

ASPECTOS LABORALES DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE PERSONAS INFORMANTES*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: informantes, Autoridad Independiente de Protección del Informante, libertad de expresión, canales

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, procede a transponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. La norma que es objeto de análisis e interpretación en el presente artículo afecta el ámbito de las relaciones laborales desde una doble vertiente. De un lado, establece la obligación empresarial de crear y gestionar canales internos de información sobre delitos e infracciones administrativas graves y muy graves. De otro, las personas reconocidas como informantes gozarán de un estatuto especial que debe protegerles frente a cualquier tipo de represalias, también en el ámbito laboral o profesional, relacionadas con su actividad como informante. Como instrumento de control del adecuado funcionamiento del sistema de protección, la nueva normativa crea la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI), que será responsable tanto de la gestión del canal externo de información como de la aplicación del correspondiente régimen sancionatorio. El presente trabajo abordará únicamente los aspectos típicamente laborales que la norma regula, esto es, los derechos y obligaciones que, en cada caso, afectan al sistema de relaciones laborales y a las personas, entidades y organizaciones involucradas.

ABSTRACT

Keywords: *informants, Independent Whistleblower Protection Authority, freedom of expression, channels*

Law 2/2023, of 20 February, transposes Directive (EU) 2019/1937, of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union law. The rule that is the subject of analysis and interpretation in this article affects the field of labor relations from a double aspect. On the one hand, it establishes the business obligation to create and manage internal channels of information on serious and very serious crimes and administrative infractions. On the other hand, persons recognised as informants will enjoy a special status that should protect them against any type of retaliation, including in the workplace or professional, related to their activity as a whistleblower. As an instrument for controlling the proper functioning of the protection system, the new regulations create the Independent Whistleblower Protection Authority (AAI), which will be responsible for both the management of the external information channel and the application of the corresponding sanctioning regime. This paper will only address the typical labor aspects that the standard regulates, that is, the rights and obligations that, in each case, affect the labor relations system and the people, entities and organizations involved.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial” (PID2021-122537NB-I00).

** ORCID 0000- 0002-8149-8503.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NUEVA LEY
3. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PRIVADO
 - 3.1. Empresas obligadas
 - 3.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno
 - 3.3. Procedimiento de gestión de las informaciones
 - 3.4. Protección de datos
4. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PÚBLICO
 - 4.1. Entidades obligadas
 - 4.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno
 - 4.3. Procedimiento de gestión de las informaciones
 - 4.4. Protección de datos
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS
 - 5.1. La pertenencia al entorno laboral
 - 5.2. El contenido de la información
 - 5.3. La elección del canal de información
 - 5.4. La revelación pública
6. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN
 - 6.1. Condiciones de acceso al sistema de protección
 - 6.2. La prohibición de adoptar represalias
 - 6.3. Las medidas de apoyo
7. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

1. INTRODUCCIÓN

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 Unión¹ (en adelante, Directiva) establece un plazo de trasposición a los ordenamientos internos, coincidente con la entrada en vigor de la obligación de activar canales de información en las empresas, públicas y privadas, y en las administraciones públicas (en adelante, AAPP), que se hace acompañar de una suerte de moratoria para las medianas empresas del sector privado. En aplicación del primero, los Estados miembros disponían de un plazo de algo más de dos años, que finalizó el día 17 de diciembre de 2021, para aprobar y poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al contenido de la norma europea (art. 26.1 Directiva). En segundo lugar, una norma especial demoraba dos años la exigencia del cumplimiento de la obligación de establecer canales internos de información para las empresas de tamaño mediano, hasta el 17 de diciembre de 2023 (art. 26.2 Directiva).

¹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2019. Sobre su contenido, véase, Sáez Lara, C. “La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Por su parte, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción² (en adelante, LPI) vio la luz con más de un año de retraso, respecto del plazo máximo establecido por la norma europea, y después de que la Comisión Europea haya denunciado a España ante el Tribunal de Justicia, por incumplimiento del plazo de transposición. Quizás por ello, la norma española ofrece un magro plazo de tres meses, a contar desde su entrada en vigor, para que las empresas y entidades públicas cumplan con las obligaciones que de ésta se derivan. En atención a lo establecido en sus disposiciones transitorias segunda y final duodécima, desde el día 13 de junio del presente año, administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas deben contar con un canal interno de información. Como excepción a la anterior regla general, las empresas del sector privado cuyo volumen de empleo se sitúe en el umbral cincuenta a doscientas cuarenta y nueve personas y los municipios que censan a menos de diez mil personas dispondrán de un plazo bastante más razonable, aunque inferior al inicialmente previsto en la Directiva, para implantar su sistema de información interno, que se extiende hasta el 1 de diciembre de 2023. En definitiva, al finalizar el presente año, todas las empresas privadas y entidades públicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la LPI deberán disponer de un canal interno de información.

No obstante, la completa aplicación de las previsiones contenidas en la LPI no se producirá en los términos cronológicos más arriba previstos, pues el sistema de información se completa con la implantación de un canal externo de naturaleza pública, que deberá poner en marcha un organismo de nueva creación. A tales efectos, la disposición final undécima LPI concede al Consejo de Ministros un plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de la propia norma, para la aprobación del Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante, AAI), en el que deberá fijarse su organización, estructura y funcionamiento interno. En la medida en que el art. 16 LPI encomienda a dicha autoridad la implantación y gestión del canal externo, debe entenderse que, al menos, hasta mediados de marzo del año 2024 no será posible acceder a dicho canal. En suma, durante parte del próximo año, las personas informantes podrán acceder a los canales internos, pero no a los externos y, lo que resulta más perjudicial, tampoco podrán gozar de las medidas de apoyo a las que hace referencia el art. 37 LPI, ni serán objeto de sanción administrativa las empresas que incumplan sus obligaciones en la materia pues, como establece el art. 43 LPI, la adopción de aquellas medidas, la tramitación del procedimiento sancionador y la imposición de las sanciones corresponden también a la AAI. Es cierto que la disposición adicional sexta LPI extiende la protección del sistema a las informaciones que hubieran podido ser comunicadas desde la entrada en vigor de la Directiva, pero, con toda probabilidad, dicha previsión únicamente permitirá invocar la prohibición

² (BOE de 21 de febrero 2023).

de medidas de represalias en procesos judiciales que, en su caso, tengan origen en informaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la LPI. En resumen, es previsible que la habilitación de los canales internos no resulte inicialmente muy eficaz pues, en ausencia de garantías externas, las personas informantes prefieran aplazar unos meses el uso del nuevo instrumental de colaboración ciudadana.

La demorada labor legislativa de transposición de la Directiva en España se concreta en una norma compuesta por sesenta y ocho artículos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y doce disposiciones finales, extensión material que permite hacerse una idea de la complejidad de su contenido. El Título I, a modo de preámbulo, informa sobre los aspectos teleológicos que justifican la actividad legislativa y define los elementos materiales (art. 1 LPI) y subjetivos (art. 2 LPI) que configuran los ámbitos sobre los que se proyecta la norma. El Título II regula el sistema interno de información y contiene una serie de disposiciones de general aplicación (arts. 4 a 9 LPI), que se complementan con un grupo de previsiones específicas aplicables al sector privado (arts. 10 a 12 LPI) y otro reservado al sector público (arts. 13 a 15 LPI). El Título III diseña el sistema externo de información, la AAI y las normas básicas sobre su funcionamiento, trasladando la regulación sobre su régimen jurídico (arts. 42 a 52 LPI) y organización (arts. 53 a 59 LPI), al Título VIII. Por su parte, el Título IV regula la publicidad de los canales y el registro de las comunicaciones (arts. 25 y 26), el Título V limita la posibilidad de revelar públicamente las informaciones (arts. 27 y 28), el Título VI regula la protección de datos personales (arts. 29 a 34) y el Título VII establece el resto de las medidas de protección que deberán dispensarse a la persona que informa (arts. 35 a 41). Por último, el Título IX ordena el régimen sancionador aplicable (arts. 60 a 68 LPI).

