



## Del canal de denuncias como instrumento imprescindible de un programa eficaz de prevención de delitos y de la obligación de denunciar en las sociedades de capital



Luis Suárez Mariño

Abogado

Socio de Defensa y Compliance s.l.p.

De lo dispuesto en el artículo 31 Bis apartado 5, punto 4º del Código Penal, se infiere que una condición imprescindible para que el programa o modelo de prevención de delitos implantado en una sociedad de capital actúe, en su caso, como causa de exoneración de la responsabilidad penal de ésta, es que *“el mismo imponga la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.”*

### 1. ¿A quién se dirige la obligación de “informar”?

(El C.P. habla eufemísticamente de “informar” para referirse tanto a riesgos como a infracciones cuando en realidad para éste último caso podría haber sido más apropiado hablar de “denunciar”).

Si atendemos a los términos utilizados por el propio art. 31 bis parece que dicha obligación se dirige:

**a) A los empleados:** “Todos aquéllos que actuando en el ejercicio de actividades sociales por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la sociedad estén sometidos a quien en la sociedad tiene autoridad”. (cfr. art. 31bis. 1. b)

El término "sometidos" que emplea el artículo 31 bis b, excluye –por tanto– del ámbito de los "obligados" a terceros ajenos a la sociedad, es decir contratados mercantiles, al carecer la sociedad sobre los mismos de poder de dirección, organización y control.

Cosa distinta es –como luego analizaremos– que el canal del que se dote la sociedad para facilitar la información de riesgos e infracciones (canal de denuncias en términos al uso) no se pueda y sea conveniente poner a disposición de dichos terceros (stackholders), con el fin de que estos puedan dar a conocer al órgano de cumplimiento de la propia sociedad, los riesgos o infracciones, por ellos observados en el proceso de contratación o ejecución del contrato, y que yendo más allá –incluso–, entre las propias condiciones contractuales que les vinculen a esos terceros con la sociedad, se les imponga la obligación de informar de los riesgos e infracciones observados por ellos en la contratación o ejecución del contrato, pactándose que el incumplimiento de dicha obligación pueda conllevar alguna penalización o incluso en los casos más graves la propia resolución del contrato.

**b) Desde luego, la obligación de "informar de riesgos o infracciones al órgano de cumplimiento" incluye entre todos los empleados, particularmente a aquéllos ligados por un contrato de alta dirección, a los que el propio código trata de manera particular en el art. 31 bis 1a) - estableciendo un régimen específico de responsabilidad - junto a los representantes legales de la sociedad y quienes integren el órgano de administración de la sociedad.**

Por lo que se refiere a la alta dirección, cuando se trate de riesgos o infracciones que afecten al propio departamento que se encuentre bajo su dirección, organización y control, serán esos mismos directores quienes deban adoptar las medidas precisas para minimizar o evitar el riesgo o la infracción si ya hubieran cometido (incluida la puesta en marcha del reglamento disciplinario frente al infractor), sin perjuicio de que los riesgos e infracciones por ellos detectados deban de ponerse en conocimiento del órgano de cumplimiento para que inicie el procedimiento de investigación necesario para determinar la autoría de la infracción (si este no fuera conocido) y/o del órgano de administración para que apruebe la adopción de las medidas que se considerasen pertinentes precisamente para evitar o minimizar el riesgo o infracción detectados, incluidos los recursos necesarios para su implementación.

Lógicamente la política de compliance de la sociedad deberá de imponer a todos los miembros de la organización, incluidos –como es lógico– los miembros de la alta dirección–, el deber de informar al órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención de aquéllos riesgos o infracciones que lleguen a su conocimiento y afecten a otros departamentos distintos de aquéllos que dependan directamente de su poder de dirección, organización y control.

**c) Si el riesgo o la infracción fuera conocida por el propio órgano de cumplimiento** parece evidente que no resulta plausible que se le imponga la obligación de "informarse asimismo" sino que directamente deberá, en cumplimiento de sus funciones, **instar la adopción inmediata de medidas previstas para minimizar o evitar el riesgo o la infracción detectada; iniciar los procedimientos de investigación regulados para determinar el autor de las mismas, instar el inicio del procedimiento reglamentario sancionador, y comunicar a la alta dirección y al órgano de administración la necesidad de implementar y aprobar las nuevas medidas que considerase pertinentes.**

**d) Si el riesgo o la infracción fueran cometidos en el ejercicio de la actividad social y fueran directamente conocidos por el órgano de administración, en el ejercicio de sus funciones específicas (el art. 225.2 de la LSC expresamente les impone la adopción de las medidas precisas para el control de la sociedad) ;** en ese caso el órgano de administración deberá poner los riesgos o infracciones por ellos conocidos en conocimiento del órgano de control, analizar si el "riesgo o infracción" debía o podía haber sido conocido por éste –en el desempeño de su específica función–, o por los directores del departamento donde se produzca, y adoptar en su caso las medidas disciplinarias oportunas frente a ellos como frente a las personas implicadas directamente en las infracciones, o riesgos detectados, dando las oportunas órdenes para el cumplimiento inmediato de las medidas precisas ya aprobadas o adoptar las que se consideren pertinentes.

