



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 26 de mayo de 2022, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR LA QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

I. ANTECEDENTES

1.- Mediante escrito de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia se ha solicitado a este Consejo General del Poder Judicial la evacuación del correspondiente informe sobre el Anteproyecto Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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 derecho de la Unión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 17 de marzo de 2021, designó como Ponentes de este informe a los Vocales Juan Martínez Moya y Rafael Mozo Muelas.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la



tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales», y «cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna» (apartados 6 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. En todo caso, considerando el contenido del anteproyecto remitido, el informe versará, en primer lugar, sobre el rango que ha de revestir, en la medida que se conecta con algunos derechos fundamentales, en particular, el del artículo 18.4 CE, sobre protección de datos personales. En segundo lugar, se examinarán los títulos competenciales que invoca la Disposición Final Sexta, que habilitan el ejercicio de la potestad legislativa estatal sobre las materias a las que se refiere. Una vez estudiadas esas cuestiones, se procederá al análisis de los aspectos sustantivos y procesales que inciden en el Poder judicial y en la función jurisdiccional que le es propia y exclusiva. Asimismo, se harán las observaciones pertinentes de buena regulación y técnica legislativa que contribuyan a proporcionar mayor claridad y seguridad jurídica y a mejorar el texto de la iniciativa legislativa.

5.- El Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone 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 derecho de la Unión, tiene por objeto, conforme a su propio título, y según explica su Exposición de Motivos, llevar a cabo la transposición de la citada Directiva, así como proteger a los ciudadanos cuando informan sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico nacional, incorporando al texto proyectado los dos claros objetivos de “proteger a los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de comunicación”.

6.- Se trata, por tanto, de un proyecto legislativo de nuevo cuño, optándose por una regulación global y especial de la materia, toda vez que la Directiva que se transpone incide en varias ramas de nuestro derecho, como el Derecho laboral, el Derecho administrativo o el Derecho penal.



7.- En todo caso, el contenido y la naturaleza de la propuesta legislativa determinan el contenido y alcance del presente informe. Su fundamento se encuentra tanto en su objeto material, que se extiende a infracciones penales y administrativas del ordenamiento jurídico europeo y nacional, como en la vinculación de parte de su contenido con derechos fundamentales afectados por la regulación. Sin olvidar que con este proyecto normativo se pretende acometer la trasposición de la Directiva 2019/1937, por lo que la función consultiva de este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de proyectarse asimismo sobre el modo en que el prelegislador ha llevado a cabo esta incorporación, siquiera sea en el ejercicio del deber de colaboración institucional que ha de guiar en todo caso el desarrollo de la potestad de informe de la que es titular.

8.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO

9.- El Anteproyecto consta de una exposición de motivos, estando integrado por sesenta y ocho artículos divididos en nueve Títulos; tres disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y ocho disposiciones finales.

10.- El Título I se destina a la finalidad de la Ley y su ámbito de aplicación, abarcando los artículos 1 a 3.

11.- El Título II, intitulado "Sistemas internos de información", artículos 4 a 15, está integrado por el Capítulo I, "Disposiciones Generales", Capítulo II, "Sistema interno de información del sector privado", y Capítulo III, "Sistema interno de Información del sector público".

12.- El Título III abarca los artículos 16 a 24 bajo la rúbrica "Canal externo de informaciones".

13.- El Título IV se destina a las "Disposiciones comunes a los canales internos y externos" está integrado por los artículos 25 y 26.



14.- El Título V intitulado "Revelación pública" abarca los artículos 27 y 28.

15.- El Título VI trata la "Protección de datos personales" a lo largo de los artículos 29 a 34.

16.- El Título VII, bajo la rúbrica "Medidas de protección", abarca los artículos 35 a 41.

17.- El Título VIII, intitulado "Autoridad Independiente de Protección del Informante" se divide en los Capítulos I "Disposiciones Generales", artículos 42 y 43, Capítulo II "Régimen Jurídico", artículos 44 a 52; y Capítulo III "Organización", artículos 53 a 59.

18.- El Título IX se destina al régimen sancionador, abarcando los artículos 60 a 68.

19.- El Anteproyecto se cierra con tres disposiciones adicionales, destinadas respectivamente a la Casa de Su Majestad el Rey, a la revisión de los procedimientos de recepción y seguimiento y a los convenios; cuatro disposiciones transitorias relativas a los canales internos de comunicación, la adaptación de los sistemas internos de información existentes, el plazo máximo para el establecimiento de sistemas internos de información y la revisión presupuestaria de la Autoridad Independiente de Protección del Informante y por ocho disposiciones finales, con el siguiente contenido:

- Disposición final primera. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Disposición final segunda. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Disposición final tercera. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.
- Disposición final quinta. Incorporación de la Directiva (EU) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.



- Disposición final sexta. Títulos competenciales.
- Disposición final séptima. Habilitación normativa.
- Disposición final octava. Entrada en vigor.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

I. Sobre el rango normativo y los títulos competenciales:

20.- Comenzando por su rango normativo, el anteproyecto respeta la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional que, como es sabido es muy restrictiva, dada la función que cumple, como prolongación de la obra del poder constituyente (STC de 23 de julio de 1998, FJ 7, ECLI:ES:TC:1998:173), y el riesgo de petrificación del ordenamiento que implica la alteración del juego normal de las mayorías, merced a la exigencia de aprobación del conjunto del texto por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (SSTC de 13 de febrero de 1981 [ECLI:ES:TC:1981:5] y de 5 de agosto de 1986 [ECLI:ES:TC:1986:73]). Es decir, se trata de una reserva acotada a lo que sea desarrollo directo del correspondiente precepto constitucional y se refiera a los elementos nucleares y definitorios del derecho fundamental. La STC de 18 de julio de 1989, FJ 16, (ECLI:ES:TC:1989:132) afirmó que *«lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas».* Esta doble referencia a *«aspectos esenciales»* y al *«establecimiento de restricciones o límites»* se halla también en las SSTC 88/1995, fundamento jurídico 4; 140/1986, fundamento jurídico 5 y 101/1991, fundamento jurídico 2.». Los que no reúnan esas características y, en general, todo lo que se refiere a su ejercicio, deben regularse por ley ordinaria. Eso es, precisamente, lo que aquí ocurre con respecto al derecho a la autodeterminación informativa del artículo 18.4 CE, cuya disciplina normativa está contenida en lo sustancial por el RGPD y en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que el anteproyecto observa y aplica. En cuanto a otros derechos, como el del artículo 23.2 CE, su configuración es legal y las previsiones del anteproyecto que inciden en el estatuto de quienes desempeñan cargos o funciones públicas tampoco se adentran en aspectos reservados a la ley orgánica. Por último, el derecho al trabajo del artículo 35 CE, está fuera del ámbito de la repetida reserva. A lo largo del informe se harán las observaciones y comentarios que sean precisos sobre el mencionado ajuste normativo.



21.- La Disposición Final Sexta, relativa a los títulos competenciales, establece en su apartado primero que la Ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas atribuidas al Estado por los títulos competenciales recogidos en los artículos dispuesto en el artículo 149.1 apartados 1ª, 6ª, 7ª, 13ª, 18ª, 23ª de la Constitución Española, en cuanto atribuyen al Estado las competencias exclusivas sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; la legislación mercantil; la legislación laboral; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios; el procedimiento administrativo común; la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

22.- Pues bien, respecto de esta previsión sobre los títulos competenciales que habilitan al prelegislador a dictar la norma anteproyectada cabe señalar, en primer lugar, que la concreción del título competencial con arreglo al cual se dicta la norma adolece de la debida identificación de aquel o aquellos títulos que en concreto sirven de título habilitante a de los distintos preceptos del texto proyectado, por lo que la misma no se acomoda a las exigencias de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia, por lo que sería aconsejable, de acuerdo a dicha doctrina, que se precisaran los preceptos que se dictan al amparo de los ordinales 1ª, 6ª, 7ª, 13ª, 18ª, 23ª del artículo 149.1 CE.

23.- En cuanto al título contenido en el artículo 149.1.1ª CE, la doctrina jurisprudencial recuerda (cfr. SSTC 16/2018, de 22 de febrero [ECLI: ECLI:ES:TC:2018:16] y 32/2018, de 12 de abril [ECLI: ECLI:ES:TC:2018:32]) que este título competencial *«lo que contiene es una habilitación normativa para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte en estos supuestos el enjuiciamiento de las leyes autonómicas a la luz del artículo 149.1.1ª CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.1ª, va a operar como parámetro de constitucionalidad (...)*».



24.- La misma doctrina constitucional ha precisado también, sobre la caracterización general del título competencial dimanante del artículo 149.1.1ª que el mismo (i) es un título autónomo, habilitante: *«Constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una "regulación", aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...)*» STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b); (ii) no es un título prohibitivo ni residual: *«No debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual»* [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]; (iii) no es un título horizontal: *«No puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.»* [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]; (iv) no habilita el establecimiento de un régimen jurídico completo: *«Con la finalidad de establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Así lo entendimos en la STC 148/2012, de 5 de julio, FJ 4, cuando afirmamos que, amparado sólo en este título competencial (el art. 149.1.1 CE), "el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde, con el límite de tales condiciones básicas de dominio estatal, a poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]"»* [STC 173/2012, de 15 de octubre, FJ 5 a)]; (v) no es excluyente del ejercicio de competencias autonómicas, pero puede incidir en su eficacia: *«El art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas "condiciones básicas" uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, éstos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas»* (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9); y (vi) la mera invocación del art. 149.1.1º no sostiene una impugnación, por cuanto es necesario precisar la "condición básica" afectada ya que, como señala la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 17: *«[t]ampoco se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales*



que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo». En igual sentido, STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 9 e, inequívocamente, la STC 247/2007, de 12 diciembre, FJ 17: «[n]uestra doctrina entiende que no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del art. 149.1.1 CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la "condición básica" del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida.»

25.- Todo lo cual debe ponerse en relación tanto con la preexistencia y mantenimiento de autoridades competentes designadas como canal externo en el ámbito autonómico para recibir informaciones sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico, como con el segundo párrafo de la propia Disposición final sexta que confiere carácter básico a la norma anteproyectada, exceptuando su Título VIII, destinado a la regulación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, el cual, en recta lógica, y de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores, solo resulta de aplicación a la Administración General del Estado, siguiendo, como señala la propia Exposición de Motivos la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 130/2013, al indicar que *«en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos, la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada»*.

26.- En lo que concierne al título competencial contenido en el artículo 149.1.13^a CE, la STC de 22 de julio de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:100) ha declarado que *«atribuye al Estado, conforme a la jurisprudencia constitucional, "una competencia para 'la ordenación general de la economía' que 'responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos' (STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2). Se trata, pues, de una regla de carácter transversal en el orden económico que responde a la 'necesaria coherencia de la política económica' y que 'exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento*



uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores' (STC 186/1988, FJ 2)". Esta doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5; 147/2017, de 14 de diciembre, FJ 2; y 15/2018, de 22 de febrero, FJ 5. En la STC 79/2017, FJ 5, el Tribunal declara que esta competencia "ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a la ordenación de sectores económicos concretos y para el logro de fines entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 10; y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6) o de la 'unidad económica' (SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2)". El Tribunal subraya también que, conforme a consolidada jurisprudencia constitucional, "el art. 149.1.13 CE exige una lectura restrictiva, puesto que una excesivamente amplia podría constreñir e incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas (SSTC 29/1986, FJ 4, y 141/2014, FJ 5). Este Tribunal ha señalado que 'el posible riesgo de que por este cauce se produzca un vaciamiento de las concretas competencias autonómicas en materia económica obliga a enjuiciar en cada caso la constitucionalidad de la medida estatal que limita la competencia asumida por una Comunidad Autónoma como exclusiva en su Estatuto, lo que implica un examen detenido de la finalidad de la norma estatal de acuerdo con su objetivo predominante, así como su posible correspondencia con intereses y fines generales que precisen de una actuación unitaria en el conjunto del Estado [por todas, STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 d)]' (STC 143/2012, de 2 de julio, FJ 3). Asimismo, es doctrina de este Tribunal que no toda medida que incida en la actividad económica puede incardinarse en este título. Para ello es preciso, como se ha indicado, que tenga 'una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico' (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 141/2014, FJ 5)».

27.- La advertencia sobre el no vaciamiento de las competencias autonómicas pone de manifiesto su extraordinaria *vis* expansiva de este título y su capacidad para penetrar en cualquier ámbito material y, por supuesto, en el que es objeto del anteproyecto. De hecho, ha sido empleado de manera sistemática por el Estado e invocado en los procedimientos habidos ante el Tribunal Constitucional, si bien con distinto resultado ya que, por mucha amplitud que se le quiera dar a esta norma, será preciso comprobar en cada caso si, efectivamente, la regulación que se dicte a su amparo constituye



verdaderamente una medida incardinable en la misma por su trascendencia económica.

28.- Por lo que se refiere al título del subapartado 6 del artículo 149.1 CE, relativo a legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, el espacio para la normación autonómica es muy escaso, sin que sea necesario abundar en ello con la cita de la abundante jurisprudencia constitucional sobre el mismo. No obstante, la falta de indicación precisa por la Disposición Final Sexta del anteproyecto dificulta la identificación de sus contornos precisos.

29.- Algo similar ocurre con el 7, sobre legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Materia en la que solo caben reglamentos autonómicos de organización para la ejecución de la dicha legislación conforme a una jurisprudencia consolidada que arranca de las SSTC de 4 de mayo de 1982, FFJJ 2 (ECLI:ES:TC:1982:18) y 5; de 14 de junio de 1982, FJ 2, ECLI:ES:TC:1982:35. Recuerda a este respecto la STC de 18 de febrero de 2021, FJ 2, ECLI:ES:TC:2021:39 que *«la competencia estatal es exclusiva y plena, comprendiendo tanto las leyes y normas con rango de ley como los reglamentos, de conformidad con el art. 149.1.7 CE lo que excluye absolutamente la intervención legislativa de las comunidades autónomas en esta materia (por todas, 7/1985, de 25 de enero, FJ 2; 86/1991, de 25 de abril, FJ 3; 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4, y 244/2012, de 18 de diciembre, FJ 4)»*. No obstante, añade, *«(l)as comunidades autónomas únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal, que incluye la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios, de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales, así como la potestad sancionadora en la materia (por todas, STC 176/2014, de 3 de noviembre, FJ 3).»* No obstante, a pesar de la limitada competencia autonómica en materia laboral, el anteproyecto debería señalar con claridad los artículos que se fundamentan en ella y así evitar los problemas interpretativos a los que puede dar lugar y los posibles conflictos competenciales que se pudieran suscitar.

30.- La crítica ha de extenderse a la invocación del título previsto en el apartado 18º del artículo 149. CE, ya que este versa diversas submaterias en las que el reparto competencial es distinto, pues, en unos casos, opera el binomio bases/desarrollo y, en otros, la completa regulación es estatal con algunas salvedades. Se trata de las bases del régimen jurídico de las



Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Nuevamente, la falta de concreción de la que adolece el anteproyecto impide apreciar si se mueven en su ámbito propio.

31.- Finalmente, el anteproyecto, tampoco especifica la aplicación del subapartado 23º del mismo artículo 149.1 CE, que alude a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

II. Sobre los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de los canales de denuncia y la protección del denunciante:

32.- Señalado lo anterior, el Anteproyecto que se informa tiene como objeto, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos y más concretamente en su artículo 1, tanto la protección de las personas físicas que informen, a través de los procedimientos previstos en la propia norma proyectada, de alguna acción u omisión contenida en su ámbito material de aplicación (artículo 2), como la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, sin perjuicio de que lo segundo conlleva inevitablemente lo primero, al menos en lo que al ámbito de aplicación de la Directiva se refiere, esto es, en relación con informaciones sobre infracciones de Derecho de la Unión Europea. En todo caso, la regulación europea incide en varias ramas de nuestro derecho, como el Derecho laboral, el Derecho administrativo o el Derecho penal, lo que lleva a una valoración positiva de la opción del prelegislador de abordar la transposición mediante una ley especial.