Desde la perspectiva disciplinar, una somera lectura del texto normativo permite reconocer que la autoría del Anteproyecto corresponde al Ministerio de Justicia, opción gubernativa que puede ser compartida en atención al objeto de regulación, aunque quizás hubiera sido deseable que las previsiones relacionadas con las materias laborales hubieran sido objeto de un tratamiento más cuidado. Aunque las incorrecciones técnicas más relevantes serán señaladas en el apartado oportuno, baste por ahora con advertir de la utilización de la expresión “infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo” (art. 2.3 LPI) que bien podría haberse sustituido por “infracciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en concordancia con lo establecido en la Sección Segunda del Capítulo II de la LISOS. Entre los descuidos conceptuales, cabe citar cómo la expresión “las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena” (art. 3.1.a LPI) parece considerar excluyentes o alternativos los conceptos “empleado público” y “trabajador por cuenta ajena”, olvidando que la relación de trabajo dependiente encuentra acomodo legal tanto en el sector público como en el privado y, por ello, las personas que sin ostentar la condición de funcionario o personal estatutario prestan servicio para el sector

público poseen la doble condición de empleado público y trabajador por cuenta ajena. Por último, la prácticamente nula atención que la norma presta a los sujetos colectivos condicionará notablemente su eficacia, sin perjuicio de las correcciones que puedan instrumentarse vía autonomía colectiva.

2. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NUEVA LEY

El diseño de la nueva norma se levanta sobre una serie de ejes que establecen un sistema de protección de naturaleza mixta, con intervención privada y pública, y un alto nivel de descentralización administrativa, pues prescribe la participación tanto de la Administración General del Estado como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, la LPI se autodefine como una norma promocional, que pretende fomentar la colaboración ciudadana en la persecución de determinados incumplimientos normativos. Sin embargo, puede afirmarse que más que una norma de fomento se trata de una norma de garantías, en el sentido de que su articulado ofrece sólo un sistema de protección contra represalias al que podrán acogerse las personas que asumen la responsabilidad de desvelar determinadas actividades ilegales. La experiencia muestra que estas personas, según se afirma en la propia exposición de motivos, sufren a menudo “consecuencias penosas”. Evitar la generalización de estas prácticas de represalia es el objetivo inmediato de la LPI, para con ello conseguir su finalidad última, que las empresas y las AA.PP. respeten el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el legislador español no ha considerado adecuado, tampoco parece que la Directiva apunte en esa línea, incrementar el efecto motivador, mediante el ofrecimiento de compensaciones de naturaleza económica a las personas que informan. Sin perjuicio de lo anterior y en determinados supuestos, la norma permite atenuar o eximir a la persona informante de las sanciones que le hubieran correspondido por su participación en las infracciones objeto de información (art. 40 LPI).

En segundo lugar, en aplicación del principio de especialidad, la norma excluye de su ámbito de aplicación material los supuestos que ya se rigen por una normativa específica, como es el caso de los mecanismos previstos por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 (art. 2.6 LPI). En la misma línea, las previsiones de la nueva norma no afectarán a las diligencias penales (art. 2.2 LPI) ni al régimen sancionador administrativo (arts. 2.3 y 67 LPI) ni, por supuesto, a las informaciones que se vean afectadas por el secreto profesional del personal sanitario, de la abogacía, de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de la judicatura (art. 2.4 LPI). También se aplicará la normativa específica en la materia a los supuestos de infracciones en los procedimientos de contratación cuando contengan información secreta, clasificada o reservada (art. 2.5 LPI).

En tercer lugar, la corriente iniciada en el espacio de influencia cultural anglosajona ha tenido ya reflejo en nuestro país en algunas CCAA (Cataluña, Valenciana, Illes Balears, Navarra, Principado de Asturias o Andalucía), que han establecido canales externos para facilitar a la ciudadanía la transmisión de comunicaciones sobre irregularidades y proteger a las personas que hacen uso de ellos. Se trata de regulaciones parciales que circunscriben el objeto de comunicación al ámbito del uso inadecuado de los fondos públicos. Por otra parte, tanto en el sector privado como en el sector público, algunas entidades han puesto en marcha canales de información interna sobre determinadas materias, como medidas de prevención del acoso y del acoso sexual y como instrumento de control de los incumplimientos normativos de distinta índole (*compliance*). En aplicación del principio de economía de medios, la LPI convalida, a efectos de su cumplimiento, los canales internos y los sistemas de protección preexistentes que superen los requisitos que la norma establece (disposición transitoria primera) y facilita un plazo de adaptación, de seis meses de duración, a la nueva normativa de los canales externos (disposición transitoria segunda), obliga a unificar los canales internos preexistentes sobre materias incluidas en su ámbito y permite que los canales internos mantengan la posibilidad de informar sobre cuestiones ajenas al ámbito de aplicación material de la norma, sin perjuicio de que sobre dichos ámbitos no resulta obligatorio para las empresas proyectar la totalidad del sistema de protección desplegado por la LPI (arts. 7.1, 7.4 y 9.2 LPI). En otras palabras, la LPI diseña canales de información estandarizados, mínimos y unificados sobre determinadas materias y deja en manos de las empresas y administraciones la posibilidad de ampliar su marco protector.

En cuarto lugar, la norma española tiende a la universalidad objetiva pues, junto a los incumplimientos del derecho de la UE ampara también la denuncia de la generalidad de incumplimientos normativos en la esfera penal y administrativa. Si la norma europea persigue fundamentalmente incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción, el legislador español ha considerado adecuado proveer a los canales de información de un enfoque más amplio, para con ello fomentar la denuncia de incumplimientos normativos no relacionadas exclusivamente con dicha lacra, que poseen una conexión más robusta con la disciplina jurídico laboral a través de la LISOS y el Código Penal (Título XV). Esta opción de política legislativa, aunque no requiere autorización expresa de la norma europea, se encuentra contemplada en el art. 2.2 de la Directiva.

En quinto lugar, la nueva ley también apunta a la universalidad subjetiva y afecta tanto al sector público como al sector privado. En el ámbito privado, todas aquellas empresas que tengan cincuenta o más trabajadores, limitación cuantitativa que no afecta a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales (art. 10 LPI), deberán crear y gestionar canales internos de denuncia. Por su parte, la afectación en el sector público es completa, incluyendo a los órganos constitucionales (art. 13 LPI). Sin perjuicio de lo anterior, estas limitaciones en

atención al volumen de empleo solo afectan a las obligaciones relacionadas con los canales internos, por lo que las personas informantes sobre infracciones cometidas en empresas privadas de menor tamaño podrán hacer uso de los canales externos de información y tendrán derecho a acceder al sistema de protección que establece la norma en igualdad de condiciones.

En sexto lugar y con relación a las personas que pueden hacer uso de los canales de información, la norma establece un enfoque de laboralidad extendida o profesionalidad (art.3 LPI). De esta manera, la protección se extiende a todas aquellas personas que mantienen vínculos profesionales o laborales, pero también a aquellas otras que dejaron de mantener este vínculo (extrabajadores) e, incluso, a algunas otras que jamás lo llegaron a tener (familiares, voluntariado, participantes en procesos de selección).

En séptimo lugar, la actuación de las personas informantes debe estar inspirada por el principio de buena fe, entendido como expresión del comportamiento cívico objeto de protección. En sentido contrario, la norma intenta proteger a las entidades públicas y privadas, y a las personas que forman parte de ellas, de los daños que puedan desprenderse de la difusión de informaciones falsas o tergiversadas, así como de aquellas obtenidas de manera ilícita (arts. 35 y 39 LPI).

En octavo lugar, la norma ofrece un sistema de información o comunicación multicanal (interno, externo e, incluso, revelación pública). Aunque la norma muestra específicamente su preferencia por el canal interno, en la inteligencia de que la inmediata actuación de la propia organización es el medio más eficaz de limitar el impacto negativo de los incumplimientos, la norma permite a la persona informante dirigirse directamente al canal externo, cuando el uso del canal interno resulte ineficaz o incremente el riesgo de represalias, pero también se protege la revelación pública de la información cuando se advierte una amenaza inminente de interés general (Títulos II, III y V).