**e) Para el caso de que los propios miembros del órgano de administración pudieran conocer "riesgos o infracciones" de que fuera directamente responsable otro administrador** (falta de diligencia o dedicación adecuada al cargo, o infracciones de otra índole, incluso

delitos) habría que analizar si el administrador conocedor de las posibles infracciones cometidas por otros miembros del órgano de administración y el administrador-infractor, son o no socios; la participación, en su caso, del administrador conocedor de la infracción así como la del infractor, en el capital social, para analizar cual debería de ser la conducta más adecuada y prudente: Si instar ante la Junta de socios el cese del administrador infractor, denunciarle a las autoridades o adoptar otro tipo de acciones, analizando la gravedad de los hechos y las repercusiones para la marcha de la sociedad y su imagen corporativa.

**2. ¿Cuáles son las consecuencias de no informar o no denunciar un posible riesgo o infracción, para los empleados y para quienes ejercen el poder de dirección en virtud de un contrato laboral?**

Partiendo de que el Código Ético y Reglamento Interno de Conducta de la empresa es parte esencial del modelo de prevención (**art. 31 bis 5 2º**), al igual que el reglamento sancionador (**art. 31 bis 5 5º**); el deber de informar o denunciar debe de ser conocido y aceptado como parte de las obligaciones y deberes contractuales por los empleados, –máxime por aquéllos ligados por un contrato de alta dirección– debiendo establecerse en el Código Ético –que forma parte de la Política de Compliance de la sociedad – la obligación de informar sobre riesgos o infracciones (obligación dimanante del deber de buena fe contractual) y en el Reglamento sancionador prever que el incumplimiento del "deber de informar" constituirá una infracción de del deber de buena fe –piedra de bóveda– de la relación laboral (**art. 5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**), pudiendo llegar dicha infracción en caso de ser grave a ser causa de despido disciplinario (**art. 54.2 d**)



Como ha dicho en innumerables sentencias el Tribunal Supremo (por todas la **Sentencia de 19 Jul. 2010, Rec. 2643/2009**) *“la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas, al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe -arts. 5-b) y 20-2 del Estatuto -, que obliga, al decir de la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1984, que a su vez invoca una reiterada doctrina-, «a empresarios y trabajadores en el sentido de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como afirma también la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos», hasta el punto de que la transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que, cuando sea grave y culpable, es causa que justifica el despido -art. 54-2.d) del Estatuto -; -- que esta falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, deberes que han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa STS/Social 26-enero-1987 -infracción de ley)“.*

Y en esa misma sentencia se incide en que *“la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos”; siendo “ el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual”; implicando siempre “la deslealtad*

*una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de la fidelidad”.*

### 3. ¿Qué personas pueden ser objeto de denuncia?

Parece claro que pueden ser objeto de denuncia cualquier persona “sometida” al poder de dirección y organización de la empresa (empleados); también los contratistas ligados por un contrato que así lo prevea; los propios directores o personas que tengan poder de organización, y control, e incluso los propios administradores o representantes legales de la sociedad, en el caso de que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención hubiera sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (**art. 31 bis 2ª**).

**¿Puede ser denunciado el propio órgano de cumplimiento?; ¿a quién se dirigirán las informaciones de riesgos e infracciones del propio órgano de supervisión o control?** Parece evidente que el órgano de supervisión y control puede y debe ser denunciado de cualquier riesgo o infracción existente en sus funciones, siendo lógico que en ese caso la información o la denuncia se traslade directamente al órgano de administración de la empresa, del que funcionalmente depende.