33.- La Directiva que se transpone es conocida como Directiva *Whistleblowing* ("tocar el silbato"), ya que recoge una regulación de mínimos tanto sobre los canales de denuncia por irregularidades en los sectores público y privado, reforzando así la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos, como sobre protección de los "*whisteblowers*" (artículo 1 de la Directiva (UE) 2019/1937, en adelante DPI), términos que han sido objeto de diversas aproximaciones conceptuales, cabiendo citar la de Ralph Nader en la década de 1970, quien definió el *whistleblowing* como el "*el acto de un hombre o una mujer que, creyendo que el interés público es superior al interés de la*



*organización a la que sirve, toca el silbato que alerta de que la organización está realizando actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o perjudiciales”, o la definición utilizada por Transparencia Internacional en su informe *International principles for whistleblower legislation (2013)*: «la divulgación de información relacionada con actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o peligrosas que se cometen en organizaciones del sector público o privado — incluidas malas prácticas percibidas o potenciales—, que preocupan o amenazan el interés público, a personas o entidades que se cree que pueden actuar contra ellas», si bien no hay un consenso sobre la correcta traducción del término en español, hablándose de “denunciante”, “informante”, “alertador”, etc. y habiendo optado el prelegislador nacional por emplear el término “informante” -a pesar de que la Directiva emplea la voz “denunciante” en su versión en español-, lo que resulta adecuado, dado el significado jurídico del término y su empleo preferente en el ámbito judicial penal.*

34.- Más allá de las definiciones doctrinales, de carácter más o menos genérico, que ayudan a comprender de forma instintiva la finalidad de la norma europea, su concepto jurídico concreto se acota a través del articulado de la Directiva mediante la delimitación de los ámbitos material y personal de aplicación -cuya trasposición será objeto del correspondiente análisis en las Consideraciones particulares de este informe-, y de las definiciones contenidas en su artículo 5, siendo con carácter general el “denunciante” *«una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales»*, y la “información sobre infracciones”: *«la información, incluidas las sospechas razonables, sobre infracciones reales o potenciales, que se hayan producido o que muy probablemente puedan producirse en la organización en la que trabaje o haya trabajado el denunciante o en otra organización con la que el denunciante esté o haya estado en contacto con motivo de su trabajo, y sobre intentos de ocultar tales infracciones»*.

35.- En todo caso, el objetivo de establecer canales para la denuncia de infracciones empresariales o de prácticas corruptas y de proteger frente a represalias a las personas que informan de ellas, en aras del interés general, tiene una trayectoria de cierta duración; así la instauración en el seno de las organizaciones empresariales de canales internos de comunicación de denuncias (también conocidos como “*whistleblower lines*”) tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica donde, desde la *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* de 2002, conocida como *Sarbanes-Oxley Act (SOX Act)*, se exige a las sociedades cotizadas en bolsa la adopción de procedimientos de recepción de comunicaciones por parte de



los empleados, con carácter anónimo y confidencial, sobre cuestiones contables o de auditoría cuestionables.

36.- En el marco de las Naciones Unidas, el artículo 33 de la Convención contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 -ratificada por España el 16 de septiembre de 2005-, bajo la rúbrica "protección de los denunciantes" establece que: *«cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención»*, contemplando en su artículo 8.4 el establecimiento de sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes, y en su artículo 13.2 la posibilidad de la denuncia anónima.

37.- Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), trabaja también por la protección de los denunciantes, dentro del marco de la consecución de la integridad y la anticorrupción en el sector público, definiendo dicha protección como la protección legal frente a las acciones discriminatorias o disciplinarias tomadas contra los empleados que ponen en conocimiento de las autoridades competentes, de buena fe y por motivos razonables, irregularidades de cualquier clase en el contexto de su espacio de trabajo, siendo merecedor de atención su informe de 2016 sobre la implantación de medidas efectivas en este ámbito: *Committing to Effective Whistleblower Protection*.

38.- La propia Unión Europea contaba ya con normativa en materia de protección del denunciante con anterioridad a la Directiva que ahora se transpone, pero dicha normativa, a la que se hace referencia en los Considerandos 7, 9 y 10 de la norma europea que nos ocupa se encuentra fragmentada por materias a nivel comunitario. De esta forma, cabe mencionar la protección al denunciante en el ámbito de los servicios financieros, que se regula en la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹, en relación con el Reglamento (UE) núm. 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión², que

¹ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO L 176 de 27.6.2013).

² Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 (DO L 176 de 27.6.2013).



refiere canales de denuncia interna y externa y la prohibición expresa de represalias en un importante número de actos legislativos en el ámbito de los servicios financieros. En materia de seguridad aérea, la Unión ha reconocido la importancia de la protección de los denunciantes para prevenir y disuadir la comisión de infracciones en materia de seguridad del transporte, que puedan llegar a poner en peligro vidas humanas, tal y como se ha reconocido en el Reglamento (UE) núm. 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo³, en el que se recogen medidas específicas de protección frente a represalias de los trabajadores que informen sobre sus propios errores cometidos de buena fe. En el ámbito de la seguridad del transporte marítimo, procede mencionar las Directivas 2013/54/UE⁴ y 2009/16/CE⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, que prevén medidas específicas de protección de los denunciantes, así como canales de denuncia específicos. En materia de medioambiente también existe una regulación previa, la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶, calificada en este ámbito de deficiente por la propia Directiva 2019/1937, en relación con la comunicación de la Comisión de 18 de enero de 2018 *«Acciones de la UE para mejorar el cumplimiento y la gobernanza medioambiental»*.

39.- Tras esta regulación fragmentada, el 23 de abril de 2018 la Comisión europea presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, siguiendo las Resoluciones del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 2017 sobre la Función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión, así como la Recomendación de 24 de octubre de 2017 sobre Medidas legítimas para la protección de los denunciantes de infracciones que actúan en aras del interés público – que tras exponer una larga enumeración de considerandos sobre la importancia de proteger a los denunciantes de irregularidades en el marco de la Unión Europea, declara la necesidad de *«establecer con carácter de urgencia un marco horizontal y exhaustivo que, mediante la formulación de derechos y obligaciones, proteja eficazmente a los denunciantes en los Estados miembros*

³ Reglamento (UE) núm. 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativo a la notificación de sucesos en la aviación civil, que modifica el Reglamento (UE) núm. 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 2003/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) núm. 1321/2007 y (CE) núm. 1330/2007 de la Comisión (DO L 122 de 24.4.2014).

⁴ Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006 (DO L 329 de 10.12.2013).

⁵ Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto (DO L 131 de 28.5.2009).

⁶ Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE (DO L 178 de 28.6.2013).



y en las instituciones, autoridades y organizaciones de la Unión»-. El pasado 16 de abril de 2019, el Parlamento Europeo aprobó el texto de la Directiva 2019/1937, cuyo plazo de transposición general finalizó el 17 de diciembre de 2021, exceptuando lo dispuesto respecto a la obligación de establecer canales de denuncia interna para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, en cuyo caso el plazo de transposición se amplía hasta el 17 de diciembre de 2023 (artículo 26, apartados 1 y 2 DPI).

40.- En términos de la propia Comisión, la razón y necesidad de acometer la Directiva *Whistleblowing* -más allá de la existencia de una normativa que estaba fragmentada- derivaba de «*Escándalos recientes, como el Dieselgate, Luxleaks, Panama Papers, el caso Fipronil o Cambridge Analytica, han mostrado errores importantes dentro de compañías u organizaciones, lo que perjudicó el interés público en toda la UE. En muchos casos, estos escándalos y el daño causado al medio ambiente, la salud y la seguridad públicas, y las finanzas públicas nacionales o de la UE, han salido a la luz gracias a las personas que hablan cuando encuentran irregularidades en el contexto de su trabajo*».

41.- En ese sentido, los Considerandos 1, 2 y 3 de la DPI desarrollan esta premisa, partiendo de que las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad. Al mismo tiempo, las denuncias y revelaciones públicas hechas por los denunciantes —«*personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto*»— desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y, por tanto, para proteger el bienestar de la sociedad europea. Por lo que, en consecuencia, se hace necesario prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes para despejar los obstáculos que desincentivan la formulación de denuncias o revelaciones públicas por su parte, como sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias, y, en resumen, potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias.

42.- En el ámbito nacional, también desde comienzos de este siglo se camina hacia el establecimiento de canales de denuncia y de medidas de protección del denunciante o informante. Así, aunque no tuviera eficacia normativa, el



Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas del año 2006 ya recomendaba, por indicación de la Comisión Europea, *“que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato”*. Posteriormente, en su versión de 2013, se puntualizó que estos mecanismos debían ser canales de denuncia.

43.- Procede citar el artículo 70 *sexies* de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores incorporado por la disposición final 1.16 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, y que ahora se halla en el artículo 197 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, así como el nuevo Capítulo IV bis (arts. 276 bis a 276 *sexies*) sobre «comunicación de infracciones», introducido por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre; los artículos 26, 26 bis, 26 ter y 27 a 30, y 65 de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introducidos o modificados por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de octubre -en relación con el artículo 8.4 de la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015⁷; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Ley 15/ 2007, de 3 de julio de defensa de la competencia, así como la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales -que supuso la transposición al derecho nacional de la Directiva Europea 2016/943⁸-, en la medida en que permite excepcionar las medidas de protección en ella previstas cuando los actos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial hayan tenido lugar con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial (artículo 2, apartado 3.2). Finalmente, no procede pasar por alto el artículo 48 de la LO 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que para los casos de acoso sexual y por razón de sexo establece que las empresas deben *“arbitrar procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”*.

⁷ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DO L 141 de 5 de junio de 2015).

⁸ Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. (DO L 157 de 15 de junio de 2016).



44.- También cabe recordar que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra y Asturias han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos, aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada o, en general, conductas contrarias a la integridad, es decir, han circunscrito esta legislación al ámbito público, a diferencia de la Directiva Europea, cuya aplicación se extiende también a las empresas que operan en el sector privado. El primer organismo de este tipo fue la Oficina Antifraude de Cataluña creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, y con posterioridad se han creado la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre; la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre; la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, por la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo; la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción del Principado de Asturias, creada por la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés y la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, creada por Ley 2/21, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. En muchos casos dichas agencias cuentan con un procedimiento específico de recepción de denuncias y con la posibilidad de adoptar medidas de tutela de las personas denunciadas ante posibles represalias.

45.- Procede detenerse en el hecho de que la normativa internacional, europea y nacional señaladas, y en concreto la propia DPI y el Anteproyecto que se informa no pueden desvincularse de la figura de la "Legal Compliance", y en este sentido, resulta imprescindible tener en cuenta, en el marco legislativo español, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y concretamente los artículos 31 bis. 2, 1ª y 2ª, 31 bis.5, 4ª y 31 quater d) del Código Penal, introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de octubre:

Artículo 31bis.2. *Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

1.ª *el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*

2.ª *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha 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.

Artículo 31 bis.5. *Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

Artículo 31 quater. 1.º: *"Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: **d)** Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica".*

46.- Aunque no se contempla en la norma penal ninguna obligación de que las personas jurídicas privadas se doten de un procedimiento específico de denuncia, ni se regula específicamente la protección de estos informadores, la Circular de la Fiscalía 1/2016, sobre la configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas ya ponía de manifiesto que *«la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias».*

47.- Cabe igualmente señalar que si bien, como se ha expuesto, a falta de la trasposición de la Directiva, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación general e integral de los canales de denuncias, de forma que la regulación vigente no cubre todos los ámbitos y no parece proporcionar suficiente claridad y seguridad jurídica para los sujetos informantes, sobre todo en el ámbito laboral, no puede dejar de mencionarse que nuestro Código Penal no es ajeno a la problemática, tipificando en su artículo 464.2 las represalias contra los denunciadores (entre otros sujetos), debiendo señalar que, aunque la Recomendación de 30 de abril de 2014 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recommendation CM/REC (2014)7) indica la necesidad de revisar las leyes penales, entre otras muchas, para ofrecer una mayor protección al *whistleblower* -y que sería aplicable al citado artículo 464.2 CP donde resultan



difícilmente encajables las represalias laborales- la DPI excluye de su ámbito de aplicación las normas de enjuiciamiento criminal (artículo 3.3.d) DPI).

48.- También debe traerse a colación la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales la cual, aunque no queda circunscrita al ámbito de los denunciantes que hacen uso de los canales que habiliten internamente las empresas, al ser de aplicación general dentro del proceso penal, guarda semejanzas con la DPI, en lo que a sus fundamentos y fines se refiere, si bien debe tenerse en cuenta que las medidas de protección previstas están relacionadas fundamentalmente con la preservación de la identidad del testigo y no contemplan la posibilidad de actuar en situaciones de represalias laborales o en la función pública, y procediendo destacar que hasta la fecha no se ha procedido al desarrollo reglamentario de esta Ley, tal y como se determina en su disposición adicional segunda, cuestión que este órgano constitucional viene poniendo reiteradamente de manifiesto.

49.- No puede olvidarse tampoco la doctrina constitucional, en relación con la protección de los denunciantes frente a las represalias laborales, así, cabe citar la Sentencia de 25 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:146]: *«Dado que se plantea en este caso la cuestión relativa a la protección del derecho a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación laboral, se hace preciso tener presente también que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, SSTC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, y 89/2018, de 12 de octubre, FJ 3). En definitiva, es preciso que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (por todas, STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3). En tal sentido, se ha venido pronunciando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al examinar el alcance permisible de la restricción de la libertad de expresión en la relación laboral desde la perspectiva del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000; Palomo Sánchez y otros c. España, de 21 de septiembre de 2011 y Herbai c. Hungría, de 5 de noviembre de 2019)».* Añade esta resolución en relación con las conclusiones del tribunal de instancia que señaló que el



trabajador planteó "reivindicaciones laborales por cauce inadecuado" que: *«tales argumentos resultan inadmisibles por varios motivos. (i) por suponer una injustificada limitación del derecho a la libertad de expresión del recurrente en la medida en que condicionó su ejercicio a que las críticas del trabajador respecto a su empresa tuvieran como único y posible receptor a esta última. Tal interpretación supone un claro vaciamiento del contenido del derecho fundamental, que precisamente está caracterizado por otorgar a la persona el poder jurídico de expresar sus pensamientos, ideas y opiniones "libremente", siempre que se haga de forma respetuosa con los límites constitucionalmente impuestos al ejercicio del derecho; (ii) por cuanto que, en contra de lo mantenido por la sentencia impugnada, la conducta sancionada no habría resultado reprobable por ser contraria a la "buena fe contractual" o al "deber de lealtad" hacia la empresa. Así lo evidencia, en efecto, el que el trabajador formulase sus quejas, en primer lugar y ante todo, frente a su propia empleadora (fundamento jurídico 3 de la sentencia de instancia), y que, solo una vez desatendidas sus reivindicaciones las formulase, en segundo lugar, ante el propio ayuntamiento, que como titular del centro de trabajo y contratante de los servicios de la empresa Clece, podía hacer que sus peticiones fueran atendidas; de este modo hay que concluir que la reclamación del trabajador había sido formulada ante quien debía dirigirse; (iii) el contrato de la empresa empleadora con el ayuntamiento tenía como objeto la prestación de unos servicios de tipo social, lo que implica que deban tenerse en cuenta estas circunstancias en las que se ha producido la crítica del trabajador ahora demandante de amparo».*

50.- Finalmente, tampoco es ajeno nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente nuestra jurisprudencia, a la protección del trabajador frente a las consecuencias de una revelación de secretos (artículo 278 CP), de tal forma que los tribunales españoles han considerado que no existe delito alguno cuando la información que da a conocer el denunciante está centrada en el fraude denunciado y en sus responsables. Cabe citar el Auto de 28 de mayo de 2013 de la Audiencia Nacional que denegó la extradición a Suiza del informante Hervé Falciani, por considerar que aquella persona que defrauda al fisco no puede tener una expectativa legítima de que su conducta no sea conocida por terceros, por lo que quien denuncia dicha conducta no está revelando secreto alguno que merezca protección penal.

