más susceptibles de externalización.

4. En relación con la obligación de establecer canales de denuncia externa en el artículo 11 de la Directiva:

- ¿Debe establecerse el archivo del procedimiento en caso de una infracción manifiestamente menor?

La entidad responsable del canal de denuncias debe aprobar un protocolo de gestión de las comunicaciones recibidas y seguirlo escrupulosamente en la instrucción de los casos. No debería procederse al archivo automático de ninguna denuncia, por menor que pueda considerada la infracción denunciada. Lo que sí cabe contemplar en el procedimiento es la gestión acelerada de dichas comunicaciones, para asignar los recursos humanos y materiales a aquellas de mayor trascendencia.

- ¿Debe disponerse que exista la posibilidad de archivar el procedimiento por lo que respecta a denuncias reiteradas que no contengan información nueva y significativa sobre infracciones en comparación con una denuncia anterior respecto de la cual han concluido los correspondientes procedimientos, a menos que se den nuevas circunstancias de hecho o de Derecho que justifiquen un seguimiento distinto?

Esta es una posibilidad que podría contemplarse en el procedimiento de gestión de denuncias, en aras de la eficiencia. Lo esencial es mantener el registro y trazabilidad de todas las denuncias, incluso aquellas reiteradas, cuyo tratamiento puede combinarse si o presentan diferencias o hechos nuevos.

5. En relación con las autoridades competentes encargadas de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias previstas en el artículo 11 de la Directiva:

- ¿Debe crearse una autoridad administrativa independiente encargada de recibir, dar respuesta y seguir las denuncias que se presenten por canales externos o deben encomendarse las funciones a una autoridad ya existente?

Para el sector privado, el espíritu de la directiva acierta cuando afirma que debe animarse a los denunciantes a utilizar en primer lugar los canales de denuncia interna e informar a su empleador, si dichos canales están a su disposición y puede esperarse razonablemente que funcionen. Por eso requiere que sean las propias organizaciones quienes implementen, faciliten y gestionen con garantías esas denuncias.

En relación con el sector público, podría resultar adecuado establecer cauces específicos, tales como ya los ya existentes en algunas administraciones para la recepción de denuncias de los ciudadanos, lo que facilita la confianza de los ciudadanos y la simplificación del trámite de la denuncia.

6. En relación con el artículo 23 de la Directiva, ¿qué tipo de sanciones aplicables considera que se pueden aplicar como efectivas, proporcionadas y disuasorias?

Cabe distinguir entre las sanciones contempladas contra los gestores del canal de denuncias o contra los denunciantes.

Por un lado, las sanciones se dirigirían contra quienes: “a) impidan o intenten impedir las denuncias; b) adopten medidas de represalia contra las personas a que se refiere el artículo 4; c) promuevan procedimientos abusivos contra las personas a que se refiere el artículo 4; d) incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes”, en cuyo caso el denunciante frustrado o represaliado tiene a su acceso las acciones que correspondan, con independencia de la eventual concurrencia de ilícitos penales. Para disuadir a las entidades responsables de los canales de esas conductas obstruccionistas, irresponsables o abusivas, más adecuado que la imposición de multas, sería imponer sanciones consistentes en la pérdida de beneficios, tales como subvenciones, o incluso la inhabilitación para la contratación pública.

Por otro lado, la Directiva contempla sanciones “respecto de denunciantes cuando se establezca que habrían comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas”, en cuyo caso la sanción adecuada debe encontrarse en la legislación laboral cuando el denunciante sea un empleado, o en el ordenamiento civil cuando se trate de un cliente, proveedor o competidor, o en el derecho administrativo si se trata de un ciudadano que perjudique intereses públicos. En todo caso, en aras de la promoción de estos sistemas todavía incipientes, no deberían establecerse sanciones administrativas específicas contra esos denunciantes de mala fe, con independencia de la eventual concurrencia de ilícitos penales.

En todo caso, debe quedar expedita la reclamación de daños y perjuicios derivados, bien de la mala gestión de dichas denuncias, incluida la represalia contra el denunciante, bien de la presentación de la denuncia, por revelación de información falsa o por otros motivos merecedores de ser sancionados.