En noveno lugar, la norma consagra un principio de libertad de elección del modo de traslado de la información, que podrá transmitirse vía oral, presencial o a distancia, de forma escrita, mediante algún tipo de soporte digital e, incluso, de forma anónima, a elección de la persona informante (arts.7 y 17 LPI).

En décimo lugar, de conformidad a la estructura política de nuestro país, el sistema de información ha sido diseñado para alcanzar altos niveles de descentralización, mediante la habilitación de canales externos autonómicos de información y autoridades independientes autonómicas dotadas de similares competencias, que serán ejercidas en sus respectivos ámbitos territoriales, de conformidad con la distribución prevista en el art. 24 LPI, aunque también podrán ceder a la AAI el ejercicio de estas competencias, previa firma del correspondiente convenio (disposición adicional segunda LPI).

En undécimo lugar, la especialidad de los bloques normativos cuya vulneración persigue la adopción de la Directiva, estrechamente vinculados con la corrupción, exige dotar de independencia y autonomía a los canales de comunicación externa y a las entidades que apliquen el régimen sancionador (art. 42 LPI).

Por último, el objetivo del sistema de protección, que justifica la aprobación de la norma europea y su transposición en España, es garantizar la indemnidad de las personas que informan pues, en caso contrario, las personas que conocen una información en su entorno laboral tendrán fundados motivos para callar, al menos mientras se mantenga vigente la relación laboral o de otro tipo. La eficacia de la prohibición de represalias (art. 36 LPI), de las medidas de protección frente a estas (art. 38 LPI) y de las medidas de apoyo (art. 37 LPI) condicionarán decisivamente el efecto útil de la norma.

3. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PRIVADO

3.1. Empresas obligadas

La obligación de implantar un sistema interno de información se proyecta sobre las empresas privadas, independientemente de la forma jurídica que adopten y sin que sea preciso que operen con ánimo de lucro. Sin perjuicio de lo anterior, con el objetivo de evitar la imposición de cargas excesivas a las pequeñas empresas, la letra a) del art. 10.1 LPI, interpretado en sentido contrario, excluye a las empresas de menor tamaño, esto es, las que emplean a cuarenta y nueve personas o a una cifra inferior. Aunque, como se afirma, en las pequeñas empresas no existe obligación de establecer canal interno de información, este tipo de empresas pueden también verse afectadas por las actuaciones de la AAI, cuando eventuales infracciones cometidas en su seno sean objeto de denuncia en el canal externo que administra aquélla. No obstante, estas empresas podrán establecer canales internos de denuncia si así lo desean, si bien se trataría de un supuesto de sumisión voluntaria por lo que, puesto en marcha el canal interno, la pequeña empresa se verá obligada a cumplir con todas las previsiones contenidas en la LPI en la recepción, gestión y tramitación de las informaciones (art. 10.2 LPI).

En la determinación del volumen de empleo de las empresas, la norma no parece tener en cuenta las peculiaridades del mercado de trabajo español, en el que operan numerosas entidades económicas especializadas en actividades de temporada y, por ello, su plantilla, en términos cuantitativos, sufre grandes oscilaciones a lo largo del año. Hubiera sido deseable que la norma legal estableciese un sistema de cálculo ponderado, fijase el momento en el que debe realizarse tal cálculo y determinase cómo actuar en los supuestos de descensos notables del volumen de empleo. Estas previsiones hubieran permitido trasladar a este tipo de empresas, y a las personas que prestan servicio en ellas, un mayor grado de seguridad jurídica.

En mi opinión, podría resultar algo forzada la interpretación analógica que tomase como referencia el sistema previsto en el art. 3 del Reglamento de los Planes de Igualdad³; sin embargo, en ausencia de normativa específica, puede que esta sea la solución más ajustada a derecho.

Como primera excepción a la regla general sobre volumen de empleo, la letra b del art. 10.1 LPI señala a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los actos de la UE en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente (I.B y II del anexo de la Directiva). Estas empresas, incluso cuando empleen a un número inferior a cincuenta personas, se verán afectadas por lo dispuesto en la LPI en las materias no reguladas en su normativa específica.

Como segunda excepción a la regla general sobre volumen de empleo, la letra c) del art. 10 LPI señala a los partidos políticos, a los sindicatos, a las organizaciones empresariales y a las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que perciban o gestionen fondos públicos. Estas organizaciones y fundaciones, incluso cuando empleen a menos de cincuenta personas, se verán afectadas por lo dispuesto en la LPI. Por el contrario, el resto de las organizaciones privadas financiadas con fondos públicos solo deberán crear un canal interno de denuncias cuando superen el umbral mínimo de empleo establecido en la ley.

3.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno

La norma responsabiliza directamente al órgano de administración de la empresa, previa consulta con la representación de las personas trabajadoras, de la puesta en marcha del canal interno de información (art. 5 LPI). Aunque la letra de la norma no hace referencia expresa, el precepto crea un nuevo supuesto de consulta al Comité de Empresa que, en ausencia de regulación específica, deberá someterse a los requisitos y exigencias previstas en el art. 64 ET⁴. Si, como se ha dicho más arriba, en cada empresa debe crearse un canal interno, en las empresas que posean más de un centro de trabajo la información y la consulta podrá instrumentarse ante el Comité Intercentros. En los supuestos en los que el convenio colectivo no prevea esta figura, cabría plantearse la posibilidad de constituir un órgano de consulta *ad hoc*, siguiendo las reglas de representatividad exigidas para la constitución de los Comités Intercentros (art. 63.3 ET).

³ Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad (BOE 14 de octubre).

⁴ Sobre la sustanciación de los procedimientos de información y consulta, Gómez Gordillo, R. "Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras" Temas Laborales, núm. 158/2021, pp. 161 a 182.

Para los supuestos de grupos de sociedades, el art. 11.1 LPI encomienda a la empresa dominante la responsabilidad del diseño de su propio sistema de información. Entre otras cuestiones, corresponde al órgano de dirección de esta decidir si unifica el canal interno y encomienda a dicho canal la gestión de las informaciones relativas a todas y cada una de las empresas del grupo. Alternativamente, la dirección de la empresa matriz puede decidirse por una opción multicanal y crear en cada una de las empresas del grupo un canal interno para la gestión de sus respectivas informaciones (art. 11.2 LPI). Mayores dudas interpretativas ofrece la posibilidad de establecer varios canales internos, cuyo ámbito de actuación se limite a un “subgrupo o conjunto de sociedades”. A tales efectos, aunque el precepto hace referencia expresa a la posibilidad de asignar a una misma persona la condición de responsable del sistema en estos ámbitos intermedios, no extiende expresamente dicha alternativa respecto de la posibilidad de crear varios canales internos. En los supuestos de unificación del sistema de información, debe interpretarse que el procedimiento de información y consulta deberá materializarse con el comité de grupo, cuando dicho órgano de representación haya sido constituido. En caso contrario, el procedimiento de información y consulta deberá tramitarse con cada uno de los órganos de representación de las personas trabajadoras de las empresas del grupo.

Aunque la obligación de implantar y gestionar el sistema interno no es delegable, con carácter general, las empresas pueden contratar con un tercero las actividades de recepción de las informaciones, siempre que esta decisión no suponga menoscabo alguno de las garantías que exige la norma (art. 6 LPI). Por otra parte, las medianas empresas podrán optar por compartir los recursos necesarios para gestionar el canal interno de información (art. 12 LPI). Aunque el precepto hace exclusivamente referencia a las “personas jurídicas”, no existe razón alguna para que las empresas propiedad de una persona física, siempre que su volumen de empleo se encuentre en el correspondiente umbral cuantitativo, accedan a esta posibilidad. La decisión de compartir los recursos debe garantizar que cada entidad cuente con un sistema independiente y diferenciado respecto de los sistemas internos del resto de las entidades u organismos que comparten los mismos recursos (art. 5.2.f y 10 LPI). En estos supuestos, parece interpretarse que es posible externalizar también las tareas de tramitación de las informaciones, si bien deberán respetarse las garantías establecidas en la norma legal.

