

Ley de protección de los informantes (Ley 2/2023, 20 de febrero): 10 cuestiones clave

ÁREA LABORAL, PENAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL, INTELECTUAL Y TECNOLOGÍA

El pasado 21 de febrero se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* (“BOE”) la tan esperada Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de la lucha contra la corrupción que obliga, entre otras cuestiones, a las empresas con 50 o más personas trabajadoras¹ a implementar un Sistema Interno de Información (“SII” o “el Sistema”) en el plazo de 3 meses. La gestión del SII se podrá llevar a cabo dentro de las empresas o acudiendo a un tercero externo.

Esta nueva normativa requiere un análisis y aplicación integrada desde una triple perspectiva: cumplimiento normativo penal, laboral y de protección de datos.

De este modo, consideramos que la implementación del SII, que deberá contener una política y un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas, adquirirá una mayor dimensión en el programa de *Compliance Penal* de las empresas². Asimismo, el SII, desde la perspectiva laboral será un componente esencial de los programas de *Compliance Laboral* regulados en la

¹ Además de a todas las entidades del sector público; a las personas jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente -incluidas las que, pese a no tener su domicilio en territorio nacional, desarrollen en España actividades a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente-; a los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos.

² Programa que eficazmente implantado permite a las empresas optar a la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal que pudiera serle atribuida.

futura Norma UNE-ISO 37100 que será aprobada en 2023 y pueden ser un escudo eficaz frente a inspecciones laborales o demandas en el orden social para eliminar o atenuar las responsabilidades administrativas a las que se podría enfrentar la empresa en caso de incumplimientos laborales.

Por todo ello, desde GA_P queremos dar unas recomendaciones prácticas y transversales sobre la aplicación de la nueva Ley 2/2023:

1. ¿Cuál es la finalidad de la Ley 2/2023?

La finalidad esencial de estos sistemas es otorgar la protección adecuada frente a posibles represalias que puedan sufrir las personas que los utilicen, requiriendo a los sujetos obligados a dotarse de un sistema que fortalezca la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar actuaciones irregulares.

2. ¿Qué obligaciones tengo como empresa?

En el ámbito privado, la Ley establece la obligación de implementar un SII que será el cauce preferente para realizar comunicaciones sobre infracciones penales o administrativas graves o muy graves, sin perjuicio de que la Ley prevé la creación de una Autoridad Independiente de Protección del Informante (“A.A.I”) que deberá contar con un canal externo de información, así como la vía de revelación pública en supuestos de infracción o de temor a la adopción de represalias.

Adicionalmente, en la práctica, las organizaciones deberán aprobar una “*política o estrategia en materia de SII y defensa del informante*” y un “*procedimiento específico de gestión de informaciones*” que regulen to-

das las cuestiones recogidas en la Ley, sin perjuicio de la necesaria revisión y adecuación de otras políticas y procedimientos internos como el Código de Conducta, Política Anti-corrupción, o impartir sesiones de formación específicas sobre las mismas.

Con carácter general, el mencionado procedimiento de gestión debe velar, en todo caso, porque se respeten los principios de presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas, así como garantizar la confidencialidad de todo el procedimiento de investigación. Este procedimiento debe recoger pautas y principios de actuaciones vertebradoras de los procesos de investigación, tanto formales como materiales. A modo de ejemplo, entre otras, se debe mantener la información sobre los canales de forma clara y accesible para los potenciales informantes; el plazo para realizar la investigación no podrá ser superior a 3 meses, debiendo acusarse recibo de las comunicaciones en el plazo de 7 días; o, pautar la forma en que debe documentarse las comunicaciones (mediante grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible o a través de la transcripción completa y exacta de la conversación, requiriendo el consentimiento previo de la persona interviniente).

3. ¿Cómo puedo implementar estas obligaciones en el caso de grupo de empresas y en caso de multinacionales?

La normativa contempla la creación de una política general relativa al SII en el caso de un grupo de empresas conforme al artículo 42 del Código de Comercio, si bien la extensión de políticas internas para el conjunto de las sociedades del grupo o el nombramiento de un responsable del sistema para todo el grupo – en línea con otras políticas legislativas recientes, como el desarrollo de los planes de igualdad para grupos empre-

sariales – puede ser un indicio de la existencia de grupo de empresa a efectos laborales, cuestión a ponderar en la configuración de las mismas.

La Ley española no regula expresamente los casos de multinacionales con filiales en distintos países. No obstante lo anterior, cuando la presencia internacional se limite a países de la UE las empresas deberán asegurarse de cumplir la Directiva comunitaria UE 2019/1937, de 23 de octubre y las correspondientes normativas nacionales de transposición en cada país.

4. ¿Quiénes son los posibles informantes y qué incumplimientos pueden comunicar o revelar de manera pública?

Las organizaciones deben posibilitar que las comunicaciones se realicen de forma anónima por personas trabajadoras pero también a otros terceros informantes vinculados de algún modo con la entidad² y que hubieran tenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional que puedan suponer incumplimientos penales o infracciones administrativas graves o muy graves, entendiéndose incluidas como tales aquellas que impliquen un quebranto económico para la Seguridad Social y, de manera explícita se extiende el ámbito de aplicación a las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Asimismo, en términos prácticos, es común que estos canales de denuncia permitan la comunicación de posibles hechos constitutivos

de acoso laboral, acoso sexual y por razón de sexo y otro tipo de acoso o actos discriminatorios. De hecho, los nuevos SII deberían integrar los distintos canales internos de información como pudiesen ser los referidos a las situaciones de acoso.