III. Sobre el vigente régimen jurídico de la protección de datos personales en los canales de denuncia.

51.- La protección de los datos personales de los interesados cuya información personal se incluye en las denuncias vertidas en los canales de whistleblowing



y, en particular, la protección de la identidad y los datos personales de los denunciantes son esenciales para que los sistemas de denuncias generen confianza a los informantes.

52.- En el ordenamiento jurídico español, la normativa vigente se encuentra integrada por el Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos 106 (el "RGPD") y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Aunque el RGPD no regula de forma expresa los tratamientos de datos relacionados con los canales de whistleblowing, la LOPDGDD —que entró en vigor con anterioridad a la publicación de la Directiva—, y como ya se ha señalado, dedica su artículo 24 a regular de forma específica cómo deben aplicarse las reglas y principios de la protección de datos a los tratamientos relacionados con los sistemas de denuncias.

53.- El artículo 17 de la DPI, en relación con el considerando 83 de la Directiva, establece que cualquier tratamiento de datos personales, incluido su intercambio o transmisión, deberá cumplir con las obligaciones establecidas por el RGPD y demás normativa aplicable, que, como ha quedado anotado, en el caso de España, es la LOPDGDD, y, en particular, su artículo 24.

54.- La normativa vigente en materia de protección de datos ya permitía establecer una serie de requisitos aplicables al establecimiento de canales de denuncia por parte de cualesquiera entidades en relación con (i) las bases jurídicas del tratamiento (ii) la aplicación del principio de minimización del dato (iii) la admisibilidad de las denuncias anónimas (iv) la información sobre el canal de denuncias (v) los plazos para el tratamiento de las denuncias (vi) las restricciones y limitaciones de acceso a los datos de las denuncias (vii) las medidas de seguridad.

55.- Por lo que hace a las exigencias dimanantes de las Bases jurídicas del tratamiento, constituye una verdadera premisa del sistema la de que el responsable del tratamiento compruebe que existe una base jurídica, de entre las recogidas en el artículo 6 del RGPD, para tratar los datos personales concernidos. Las dos bases jurídicas que podrían tener cabida para legitimar el tratamiento de datos incluidos en las denuncias serían, o bien que exista una norma que obligue al responsable del tratamiento a implementar un canal de *whistleblowing* (art. 6.1.c del RGPD), o bien que sea de aplicación una norma que autorice —en virtud del artículo 6.1.f del RGPD— la instalación de dicho sistema.



56.- No obstante lo anterior, no cabe desconocer que a través de los canales de denuncias pueden ser objeto de tratamiento datos especialmente protegidos, por cuanto en las denuncias es habitual que se incluyan datos relacionados con presuntas comisiones de delitos, datos de orientación sexual de otros trabajadores, datos de salud del sujeto denunciado o datos de afiliación sindical del denunciante.

57.- Las bases de legitimación de datos especialmente protegidos como los anteriores se encuentran reguladas en los artículos 9 y 10 del RGPD y en los artículos 9 y 10 de la LOPDGDD. Sobre dichos preceptos cabe destacar que el artículo 10 de la LOPDGDD -en línea con el art. 10 del RGPD- señala que el tratamiento de infracciones penales "solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal". Por lo tanto, las entidades privadas solo podrán tratar datos sobre infracciones o antecedentes penales si existe una norma con rango de ley que autorice dicho tratamiento.

58.- Un principio básico en materia de protección de datos, conocido como el principio de la minimización del dato (art. 5.1.c del RGPD), es el que establece que solo se deben tratar aquellos datos que sean "adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario" en relación con el fin con el que se pretenden tratar.

59.- Corolario lógico de la regla anterior es el de que debería pechar sobre los responsables del tratamiento de datos la obligación de advertir a los denunciadores sobre la prohibición de incluir datos excesivos o no necesarios para denunciar un determinado hecho. En este sentido, tal y como recomendó el Supervisor Europeo de Protección de Datos Personales en su informe sobre cómo debían tratarse los datos personales⁹, las denuncias que no guardaran la debida relación con el ámbito que pretende cubrir un determinado sistema de denuncias, deberían ser suprimidas por los responsables del tratamiento.

60.- La admisibilidad de las denuncias anónimas resulta de la redacción vigente del artículo 24.1 de la LOPDGDD en cuanto dispone que «será 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» y el APL, como se analizará de forma específica en las Consideraciones particulares de

⁹ Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure, publicadas en el mes de julio de 2016 y actualizadas en diciembre de 2019. Disponible en https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/guidelines_en.



este informe, refuerza la idea de tal admisibilidad con ocasión de la regulación propuesta de la preservación de la identidad del informante, al prescribir que los sistemas internos de información, los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas investigadas por la información suministrada, especialmente la identidad del informante «*en caso de que se hubiera identificado.*»

61.- Pese a la admisibilidad de las denuncias anónimas contemplada por la LOPDGDD y por el Anteproyecto en los términos referidos, no cabe desconocer en línea con lo sostenido por el Supervisor Europeo de Protección de datos personales en la Guía de procedimiento referida, que la identificación del informante puede coadyuvar a evitar el abuso y el uso indiscriminado de los canales de denuncias y permitir, asimismo, la efectiva protección de los *whistleblowers* contra posibles represalias, además, de permitir que sea posible recabar más información sobre los hechos denunciados que pueda ser relevante para la resolución del conflicto¹⁰.

62.- Una de las obligaciones esenciales dimanantes del régimen jurídico de la protección de datos —contemplada en los artículos 13 y 14 del RGPD y el artículo 11 de la LOPDGDD— es la de que los titulares de los datos sean informados acerca de cuestiones tales como quién está tratando sus datos personales, con qué finalidad y durante cuánto tiempo. Con todo, el artículo 24.1 de la LOPDGDD únicamente establece que “Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información”; reproduciéndose dicha regla en idénticos términos por el artículo 32.5 del anteproyecto, lo que suscita la cuestión acerca de si la mera traslación a los afectados de la noticia de la existencia del canal de denuncias es o no suficiente para garantizar la tutela efectiva de sus derechos desde la perspectiva de la protección de datos. Por otro lado, ni el citado artículo 24 de la LOPDGDD, ni artículo 32.5 del APL concretan en qué momento debe proporcionarse dicha información.

63.- El artículo 5.1.e del RGPD, prescribe que los datos personales no deben conservarse “más tiempo del necesario para los fines del tratamiento”. Como traslación de este principio al contexto de los canales de denuncias, el artículo 24.4 de la LOPDGDD establece que los datos de quien formule la comunicación

¹⁰ SEPD: Directrices sobre Whistleblowing, pág. 6: “*In principle, whistleblowing should not be anonymous. Whistleblowers should be invited to identify themselves not only to avoid abuse of the procedure but also to allow their effective protection against any retaliation. This will also allow better management of the file if it is necessary to gather further information.*”



y de los empleados y terceros deberán tratarse en el sistema de denuncias "únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados". Además, el mismo precepto dispone que "En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica".

64.- Por ello, los responsables del tratamiento solo se encuentran habilitados para tratar datos personales dentro del canal de denuncias durante el tiempo imprescindible para determinar si la denuncia va a ser investigada o no y, en todo caso, solo pueden tratar las denuncias durante un plazo máximo de tres meses desde la fecha en que estas hubieran sido incluidas en el canal. Las denuncias que pasen a ser investigadas solo se podrán conservar dentro del canal con el único fin de "dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica" (art. 24.4 de la LOPDGDD).

65.- En relación con las denuncias que pasen a ser investigadas, el art. 24.4. de la LOPDGDD señala que las mismas podrán seguir siendo tratadas, en un sistema lógico distinto, por el órgano al que corresponda la investigación de los hechos denunciados sin que se conserven en el propio sistema de información de denuncias internas. Ello no obstante, no es ocioso señalar que la Guía de procedimiento del Servicio Europeo de Protección de Datos, a la que se viene haciendo referencia, postula que —antes de que el órgano o equipo correspondiente investigue los hechos— cualquier dato que no sea necesario para la investigación sea eliminado de la denuncia con el fin de cumplir con el principio de minimización del dato.¹¹

66.- Por el contrario, de acuerdo con el artículo 24.4. de la LOPDGDD, las denuncias "a las que no se haya dado curso" deben ser anonimizadas si se pretenden mantener en el sistema de denuncias, con el fin de dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la entidad responsable del tratamiento.

67.- El acceso a los datos contenidos en los canales de denuncias debe quedar limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno del responsable del tratamiento, desarrollen las funciones de control interno y de

¹¹ SEPD: Directrices sobre Whistleblowing, pág. 10: "Personal information that is not relevant to the allegations should not be further processed (see section 4) and deleted with undue delay".



cumplimiento. No obstante, el artículo 24.2 de la LOPDGDD señala que será lícito el acceso de otras personas (incluso por el personal de recursos humanos) cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales.

68.- Los derechos de los interesados en el ámbito de la protección de datos se encuentran contemplados en los artículos 12 y siguientes del RGPD. Entre tales derechos cabe destacar, por su incidencia sobre el funcionamiento de los canales de denuncias, el derecho de acceso de los afectados por una denuncia, entre los que se incluyen los denunciados, los testigos y los terceros concernidos.

69.- Con carácter general el derecho de acceso se regula en el artículo 15 del RGPD, y, en lo esencial, confiere la opción de conocer qué categorías de datos relativos al afectado se están tratando, su procedencia, a quién han sido cedidos, con qué finalidades se están tratando y el plazo de conservación previsto. No obstante, este derecho, en el contexto del canal de denuncias, se ve limitado con el fin de preservar la confidencialidad de los datos relativos a la identidad del denunciante -en aplicación de las previsiones establecidas al respecto por los artículos 23 del RGPD, 16 de la DPI y 24.3 de la LOPDGDD. Por lo tanto, ni la persona a quien se imputen los hechos objeto de denuncia, ni los testigos ni los terceros que se vean afectados por una determinada denuncia podrán acceder a los datos relativos a la identidad del informante.

70.- El artículo 5.1.f del RGPD obliga a los responsables del tratamiento a implementar medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad adecuada de los datos personales. En este sentido, el artículo 32 del RGPD exige que los responsables de los datos personales analicen el nivel de riesgo del tratamiento y, en consecuencia, implementen las medidas de seguridad que consideren apropiadas para el mismo. Dado que en los sistemas de whistleblowing, como se ha señalado con anterioridad, se tratan datos especialmente protegidos, las medidas de seguridad han de ser suficientemente sólidas como para impedir brechas de seguridad y accesos no autorizados a los canales de denuncias.

71.- En coherencia con lo anterior, en aquellos casos en los que tras el pertinente análisis de los riesgos asociados al tratamiento se concluya, por los responsables del mismo, que en el canal de denuncias pueden llegar a incluirse datos relativos a hechos potencialmente categorizables como delictivos, los responsables del tratamiento deberán llevar a cabo una evaluación de impacto en los términos señalados en el artículo 35 del RGPD.



IV. Sobre el concreto modelo de canal externo diseñado en el Anteproyecto: La Autoridad Independiente de Protección del Informante.

72.- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regula la organización y funcionamiento del sector público institucional del Estado en el Capítulo II del Título II (arts. 84 a 87), realizando en su art. 84.1 una clasificación de los entes integrantes del mismo que incluye a los organismos públicos —organismos autónomos y entidades públicas empresariales—, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles, los consorcios, las fundaciones, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas. Las disposiciones transitorias primera y segunda contienen varias reglas de derecho intertemporal en relación con esta clasificación.

73.- Como indicó el Consejo de Estado en su dictamen 247/2015, de 29 de abril, ésta *«es una clasificación realizada con base en criterios que no pueden considerarse estrictamente organizativos, en el sentido de que, de acuerdo con el anteproyecto, no sólo se integran en el sector público institucional estatal aquellos entes que se encuentran en una relación de dependencia o instrumentalidad de la Administración del Estado —como sucedía en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y todavía sucede en la vigente Ley 6/1997-, sino también aquellos que, siendo parte del sector público estatal a otros efectos, no están sometidos —desde un punto de vista orgánico y funcional— a las instrucciones de aquélla».*

74.- A la cuestión de la existencia de entidades integradas en la administración institucional con un estatuto de independencia respecto de la administración general tuvo ocasión de referirse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 9 de marzo de 2010 dictada, en el asunto C-518/07, Comisión Europea contra Alemania, señalando que *«Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos dependientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas entidades se regulan, en los Estados miembros, mediante ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes —añadió— ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo el control del Juez competente»(considerando 42); por estas razones, «el hecho de conceder» a estas autoridades «un estatuto independiente de la*



Administración general — concluyó el Tribunal— *no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de legitimación democrática*»(considerando 46).

75.- La Ley 40/2015, de 1 de octubre dedica tan solo dos artículos -el 109 y el 110, que constituyen el Capítulo IV del Título II- a las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal, que se definen en el primero de ellos como “entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley”.

76.- En cuanto a su régimen jurídico, de conformidad con las prescripciones del artículo 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se dispone que las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común. Se prevé igualmente su sujeción al principio de sostenibilidad financiera, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

77.- La exposición de Motivos del Anteproyecto sirve al prelegislador para ofrecer una doble justificación de la opción por la creación de una Autoridad Independiente de Protección del Informante señalándose, en primer lugar, que la naturaleza y encaje institucional en el sector público permitirá canalizar satisfactoriamente el conjunto de funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes de cada Estado miembro.

78.- Abundando en la misma línea argumentativa se afirma también que el carácter independiente y la autonomía de que gozan este tipo de entes del sector público «*se considera la mejor forma de instrumentar el engranaje institucional de la protección del informante, excluyendo otras alternativas con*



menor independencia del poder ejecutivo y permitiendo, en definitiva, que sea una entidad de nueva creación la que garantice la funcionalidad del sistema, una entidad independiente de quien la nombra y de la Administración Pública, que atienda, en el ejercicio de sus funciones, a criterios de naturaleza técnica».

79.- La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece una segunda justificación de la opción elegida al precisar que *«el carácter específico de la materia hace igualmente aconsejable que las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes sean ejercidas por una Autoridad de nueva creación sin posibilidad de acudir a otras ya existentes dentro del sector público. Además, resulta determinante a efectos de la creación de una nueva autoridad, la articulación, en cumplimiento de la Directiva, de un canal externo de información que complementa los canales internos (tanto en el sector privado como público). Resulta de especial interés que sea una entidad que bajo un especial régimen de autonomía y con un marcado carácter técnico y especializado en la materia sea la encargada de la llevanza y gestión del citado canal externo.»*

80.- El considerando 64 de la DPI dispone que *«Debe corresponder a los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y seguir adecuadamente las denuncias. Dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.»*. Partiendo de la esta previsión de la Directiva debe concluirse que la opción del prelegislador es, efectivamente, una de las autorizadas por la misma para determinar -con un innegable grado de discrecionalidad- qué autoridad debe ser la competente para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la misma y seguir adecuadamente las denuncias.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES:

I. Ámbito material y personal de aplicación.

81.- La Directiva 2019/1937 se circunscribe al ámbito de las infracciones del Derecho de la Unión Europea, sin que su transposición pueda servir de excusa o justificación para disminuir el *«nivel de protección de que ya gozan los denunciantes en virtud del Derecho nacional en sus ámbitos de aplicación»* (Considerando 104), y estableciéndose dicho ámbito *«sin perjuicio de la*



facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1» (Considerando 5 y artículo 2.2 DPI). En virtud del reconocimiento de dicha facultad, el prelegislador nacional opta por llevar a cabo una regulación global que amplía el ámbito material de aplicación a las infracciones penales o administrativas, graves o muy graves o a las vulneraciones del ordenamiento jurídico español, siempre que afecten directamente al interés general (artículo 2 APL), una opción que, sin venir impuesta por la norma europea, como se ha señalado, responde adecuadamente al principio de buena regulación, proporcionando una ordenación no fragmentada y coherente en la materia, así como una mayor eficiencia, debiendo valorarse positivamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues una acotación del ámbito material podría conllevar una importante falta de certeza acerca de si la divulgación de la información que se pretende denunciar goza o no de la protección prevista. De otro lado, un alcance ilimitado, que abarcase, por ejemplo, infracciones leves, podría generar una carga excesiva sobre los sujetos públicos y privados obligados a establecer los canales de denuncia y tramitar las mismas, dada la vastedad del Derecho administrativo sancionador y la pluralidad de fuentes que lo integran, por lo que resulta adecuada la acotación a las infracciones "graves o muy graves" y la señalada vinculación de afectación al interés general (que, por otro lado, responde a la propia finalidad de la norma).