Los órganos de administración de las empresas podrán confiar la responsabilidad de gestionar el sistema a una persona física o a un órgano colegiado. Corresponde también al órgano de administración de la empresa la tarea de designar y, en su caso, cesar a la persona física responsable o a quienes integren el órgano colegiado que asumirá las tareas de gestión (art. 8.1 LPI). En caso de que la responsabilidad de la gestión del sistema recaiga en un órgano colegiado, sus miembros designarán a la persona física que asumirá la responsabilidad de la tramitación de las informaciones (art. 8.2 LPI). Tanto el nombramiento como el

cese de la persona o personas responsables deben ser comunicados, en el plazo de diez días, a la AAI o, en su caso, a las agencias autonómicas (art. 8.3 LPI). En los supuestos de cese, la comunicación deberá incluir las razones que justifican dicha decisión. La responsabilidad, individual o plural, del sistema recaerá siempre en personal de la empresa que, a pesar de ello, deberán actuar con independencia de su órgano de administración. Cuando por razones materiales no sea posible la dedicación a esta actividad en exclusiva, estas personas podrán realizar otras funciones en la empresa, siempre que se garantice la inexistencia de conflicto de intereses entre las distintas tareas. Aunque nada dice la norma sobre este particular, no existe obstáculo legal que impida que el comité de empresa designe a una o a varias de las personas que integran el órgano colegiado responsable del sistema de información, opción que incrementaría la credibilidad del sistema.

3.3. Procedimiento de gestión de las informaciones

El art. 9.1 LPI encomienda también al órgano de administración de la empresa la competencia para aprobar el procedimiento de gestión de informaciones en el canal interno. Sin perjuicio de lo anterior, las previsiones contenidas en este precepto, y en algunos otros pues en este apartado la norma no resulta particularmente metódica, constituyen un modelo de mínimos que podrá ser obviamente mejorado por la empresa. Aunque tampoco en este caso se hace referencia a la participación del comité de empresa, nada impide que, durante el procedimiento de información y consulta, se alcance un acuerdo sobre esta materia entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras en la empresa. En ausencia de acuerdo sobre este particular, la empresa adoptará la decisión correspondiente de manera unilateral.

El art. 9.2 LPI impone a las empresas la obligación de publicitar suficientemente la estructura del sistema de información, de manera que la persona informante pueda identificar con claridad el canal de información al que debe dirigirse. El procedimiento de recepción debe prever el traslado de informaciones de forma escrita u oral, y por cualquier tipo de medio material que garantice la integridad de su contenido (art. 7.2 LPI). No se hace necesaria la comparecencia física de la persona informante, ni siquiera en los supuestos de transmisión oral, pues también debe admitirse la transmisión mediante cualquier canal de telefonía o de mensajería de voz. La necesidad de documentar las informaciones transmitidas por vía oral, hayan sido realizadas de manera presencial o mediante otras fórmulas, obliga al responsable del sistema a solicitar el consentimiento de la persona informante para grabar, en un formato seguro, duradero y accesible, o a transcribir la conversación. En este segundo caso, se ofrecerá a la persona informante “la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de la conversación”. Por último, el art. 7.3 LPI obliga a las empresas a establecer medios adecuados para recibir y tramitar informaciones de origen anónimo.

En la misma lógica de fomento, se obliga a las empresas a informar sobre la existencia de canales externos de información, acusar recibo de las informaciones vertidas en el canal interno y concluir la gestión de las solicitudes en plazos razonables, cuya duración máxima debe ser conocida y nunca superior a tres meses, ampliables por otros tres en supuestos excepcionales (art. 7 LPI). El procedimiento de información debe posibilitar también que la persona informante proceda a ampliar la información trasladada en un primer momento, cuando se considere necesario (art. 9.2 LPI). Desde la vertiente contraria, el procedimiento de información debe garantizar que las personas a quienes se les atribuyen acciones u omisiones objeto de información sean convenientemente informadas sobre el contenido de la denuncia, en tiempo y forma adecuados, asegurar que se respeta su presunción de inocencia y que se les facilita el correspondiente trámite de audiencia (letra f art. 9.2 LPI).

De mayor complejidad interpretativa resultan las previsiones normativas relativas a la gestión de la información recibida pues, más allá de las obligaciones de confidencialidad, la norma es oscura a la hora de determinar qué tareas de comprobación o investigación debe poner en marcha la empresa y a qué personas correspondería hacerlo. De un lado, el art. 8.2 LPI se refiere a la tramitación de “expedientes de investigación”; de otro lado, el art. 8.4 LPI obliga a las empresas a facilitar al responsable del sistema los medios personales y materiales necesarios para llevar a cabo sus funciones. En resumidas cuentas, en términos laborales, la investigación de la información se concretaría en una suerte de expediente contradictorio, que corresponderá instruir al responsable del sistema, aunque hubiera sido preferible un mayor grado de concreción.

Por otra último, la letra j) del art. 9.2 LPI obliga al responsable del sistema, cuando existan indicios de la comisión de algún delito, a informar inmediatamente al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía de la Unión Europea cuando se vean afectados los fondos europeos. Sorprende que en este punto el legislador español haya olvidado imponer la obligación de informar a las autoridades administrativas correspondientes, como es el caso de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, cuando existan indicios de que se han cometido infracciones administrativas graves o muy graves.

3.4. Protección de datos

El objetivo fundamental de los canales internos de información es generar un entorno seguro para la persona informante, pero también para las personas que pueden verse afectadas por el contenido de la información (art. 5.1 LPI). Por ello, el sistema de información debe garantizar la confidencialidad sobre la identidad del informante y de cualquier persona mencionada en la comunicación (arts. 5.2 y 31.2 LPI). A tales efectos, los arts. 29 a 34 LPI regulan los estándares de protección de datos que deberán ser objeto de observancia por las personas que participen en

el procedimiento de información y, en particular, por las personas responsables de este.

En primer lugar, la norma declara aplicable a las informaciones vertidas en el canal interno la normativa reguladora de la protección de datos contenida en el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales y en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Adicionalmente, el art. 30 LPI considera lícitos los tratamientos de datos que permitan dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la norma, con los límites establecidos en el art. 32.2, 3 y 4 LPI y el art. 32.1 LPI enumera las personas que podrán tener acceso a los mismos⁵.

Por último, el art. 33 LPI reconoce el derecho de la persona informante a que se guarde el máximo sigilo sobre su identidad, de manera que no pueda ser revelada a terceras personas salvo en el marco de una investigación penal, administrativa o disciplinaria. En tales supuestos, la persona informante tiene derecho a ser notificada de la revelación de su identidad a terceros y sobre los motivos de dicha actuación. En la misma lógica, deberá preservarse la identidad de las personas afectadas por la información y de aquellas otras que hubieran sido objeto de mención.

4. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PÚBLICO

4.1. Entidades obligadas

El art. 13 LPI obliga a crear un canal interno de información en todas las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y en todos los organismos y entidades dependientes de estas, en las Universidades Públicas, en las corporaciones de derecho público y en los órganos constitucionales. Adicionalmente, las empresas y fundaciones de capital mayoritariamente público quedan obligadas a establecer un sistema interno de información, incluso cuando empleen a menos de cincuenta personas (art. 13.1.g LPI). En suma, el conjunto del sector público, en sentido amplio, se ve afectado por las obligaciones contenidas en la LPI.

⁵ En materia de protección de datos, véase Cardona Rubert, M. B. “Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; VV.AA. “Protección de datos: comentarios a la LOPD y su reglamento de desarrollo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

La obligación de crear un canal interno se extiende a la propia AAI y a las correspondientes entidades autonómicas, quienes deberán crear y gestionar dos canales de información: un canal interno que tramitará los incumplimientos normativos que se produzcan en el seno de su propia organización y un canal externo que gestionará las comunicaciones que reciba con relación a los incumplimientos normativos que se produzcan en el sector público y privado sometido a su competencia territorial (art. 13.3 LPI).