5. ¿En la implantación del SII es necesario la previa consulta con los representantes de los trabajadores?

Este Sistema Interno de Información, de cuya implantación será responsable el órgano de administración o de gobierno de la entidad, requiere de la previa consulta con los representantes de los trabajadores.

6. ¿Debo nombrar una persona física responsable de la gestión del SII?

El órgano de administración o de gobierno de las empresas será el competente para la designación de la persona física responsable de la gestión del SII y de su destitución o cese.

Esta persona -que podrá coincidir con aquella designada internamente como responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad- será quien desarrolle sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de órganos de la entidad, debiendo ser dotado de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo. Además, el nombramiento de este responsable se deberá comunicar a la A.A.I.

² El catálogo de informantes previsto en el artículo 3 de la Ley 2/2023 recoge, en todo caso, personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; autónomos; accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión, incluidos los miembros no ejecutivos, cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores; voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación, así como aquellos cuya relación laboral todavía no hubiera comenzado o hubiese finalizado.

7. **¿Qué protección tienen los informantes frente a represalias?**

La protección de los informantes frente a represalias se extiende a un período de 2 años, período que podría ser extendido en determinadas situaciones excepcionales. En términos prácticos, el informante tendría una especial protección frente al despido y otras medidas laborales desfavorables por un plazo de 2 años, período considerablemente más elevado al que nuestros tribunales laborales venían utilizando en casos en los que se planteaba una posible represalia en caso de despido para aplicar la garantía de indemnidad.

8. **¿Qué plazos tengo para cumplir la norma?**

Las compañías deben cumplir con esta nueva obligación legal antes del próximo 13 de junio de 2023, salvo las que tienen menos de 250 trabajadores que el plazo se amplía hasta 1 de diciembre de 2023.

9. **Qué ocurre en caso de concurrencia de procedimientos de investigación interna con procedimientos administrativos o judiciales? ¿Y qué sanciones pueden ser aplicables en caso de incumplimientos?**

La propia configuración de los canales de denuncia plantea igualmente problemas – que la norma no resuelve – sobre la posible duplicidad de investigaciones realizadas por las compañías en el canal interno de información con procedimientos administrativos o judiciales y que, ante la ausencia de regulación, entendemos que será un aspecto clave a incluir en los SII.

En relación con lo anterior, llama especialmente la atención el principio recogido en el apartado j) del artículo 9 que establece la obligación de remitir con carácter inmediato

al Ministerio Fiscal la información que se recabe sobre hechos que pudieran ser indiciariamente constitutivo de delitos, lo que podría colisionar con el derecho fundamental de defensa de la persona jurídica previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Por lo que se refiere a las sanciones, el incumplimiento de las obligaciones recogidas en la Ley podrá suponer la comisión de una infracción muy grave, grave o leve cuya sanción conllevaría, para la persona jurídica, la imposición de una multa de hasta 1.000.000 euros.

Las empresas deberán vigilar los posibles incumplimientos que podrían implicar otro tipo de sanciones accesorias como la prohibición de obtener subvenciones y otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de 4 años, así como la prohibición de contratar con el sector público por un plazo máximo de 3 años.

La norma también dispone sanciones para las personas físicas con imposición de multas de hasta 300.000 euros.

10. **¿Cuáles son las cuestiones a tener en cuenta desde el punto de vista de protección de datos?**

Los principales aspectos de la Ley desde la óptica de protección de datos son:

- *Tratamiento únicamente de datos personales pertinentes:*

No se pueden recopilar datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una información específica o, si se recogen por accidente, se deben suprimir sin dilación indebida.

- *Anonimato del informante:*

El informante tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceros. En todo caso, su identidad solo puede comunicarse a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

- *Deber de información sobre el SII:*

Las personas trabajadoras y terceros deben ser informados sobre el tratamiento de datos personales en el marco del SII.

- *Acceso a datos del SII:*

El acceso a los datos personales contenidos en el SII se encuentra limitado exclusivamente, dentro de sus competencias y funciones, al responsable del SII y a quien lo gestione directamente, al responsable de recursos humanos o el órgano competente debidamente designado (solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra una persona trabajadora), al responsable de los servicios jurídicos de la entidad (si procediera la adopción de medidas

legales en relación con los hechos relacionados en la comunicación), a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen, y al delegado de protección de datos (DPO).

- *Conservación de los datos:*

Los datos podrán conservarse en el SII únicamente durante el plazo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación en relación con los hechos informados. Además, debe tenerse en cuenta que:

- Si transcurren 3 meses desde la recepción de una comunicación sin que se hayan iniciado actuaciones de investigación, debe procederse a la supresión de los datos, salvo que la finalidad de la conservación sea acreditar el funcionamiento del SII.
- Las comunicaciones a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo (ex artículo 32 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Vanessa Fernández Lledó

Tel.: (+34) 91 582 91 00
mvfernandez@ga-p.com

Sofía Martínez-Almeida Alejos-Pita

Tel.: (+34) 91 582 91 00
smartinez@ga-p.com

Carlos de la Torre García

Tel.: (+34) 91 582 91 00
cdelatorre@ga-p.com

Paloma de Carlos Álvarez

Tel.: (+34) 91 582 91 00
pdecarlos@ga-p.com

Isabela Crespo Vitorique

Tel.: (+34) 91 582 91 00
icrespo@ga-p.com

Laura Castillo Navarro

Tel.: (+34) 91 582 91 00
lcastillo@ga-p.com