82.- De esta forma, el artículo 2 APL recoge en primer lugar en su apartado a) el ámbito material de aplicación establecido en el artículo 2.1 DPI, si bien la redacción es jurídicamente confusa, emergiendo la duda -en una lectura no cotejada con la DPI- de si las infracciones en relación con los actos de la Unión enumerados en el Anexo de la Directiva deben o no afectar a los intereses de la U.E. o incidir en su mercado interior, sugiriéndose al prelegislador nacional que utilice la misma enumeración en tres apartados que realiza el legislador europeo, y, que deslinda los tres tipos de infracciones, así como que complete adecuadamente la referencia a las infracciones que afectan a los intereses financieros de la Unión que se contemplan en el artículo 325 TFUE, añadiendo la frase "*tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión*". Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 2, apartado 1, letra a) DPI, define el ámbito de aplicación material de la Directiva mediante la remisión a una lista de actos de la Unión que figura en el anexo, lo que implica que, de conformidad con el Considerando 19 «*se debe entender que la remisión a los actos del anexo incluye todas las medidas delegadas y de ejecución nacionales y de la Unión que se hayan adoptado con arreglo a dichos actos. Asimismo, se debe entender la remisión a los actos de la Unión que figuran anexo como una referencia dinámica, de conformidad con el sistema normal para hacer referencia a los actos jurídicos de la Unión. De este modo, si un acto de la*



Unión que figura en el anexo ha sido modificado o se modifica, la remisión se hace al acto modificado; si un acto de la Unión que figura en el anexo ha sido sustituido o se sustituye, la remisión se hace al nuevo acto».

83.- Del mismo modo, el artículo 2 DPI debe necesariamente interpretarse de acuerdo con las definiciones contenidas en el artículo 5, donde se especifica que la información sobre infracciones es *«la información, incluidas las sospechas razonables, sobre infracciones reales o potenciales, que se hayan producido o que muy probablemente puedan producirse en la organización en la que trabaje o haya trabajado el denunciante o en otra organización con la que el denunciante esté o haya estado en contacto con motivo de su trabajo, y sobre intentos de ocultar tales infracciones»*. Sin perjuicio de que no resulta de obligada inclusión en el APL un precepto del exacto tenor al del artículo 5 DPI, sí es inexcusable que el articulado de la norma proyectada responda a las definiciones del texto europeo, siendo por ello necesario, para una adecuada transposición y una mayor seguridad jurídica, que el artículo 2 APL incluya de forma clara y taxativa todas las informaciones sobre infracciones que abarca la Directiva, y en este sentido, no puede pasarse por alto el Considerando 42, que señala que *«La detección y la prevención efectivas de perjuicios graves para el interés público exige que el concepto de infracción incluya también prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley»*.

84.- Como se ha apuntado anteriormente, haciendo uso de la libertad concedida en el artículo 2.2 DPI, el apartado b) del artículo 2 APL extiende el ámbito material de aplicación a las *“Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico siempre que, en cualquiera de los casos, afecten o menoscaben directamente el interés general, y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública”*. Resulta necesario mencionar en este punto los artículos 259 y 262 de la LECrim que establecen la obligación de denunciar (con las excepciones contempladas en los artículos 260, 261 y 263) la perpetración de cualquier delito público ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales. Si bien las consecuencias del incumplimiento son sin duda simbólicas (la multa no llega a los dos euros cuando se trata de un testigo directo), la preexistencia de dichas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico tiene un encaje cuanto menos complejo con la norma europea y el Anteproyecto que se informa, que diseñan un sistema de denuncia de infracciones penales - graves o muy graves que afecten al interés general-



dirigido a la confidencialidad y protección del informante, al que se le otorga la opción preferente del uso de los canales internos de las propias empresas privadas u organismos públicos. Es más, en cierta medida, ya existía cierta incoherencia interna en nuestro sistema jurídico tras la introducción del deber de información de posibles incumplimientos que establece el artículo 31 *bis* CP antes citado.

85.- A este respecto, debe tenerse en cuenta que el objetivo de la DPI es alentar la denuncia interna, y proteger al informante, y en modo alguno penalizar a aquel que, precisamente para evitar represalias, acude a canales internos o externos (pudiendo ser estos últimos administrativos, como en la norma proyectada) y evita denunciar ante la autoridad judicial, fiscal o policial, teniendo en cuenta además que *«Las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. En consecuencia, la presente Directiva se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión y en los principios desarrollados por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre protección de los denunciantes adoptada por su Comité de ministros el 30 de abril de 2014»* (Considerando 31).

86.- En definitiva, si bien la denuncia a través de los canales internos o externos es una opción que se proporciona al ciudadano que no resulta *per se* incompatible con la obligación de denunciar establecida en la LECrim, la consecución real del objetivo de fomento del empleo de estos canales de forma preferente -y en especial, del canal interno- para combatir los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea y nacional que se enmarcan en su ámbito de aplicación sí resulta difícilmente conciliable con dicha obligación legal, y ello sin perjuicio de la obligación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (canal externo creado *ex novo* por el prelegislador, y que es objeto de análisis en párrafos posteriores) de remitir al Ministerio Fiscal los hechos informados que pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (artículo 18.2. c APL), obligación que, de otro lado, no se impone a los responsables del sistema interno de información (artículo 9 APL). Por todo lo anteriormente expuesto, debe valorarse positivamente que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, que se encuentra en trámite de informe de este órgano constitucional, si bien mantiene la obligación de denunciar en su



artículo 526, prevé al tiempo, a fin de conseguir su adaptación a la DPI, como específicamente señala su Exposición de motivos, que *“Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo”* (artículo 528.6). En todo caso, dada la competencia de los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de las infracciones penales (artículo 23 LOPJ), las autoridades judiciales siempre serán autoridades competentes para la recepción de denuncias sobre las infracciones penales que constituyen el ámbito material del APL, con independencia de que la norma proyectada no los mencione y cree y diseñe un nuevo canal externo administrativo.

87.- El legislador europeo solo excluye de forma expresa aquellas materias que tienen que ver con la protección de información clasificada, la protección del secreto médico y del secreto profesional en la relación cliente abogado, el secreto de las deliberaciones judiciales, las normas sobre protección y confidencialidad establecidas a nivel nacional en la ley de enjuiciamiento criminal, y los derechos de los trabajadores en relación con sus representantes sindicales (artículo 3), lo que encuentra su reflejo en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 2 APL, que se enmarcan adecuadamente en las excepciones que permite la DPI en los Considerandos 21 a 26. Es por ello que debe entenderse que la extensión del ámbito material que realiza el prelegislador nacional abarca las infracciones laborales entre trabajadores, y ello tanto en virtud de la redacción empleada en el artículo 2.1 b) APL, que refiere cualquier acción u omisión penal o administrativa grave o muy grave, como de conformidad con el propio artículo 2.2., que contempla específicamente la información de infracciones sobre derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, si bien sería conveniente que ello apareciera oportunamente especificado en el texto proyectado.

88.- De gran relevancia resulta el apartado 4 del artículo 2 APL, que establece *“esta protección no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación”*, y que debe ser interpretado de conformidad con el Considerando 28 DPI: *«Si bien la presente Directiva debe establecer, en determinadas condiciones, una exención limitada de responsabilidad, incluida la responsabilidad penal, en caso de violación de la confidencialidad, ello no debe afectar a las normas nacionales relativas al proceso penal, especialmente a las destinadas a proteger la integridad de las investigaciones y procedimientos o los derechos de defensa de las personas afectadas»* .



89.- La DPI impone la obligación a los Estados Miembros de establecer un canal de denuncia externo independiente y autónomo, quedando a la discrecionalidad de los Estados el designar qué autoridades son competentes para recibir dichas denuncias. En este contexto, el prelegislador nacional opta por configurar la Autoridad Independiente de Protección del Informante que se regula en el Título VIII APL, si bien no es la única autoridad competente en el sentido del artículo 5.14 DPI, pues el apartado 2 del artículo 24 del Anteproyecto que se informa contempla también a entidades "señaladas" en las Comunidades Autónomas. Pues bien, el apartado 6 del artículo 2 APL establece la vigencia de la regulación ya existente sobre canales y procedimientos de información externa, sin perjuicio de la aplicación de la norma proyectada en todo aquello que no se adecue a la Directiva (partiendo del hecho de que la trasposición de la norma europea a este respecto se ha llevado a cabo adecuadamente, como se verá), estableciendo como mínimo la protección del denunciante regulada en el APL, sin perjuicio de la adicional protección de esa normativa específica. En este sentido, se retiene en la Autoridad de nueva creación la competencia para adoptar las concretas medidas de protección generales contenidas en la norma proyectada y para el ejercicio de la potestad sancionadora. Ahora bien, el precepto resulta confuso, pues de su referencia genérica no resulta posible dilucidar a qué normativa específica preexistente sobre canales y procedimientos de información externa se refiere, y si estos se limitan a los de las Comunidades Autónomas (en relación con el citado artículo 24.2 APL), o existen otros, y, en consecuencia, cuáles son en definitiva las autoridades competentes existentes en nuestro país, siendo que la DPI impone su designación (artículo 11.1), por lo que se sugiere al prelegislador que clarifique este aspecto.

90.- De conformidad con el apartado 1 del artículo 3 DPI «*cuando, en los actos sectoriales de la Unión enumerados en la parte II del anexo, se establezcan normas específicas sobre la denuncia de infracciones, se aplicarán dichas normas. Lo dispuesto en la presente Directiva será aplicable en la medida en que un asunto no se rija obligatoriamente por los citados actos sectoriales de la Unión*», previsión que encuentra su acomodo en el apartado 7 del artículo 2 APL, pudiendo ser conveniente que se especificase que la normativa específica que resultará de aplicación es la aprobada por la Unión Europea.

91.- En definitiva, no toda información sobre infracciones penales o administrativas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional se encuentran amparadas por la DPI y el APL, lo que resulta extremadamente relevante no ya solo en relación con el uso adecuado y pertinente de los canales de denuncia, sino con la posibilidad de ser objeto de las medidas de protección



contempladas en la Directiva y en el Título VII del APL, sin perjuicio de la existencia de otras medidas de protección del denunciante vigentes en nuestro ordenamiento jurídico como los que se encuentran en la ya mencionada LO de 1994.

92.- Más allá de la delimitación del ámbito material de la norma, se establece un ámbito personal de aplicación que lleva a completar la delimitación jurídica del concepto de *whistleblower* o informante. Dicho ámbito personal se establece en el artículo 4 DPI en relación con los Considerandos 38 a 41, partiendo de que *«la ejecución efectiva del Derecho de la Unión exige que debe otorgarse protección a la gama más amplia posible de categorías de personas que, independientemente de que sean ciudadanos de la Unión o nacionales de un tercer país, en virtud de sus actividades laborales, con independencia de su naturaleza y de si son retribuidas, disponen de un acceso privilegiado a información sobre infracciones que redundaría en interés de los ciudadanos denunciar y que pueden sufrir represalias si lo hacen. Los Estados miembros deben garantizar que la necesidad de protección se determine atendiendo a todas las circunstancias pertinentes y no solo a la naturaleza de la relación, para amparar al conjunto de personas vinculadas a la organización, en sentido amplio, en la que se haya cometido la infracción»* (Considerando 37). De esta forma, la protección se extiende al trabajador en sentido estricto -persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de una retribución; a los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal; funcionarios, empleados del servicio público, así como a cualquier otra persona que trabaje en el sector público; personas físicas que no son trabajadores, como son los trabajadores que prestan servicios por cuenta propia, los profesionales autónomos, los contratistas, subcontratistas y proveedores; los accionistas y quienes ocupan puestos directivos; las personas cuya relación laboral haya terminado y los aspirantes a un empleo o personas que buscan prestar servicios en una organización que obtengan información sobre infracciones durante el proceso de contratación u otra fase de negociación precontractual; voluntarios y trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración; compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante; los representantes sindicales o los representantes de los trabajadores, tanto si denuncian infracciones en su calidad de trabajadores como si han prestado asesoramiento y apoyo al denunciante; los facilitadores -persona física que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya



asistencia debe ser confidencial (artículo 5.8 DPI) y las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral.

93.- El prelegislador nacional incorpora adecuadamente dicho ámbito personal de aplicación en el artículo 3 APL, si bien se sugiere revisar la redacción del apartado 2 *in fine*, a fin de clarificar adecuadamente que la limitación a los “*casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual*” se refiere únicamente a aquellas personas físicas cuya relación laboral todavía no ha comenzado y no al resto de las categorías enumeradas en el apartado.

94.- Cabe destacar que el APL amplía la protección dispensada por la DPI al extender el concepto de entidad jurídica *propiedad* del informante a la *ostentación de una participación significativa* por parte del informante en la entidad jurídica, entendida como aquella participación que “*permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada*” (artículo 3.4c) *in fine*), lo que debe valorarse positivamente, pues responde adecuadamente a la capacidad de las organizaciones para tomar represalias más allá de las personas que se encuentran bajo su organización, tal y como expone la Directiva.

95.- La DPI dispensa también protección a los «*terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante*», es decir, como señala el Considerando 41 «*que también mantengan una relación laboral con el empresario*». Si bien la DPI permite introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la Directiva (artículo 25.1), el APL prescinde en su artículo 3.4 b) de la referencia al contexto laboral, referencia que puede resultar innecesaria en relación con los compañeros de trabajo, pero no en relación con los familiares, resultando conveniente, dado el objetivo y ámbito material de aplicación del APL que la protección a los familiares esté vinculada a las represalias laborales, pues su establecimiento con carácter general parece desvirtuar el contexto jurídico de la norma, más teniendo en cuenta que el Considerando 44 DPI señala que «*[...] La protección efectiva de los denunciantes como medio para potenciar el cumplimiento del Derecho de la Unión requiere una definición amplia de represalia que comprenda todo acto u omisión que se produzca en un contexto laboral y que les cause un perjuicio*».



II. Canales internos de información.

96.- La Directiva ofrece al *whistleblower* una multiplicidad de medios para informar de la existencia de irregularidades detectadas en el seno de la organización, de tal forma que este no solo cuenta con un canal interno, sino que también puede valerse de canales externos o, subsidiariamente, de la revelación pública, si bien el canal de denuncia interna constituye el principio general y se debe tratar como preferente (apartados 1 y 2 del artículo 7 DPI). Y ello porque, de conformidad con el Considerando 33 «*los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan. La denuncia interna es también el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público*» y porque en la medida de lo posible se debe garantizar «*que la información pertinente llegue rápidamente a quienes están más próximos a la fuente del problema y tienen más posibilidades de investigarlo y competencias para remediarlo*» (Considerando 47).