4.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno

La responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno en el sector público corresponde al órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado (art. 5.1 LPI). La literalidad de la norma parece indicar que la administración general del estado establecerá un único canal interno, conclusión que también alcanza a cada una de las administraciones autonómicas, que deberán crear sus correspondientes canales internos. La misma obligación afecta a las universidades públicas, que no podrán establecer canales de información en estructuras inferiores (facultades o escuelas). No obstante, las entidades con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las distintas AA.PP., que individualmente consideradas ocupen a menos de cincuenta personas podrán también compartir recursos, en este caso solo con la administración de adscripción (art. 14.1 LPI). En segundo lugar, los municipios que censan a una población inferior a diez mil habitantes pueden crear su propio sistema interno u optar por compartir recursos con otra administración de la misma comunidad autónoma (art. 14.2 LPI). En ambos supuestos, los órganos de gobierno de cada entidad u organismo deberán garantizar la independencia y diferenciación de los canales de información (art. 14.3 LPI). Por otra parte, la regulación de la responsabilidad de la gestión de los sistemas de información no posee perfiles propios en el sector público, por lo que me remito a lo dicho en el apartado 3.2 del presente trabajo.

Por lo que respecta a la posibilidad de externalizar la gestión del sistema de información, el art. 15 LPI establece una regla especial para el sector público, conforme a la cual solo podrá acordarse por el correspondiente órgano de gobierno previa acreditación de insuficiencia de medios propios (art. 116.4. fLey de Contratos del Sector Público), si bien, en tales supuestos, únicamente se podrá externalizar la recepción de las informaciones, permaneciendo las tareas de tramitación en el ámbito de la correspondiente entidad pública.

4.3. Procedimiento de gestión de las informaciones

Aunque el procedimiento de gestión de las informaciones, salvo lo dicho en el apartado anterior, recibe una regulación común para los ámbitos públicos y privados, respecto del ámbito público quizás hubiera sido conveniente unificar el procedimiento de gestión de las informaciones, sometiendo los canales internos a

las mismas exigencias que los arts. 17 a 20 LPI establecen para el canal externo. Dicho procedimiento se divide en cuatro fases (recepción, admisión, instrucción, y terminación) que configuran un típico procedimiento administrativo y que es objeto de análisis pues nada obsta para que, tanto en el sector público como en el privado, los sujetos responsables acuerden replicarlo en sus respectivos ámbitos.

La regulación de la fase de presentación resulta muy similar a la establecida para el canal interno, aunque en el caso del canal externo la regulación adquiere mayor detalle y garantías (art. 17 LPI). Las informaciones recibidas deben ser objeto de registro en una base de datos “segura y de acceso restringido”. El expediente se identificará con un código y contendrá la fecha de recepción, las actuaciones desarrolladas, las medidas adoptadas y la fecha de cierre (art. 17.3 LPI).

Una vez creado el registro correspondiente, el art. 18 LPI detalla un trámite de admisión, mediante el cual, y tras un análisis preliminar, podrá determinarse la finalización del procedimiento en distintos supuestos (cuando los hechos denunciados queden al margen del ámbito de la LPI, cuando carezcan de verosimilitud, cuando ya hayan sido objeto de resolución previa y no aporten informaciones novedosas y relevantes y cuando existan indicios razonables de haberse obtenido mediante la comisión de un delito, supuesto este último en que se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal). En caso de que no concurra ninguna de las circunstancias precedentes, la información será objeto de admisión a trámite. En esta ocasión, la letra d) del art. 18.2 LPI sí obliga a la AAI a remitir “la comunicación a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación”, lo que en materia laboral significaría abrir la puerta a la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Admitida la denuncia, el art. 19 LPI regula la instrucción que deberá realizarse y que correrá paralela, en su caso, a los procedimientos administrativos que podrán iniciarse tras el respectivo traslado a las autoridades competentes, según se ha dicho más arriba. La instrucción, dice el art. 19.1 LPI, “comprenderá todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados”, es decir, tras superar el análisis preliminar, se profundizará en el esclarecimiento de los hechos mediante las actuaciones que en cada caso corresponda. En esta fase procedimental se permitirá también a las personas presuntamente responsables el acceso al expediente, con ocultación de los datos que pudieran permitir la identificación de la persona informante, y la presentación de alegaciones en defensa de sus intereses, mediante un trámite de audiencia.

Por último, concluida la fase de instrucción, las actuaciones se darán por terminadas mediante un informe que, como contenido mínimo, incluirá un relato de los hechos, enumerará las actuaciones realizadas y aportará unas conclusiones (art. 20 LPI). Tras la emisión del informe, y a partir de las conclusiones, el responsable del sistema adoptará uno de los siguientes acuerdos: archivo del expediente, remisión al Ministerio Fiscal, a la Fiscalía Europea o a la autoridad competente.

En el caso de los canales internos, la finalización del expediente podrá también determinar la imposición de las correspondientes sanciones disciplinarias.

4.4. Protección de datos

No existen especialidades en la regulación de esta materia respecto del sector público, por lo que me remito a lo dicho en el apartado 3.4. de este mismo trabajo.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

5.1. La pertenencia al entorno laboral

La exposición de motivos de la LPI hace referencia a la especial posición de las personas que prestan servicios por cuenta ajena en una empresa para conocer las infracciones normativas cuya denuncia es objeto de promoción. Sin embargo, la LPI señala como objeto de protección a personas que pueden mantener con la empresa distintos tipos de relaciones, no siempre encuadrables dentro del concepto legal de trabajo por cuenta ajena, tal como es definido por los artículos 1.1 ET y 1 EBEP. Para ello, la LPI se ve obligada a hacer referencia a un nuevo concepto “contexto laboral o profesional” para delimitar los elementos que definen el concepto de persona informante.

A tales efectos, el art. 3 LPI establece el ámbito subjetivo de aplicación del sistema de protección. En primer lugar, la letra a) del art. 3.1 LPI señala a las personas que “tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena”. Ya se ha señalado anteriormente la deficiencia técnica observada en este punto, pues los empleados públicos bajo régimen laboral poseen la condición de trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, este discutible manejo de los conceptos jurídico-laborales se reitera en otros apartados en este mismo precepto. En primer lugar, la letra c) del art. 3.1 LPI incluye, entre otras, “a las personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa, incluyendo a los miembros no ejecutivos”. Pues bien, conviene recordar que el art. 1.3.c) ET, interpretado en sentido contrario, considera trabajadores por cuenta ajena a las personas que además de formar parte de estos órganos realicen en la empresa otras actividades no inherentes a dicho cargo. Por lo tanto, estas personas ya estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la norma, en aplicación de la letra a) del art. 3.1 LPI.

En segundo lugar, la letra d) del art. 3.1 LPI hace referencia a la “persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores”. Puede interpretarse que el término “trabaje para” se refiere a personas que realizan trabajo por cuenta propia y que “bajo la supervisión y dirección” hace referencia a personas que realizan trabajo por cuenta ajena, aunque existen

formas menos oscuras de vincular a las personas que trabajan por cuenta propia o ajena para empresas contratistas o subcontratistas de la principal. Además, en la disciplina jurídico-laboral, los proveedores son una especie del género contratistas y, por tanto, su cita expresa incurre en reiteración innecesaria. Pero el error más grave en que incurre este art. 3.1 LPI, en mi opinión, es la ausencia de relación precisa entre la condición contractual de todas las personas que enumera en sus distintas letras y la empresa en la que se producen los hechos objeto de información.