**¿Qué ocurre cuando el órgano de supervisión y control sea el propio órgano de administración conforme a la posibilidad que prevé el art. 31 bis 3.º?** El tema plantea más preguntas que respuestas. ¿Se podría comunicar al presidente del Consejo en caso de que la información afectase directamente a otro consejero?; ¿en caso de un consejo de administración con un secretario no consejero, se podría comunicar a éste?; ¿en el caso de una sociedad que hubiera nombrado auditor, podría ser éste la persona adecuada a quien trasladar la información comprometedoras?; ¿qué ocurre en caso de pequeñas sociedades con un

administrador único o varios solidarios que ostentan la condición de socios con igual participación en la sociedad?, y ¿en el caso de administradores mancomunados todos ellos afectados?

### 4. De las ventajas de establecer un canal de denuncias externo.

Todas estas respuestas tienen solución si el canal de denuncias se externaliza y su gestión se encomienda a una empresa externa, que tramite el contenido de las denuncias, garantice la indemnidad del denunciante para que no sufra represalia alguna por la denuncia, y le asesore en todo el proceso velando por que se preserven sus derechos durante la investigación a que pueda dar lugar la denuncia.

En un canal de denuncias externo, el denunciante puede ser cualquier persona vinculada a la sociedad, no solo accionistas, miembros del órgano de administración y dirección, empleados, colaboradores externos, proveedores, clientes o cualquier otra persona relacionada con la sociedad.

El canal de denuncias externo tiene pues como ventaja frente a un canal interno, que los posibles denunciantes sienten más seguridad de que se preserve su identidad, puedan ser asesorados y se sientan protegidos de cualquier represalia.

Para que esa externalización sea exitosa resulta necesario que todos los posibles denunciantes se hagan cargo del verdadero compromiso de la empresa con el modelo implantado al dejar en manos de tercero cuestión tan sensible como posibles riesgos o infracciones que puedan ser trascendentales desde el punto de vista legal y

competitivo. Ello exige, como paso previo, que el órgano de administración y los directores de departamento sepan explicar adecuadamente ese compromiso empresarial como una decisión estratégica encaminada a establecer una verdadera cultura de cumplimiento en la empresa y un sistema de control adecuado.

La evidente ventaja del canal de denuncias externo es pues que su gestor se compromete a garantizar, utilizando las medidas de seguridad oportunas la confidencialidad del denunciante y del tratamiento de la denuncia; el asesoramiento jurídico al denunciante, así como la defensa y protección del mismo ante cualquier tipo de represalia, amenaza, acoso que sufra el denunciante por parte de un miembro, empleado, directivo o persona representante de la sociedad a consecuencia de una denuncia, conducta que en todo caso deberá de preverse en el reglamento sancionador de la entidad como una falta muy grave del reglamento de régimen interior.

La externalización del canal de denuncias:

- a) **Facilita, que el denunciante aporte sus datos de identidad y se eviten denuncias anónimas; donde siempre es más fácil utilizar el medio con la simple base de un rumor, sino con fines directamente maledicentes.**

Ciertamente bajo la vigencia de la Directiva 95/46/CE, el Grupo Europeo del artículo 29 de Protección de Datos compuesto por un representante de la autoridad de protección de datos de cada Estado miembro de la UE, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea -creado al amparo de la misma- consideraba que los sistemas de denuncia de irregularidades



debían establecerse de tal manera que no fomentasen las denuncias anónimas como forma habitual de presentar una denuncia, pero aceptaba la denuncia anónima cuando el denunciante deseara mantener el anonimato.

En el concreto caso español la Agencia española de Protección de datos en su Informe Jurídico 128/2007 (actualmente no disponible en su web) indicaba: que "a fin de garantizar el 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".

Este criterio lo modifica el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en cuyo artículo 24 considera lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, 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.

En el mismo sentido la UNE 19601 - Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso-, desarrollada por AENOR como certificable a partir de los criterios de la ISO 19600 y el art. 31 bis. C.P.

Ello no significa, según entiendo, que la empresa no pueda decantarse por el sistema de denuncias confidenciales que proponemos, sin perjuicio de que si llega

alguna denuncia anónima, el responsable externo del canal de traslado al Comité de cumplimiento de la relación circunstanciada de los hechos denunciados a efectos de que éste valore la conveniencia o no de iniciar una investigación interna.

**b) Hace más fácil que puedan ser denunciados miembros del órgano de administración, dirección y control (incluido el órgano de cumplimiento)** además de las personas que se encuentren bajo la dependencia de éstos, o los contratistas adheridos al sistema.

**c)** A mayor abundamiento **permite ser un medio de filtración de las denuncias**, si el responsable del canal asume el compromiso contractual de estudiar si los hechos revisten o no -prima facie- características de delito o infracción del Código Ético o del Reglamento de Régimen interior, o si los mismos no suponen infracción alguna, asumiendo la obligación de informar al denunciante, si da trámite a la denuncia previo asesoramiento o cual sea el canal adecuado para transmitir su queja en caso de que los hechos no sean constitutivos de infracción alguna.