97.- En todo caso, la DPI establece en el artículo 8.1 la obligación de establecer canales de denuncia interna (entendida esta como «*la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público*» artículo 5.4 DPI), resultando sujetos obligados las entidades jurídicas del sector privado que tengan cincuenta o más trabajadores (artículo 8.3) – si bien «*los Estados miembros podrán exigir que las entidades jurídicas del sector privado con menos de 50 trabajadores establezcan canales y procedimientos de denuncia interna de conformidad con el Capítulo II*» (artículo 8.7)- o que tengan menos de cincuenta trabajadores y que actúen en los siguientes sectores: servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente (artículo 8.4), así como todas las entidades jurídicas del sector público, con la excepción de los municipios de menos de diez mil habitantes o las entidades con menos de cincuenta trabajadores (artículo 8.9).

98.- El APL se ajusta adecuadamente a la normativa europea, optando por establecer «*sistemas internos de información*», como cauce preferente (artículo 4.1), en cuyo seno estarían integrados los canales internos (artículos 5.2.d) y 7.1), e imponiendo la obligación de disponer de un sistema interno (artículo 4.2) -de cuya implantación es responsable el órgano de administración o



gobierno respectivo, previa consulta con “la representación legal de las personas trabajadoras”, donde, ante la dicción empleada, procede entender incluidos los representantes legales en un sentido amplio, es decir, tanto la representación sindical como la unitaria (artículo 5.1, en relación con el artículo 8.1 DPI)-, tanto a sujetos del sector privado como del sector público (artículos 10 y 13).

99.- En el primer caso (artículo 10 APL), resultan obligadas las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratados 50 o más trabajadores y todas las entidades jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente, las cuales se regirán por la normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Anteproyecto. El APL señala que *“Se considerarán incluidas en el párrafo anterior las personas jurídicas que, pese a no tener su domicilio en territorio nacional, desarrollen en España actividades a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente”*. Debe deducirse en consecuencia que las sucursales o agentes o cualquier otro instrumento de actuación que la empresa en cuestión -dedicada a alguno de los ámbitos delimitados en la norma europea- tenga en España, debe disponer de las medidas o canales que establece la normativa específica de la U.E. -más allá de que la citada empresa pudiera disponer de las mismas en otros países- y, en su caso, de las que establece el APL.

100.- El prelegislador español extiende la obligación a los partidos políticos, los sindicatos, las patronales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos, independientemente del número de trabajadores, haciendo por tanto uso de la potestad que le confiere la DPI en el citado artículo 8.7. Señala la Exposición de motivos que *“La razón de esta exigencia se ampara en el singular papel constitucional que tienen estas organizaciones tal y como proclaman los artículos 6 y 7 de la Constitución Española, como manifestación del pluralismo político y vehículo de defensa y protección de los intereses económicos y sociales que les son propios, respectivamente. La existencia de casos de corrupción que han afectado a algunas de estas organizaciones incrementa la preocupación entre la ciudadanía por el recto funcionamiento de las instituciones, por lo que resulta indispensable exigir a estas organizaciones una actitud ejemplar que asiente la confianza en ellos de la sociedad pues de ello depende en buena medida el adecuado funcionamiento del sistema democrático. De ahí la obligación de que se configuren, con independencia del número de trabajadores, un sistema*



interno de informaciones para atajar con rapidez cualquier indicio de delito o infracción grave contra el interés general. La generalización de un sistema interno de comunicaciones facilitará la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas". La extensión, debe valorarse positivamente, por las propias razones señaladas por el prelegislador.

101.- El APL recoge en su artículo 11 disposiciones relativas al establecimiento de sistemas internos de información en los grupos de sociedades (artículo 42 Código de Comercio), imponiendo la obligación de que sea la sociedad dominante la que apruebe la política general y garantice la aplicación en todas las entidades del grupo. Estas disposiciones no vienen impuestas por la DPI, que a este respecto se limita a señalar que *«los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo»* (Considerando 55), pero responde de forma coherente al diseño elegido por el prelegislador y que parte de un sistema interno en el que a su vez pueden resultar integrados diversos canales de información, siendo una forma adecuada y eficiente de imponer la obligación de la creación de canales internos en el marco de los grupos de sociedades.

102.- La Directiva prevé la posibilidad de que las entidades jurídicas del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores compartan recursos para la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo, sin perjuicio de las obligaciones impuestas a dichas entidades de mantener la confidencialidad, de dar respuesta al denunciante y de tratar la infracción denunciada (artículo 8.6), lo que encuentra su reflejo en el artículo 12 APL. Además, de conformidad con el artículo 26.2 DPI el plazo previsto para contar con este sistema se extiende al 17 de diciembre de 2023 (Disposición transitoria tercera, apartado 2).

103.- En todo caso, y como señala el Considerando 51 DPI, en el caso de entidades jurídicas del sector privado que no prevean canales de denuncia interna, los denunciantes deben poder informar externamente a las autoridades competentes y dichos denunciantes deben gozar de la protección frente a represalias que contempla la Directiva, lo que se articula por el



prelegislador nacional a través de la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

104.- En el sector público, se impone la obligación a todas las entidades que lo integran, especificándose en el apartado 13.1 APL que se entiende por sujetos comprendidos en el sector público a efectos de la norma proyectada. En este sentido, debe tenerse en cuenta el Considerando 52 DPI que señala que *«A fin de garantizar, en particular, el respeto de las normas de contratación pública en el sector público, la obligación de establecer canales de denuncia interna debe aplicarse a todas las autoridades contratantes y entidades contratantes a nivel local, regional y nacional, pero de forma que guarde proporción con su tamaño»*. La enumeración contenida en el artículo 13 APL no resulta coincidente con el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículo 3), de tal forma que no se mencionan expresamente ni las entidades públicas empresariales ni los consorcios ni los fondos sin personalidad jurídica. Si bien procede entender que se encuentran incluidos en el apartado b) (*“Los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos”*), se sugiere la conveniencia, para una mayor coherencia normativa, de realizar una enumeración paralela a la contenida en la LCSP.

105.- Se amplía la obligación, en línea de coherencia con los objetivos de la DPI, a la Casa de su Majestad el Rey y a los órganos constitucionales, y, por tanto, a este Consejo General del Poder Judicial, así como a las instituciones autonómicas análogas.

106.- El prelegislador nacional no excluye de la obligación de contar con un sistema interno de información a los municipios de menos de 10.000 habitantes o a las entidades con menos de 50 trabajadores como autoriza la DPI, *«atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes, de no facilitar resquicios que puedan dañar gravemente el interés general»* (Exposición de motivos), pero les permite “compartir” el sistema, bien con los propios municipios de la misma Comunidad Autónoma en el primer caso, bien con la administración de adscripción en el segundo, si bien, debe garantizarse que los canales sean independientes y aparezcan diferenciados para no generar confusión en el ciudadano (artículo 14), y que cada administración local tenga un responsable de su sistema interno de informaciones, todo ello de conformidad con el artículo 8.9 *in fine* DPI.



107.- Los requisitos que deben cumplir los canales internos de comunicación según la Directiva (artículos 8.2 y 9), se encuentran recogidos de forma dispersa, y no siempre conforme a las exigencias de la norma europea, en el Título II APL. De esta forma, el requisito de base (artículo 8.2 DPI) según el cual los canales deben permitir a los trabajadores de la entidad comunicar información sobre infracciones, pudiendo también permitir dicha comunicación a otras personas, mencionadas en el artículo 4, apartado 1, letras b), c) y d), y en el artículo 4, apartado 2, que estén en contacto con la entidad en el contexto de sus actividades laborales, encuentra su adecuado acomodo en el artículo 5.1 a) APL. Además, aunque la norma europea establece que *«Los Estados miembros podrían decidir que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales que afecten exclusivamente al denunciante, a saber, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el denunciante y otro trabajador, puedan ser canalizadas hacia otros procedimientos»* (Considerando 22), el prelegislador nacional prevé que los canales puedan estar habilitados para gestionar otras comunicaciones o informaciones, si bien quedando fuera del ámbito de protección de la norma (artículo 7.4 APL, en relación con el artículo 35.2b APL), lo que merece una valoración positiva en términos de eficiencia organizativa. En todo caso, los canales deben estar *«separados de los canales generales que las autoridades competentes utilizan para comunicarse con el público, como los sistemas normales de reclamación pública, o de los canales que la autoridad competente utiliza para comunicarse internamente y con terceros en el curso ordinario de sus actividades»* (Considerando 73 DPI). Si bien el APL no recoge específicamente tal previsión, sí hace alusión a la necesidad de que la información sobre canales interno y externo conste en una sección separada y fácilmente identificable en las webs o sedes electrónicas (artículo 25 APL), y a que los sistemas sean independientes y estén diferenciados respecto a los de otras entidades y organismos (artículo 5.2 f) APL). Además se prevé, adecuadamente, que *“En caso de organismos públicos con funciones de comprobación o investigación de incumplimientos sujetos a esta norma, se distinguirá, al menos, entre un canal interno referente a los propios incumplimientos del organismo o su personal, y un canal interno referente a las comunicaciones que reciba de los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias”* (Artículo 13.3 APL).

108.- La garantía de confidencialidad del informante y de los terceros mencionados en la información (artículo 9.1 a) DPI) se encuentra recogida en el artículo 5.2 b) APL; la obligación de realizar un acuse de recibo en un plazo máximo de 7 días (artículo 9.1.b) DPI) se traslada al artículo 8, que regula el



"*procedimiento de gestión de comunicaciones*", si bien el prelegislador nacional adiciona la excepción "*salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la información*". De un lado, la existencia de un riesgo para la confidencialidad debería justificarse y motivarse adecuadamente, para evitar cualquier peligro del uso de la excepción como mera excusa para la no emisión o la emisión con retraso del acuse de recibo. De otro, aunque la norma europea prevé en el apartado f) del mismo artículo 9 la posibilidad de que no se haya emitido un acuse de recibo, ello parece responder a una simple salvaguarda para la fijación de los plazos de tramitación en caso de un error o mala praxis en la emisión del acuse de recibo, resultando este, y su plazo, preceptivo. Por todo lo anterior, sería conveniente que la excepcionalidad introducida en la norma proyectada fuese eliminada.

109.- El apartado c) del artículo 9.1 DPI establece que los canales deben incluir "*la designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, solicitará a este información adicional y le dará respuesta*". El APL establece la obligación de contar con un "responsable del sistema" (artículo 5.2g), quien debe aprobar el procedimiento de gestión -con los requisitos establecidos en el artículo 8 APL-, responsable que se regula en el artículo 9 (debe ponerse de manifiesto que erróneamente el artículo 5.2g) remite al artículo 10, debiendo remitir al 9). Este responsable, que puede ser una persona física o un órgano colegiado, debe ser designado por el órgano de administración o gobierno de la entidad, designación que ha de comunicarse a la Autoridad Independiente de Protección del Informante y que, de conformidad con la Directiva, debe desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma del resto de los órganos de la entidad. A ello la norma proyectada suma la obligación de que en el caso de las entidades privadas sea "*un alto directivo de la entidad, que asumirá exclusivamente dichas funciones y que ejercerá su cargo con independencia del órgano de administración o de gobierno de la misma. Cuando la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad no justifiquen o permitan la existencia de un directivo Responsable del Sistema, será posible el desempeño ordinario de las funciones del puesto o cargo con las de Responsable del Sistema, tratando en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de interés*", previsión que merece una valoración positiva en aras de la consecución del requisito de independencia exigido por la norma europea. Por su parte, el apartado c) del artículo 8.2 APL incluye la necesidad establecida en el Considerando 57 *in fine* y en el artículo 9.1 c) DPI de que el procedimiento de gestión de



comunicaciones prevea la posibilidad de mantener la comunicación con el informante, y de solicitarle información adicional.

110.- La Directiva requiere un seguimiento diligente de la denuncia interna, también en el caso de ser anónima, si así lo impone el derecho nacional (apartados d) y e) del artículo 9), lo que encuentra su reflejo en el apartado e) del artículo 5.2 APL, que garantiza que *“las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea el propio empleador”*, y en la propia existencia de un procedimiento de gestión (artículo 5.2 i) y artículo 8). En cuanto a la denuncia anónima, a pesar de que la Directiva deja a la discreción de los Estados miembros su aceptación (artículo 6.2), estas se permiten sin género de duda en el artículo 7.3 APL (así como en el artículo 17.1 APL en relación con el canal externo). Dada la relevancia de esta cuestión, se aborda de forma separada en el epígrafe V de estas Consideraciones particulares.

111.- La Directiva impone un plazo máximo de 3 meses para dar respuesta a la comunicación (artículo 9.1 f). Nuevamente el prelegislador nacional parece no confiar en que dicho plazo pueda ser adecuadamente cumplido por las entidades obligadas, permitiendo su ampliación a 6 meses en casos de especial complejidad (artículo 8.2 g) APL), lo que no se contempla en la norma europea, que es taxativa al respecto de cuál es el plazo razonable, independientemente de la complejidad del asunto, no solo en el articulado, sino en sus Considerandos (58). Debe ponerse de manifiesto que la posibilidad de incrementar el plazo de respuesta otros tres meses, *«cuando sea necesario debido a circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del objeto de la denuncia, que puedan justificar una investigación larga»* (Considerando 67), solo se permite en los canales externos (artículo 11.2.d) DPI), de ahí la necesidad de adecuar el artículo 8.2.g) APL a la norma europea.

112.- El requisito de que los canales contengan información clara y fácilmente accesible sobre los procedimientos de denuncia externa (artículo 9.1.g) DPI) se recoge en el artículo 8.2 h) APL, y, finalmente, las exigencias vinculadas a los modos de presentación de la comunicación (Considerando 57 y artículo 9.2) encuentran adecuado acomodo los artículos 5.2.c) y 7.2 APL.

113.- El prelegislador ha optado por introducir también en el Título II del APL la previsión de que las comunicaciones verbales se documenten adecuadamente y de que el informante pueda comprobar y rectificar la



transcripción del mensaje, lo que supone la transposición del apartado 2 del artículo 18, relativo al registro de denuncias.

114.- Se incluye igualmente la garantía de confidencialidad cuando la comunicación sea remitida a personal no competente y el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema (artículo 8.2.i), lo que debe valorarse positivamente ya que la DPI solo lo contempla en relación con los canales externos (artículo 12.3).

115.- Procede detenerse en los apartados h) y f) del artículo 8.2, en relación con el procedimiento de gestión de las comunicaciones, donde el prelegislador introduce la exigencia del derecho del investigado (por manifiesto error se dice "informante", debiendo proceder a la oportuna corrección), a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen y a ser oído en todo momento, así como la exigencia de respeto a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído y el honor de las personas investigada (afectada, de conformidad con la definición del artículo 5.10 DPI), lo que debe ponerse en relación con el artículo 39 APL intitulado "*Medidas para la protección de las personas investigadas*" que señala que "*Durante la tramitación del expediente las personas investigadas en la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como de la misma protección establecida en la misma para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento*", en adecuada trasposición del artículo 22 DPI y el derecho a una tutela judicial efectiva contra una decisión que le concierna con arreglo a los procedimientos aplicables establecidos en el Derecho nacional en el contexto de investigaciones o procesos judiciales ulteriores. La protección de las personas investigadas tiene también su reflejo en la instrucción del procedimiento ante el canal externo (artículo 19.2 y 3).

116.- Dichas previsiones cobran una gran importancia, a fin de que las empresas y organismos públicos, cuyo ámbito de especialización no es en general el de investigar delitos ni evitar su comisión, se doten de los mecanismos adecuados para no incurrir en una vulneración de garantías, es decir, para poder llevar una adecuada autorregulación -dentro de los márgenes normativos- como base del sistema de información, pues la posible vulneración de las garantías de la persona afectada tiene una notable incidencia en el caso de que el asunto fuese judicializado, toda vez que un tratamiento inadecuado podría llevar a una inadmisión de lo actuado o investigado. No olvidemos que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que «*en todo tipo*



de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», y que el Tribunal Supremo señala claramente a los particulares que «no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero» (STS de 23 de febrero de 2017, [ECLI:ES:TS:2017:471]).