Con mejor criterio, el art. 3.2 LPI sí vincula la obtención de la información con la relación laboral, administrativa o autónoma ya extinguida que la persona denunciante desarrolló directa o indirectamente para la empresa denunciada. Ahora bien, el art. 3.2 LPI hace referencia a una serie de supuestos de distinta naturaleza sin que sea posible entender la razón de su agrupación en un mismo precepto y apartado. De un lado, señala a personas que realizan voluntariado y disfrutan de becas, actividades que no se desarrollan mediante una relación de trabajo por cuenta ajena. De otro lado, sorprende la referencia a “trabajadores en periodos de formación”, personas que inequívocamente mantienen con la empresa una relación de trabajo por cuenta ajena y, por ello, ya deben estar incluidas en el primer inciso de este artículo o, si no han finalizado su contrato, en la letra a) del art. 3.1 LPI. Por último, el art. 3.2 LPI hace referencia a las informaciones recibidas durante los procesos de selección de personal y, al menos así creo que debe interpretarse, con posterioridad no son contratados por la empresa.

Finalmente, los apartados 3 y 4 del art. 3 LPI, de manera innecesaria por redundante, hacen referencia a otros colectivos ya incluidos en el ámbito de protección de la norma. En primer lugar, en mi opinión no es necesaria ninguna referencia expresa a los “representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante” porque son trabajadores de la empresa a todos los efectos. En segundo lugar, “las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso”, como se verán en el apartado posterior, serán trabajadores por cuenta ajena de la empresa o, en caso de externalización, personas que prestan servicio por cuenta propia o por cuenta de una contratista de la empresa principal. En tercer lugar, los compañeros de trabajo de la persona que informa se encuentran en la misma situación laboral que estas personas y, por tanto, ya están incluidos en el sistema de protección. En cuarto lugar, la referencia a los familiares del denunciante resulta extraña porque, si forman parte del mismo entorno laboral que éste, deben entenderse incluidas en los apartados previos, pero si no forman parte del entorno laboral, no se entiende de qué forma pueden ser objeto de represalias por parte de la empresa. Por otra parte, no se señala hasta donde alcanza la noción de familiar en este caso, esto es, si incluye o no a los familiares por afinidad y hasta qué grado. Por último, la referencia a las personas jurídicas, contenida en la letra c) del art. 3.4 LPI puede resultar de interés, siempre que sea posible establecer algún tipo de relación económica entre la empresa en la

que se produce la infracción y la persona jurídica que eventualmente podría sufrir represalias pues, en caso contrario, no se adivina qué ha motivado al legislador a extender a este supuesto la protección.

5.2. El contenido de la información

La norma europea, en aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 Tratado de la UE), limita el ámbito material del sistema de protección a la denuncia de infracciones del Derecho de la Unión (art. 1 de la Directiva) aunque, en la práctica, este primer acercamiento generalista y omnicompreensivo es inmediatamente desmentido vía art. 2 de la Directiva, en virtud del cual el ámbito material de la norma se limita a las infracciones de las normas que regulan una serie de materias⁶ y, en particular, a los incumplimientos del bloque normativo europeo sobre protección de los intereses financieros de la UE y del mercado interior.

Por su parte, como se ha dicho ya, la LPI ampara un mayor número de incumplimientos legales pues, además de las materias más arriba enumeradas, los canales de información tramitarán informaciones relativas a la violación de otros bloques normativos de derecho interno. En primer lugar, el 1 LPI señala como finalidades de la norma española todos los comportamientos contrarios a la regulación de determinadas materias, tanto las acciones como las omisiones, especificación que, si bien puede entenderse incluida en el concepto “infracciones” contenido en el art. 1 de la Directiva, desde la perspectiva española contienen un enfoque pedagógico que resulta más completo y adecuado.

En segundo lugar, aunque la finalidad inmediata de la norma española es proteger a las personas que informan, según se explicita en el art. 1.2 LPI, se pretende también el fortalecimiento de la cultura de la información sobre incumplimientos legales y de la integridad de las organizaciones, como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. En este punto, el cambio cultural resulta de enorme trascendencia, porque refuerza la protección del interés general frente al interés particular de las organizaciones, señalando a la persona trabajadora la opción correcta, en caso de que sendos intereses entren en disputa. Es cierto que, entre nosotros, el artículo 5 ET limita el alcance del deber de obediencia que obliga a las personas trabajadoras a las instrucciones transmitidas por la empleadora en el marco del ejercicio regular de sus facultades directivas, por lo que la vulneración de las normas aplicables se situaría extramuros de dicho deber. Sin embargo, la aplicación por la jurisprudencia del principio *solve et repete*, la inmediatez con

⁶ Resumidamente: contratación pública, mercados financieros, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, seguridad de los productos, seguridad del transporte, protección del medio ambiente, seguridad nuclear, seguridad de los alimentos y bienestar animal, salud pública, protección de los consumidores y protección de datos personales.

la que se transmiten las órdenes empresariales y se espera su cumplimiento, las carencias que sobre el conocimiento de la normativa vigente puede albergar la persona trabajadora y, en particular, la ausencia de canales seguros de denuncia no favorece la colaboración de las personas trabajadoras. En la misma línea, la doctrina constitucional sobre la modulación del ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa, que lógicamente afecta a los derechos de libertad de expresión y libertad de información de las personas trabajadoras sobre materias a las que ha tenido acceso en el entorno laboral, no incentiva la cultura de la información sobre incumplimientos legales que ahora se pretende promocionar⁷. En definitiva, en mi opinión, la LPI debe servir para aportar seguridad jurídica a las personas trabajadoras que, en caso de aprobación y en los términos que más adelante se detallarán, podrá informar sobre determinadas infracciones legales cometidas en el marco de la organización en la que presta servicios con mayores garantías.

En tercer lugar, el art. 2.1.b LPI amplía el ámbito de protección al conjunto de las infracciones penales y a las infracciones administrativas de carácter grave y muy grave y, particularmente, las que impliquen quebranto para la hacienda pública y la seguridad social españolas. En este punto, la norma puede incorporar alguna duda interpretativa, en torno al ámbito del sistema de protección. En concreto, conviene aclarar si la norma española se mantiene dentro de los límites teleológicos de lucha contra el fraude fiscal en sentido amplio y, en consonancia con la norma europea, se limita a extender a las finanzas internas el marco de protección que la diseñado originariamente respecto de las finanzas de la UE. En la tesis reduccionista, el menoscabo de los fondos públicos se convertiría en clave de arco y llave de acceso al canal de denuncias. La articulación del sistema de garantía de los derechos de las personas trabajadoras dependería de que el acto denunciado pretenda menoscabar efectivamente los fondos públicos europeos o españoles. En caso contrario, por más que el incumplimiento de las normas laborales resulte flagrante, la persona trabajadora no podría hacer uso de este específico sistema de protección. Por el contrario, en mi opinión, se impone una interpretación extensiva, a partir de la propia letra de la norma, según la cual la LPI permitiría denunciar cualquier incumplimiento tipificado en las normas penales y administrativas, independientemente de su repercusión sobre los fondos públicos. La referencia a los fondos públicos, que viene precedida de la expresión “en todo caso”, mostraría la especial preocupación del legislador, pero no puede ser interpretada en términos de exclusión del resto de tipos penales y administrativos que no provoquen o puedan provocar tales efectos.

En cuarto lugar, el art. 2.3 LPI advierte que el sistema de protección que es objeto de regulación no puede obrar en detrimento de la protección específica que

⁷ Serrano García, J. M. “Actualización de jurisprudencia en el derecho a la libertad de expresión e información en la empresa”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* n° 4, 1995, páginas 437 a 450.

las normas españolas ya ofrecen en materia de prevención de riesgos laborales. Nuevamente, aunque la advertencia legal puede considerarse innecesaria, por cuanto la interpretación contraria resultaría excesivamente forzada, la previsión normativa permite dotar de mayor convicción a la interpretación extensiva que ha sido objeto de desarrollo en el párrafo precedente. Si la propia norma, de manera literal, prevé que las personas trabajadoras puedan denunciar incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, materia parcamente conectada con la defraudación de recursos públicos, debe interpretarse que es dable hacer uso de los canales de denuncia sobre cualquier bloque normativo, al margen de su proyección sobre la hacienda pública o la seguridad social. Aunque en este caso, la letra del precepto no hace referencia expresa a la gravedad de las infracciones, considero que también en materia de prevención de riesgos solo serán objeto de información las infracciones graves y muy graves.