En todo caso el responsable del canal deberá comunicar al órgano de cumplimiento de la empresa - preservando la identidad del denunciante- los hechos objeto de denuncia y el informe que haya elaborado considerando que los hechos denunciados no suponen un delito o infracción alguna del Código Ético o del Reglamento de régimen interior o de los controles establecidos en el programa de prevención de delitos.

**d)** Esos informes realizados por un tercero pueden ser **un medio idóneo de prueba en un proceso penal**; y si el sistema informático del responsable -lo que sería deseable- tiene las oportunas medidas implementadas, dar fe de la **fecha de interposición de la denuncia, del resultado de la misma, dejando trazabilidad de todo el proceso.**

**e)** Además, en caso de que, a juicio del responsable del canal de denuncias, los hechos denunciados revistan, prima facie, carácter de delito o infracción del Código Ético o del Reglamento de régimen interior, el responsable del canal podría igualmente asumir la función de **asesorar al denunciante** en el modo de plantear la denuncia, pruebas que debe incorporar o diligencias de investigación que debe proponer, a fin de que el denunciante una vez cumplimentado este trámite, ratifique la denuncia, de la cual se dará traslado, con el informe del responsable del canal, al órgano de cumplimiento de la empresa preservando la identidad del denunciante.

Esta decisión de externalizar el canal de denuncias y designar un responsable externo (persona física o jurídica) compete al órgano de Gobierno de la sociedad, que no olvidemos tienen dentro del deber general de diligencia, un específico deber de control (cfr.art.225.2 LSC).

#### 5. De la denuncia y sus requisitos.

Será aconsejable que la denuncia se haga por escrito en el que conste:

- Los datos de identidad del denunciante: Nombre, apellidos, Documento Nacional de Identidad y una dirección de correo electrónico a efectos de la recepción de notificaciones.

El denunciante deberá identificarse al formular la denuncia.

- Los datos de identidad si son conocidos del denunciado.

- La relación circunstanciada de los hechos objeto de la denuncia, con indicación de la fecha, hora y lugar en que ocurrieron.

- También se indicarán si existieran testigos de los hechos y los datos de identidad de los

mismos si son conocidos por el denunciante.

A la denuncia se debe facilitar que se acompañe cualquier documento, grabación de video, sonora o cualquiera otra prueba de los hechos, en soporte físico o telemático.

#### 6. De la protección del denunciante.

Los datos del denunciante solo serán accesibles al responsable del canal de denuncias, quedando obligado éste al cumplimiento del principio de confidencialidad.

A tal efecto el responsable del canal de denuncia deberá eliminar todos aquellos datos que pudieran identificar al denunciante, manteniendo el resto de datos del documento de denuncia que será remitido al órgano de cumplimiento para la investigación de los hechos.

Igualmente el responsable del Canal de denuncias velará porque el denunciante, caso de ser descubierto en el transcurso de la investigación, no reciba ninguna represalia.

Si el denunciante fuera objeto de cualquier represalia o acoso, podrá dirigirse en amparo al responsable del canal de denuncias, que instará las medidas de protección oportunas, ante la alta dirección de la empresa, su órgano de administración y, si fuera preciso, ante la inspección de trabajo.

## 7. Derechos del denunciado.

El denunciado tiene derecho a conocer la denuncia.

El denunciado tiene derecho a conocer, en su caso, el resultado de la investigación realizada.

El denunciado tiene derecho a defenderse y proponer los medios de prueba que considere pertinentes para su defensa.

## 8. Protección de datos personales del denunciante, denunciado y de los terceros afectados.

El artículo 24 del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos prevé (art. 24.2 y 3) a este respecto que el responsable del canal deberá de garantizar que el acceso a los datos contenidos en el sistema de denuncias quede limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la sociedad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento; adoptando las medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, especialmente la de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado.

Los datos de quien formule la denuncia y de los empleados y terceros afectados por la información deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados.

Expresamente el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de datos prevé en el art. 24.4 que "En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias", y que "Si fuera necesaria su conservación para continuar la investigación, podrán seguir siendo tratados en un entorno distinto por el órgano de la entidad al que compete dicha investigación. No siendo de aplicación a estos sistemas la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica".

**“ El denunciado tiene derecho a defenderse y proponer los medios de prueba que considere pertinentes para su defensa.”**