117.- El artículo 8.5 DPI permite la gestión del canal interno por un tercero, sin perjuicio del respeto a las garantías y requisitos establecidos en la norma europea. En virtud de ello, el prelegislador nacional regula en el artículo 6 APL la gestión del sistema de información por un tercero externo, bajo el requisito de que ofrezca garantías adecuadas de independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto, y al que se le atribuye la consideración de encargado del tratamiento, en relación con la protección de datos. De conformidad con el apartado 2 de este artículo 6, la gestión externa no excluye la designación de un Responsable interno del Sistema. No obstante, el artículo 15 DPI limita las posibilidades de gestión externa en el caso del sistema interno de información de la Administración General del estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía y a las Entidades que integran la Administración local (artículo 13.1 a) a los casos en que se acredite la insuficiencia de medios propios, conforme al artículo 116.4f) de la LCSP.

118.- Finalmente, procede detenerse en las previsiones que el prelegislador introduce en los apartados 4 y 5 del artículo 13, destinado al sistema interno de información del sector público, previsiones que, en consecuencia, no son de carácter general. Se limita así en primer lugar la información que se puede proporcionar al informante sobre el resultado del proceso de comprobación o investigación, en caso de que haya datos clasificados, lo que no merece objeción. De otro lado, en el apartado cinco, se establece que *“Las decisiones adoptadas por los organismos públicos con funciones de comprobación o investigación en relación con las comunicaciones no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa. En todo caso, podrá acudir al canal externo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante”*. Ello debe ponerse en relación, a su vez, con el artículo 20.5 que proscribió igualmente los recursos administrativo y judicial en el ámbito del canal externo, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, toda vez que ambos preceptos llevan a la exclusión de las decisiones administrativas de todo control judicial. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico excluye la legitimación del denunciante -salvo que tenga el carácter de interesado- para recurrir el archivo de la denuncia (así resulta del artículo 62.5



de la Ley 39/2015 y lo ha reiterado la jurisprudencia, por todas, STS de 5 de febrero del 2018 ECLI:ES:TS:2018:344), las previsiones del APL contravienen lo establecido en el Considerando 103 DPI que señala que *«Toda decisión adoptada por autoridades en perjuicio de los derechos otorgados por la presente Directiva, en particular las decisiones por las que las autoridades competentes decidan archivar el procedimiento relativo a una infracción denunciada a causa de ser manifiestamente menor o reiterada, o decidan que una denuncia concreta no merece tratamiento prioritario, está sujeta a control judicial de conformidad con el artículo 47 de la Carta»*. Además, el artículo 20.5 no se coherente adecuadamente con la Disposición adicional primera que modifica el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluyendo a la Autoridad Independiente para la Protección del Informante, y atribuyendo a la Audiencia Nacional la competencia para resolver los recursos frente a sus “actos y disposiciones”, sin que se establezca por tanto en la ley procesal una distinción entre las decisiones relativas a la tramitación y las vinculadas a las sanciones, tal como sí se hace en el artículo 20.5.

III. Canal externo de comunicaciones.

119.- A pesar de la instauración de los canales internos como canales preferentes, la Directiva también prevé la comunicación directa a las autoridades –canales de denuncias externos– que se regula con detalle en su Capítulo III, y la revelación pública de la información (artículo 15). La justificación de la necesidad de existencia de canales externos se encuentra en el Considerando 62 que señala *«En otros casos, no puede esperarse razonablemente que los canales internos funcionen adecuadamente. Este es el caso, en particular, cuando los denunciadores tengan razones válidas para pensar que podrían sufrir represalias en relación con la denuncia de infracciones, en particular como resultado de una vulneración de su confidencialidad, y que las autoridades competentes estarían mejor situadas para adoptar medidas eficaces para ocuparse de la infracción. Las autoridades competentes podrían estar mejor situadas, por ejemplo, cuando el responsable último en el contexto laboral está implicado en la infracción, o existe el riesgo de que se oculten o destruyan la infracción o las pruebas conexas o, de manera más general, porque la eficacia de las investigaciones por parte de las autoridades competentes podría verse amenazada de otra manera, como en el caso de que se denuncien prácticas colusorias u otras infracciones de las normas en materia de competencia; o porque la infracción requiere medidas urgentes, por ejemplo, para proteger la vida, la salud y la seguridad de las personas o para proteger el medio ambiente [...]»*. A lo que el Considerando



63 añade que *«La falta de confianza en la eficacia de las denuncias es uno de los principales factores que desalientan a los denunciantes potenciales. En consecuencia, existe la necesidad de imponer una obligación clara a las autoridades competentes para que establezcan canales de denuncia externa adecuados, sigan con diligencia las denuncias recibidas y, en un plazo razonable, den respuesta a los denunciantes»*. Así, el artículo 5.5 DPI define denuncia externa como *«la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones ante las autoridades competentes»*.

120.- El artículo 10 DPI permite a los informadores acudir a los canales externos tras haber comunicado la información *«en primer lugar a través de los canales de denuncia interna, o bien comunicándola directamente a través de los canales de denuncia externa»*. Por tanto, aunque se haga hincapié en los Considerandos en la preferencia de los canales internos, y se ordene a los Estados Miembros que promuevan la comunicación interna frente a la externa siempre que, a juicio del alertador, la denuncia pueda tratarse internamente de manera efectiva y considere que no hay riesgo de represalias (artículo 7.2 DPI), no se establece una prioridad obligatoria, quedando, por el contrario, consagrado el derecho de los informadores a elegir el tipo de canal de denuncia que consideren más adecuado en función de las circunstancias particulares del caso. Y así se regula en el APL, cuyo artículo 16 contempla el derecho de toda persona física a utilizar el canal externo de forma directa o previa comunicación por canales internos. Sería conveniente, no obstante, que, dado que existe más de una autoridad competente para las denuncias externas (de conformidad con el artículo 24.2), se incluyese en el artículo 16 una referencia genérica al derecho a informar a través del canal externo de los órganos designados en cada Comunidad autónoma.

121.- Por su parte, el artículo 11 DPI hace responsable a los Estados de la designación de las autoridades competentes para recibir las denuncias - que podrían ser *autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo* (Considerando 64)- y establece una serie de principios que deberán regir en el funcionamiento de estos canales, principios que son muy similares a los previstos para los canales internos (independencia, autonomía, diligencia en la tramitación, respuesta en un plazo razonable, etc.). La Directiva establece qué características debe tener el canal externo de denuncias para reunir las notas de independencia y autonomía, consagrando el artículo 12.1 un triple criterio de exhaustividad,



integridad y confidencialidad informativa a salvo del acceso no autorizado que, a su vez, pueda ser utilizado para nuevas investigaciones.

122.- En cuanto a la designación de autoridades competentes, el prelegislador opta, como se ha venido adelantando, por la creación de una entidad administrativa, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que se regula en el Título VIII, y cuyo régimen jurídico se analiza en páginas posteriores de este informe. Como ya se ha señalado, de conformidad con la Exposición de Motivos, la elección de este modelo responde a los siguientes motivos: *«Entre las diferentes alternativas que ofrece nuestro ordenamiento interno se considera idóneo acudir a la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante como pilar básico del sistema institucional en materia de protección del informante. Su particular naturaleza y encaje institucional en el sector público permitirá canalizar satisfactoriamente el conjunto de funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes de cada Estado miembro. Entre las diversas posibilidades abiertas en el reto de afrontar eficazmente la trasposición de la Directiva, el carácter independiente y la autonomía de que gozan este tipo de entes del sector público se considera la mejor forma de instrumentar el engranaje institucional de la protección del informante, excluyendo otras alternativas con menor independencia del poder ejecutivo y permitiendo, en definitiva, que sea una entidad de nueva creación la que garantice la funcionalidad del sistema, una entidad independiente de quien la nombra y de la Administración Pública, que atienda, en el ejercicio de sus funciones, a criterios de naturaleza técnica. De otro lado, el carácter específico de la materia hace igualmente aconsejable que las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes sean ejercidas por una Autoridad de nueva creación sin posibilidad de acudir a otras ya existentes dentro del sector público»*. Más allá de estas razones, el ámbito material de aplicación del APL permite apreciar con facilidad que podría haber una pluralidad de entidades que serían competentes en un modelo descentralizado para recibir, tramitar y seguir las denuncias en atención a su contenido, lo que podría llevar a los informantes a importantes dificultades para identificar la concreta autoridad a la que dirigirse, desincentivando las denuncias, por lo que la opción del prelegislador puede valorarse positivamente, sin perjuicio de la existencia de autoridades a nivel autonómico (artículo 24.2 APL). En todo caso, la creación de esta nueva entidad y el silencio del APL sobre otras autoridades competentes, no implica en modo alguno, como también se ha indicado, ninguna alteración de la competencia de los Jueces y Tribunales para conocer de las infracciones penales, incluidas las que forman parte del ámbito material del APL.



123.- La competencia de esta esta Autoridad de nueva creación se extiende a la Administración General del Estado y entidades que integran el sector público estatal, a las Administraciones de las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración y el sector público institucional autonómico o local, cuando se atribuya la competencia a la Autoridad Independiente de Protección del Informante por virtud de un convenio o cuando la respectiva Comunidad Autónoma no haya atribuido competencia para gestionar el canal externo de informaciones a ningún órgano o autoridad propios (lo que debe ponerse en relación con la Disposición adicional tercera, relativa a los "convenios"), al resto de entidades del sector público, Casa de Su Majestad el Rey y órganos constitucionales a que se refiere el artículo 13 y a las Entidades que integran el sector privado, cuando la infracción o el incumplimiento informado afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma (apartado 1 del artículo 24), previéndose la existencia de autoridades u órganos en cada Comunidad Autónoma con competencia limitada a cada territorio (apartado 2 del artículo 24), lo que debe ponerse en relación con la preexistencia de oficinas antifraude en varias CC.AA, como se expuso en las Consideraciones generales de este informe, y que, en todo caso, deberán adaptarse a las exigencias de la Directiva. De conformidad con la Exposición de Motivos, la designación de autoridades competentes autonómicas sigue la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 130/2013, al indicar que *"en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos, la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada"*.

124.- En cuanto al proceso de recepción de las comunicaciones y su tramitación (artículos 17 a 22 APL) responde adecuadamente a las exigencias establecidas para los canales externos en los artículos 11 y 12 DPI, de tal forma que (i) se establece un seguimiento diligente (artículo 17.3 y 20.1 APL, en relación con el artículo 11.2 c) DPI); (ii) se respetan los plazos para emitir acuse de recibo (artículos 17.4 y 18.2 b) APL en relación con el artículo 11.2b) DPI) y emitir y comunicar la resolución (artículo 20.4 APL en relación con el artículo 11.2 d) DPI)- si bien cabe destacar que, estando permitido por la Directiva una ampliación del plazo en casos de complejidad, no se contempla en el APL esta posibilidad-; (iii) se regula la obligación de informar al



denunciante del resultado final de la investigación (artículo 18.2 a) *in fine*, 18.2 b), 20.2 a) y 20.4 *in fine* en relación con el artículo 11.2 e) DPI) -si bien procedería, a fin de llevar a cabo una transposición adecuada, que el artículo 18.2 c) recogiese también la obligación de comunicar al informante la remisión a otra autoridad o al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía Europea-; y (iv) se contempla la remisión a otras autoridades competentes o al Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea (artículos 18.2 c) y 20.2 b) en relación con el artículo 11.2 f) DPI).

125.- En relación con la obligación de informar al denunciante, y hacerlo adecuadamente y en el plazo establecido, debe señalarse que supone una medida de gran importancia para evitar las duplicidades, como indica el Considerando 57: *«En el contexto de la denuncia interna de infracciones, informar al denunciante, en la medida de lo jurídicamente posible y de la manera más completa posible, sobre el seguimiento de la denuncia es crucial para generar confianza en la eficacia del sistema de protección de los denunciantes y reducir la probabilidad de que se produzcan nuevas denuncias o revelaciones públicas innecesarias»*. El silencio administrativo en este ámbito puede llevar al denunciante a considerar que no se ha dado ningún curso a su comunicación, procediendo a ponerla en conocimiento de otras autoridades, y derivando la situación en una duplicidad de investigaciones y en una mayor vulnerabilidad del informante.

126.- Del mismo modo, el diseño parece apropiado para que se garantice *la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado de la autoridad competente y permitan el almacenamiento duradero de información, de conformidad con el artículo 18, para que puedan realizarse nuevas investigaciones* (Artículo 12.1 DPI), dadas las medidas relativas al registro y acceso restringido (artículo 17.3), a la terminación de actuaciones (artículo 20.1 APL) y a la conservación de los datos (artículo 26.2 en relación con el 32.3 APL), y a la preservación de la identidad del informante (artículo 33.2 APL). En cuanto a la forma de la denuncia (escrita o verbal, artículo 12.2 DPI) y el registro o documentación de las comunicaciones verbales (artículo 18 DPI), encuentran adecuado reflejo en el apartado 2 del artículo 17 APL. La formación específica del personal que trata las denuncias (artículo 12.5 DPI) se recoge en el artículo 45.3 APL.

127.- Procede detenerse en algunos aspectos destacados de la norma proyectada: en primer lugar, como ya se ha adelantado, se permite la denuncia anónima (artículo 17.1 y 21.1 APL), siendo de aplicación las consideraciones que se realizan a este respecto en líneas posteriores; en segundo lugar, se



establece la posibilidad de que el denunciante renuncie expresamente a las comunicaciones de la Autoridad Independiente (artículo 17.2 APL) lo que debe valorarse positivamente, pues refuerza las garantías de confidencialidad, sin perjuicio de que una renuncia no meditada, que deja al informante sin conocimiento posterior de la tramitación, puede llevar a la duplicidad de comunicaciones anteriormente alertada.

128.- De otro lado, el APL contempla una serie de motivos de inadmisión de las comunicaciones, tras un análisis preliminar de las mismas (artículo 18). Procede señalar en primer lugar, que el apartado 1 del artículo 18 se refiere exclusivamente a "hechos indiciariamente constitutivos de delito", debiendo incluirse la referencia a las infracciones administrativas o de Derecho de la Unión Europea, pues el ámbito de aplicación de la Directiva y de la norma proyectada no se limitan a las infracciones penales. En segundo lugar, los motivos de inadmisión contemplados son más extensos que los referidos en la Directiva -vinculados a comunicaciones sobre infracciones menores o accesorias y comunicaciones reiterativas (artículo 11.2 y 4 en relación con el Considerando 70)- de tal forma que el APL regula la inadmisión por los siguientes motivos: "1º) *Cuando los hechos relatados carezcan de toda verosimilitud. 2º. Cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del ordenamiento jurídico incluida en el ámbito de aplicación de esta ley o, siéndolo, no afecten al interés general. 3º. Cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, indicios racionales de haberse obtenido de forma ilícita. 4º. Cuando la información sea mera reproducción de otra anterior previamente inadmitida o debidamente investigada*" (artículo 18.2). El precepto debe ser objeto de crítica en lo que se refiere a sus motivos 2º y 3º: En el primer caso, la redacción elegida no se cohonesta adecuadamente con el ámbito material de aplicación de la ley, que abarca (y ese es su ámbito obligado por la norma europea), las infracciones del derecho de la Unión Europea establecidas en el artículo 2 DPI. Dado que dichas infracciones se caracterizan en sí mismas por afectar al interés general, y que el ámbito de aplicación al derecho nacional solo se refiere igualmente a infracciones que afectan al interés general, se sugiere al prelegislador que este motivo de inadmisión se reformule de la siguiente manera o similar: *Cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del Derecho de la Unión Europea o del Derecho Nacional incluida en el ámbito de aplicación de esta ley.* En cuanto a la posibilidad de inadmisión establecida en el motivo 3º y referido a la obtención ilícita de la información, si bien aparentemente se encuentra en línea con lo establecido en el artículo 21.3 y 21.4, y el Considerando 92 DPI, debe ponerse de manifiesto que la Directiva establece



claramente la exención de responsabilidad del informante por responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral, y que residencia en el derecho nacional la responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente *solo cuando constituye de por sí un delito*, y no otro tipo de vulneración normativa, estableciéndose además en el artículo 21.7 DPI que «*En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva*». Ante esta discrepancia entre el APL, que permite la inadmisión de la denuncia si la AIPI considera que hay indicios racionales de haberse obtenido la información de forma ilícita, y lo establecido en la Directiva, que se circunscribe a aquella obtención de la información que constituye en sí misma un delito, se sugiere al prelegislador la conveniencia de reformular el apartado 3º del artículo 18, reduciendo la inadmisión a aquellos casos en los que haya indicios racionales de la comisión de un ilícito *penal* y no cualquier otra vulneración normativa.