5.3. La elección del canal de información

En la misma lógica de lo establecido por la Directiva, la norma española concede al canal interno la condición de instrumento de uso preferente (art. 4 LPI). El legislador pretende que la empresa, en términos cronológicos, sea la primera en conocer la posible irregularidad (art. 5.2.e LPI), al objeto de que el comportamiento irregular cese de inmediato y puede sancionarse a los responsables. Sin perjuicio de lo anterior y teniendo en cuenta la especialidad del ámbito laboral y de las relaciones que se desarrollan en su seno, el legislador deja en manos de la persona que denuncia la valoración sobre los niveles de efectividad y el riesgo de represalias que operan en el canal interno de información, permitiéndole eludir el sistema de preferencia si a su juicio el balance no resulta positivo (art. 4.1 LPI). Adicionalmente, aunque la norma no prevé expresamente esta eventualidad, es obvio que en las empresas en las que no exista canal interno de denuncia, por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la propia norma o por tratarse de empresas de pequeño tamaño, la opción del canal externo se convierte en la opción preferente, pues la revelación pública solo debe accionarse en supuestos excepcionales, como se dirá más adelante. En resumen, en los términos en los que se expresa la norma, estaríamos ante un sistema de preferencia débil, que no impone una obligación cierta de acudir en primer lugar al canal interno de información, ni establece fórmulas de subsidiariedad sobre el canal externo. Por el contrario, la utilización de sendos canales puede ser alternativa, pero también acumulativa (art. 16.1 LPI).

5.4. La revelación pública

La implantación de canales internos y externos de información no puede ser un elemento que contribuya a limitar el derecho de libertad de expresión contenido en el art. 20 CE, que puede ser ejercitado dentro y fuera del entorno laboral. Por ello,

el art. 19.2 LPI exige del cumplimiento de las condiciones señaladas más arriba a quienes con respeto a las normas de desarrollo de dicho derecho fundamental hayan puesto en conocimiento de los medios de comunicación la correspondiente información⁸. En términos técnico-jurídicos, el contenido de los apartados 1 y 2 del art. 19 LPI se antoja manifiestamente mejorable.

Desde la perspectiva aplicativa, considero que el régimen jurídico del ejercicio del derecho de libertad de expresión e información de las personas trabajadoras no se ve recortado en ninguna media, antes, al contrario, cuando se ejercita dentro de los límites establecidos en el art. 28 LPI, recibirá la protección adicional contra las represalias que ofrece la nueva norma. En concreto, cuando se hubiera hecho uso de los canales interno y externo, o solo externo, sin que se hayan adoptado medidas apropiadas, o cuando la persona informante tenga motivos razonables para desconfiar de la eficacia del canal externo. Con respecto a esta segunda circunstancia, la norma enumera una serie de motivos que, a modo de lista no cerrada, pueden justificar la decisión de hacer pública la información, como el peligro inminente o manifiesto para el interés público (situaciones de emergencia, riesgo de daños irreversibles, peligro para la integridad física), el riesgo represalias, de ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o su implicación en la infracción.

Dicho lo anterior, el ejercicio del derecho de libertad de expresión en la empresa puede materializarse al margen de estas previsiones, es decir, sin respetar los límites que, para el despliegue del sistema de protección previsto en la LPI, establece su art. 28. Es cierto que, en tales supuestos, la persona informante no podrá acogerse a dichas medidas, pero esto no determina por sí solo la irregularidad de su actuación. Al respecto, la más reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que, aunque la protección de los intereses empresariales constituye un objetivo legítimo que puede justificar la limitación de la libertad de expresión de las personas trabajadoras en la empresa, solo cabe imponer tales limitaciones cuando sean necesarias. Para determinar en qué casos se cumple este requisito, es preciso el análisis, caso por caso, del contexto en el que se produce la revelación pública de la información, auxiliándose de los denominados “criterios Guja” (la disponibilidad de canales internos, el interés público de la información, la veracidad de la información, el perjuicio causado al empleador, la buena fe en el proceder del trabajador y la severidad de la sanción)⁹.

⁸ Aunque, en mi opinión, erróneamente el art. 19.2 LPI hace referencia a la “prensa”, considero que dicho precepto resulta igualmente aplicable a cualquier medio de comunicación.

⁹ STEDH de 14 de febrero de 2023, asunto Halet vs. Luxemburgo. Para un comentario de dicha sentencia, Gómez Gordillo, R. “Libertad de expresión y protección de la persona informante en el ámbito laboral (El asunto Halet y los criterios Guja)”, Briefs AEDTSS 7, 2023.

6. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN

6.1. Condiciones de acceso al sistema de protección

Las medidas de protección son un elemento clave para el éxito del sistema de información que la norma sobre informantes pretende poner en marcha. El clima de seguridad que estas medidas puedan generar en los entornos laborales determinará la eficacia del mecanismo articulado en torno a la promoción de denuncias sobre las infracciones y delitos objeto de regulación. Por ello, el contenido de su Título VII cobra especial interés, en particular por lo que se refiere a las “condiciones de protección” (art. 35 LPI) que dan acceso al disfrute del sistema de garantías. Nuevamente en este apartado la norma incurre en contradicciones e insuficiencias que anuncian problemas aplicativos que restarán credibilidad y eficacia al sistema.

En primer lugar, el precepto resulta aplicable tanto a las personas que utilicen los canales de información, internos o externos, como a las que revelen públicamente la información. En la medida en que la posible repercusión que sobre el patrimonio de intereses de la persona o personas objeto de información depende directamente del medio de revelación utilizado, en mi opinión, carece de lógica someter a las personas informantes a los mismos requisitos de acceso a la protección. Si estos requisitos tienen como objetivo perseguir el uso desviado de estos sistemas, la regulación debiera tener en cuenta que si los canales de información funcionan correctamente no ha de producirse daño reputacional alguno, por lo que las “condiciones de protección” únicamente debieran aplicarse en los supuestos de revelación pública.

En todo caso, entre las limitaciones al acceso al sistema de protección, la exigencia de un mínimo de verosimilitud y de que la información afecte a incumplimientos incluidos en el ámbito de la norma no plantean especiales complicaciones (art. 35.1 LPI), siempre que los intérpretes tengan en cuenta que no resulta exigible que la persona denunciante sea experta en derecho, ni puede exigírsele tampoco que realice trámite investigador alguno para acceder a la verdad material de los hechos objeto de información. En otras palabras, el sistema de protección debe desplegarse para proteger los derechos de toda persona que actúe de buena fe, en la creencia de que los hechos se integran en el marco establecido por la norma, por más que en sendos supuestos la información deba ser objeto de inmediato archivo.

Mayor complejidad presentan los requisitos establecidos, en términos negativos, por el art. 35.2 LPI. En primer lugar, las medidas de protección no serán aplicables a informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por el canal interno de información “o por alguna de las causas previstas en el art. 18.2.a)”. Nuevamente, aparecen problemas de técnica jurídica, pues debe recordarse que la regulación del canal interno no prevé procedimiento

alguno de inadmisión y que, por otro lado, las causas a las que hace referencia el precepto son precisamente las que permiten inadmitir la información en el canal externo. Adicionalmente, el legislador parece olvidar que el art. 16.1 LPI permite la presentación de denuncias ante el canal externo ya presentadas previamente en el canal interno. Parece lógico interpretar que, si la información cumple con el resto de los requisitos, el canal externo debe tramitarla, porque ha sido rechazada indebidamente por el canal interno.

En segundo lugar, la letra d) del art. 35.2 LPI se refiere a informaciones “que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el artículo 2”, previsión que parece una reiteración innecesaria de la exclusión contenida en la letra a) del artículo 35.1 LPI “y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley”.