7. Entre las medidas de protección del denunciante, ¿deben incluirse premios o recompensas?

La entidad responsable del canal de denuncias debe fomentar las conductas de integridad ética y sancionar las irregularidades. Por tanto, debe promocionar el uso responsable de los canales de denuncias, garantizar su confidencialidad e impedir las represalias contra los denunciantes. Es importante el reconocimiento de la labor del denunciante en la detección de malas prácticas, pero no debe incluir recompensas económicas.

El reconocimiento puede consistir en algún premio, que tendrá difusión pública, según las circunstancias y preferencias del sujeto premiado, y siempre de conformidad con lo previsto en el protocolo que regule la gestión del canal de denuncias.

Asimismo, deben comunicarse las medidas adoptadas ante la detección de irregularidades gracias a los denunciantes, aunque respetando los derechos de las personas afectadas, porque conocer que la denuncia ha servido para algo constituye un acicate para aquellos denunciantes que hayan optado por mantener el anonimato y por tanto no puedan ser objeto de reconocimiento.

No deben favorecerse gratificaciones económicas. Incentivar económicamente al denunciante puede tener negativas implicaciones sobre la motivación ética de su conducta. Además, no existen precedentes de esas recompensas en la legislación comparada europea, aunque sí en EE.UU., y sólo en determinadas circunstancias.

8. Finalmente, ¿qué otras cuestiones considera que se deberían contemplar al margen de la transposición de la Directiva?

Recomendaciones relativas a los requisitos que deben reunir los canales de denuncias:

1.- Condiciones y características:

- a) Facilidad de acceso: Todas las vías de comunicación disponibles, desde el teléfono hasta el correo postal, incluyendo una aplicación informática, que viene a ser el medio más utilizado en estos momentos, todo ello promocionado mediante campañas de comunicación y sensibilización a los usuarios de los canales.
- b) Presentación amable, denominación preferible “canal ético” o similar, y que permita la recepción no solo de denuncias, sino de cualquier queja o consulta relativas a un amplio abanico de asuntos que se deben explicitar.
- c) Con las garantías de confidencialidad debida. Garantías de proceso y técnicas que: (i) protejan la confidencialidad de la identidad del denunciante, permitiéndole incluso que se dirija al canal bajo condiciones de anonimato; (ii) impidan (como indica la directiva) que ninguna persona que no deba acceder a la información de la denuncia, pueda acceder a la misma.

2.- Personas:

- a) Los canales deben poder utilizarse por empleados y otros grupos de interés de la empresa, como proveedores o clientes, en condiciones de confianza sobre la atención que merecerán sus denuncias y la no tolerancia de ninguna forma de represalia contra los denunciantes.
- b) Quienes gestionen los canales deben poseer una cualificación, habilidades y experiencia adecuadas para asegurar la buena gestión.
- c) Además, tienen que estar definidas y asumidas las funciones y responsabilidades de las personas que participen en el proceso, sea con el rol que sea, en un protocolo de actuación documentado y accesible.

3.- En cuanto al reporte:

- a) Se entiende que el reporte, sin romper la confidencialidad debida, debe realizarse al órgano de administración (o a una comisión en quien éste delegue la función porque la responsabilidad no es delegable) y debería producirse al menos anualmente y siempre que sea preciso realizar cambios en el proceso del canal denuncia.
- b) El reporte debe incluir información suficiente sobre el uso de éste por los diferentes grupos de interés, con datos de utilización por ramas de negocio y geografías, así como en función de los asuntos que sean objeto de denuncia, facilitando más detalles sobre aquellos de especial relevancia

4.- Medidas efectivas:

- a) Transparencia sobre la existencia misma de los canales, la documentación del proceso y sus garantías, la comunicación de su existencia y la medición del conocimiento y confianza que merecen a sus potenciales usuarios, las vías de accesibilidad al mismo, y otros indicadores de medición de cantidad y calidad.
- b) Se debe hacer un seguimiento exhaustivo de la gestión de las denuncias, manteniendo su trazabilidad y comprobando la pertinencia de las medias correctivas y/o disciplinarias que se hayan adoptado.

RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS PLANTEADAS EN LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA
TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE
23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE
INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN



Datos de contacto de las 3 asociaciones que suscriben las alegaciones:

- CUMPLEN- Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo

Email: info@cumplen.com

- IOC - Instituto de Oficiales de Cumplimiento

Email: info@iocumplimiento.org

- WCA. World Compliance Association

Email: info@worldcomplianceassociation.com