129.- Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 19 recogen específicamente las garantías de las personas investigadas en el ámbito de la instrucción de las informaciones recibidas por el canal externo, que resultan ajustadas a nuestro ordenamiento jurídico y a las previsiones de la norma europea (artículo 22), y que revierten gran importancia tanto en caso de apertura de un procedimiento administrativo sancionador como de la judicialización de las actuaciones, como ya se ha señalado anteriormente.

130.- Merecen una valoración positiva las previsiones de los apartados 4 y 5 del artículo 19, pues coadyuvan en una mayor eficacia del canal externo.

131.- El artículo 21 APL viene a resumir los derechos y garantías del informante ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante. La mayoría de ellos se encuentran ya recogidos en los artículos anteriores (principalmente en el artículo 17), pudiendo resultar este precepto parcialmente reiterativo, si bien no deja de aportar claridad y seguridad jurídica.



132.- Cabe señalar que el artículo 13 DPI intitulado "*Información relativa a la recepción y seguimiento de denuncias*" establece la obligación de los Estados Miembros de velar porque las autoridades competentes publiquen, en una sección separada, fácilmente identificable y accesible de sus sitios web, toda una serie de informaciones relevantes sobre el canal externo. Aunque el artículo 22 del APL se limita a señalar la obligación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante de publicar su procedimiento de gestión, el artículo 25 (Título IV. Disposiciones comunes a los canales internos o externos) sí recoge en toda su extensión las obligaciones de publicidad establecidas por la norma europea, pudiendo resultar conveniente que se hiciera la oportuna remisión a este precepto en el artículo 22 APL.

133.- El segundo párrafo del artículo 22 APL establece que "*Periódicamente podrá revisar, y en su caso, modificar dicho procedimiento teniendo en cuenta su experiencia y la de otras autoridades competentes. La modificación será asimismo objeto de publicación*". La disposición supone una transposición incompleta del artículo 14 DPI que impone claramente una revisión periódica "*por lo menos una vez cada tres años*", plazo temporal que debe incorporarse a la norma proyectada, y si bien dicho plazo sí se contempla en la Disposición adicional segunda, resultaría sistemáticamente más adecuado que viniese referido en el artículo 22.

134.- El artículo 23 establece la obligación de otras autoridades de remitir las comunicaciones relativas a las infracciones del Título IX, y de exclusiva competencia de la nueva Autoridad independiente a dicha Autoridad, lo que no es más que una simple reiteración de la obligación administrativa establecida en el artículo 14 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, debiendo significarse la obligación de comunicar dicha circunstancia al interesado.

135.- La regulación relativa a los canales interno y externo se cierra en el Anteproyecto que se informa mediante una serie de disposiciones de aplicación común a ambos (Título IV, artículos 25 y 26). Ya se ha referido que el artículo 25 viene a transponer en su segundo párrafo las obligaciones establecidas para los canales externos en el artículo 13 DPI. Su primer párrafo impone igualmente la obligación de publicitar adecuadamente el uso de los canales internos (y que ya venía anunciada en el artículo 5.2 h), de conformidad con el artículo 7.3 DPI.

136.- En cuanto al artículo 26.1 intitulado "registro de comunicaciones", debe ponerse en relación con el artículo 17.3, suponiendo una adecuada transposición del artículo 18.1 DPI. El apartado segundo establece que Los datos personales relativos a las comunicaciones recibidas y a las



investigaciones internas a que se refiere el párrafo anterior sólo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con la presente ley. En particular, se tendrá en cuenta lo previsto en los apartados tercero y cuarto del artículo 32. En ningún caso podrán conservarse los datos por un período superior a 10 años. A su vez, el apartado 3 del artículo 32 precisa que los datos podrán conservarse durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados, lo que es acorde con la Directiva, y debe ponerse también en relación con el artículo 24.4 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

IV. Revelación Pública.

137.- Como se ha venido adelantando, la DPI incluye una tercera opción para que los informantes puedan desvelar la comisión de infracciones que atentan contra el derecho de la U.E., cual es la revelación pública, definida en el artículo 5.6 como *«la puesta a disposición del público de información sobre infracciones»*, y regulada en el artículo 15. Tanto dicho artículo como los Considerandos respectivos (80 y 81) extienden la protección regulada en la norma europea a aquellas personas que hacen una revelación pública, pero solo si se cumplen alguna de las condiciones enumeradas, esto es que *«a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos de conformidad con los capítulos II y III, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido en el artículo 9, apartado 1, letra f), o en el artículo 11, apartado 2, letra d); o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción»*.

138.- El prelegislador nacional transpone esta cuestión en los artículos 27 y 28 APL, procediendo a una regulación prácticamente idéntica, si bien se sugiere que, dada la claridad de la norma europea a este respecto se añadan al artículo 28.b) ii) *in fine* APL los ejemplos empleados por el legislador europeo: *“como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción”*.



139.- Procede detenerse en el apartado 2 del artículo 15 DPI que establece que el artículo *“no se aplicará en los casos en que una persona revele información directamente a la prensa con arreglo a disposiciones nacionales específicas por las que se establezca un sistema de protección relativo a la libertad de expresión y de información”*, lo que debe ponerse en relación con el Considerando 46 que señala: *«En especial, los denunciantes constituyen fuentes importantes para los periodistas de investigación. Ofrecer una protección efectiva a los denunciantes frente a represalias aumenta la seguridad jurídica de los denunciantes potenciales y de esta forma incentiva que se informe sobre infracciones también a través de los medios de comunicación. A este respecto, la protección de los denunciantes como fuente de informaciones periodísticas es crucial para salvaguardar la función de guardián que el periodismo de investigación desempeña en las sociedades democráticas».*

140.- En este sentido, la doctrina constitucional contine ya desde hace tiempo precedentes claramente favorables para aquellos trabajadores que acuden a la revelación pública, como la STC 6/1998, de 21 de enero [ECLI:ES:TC:1988:6] que declaró la nulidad del despido disciplinario de un trabajador destinado en el gabinete de prensa del Ministerio de Justicia que se había justificado en transgresión de la buena fe contractual por haber aquel denunciado públicamente que, desde la llegada al poder del PSOE, se filtraban noticias de manera privilegiada a la Editorial Prisa: *«el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no se puede interpretar en términos tales que vengan a resultar amparadas por esta exigencia de honestidad y de lealtad en el cumplimiento de las obligaciones, situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normalidad, merecedoras, acaso, de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas, cuando se aprecie una contravención del ordenamiento, o para hacer llegar a la opinión pública la existencia de eventuales anomalías que —aun no constitutivas, en sí, de ilicitud alguna— sí pudieran llegar a poner en juego el principio de responsabilidad que pesa sobre todos los Poderes Públicos»*. En el mismo sentido, la Sentencia de 12 de abril de 1999 [ECLI:ES:TC:1999:57] que otorga el amparo frente a un despido por transgresión de la buena fe contractual de un inspector de la Dirección General de Aviación que, tras un accidente aéreo, efectuó declaraciones a un periódico denunciando las malas condiciones de aviones como el siniestrado y la supuesta pasividad de la empresa propietaria y de Aviación Civil, considerando que el despido era contrario al derecho fundamental a la libertad de información —por versar la revelación sobre hechos noticiables y de interés general—, sin existir quiebra



alguna del deber de buena fe. Ahora bien el Tribunal Constitucional ha matizado esta doctrina favorable, siendo claro ejemplo de ello la Sentencia de 30 de junio de 2003 [ECLI:ES:TC:2003:126] que no concedió el amparo argumentando que *«el hecho de que la información difundida por el recurrente pudiera afectar a la seguridad de los procesos de producción en una fábrica de explosivos situada en las proximidades de una población reviste la suficiente gravedad como para que un mínimo de lealtad por parte de quien durante varios años había sido trabajador de la empresa se cuidara de irrogar a ésta el quebranto derivado de una información inevitablemente alarmista, sin antes dar ocasión al menos para que los organismos públicos a los que había dirigido sus denuncias pudieran constatar su realidad»*. Según el Tribunal *«el fin de información pública perseguido por el recurrente, esto es, la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local. En condiciones como las concurrentes, el ejercicio del derecho a la libertad de información recomienda no utilizar cauces informativos que, por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes. Y es evidente que las declaraciones efectuadas por el señor L. provocaron una clara afectación de los intereses empresariales, con notable menoscabo de su imagen pública, tanto más trascendente cuanto la misma se encuentra vinculada con una actividad de alto riesgo y elevada peligrosidad»*.

141.- En relación con ello, para llevar a cabo una acotación de los sujetos merecedores de protección en la propuesta de Directiva, la Comisión acudió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aquellos supuestos donde conductas asimilables a las de un *whistleblower* habían sido objeto de amparo por considerar que quedaban bajo la bóveda de los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), concretamente en los asuntos *Guja vs. Moldavia* (12 de febrero de 2008, ECLI:ES:TEDH:2008:2); y, más tarde, en *Heinisch vs. Alemania* (21 de julio de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408) y *Bucur y Toma vs. Rumania* (8 de enero de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802), asuntos en los que se examinaba la concurrencia de elementos para la vulneración del artículo 10 del CEDH en relación con las *revelaciones públicas*, en tanto conductas necesarias en una sociedad democrática, y se analiza si la persona que efectuó la divulgación tenía a su disposición «canales alternativos» para realizarla, señalándose concretamente que *«para juzgar el*



carácter proporcionado o no de la restricción impuesta a la libertad de expresión del demandante en este caso concreto, el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable»; el «interés público» en la información; la «autenticidad» de la información divulgada, y si la actuación está amparada por la «buena fe».

142.- Así, la regulación del artículo 15 DPI y del artículo 28 APL deben ponerse en relación con la jurisprudencia europea y con las condiciones establecidas en el artículo 6 DPI (y transpuestas en el artículo 35.1 APL) relativas a la protección de informante, con independencia del canal que este haya empleado, y, entre las que se encuentra el tener motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y ello como «*una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, el requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe*» (Considerando 32). Nuestra doctrina constitucional se encuentra en línea con ello, pues interpreta el requisito de la veracidad como un deber de buena fe y diligencia por parte del informador, de tal forma que aunque luego la noticia se revele falsa, el requisito de veracidad queda satisfecho si el informador creía que era cierta sobre la base de fuentes fiables y, en su caso, contrastadas: «*las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse "la verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio [...] la verdad se predica más del sujeto que del objeto; más que una información verdadera, se requiere un informador creíble, excluyendo de raíz que pueda hablarse de un derecho a transmitir rumores o sucesos inventados o hechos mal presentados*» (STC de 21 de enero de 1988 [ECLI:ES:TC:1988:6]).

V. La denuncia anónima.

143.- La denuncia anónima no es un elemento extraño en la normativa europea, pudiendo citar la Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, relativa al Reglamento (UE) núm. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho



Reglamento a las autoridades competentes¹², donde se recogen las normas que especifican los procedimientos de denuncia del artículo 32.1 del Reglamento, incluyendo la posibilidad de que la denuncia se presente de forma anónima (artículo 5.1 a). Por otro lado, la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo¹³, recoge dos normas en su artículo 61: (i) la confidencialidad cuando se trata de la denuncia a las autoridades competentes (artículo 61.2 e) y (ii) el anonimato cuando se comunican infracciones a nivel interno en una entidad (artículo 61.3).

144.- Como se ha expuesto en párrafos anteriores, la Directiva *Whistleblowing*, por su parte, no impone a los Estados Miembros la obligación de aceptar las denuncias anónimas, si bien, en caso de que así se establezca en el derecho nacional, las personas denunciantes, cuyo anonimato llegara a desaparecer, deben gozar de la protección dispensada por la norma europea, tal y como determina claramente el Considerando 34: *«Sin perjuicio de las obligaciones vigentes de disponer la denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, debe ser posible para los Estados miembros decidir si se requiere a las entidades jurídicas de los sectores privado y público y a las autoridades competentes que acepten y sigan denuncias anónimas de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. No obstante, las personas que denuncien de forma anónima o hagan revelaciones públicas de forma anónima dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva y cumplan sus condiciones deben gozar de protección en virtud de la presente Directiva si posteriormente son identificadas y sufren represalias»*, y de conformidad con lo establecido en su artículo 6, apartados 2 y 3.

145.- Ante ello, el prelegislador nacional opta, como también se ha adelantado, por regular la posibilidad de informar de forma anónima tanto a través de los canales internos (artículo 7.3 APL), como de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (artículo 17.1 y 21.1º APL). En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico tampoco es ajeno a la denuncia anónima, la cual ya se regula en algunos ámbitos como el de Hacienda (artículo 114 de la Ley 58/2003, General Tributaria), o el de blanqueo de capitales (artículo 26 bis 1 de la Ley 10/2010, de 28 de junio, en transposición de la Directiva 2015/849, citada en el párrafo anterior), y se admite en otros, por ejemplo, a través de los buzones de denuncia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o

¹² DO L 332, de 18 de diciembre de 2015.

¹³ DO L141, de 5 de junio de 2015.



del propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, siendo especialmente necesario mencionar la LOPD, que ha reconocido y regulado, desde la perspectiva de la protección de datos, estos sistemas en su artículo 24, precepto que declara *"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"*, siempre que se cumplan los principios que el precepto establece. Por su parte, el apartado 5 de este artículo 24 se ocupa de precisar que dicho régimen legal será aplicable a *"los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas"*.