En tercer lugar, se excluyen las informaciones disponibles públicamente o que constituyan meros rumores (art. 35.2.c LPI). Con relación al conocimiento público, la norma se refiere a su “disponibilidad”, pero conviene tener presente que existe mucha información disponible públicamente que no es objeto de general conocimiento y que, por tanto, puede ser ignorada por la persona que informa. De otro lado, si la norma considera adecuado ofrecer protección por la aportación de informaciones de las que no se posee pruebas concluyentes (art. 35.1.a LPI), no tiene sentido privar de la misma a quienes apoyen su información en meros rumores, pues la línea divisoria entre ambos conceptos ofrece un amplio margen interpretativo, que puede actuar en detrimento del carácter promocional que vertebra la normativa europea y española.

En cuarto lugar, se excluyen las informaciones “vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación”. En este punto, la norma parece olvidar que este tipo de conflictos, cuando provocan incumplimientos de las normas penales y administrativas afectan al interés general, por lo que la previsión normativa resulta innecesaria por redundante. Por otra parte, en materia laboral, los incumplimientos normativos pueden afectar a un grupo, a una pluralidad o a una persona trabajadora. En el último supuesto, podría interpretarse que estamos ante conflictos interpersonales y, por tanto, estas informaciones quedarían al margen de la protección del sistema, salvo que la persona informante fuera otra, interpretación que, por absurda, debe rechazarse.

6.2. La prohibición de adoptar represalias

El art. 36 LPI prohíbe los actos u omisiones contrarios a la ley, las amenazas y los tratos desfavorables en el contexto laboral o profesional, que traigan causa de la condición de persona informante. Nuevamente el precepto resulta manifiestamente mejorable, en particular por lo que se refiere a la prohibición de incumplir la ley. En todo caso, la prohibición de adoptar represalias se concreta en el veto a una

serie de decisiones empresariales que, a título enunciativo, aparecen en el art. 36.3 LPI, entre las que se echa en falta la extinción del contrato durante el periodo de prueba. Como en otros supuestos, las enumeraciones a título ejemplificativo resultan incompletas y requieren una cláusula de cierre. En esta ocasión, esta función puede desempeñarla la letra g del art. 36.3 LPI, cuando se refiere a la prohibición de toda discriminación, trato desfavorable o injusto.

Pero las prohibiciones que se proyectan sobre las decisiones unilaterales de la empleadora no han ido acompañadas de modificaciones de los preceptos concordantes del ET, omisión que genera serias dudas sobre los efectos que estos vetos producirán sobre aquellas decisiones, en particular sobre la naturaleza de los despidos que contravengan la prohibición de represalias. En la materia, la jurisprudencia sostiene que la extinción de un contrato de trabajo “no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela)”¹⁰. La tesis de la improcedencia de los despidos en represalia encontraría cierto apoyo en la previsión contenida en el art. 36.5 LPI, que declara nulos de pleno derecho los actos administrativos de represalia, pero no hace referencia expresa a similares actuaciones eventualmente protagonizadas por un empresario. Con ello, se establecería una diferencia de trato, en mi opinión injustificada, entre los ámbitos públicos y privados. A favor de la tesis de la nulidad, podría plantearse la asimilación de la actividad de informar al acto de reclamación ante la jurisdicción laboral, con ello, la persona informante sería objeto de protección por el art. 24 CE. En todo caso, no es exagerado afirmar que, por lo que respecta al ámbito laboral, la eficacia del sistema de protección quedaría enormemente debilitada si su acción se circunscribe a garantizar la percepción de la indemnización tasada por despido improcedente. En mi opinión, si el art. 36 LPI tiene como objetivo garantizar la indemnidad de la persona informante frente a las represalias, la prohibición de despedir debe mejorar la protección ordinaria que establece el ET por despido improcedente y, con ello, conducir a la nulidad de las decisiones que tengan por objeto incumplir el mandato legal. En caso contrario, respecto de estas personas, el sistema de protección diseñado por el legislador resulta materialmente inútil y jurídicamente innecesario.

En términos temporales, la prohibición se extiende por un periodo de dos años (art. 36.4 LPI), que podrá ampliarse, de manera excepcional y de forma justificada, y siempre previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados. En esta materia no se comparte la limitación temporal de la adopción de represalias que, por su propia condición y naturaleza, no debieran producirse en ningún momento.

¹⁰ Entre las más recientes, STS 841/2022, de 19 de octubre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3834.

Entre las medidas de protección contra las represalias (art. 38 LPI), a las que las personas informantes tendrán derecho cuando se haya vulnerado la prohibición de represalias, destaca la inversión de la carga de la prueba, a la que hace referencia el art. 38.4 LPI, si bien esta previsión no parece que tenga particular interés en el ámbito laboral, en cuyos procesos judiciales, habitualmente, corresponde a la empleadora acreditar la veracidad de las causas que motivan sus decisiones unilaterales. Por lo demás, las medidas de protección se concretan en la imposibilidad de reclamar responsabilidades a las personas informantes y a las representantes de las personas trabajadoras, siempre que su actuación se ajuste a lo establecido en la LPI y salvo siempre que se haya accedido a tales informaciones mediante la comisión de un delito.

6.3. Las medidas de apoyo

Corresponde a la AAI y a las agencias autonómicas, la instrumentación de medidas de apoyo que, en la práctica, consistirán en asesoramiento, asistencia jurídica en los procesos penales y civiles y, de manera excepcional, apoyo financiero y psicológico (art. 37 LPI). En paralelo, las personas informantes, cuando sean partícipes de los hechos objeto de información, podrán ser eximidos, total o parcialmente, de responsabilidad administrativa cuando se cumplan determinados requisitos (cese en el incumplimiento normativo, colaboración plena y resarcimiento del daño), por aplicación de lo dispuesto en el art.40 LPI.

7. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

La potestad sancionadora será ejercitada por la AAI y por las agencias autonómicas con sujeción a las normas de procedimiento administrativo¹¹, de manera autónoma y, en su caso, concurrente con el régimen disciplinario que puedan ejercer las empresas y administraciones en cuyo seno se produzca la correspondiente infracción (art. 61 LPI). La responsabilidad en este caso se extiende a las personas, físicas y jurídicas, previsión que será igualmente aplicable a las personas responsables una vez finalice su relación con la respectiva entidad (art. 62 LPI).

El catálogo de infracciones se inicia con la tipificación de las consideradas muy graves (limitación efectiva de los derechos y garantías previstos en la LPI, incluida la obligación de poner en marcha el canal interno, obstaculización de la presentación de informaciones, adopción de represalias y vulneración del deber de confidencialidad, secreto y anonimato). Tras una primera lectura del precepto

¹¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre).

podiera concluirse que todas las vulneraciones de los mandatos legales son tipificadas como infracciones muy graves, sin embargo, el art. 63.2 LPI tipifica como graves los mismos comportamientos “cuando no tengan la consideración de muy grave” y, el apartado 3 del mismo precepto, además de la transmisión de información incompleta o fuera de plazo y la ausencia de colaboración, considera infracciones leves los incumplimientos no tipificados “como infracciones graves o muy graves”. En suma, en mi opinión, el catálogo de infracciones que contiene la norma vulnera el principio de tipicidad, genera una gran inseguridad jurídica y pone en riesgo la eficacia del sistema.

Por su parte, el art. 65 LPI prevé sanciones para las personas físicas de 1.001 a 10.000 euros por infracciones leves, de 10.001 a 30.000 euros por infracciones graves y de 30.001 a 300.000 euros por infracciones muy graves. Las cuantías para las personas jurídicas son netamente superiores, alcanzando hasta 100.000 euros en caso de infracciones leves, entre 100.001 y 600.000 euros en caso de infracciones graves y entre 600.001 y 1.000.000 de euros en caso de infracciones muy graves. Adicionalmente, estas sanciones económicas podrán complementarse con otras como la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales, durante un plazo máximo de cuatro años, o la prohibición de contratar con el sector público, durante un plazo máximo de tres años.

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, a contar desde el día en que la infracción hubiera sido cometida, cómputo que se interrumpirá por la iniciación del procedimiento sancionador (art. 64 LPI). Por su parte, las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, por infracciones graves a los dos años y por infracciones leves al año (art. 68 LPI).