146.- No obstante, con carácter general es preciso recordar que quien denuncie una infracción administrativa tiene obligación de identificarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *"Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración"*. En el ámbito social, conforme al artículo 20.5 de la Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: *"no se tramitarán las denuncias anónimas ni las que tengan defectos o insuficiencias de identificación que no hayan sido subsanadas en el plazo establecido para ello"*, siendo, por tanto, la identificación del denunciante necesaria para la remisión del informe sobre las actuaciones de comprobación y medidas administrativas llevadas a cabo con relación a los hechos denunciados. En todo caso, debe matizarse que, conforme al artículo 20.5 de la Ley 23/2015 y el artículo 9.1 f) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, los supuestos en los que las denuncias no se deben tramitar son los siguientes: las denuncias anónimas o que tengan defectos o insuficiencias de identificación que no se subsanen en plazo; referidas a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS); carentes de fundamento o inteligibles; las coincidentes con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional. Específicamente en cuanto a las denuncias anónimas, en el ámbito de la actuación de la Inspección de Trabajo se distingue entre las denuncias y reclamaciones que no tienen datos identificativos del denunciante, y las que sí los tienen. Respecto a las primeras, en principio no pueden ser admitidas, y por lo tanto deben ser archivadas sin más trámite. No obstante, en la práctica de la actuación inspectora, a estas denuncias, aunque sean anónimas, se les da en ocasiones curso cuando



se detecta que son manifestación de una situación real de especial importancia y gravedad sobre todo en materia de prevención de riesgos laborales o de economía sumergida, por lo que es criterio habitual que, una vez ponderadas las circunstancias por el Jefe de la Inspección, se inicien las correspondientes comprobaciones, si bien no en virtud de denuncia sino por orden superior. Habitualmente, estas denuncias anónimas se venían comunicando telemáticamente a través del denominado buzón del fraude laboral, el cual no exige identificación de la persona que transmite los datos, pudiendo la ITSS utilizar la información que contienen para iniciar actuaciones de oficio. Similar situación se produce en los escritos remitidos a través de correo electrónico. El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020 reguló dicho buzón de denuncias ante la Inspección de Trabajo, que sustituye al buzón de lucha contra el fraude del Ministerio de Empleo que venía funcionando desde 2013. También procede mencionar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2018 [ECLI:ES:TSJM:2018:3241] señalaba que *«Llegados a este punto, no puede perderse de vista que la administración puede tener conocimiento de los hechos por cualquier medio, incluso por una noticia publicada en los medios de comunicación. Y desde esta perspectiva, nada impide que determinados hechos sean llevados al conocimiento de la Administración de forma anónima. Cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, obviamente, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendentes a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en conocimiento. En tales situaciones el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento sancionador. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el art. 58 LPAC».*

147.- En el ámbito penal, de la lectura de los artículos 266 y 267 LECRim parece deducirse que las denuncias anónimas no son admisibles en el proceso, sin embargo el inicio de diligencias de investigación con base en *notitia criminis* anónima no aparece proscrita por nuestra jurisprudencia, que las permite, siempre bajo el requisito de un análisis reforzado, debiendo citarse la STS de



11 de abril de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1825], que no solo resume la jurisprudencia anterior, sino que continua siendo citada en resoluciones posteriores del Tribunal (véase también la reciente STS de 23 de enero de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:270]): *«Sin embargo, la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias "inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito ". Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia -sea anónima o no- el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado "... no revistiere carácter de delito" o cuando la denuncia "... fuera manifiestamente falsa" (art. 269 LECrim). Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación. Esta idea está también presente en el art. 5 del EOMF, aprobado por la ley 50/1981, de diciembre. En él se precisa la capacidad del Fiscal para recibir denuncias y para decretar su archivo "... cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna". Y ya en el ámbito de la actuación de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, junto a la función principal de prevención e investigación de los hechos delictivos de los que tuvieren conocimiento, el art. 11.1.h) de la LO 2/1986, 13 de marzo, señala entre sus funciones las de "... captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la Seguridad Pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia". Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran,*



pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo».

148.- Sin duda el anonimato del informante que se establece en el APL lleva su protección más allá de la confidencialidad, al impedir que ni el propio órgano encargado de la tramitación de las denuncias conozca su identidad, y tampoco cabe duda de que podría llegar a comprometer el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta. En este sentido, la propia Directiva establece, para salvaguardar el derecho de defensa, una excepción a la regla de la confidencialidad en su artículo 16.2, permitiendo que la identidad del denunciante u otra información sea revelada cuando exista una obligación legal necesaria y proporcionada en el contexto de una investigación o en el marco de un proceso judicial, para garantizar el derecho de defensa de la persona afectada, que deriva de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales¹⁴, con su correspondiente reflejo en el artículo 33.3 APL. Ahora bien, dicha necesidad de revelación aparece conectada, en el concreto contexto de un procedimiento penal, al empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo, pues en ese marco, como señala la STS de 23 de julio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2636] *«es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal (Europeo de Derechos Humanos) considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución»*

149.- Si el informante no es fuente de prueba ni medio probatorio, sino medio de investigación, y en definitiva, la información aportada de forma anónima goza de verosimilitud, siendo objeto de investigación por otros medios que, en su caso, podrán generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como *notitia criminis*, con los requisitos jurisprudenciales

¹⁴ DO L142, de 1 de junio de 2012.



expuestos. En este sentido, debe trazarse su similitud con la figura del confidente, señalando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (asunto *Kostovski c. Los Países Bajos*, 20 de noviembre de 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001145485, y asunto *Windisch c. Austria*, de 27 de septiembre de 1990). De esta manera, la STS de 27 de mayo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2046], tras referirse a la utilización de los confidentes exclusivamente como medio de investigación, afirma lo siguiente: *«la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que, por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa»*. También la STS de 8 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:4557] razona que *«esas informaciones confidenciales pueden y deben desencadenar una investigación policial si gozan de verosimilitud. Si a raíz de ellas se obtienen datos que les confieren credibilidad pues son coherentes con lo relatado por la fuente anónima, y cobran una explicación lógica desde la hipótesis suministrada confidencialmente; no cabe hacer abstracción de esas informaciones anónimas, como si no existiesen. Cuando lo que han transmitido se confirma a través de la obtención de otros datos habrá que valorar aquéllas y éstos»*.

150.- Finalmente, resulta ineludible mencionar la STS de 6 de febrero de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:272], que precisamente acude a la Directiva 2019/1937, aun no traspuesta, para acoger sin ningún género de dudas la virtualidad de la denuncia anónima a través de los canales internos de la empresa como generador de la *notitia criminis*, y en consecuencia, como justificación suficiente para el inicio de la correspondiente investigación penal, sin perjuicio de la necesidad de que no sea el único elemento de convicción penal: *«En el caso ahora analizado una denuncia interna, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio económico que se ha considerado probado. Resulta, pues, necesaria la correlación entre el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ad intra, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad, como aquí ocurrió perjudica a la propia empresa, y, al final, a los propios trabajadores, si el volumen de la irregularidad podría poner en riesgo y peligro hasta sus propios puestos de trabajo, pero más por el propio sentimiento de necesidad de la*



honradez profesional y evitación de actividades delictivas, o meras irregularidades en el seno de la empresa, circunstancia que de haber existido en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que por su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente».

151.- No cabe, en todo caso, desconocer que, como se ha indicado ya en las Consideraciones generales de este informe, pese a la admisibilidad de las denuncias anónimas contemplada por la LOPDGDD y por el Anteproyecto en los términos referidos, la identificación del informante puede coadyuvar a evitar el abuso y el uso indiscriminado de los canales de denuncias y permitir, asimismo, la efectiva protección de los *whistleblowers* contra posibles represalias, además, de permitir que sea posible recabar más información sobre los hechos denunciados que pueda ser relevante para la resolución del conflicto, y ello en línea con los sostenido por el Supervisor Europeo de Protección de datos personales en la Guía de procedimiento referida¹⁵.

VI. La Protección de datos personales.

152.- El Título VI del Anteproyecto se intitula "Protección de datos personales". Sobre el régimen jurídico de los tratamientos de datos personales que deriven de la aplicación de la norma proyectada, el artículo 29 del anteproyecto afirma, en primer lugar, y, de manera cohonestada con la prescripción contenida en el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, que los mismos se regirán por (i) lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos (ii) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, en la Ley Orgánica 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.

153.- Sentado lo anterior matiza el prelegislador que el régimen jurídico de aplicación a los tratamientos de referencia estará también integrado por las disposiciones establecidas en el propio título VI de la norma proyectada en

¹⁵ SEPD: Directrices sobre Whistleblowing, pág. 6: "*In principle, whistleblowing should not be anonymous. Whistleblowers should be invited to identify themselves not only to avoid abuse of the procedure but also to allow their effective protection against any retaliation. This will also allow better management of the file if it is necessary to gather further information*".



cuanto las mismas, como seguidamente se verá, pretenden ampliar las previsiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales al objeto de integrar en su ámbito los tratamientos de datos que se lleven a cabo en los canales de comunicación externos y en los supuestos de revelación pública.

154.- Conviene señalar en primer término que, en puridad, la DPI, no contiene obligaciones en materia de protección de datos de carácter novedoso, ya que el artículo que la Directiva destina específicamente a esta materia se limita a recordar que los tratamientos de datos relacionados con los canales de denuncias se deben realizar cumpliendo con la normativa aplicable en materia de protección de datos.

155.- Ello no obstante, la Directiva sí enfatiza —mediante el traslado de obligaciones generales en materia de protección de datos al contexto de los canales de denuncias— algunos de los requisitos que deben cumplirse cuando se implementan dichos sistemas. En este sentido, el artículo 17 de la DPI, en relación con el considerando 83 de la Directiva, establece que cualquier tratamiento de datos personales, incluido su intercambio o transmisión, deberá cumplir con las obligaciones establecidas por el RGPD y demás normativa aplicable, que, en el ordenamiento interno, es, como es sabido, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, y, en particular su artículo 24.

156.- Partiendo de la premisa de la afirmación del carácter lícito de los tratamientos de datos personales necesarios para la aplicación de la norma proyectada, el apartado segundo del artículo 30 del anteproyecto explicita los títulos que legitiman los tratamientos de datos personales señalando -en coherencia con las exigencias dimanantes del artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679- que los tratamientos de datos personales se entenderá lícito en base a lo que disponen los artículos 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 y 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y 11 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, cuando, de acuerdo a lo establecido en los artículos 11 y 14, sea obligatorio disponer de un sistema interno de información; señalando por último, que cuando los tratamientos no fuesen obligatorios se presumirán amparado en el artículo 6.1.e) del citado Reglamento.

157.- La referencia a la licitud de los tratamientos de datos personales necesarios para la aplicación de la norma proyectada que recoge el apartado primero del artículo 30 del anteproyecto conecta con el principio de



minimización del dato al que se ha hecho anterior referencia en las consideraciones generales de este informe.

158.- Ocurre que la regulación de la DPI, en este punto, resulta más amplia en su formulación del citado principio de lo que lo es la contemplada por el anteproyecto, toda vez que el párrafo segundo del artículo 17 de la DPI, tras establecer que no se recopilarán datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una denuncia específica, añade que si tales datos se recopilan por accidente «se eliminarán sin dilación indebida.»

159.- Con respecto al tratamiento de datos personales en los supuestos de canales de comunicación externos el apartado tercero del artículo 30 señala que el mismo se entenderá lícito en base a lo que disponen los artículos 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679 y 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y 11 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo; y en relación con el tratamiento de datos personales derivado de una revelación pública el apartado cuarto del mismo precepto precisa, a su vez, que tales tratamientos se presumirán amparados en lo dispuesto en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679, y 11 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo.

160.- El apartado primero del artículo 31 del anteproyecto señala, en cuanto a la información a facilitar a los interesados y el ejercicio por estos de los derechos que eventualmente les asistan, que cuando se obtengan directamente de los interesados sus datos personales se les facilitará la información a que se refieren los artículos 13 del Reglamento (UE) 2016/679 y 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

161.- A la previsión anterior, los apartados segundo y tercero del mismo artículo 31 del anteproyecto añaden que (i) a los informantes y a quienes lleven a cabo una revelación pública se les informará, además, de forma expresa, de que su identidad será en todo caso reservada, no comunicándose a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros (ii) quienes realicen la comunicación a través de canales internos serán informados de forma clara y fácilmente accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.

162.- El régimen jurídico de la información a los interesados se completa en el apartado segundo del mismo precepto del anteproyecto con la previsión de que la persona a la que se refieran los hechos relatados no será en ningún caso



informada de la identidad del informante o de quien haya llevado a cabo la revelación pública.

163.- La regulación propuesta por el prelegislador no parece haber recogido en debida forma algunas de las previsiones contenidas en la Directiva en relación con los deberes de información al denunciante sobre las medidas previstas y adoptadas para la tramitación de la denuncia.

164.- La anterior afirmación se adviera al constatar que (i) el artículo 9.1 f) de la DPI señala que «Los procedimientos de denuncia interna y seguimiento a que se refiere el artículo 8 incluirán lo siguiente: un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia» (ii) el artículo 11.2 d) de la DPI, en relación con el canal externo, establece que «Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes: den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados».

165.- En el mismo sentido, en relación con los canales internos y externos, respectivamente, el Considerando 58 de la Directiva refiere que «*Un plazo razonable para informar al denunciante no debe exceder de tres meses. Cuando todavía se esté considerando el seguimiento apropiado, el denunciante debe ser informado de ello, así como de cualquier otra respuesta que haya de esperar.*»; y el Considerando 67 que «*El seguimiento y la respuesta al denunciante deben producirse en un plazo razonable, dada la necesidad de abordar con prontitud el problema que sea objeto de denuncia, así como la necesidad de evitar la revelación pública innecesaria de información. El plazo no debe exceder de tres meses, pero podría ampliarse a seis cuando sea necesario debido a circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del objeto de la denuncia, que puedan justificar una investigación larga.*»

166.- En mérito a todo ello, parece aconsejable que el prelegislador lleve a cabo la integración en el régimen jurídico de la información al denunciante de alguna previsión relativa a la información que debe suministrarse al mismo acerca de las medidas previstas y adoptadas para la tramitación de la denuncia en consonancia con las prescripciones contenidas en los artículos 9.1 f) y 11.2 d) y Considerandos 58 y 67 de la DPI.



167.- Por lo que hace al ejercicio de derechos por los interesados los apartados tercero y cuarto del artículo 31 del APL señalan finalmente que (i) los interesados podrán ejercer los derechos a que se refieren los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (ii) en caso de que la persona a la que se refieran los hechos relatados en la comunicación o a la que se refiera la revelación pública ejerciese el derecho de oposición se presumirá que, salvo prueba en contrario, existen motivos legítimos imperiosos que legitiman el tratamiento de sus datos personales.

168.- Al tratamiento de datos personales en los Sistemas internos de información se refiere el artículo 32 del anteproyecto identificando, en primer término, las personas que podrán acceder a los datos personales contenidos en los Sistemas internos de información, precisando que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y funciones, tales personas serán exclusivamente: a) El responsable del Sistema y a quien lo gestione directamente. b) El responsable de recursos humanos, sólo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador. En el caso de los empleados públicos, el órgano competente para la tramitación del mismo. c) El responsable de los servicios jurídicos de la entidad u organismo, si procediera la adopción de medidas legales en relación con los hechos relatados en la comunicación. d) Los encargados del tratamiento que eventualmente se designen. e) El Delegado de Protección de Datos.

169.- Por excepción, el anteproyecto dispone, no obstante, que será lícito el tratamiento de los datos por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la tramitación de los procedimientos sancionadores o penales que, en su caso, procedan (apartado segundo del artículo 32).

170.- Respecto al tiempo durante el cual podrán ser conservados los datos personales que sean objeto de tratamiento en los sistemas internos de información el prelegislador postula que (i) será únicamente el imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados (artículo 32.3 del anteproyecto) (ii) transcurridos tres meses desde la recepción de la comunicación sin que se hubiesen iniciado actuaciones de investigación, deberá procederse a su supresión, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del sistema (artículo 32.4).

171.- La regulación propuesta por el prelegislador en relación con los plazos de tramitación de las denuncias en los sistemas internos de información resulta



acorde con las prescripciones contenidas en los artículos 18 de la DPI y 24.4 de la LOPDGDD, y está en línea de coherencia con lo establecido en el artículo 9.1f) y Considerando 58 DPI. Debe recordarse aquí que, en contravención de dicho artículo de la Directiva, el artículo 8.2.g) APL prevé una extensión excepcional de tres meses de la duración de la investigación en el marco de los sistemas internos, transposición incorrecta que implica, además, cierta incoherencia entre dicho artículo 8.2 g) y el precitado artículo 32.4 APL.

172.- Sentadas las anteriores limitaciones temporales a la conservación de los datos personales incorporados a los canales de denuncias, el inciso final del artículo 32 del APL dispone, además, que las comunicaciones a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre

173.- En relación con esta obligación de anonimizar los datos de las denuncias, conviene precisar que la anonimización es un proceso mediante el cual los datos anonimizados se transforman en información que no permite reidentificar a la persona física a la que pertenecen, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de seudonimización, que sí podría llegar a permitir, en un contexto determinado —de forma indirecta— llegar a saber quién es la persona física a la que pertenece la información que se le asocia.

174.- Así el RGPD define en su art. 4.5. la seudonimización como “el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable”. La importancia de la distinción radica en que el RGPD establece que a la información agregada o anonimizada no le es de aplicación la normativa de protección de datos, mientras que a la seudonimizada, sí.

175.- Finalmente, el apartado quinto del artículo 32 del anteproyecto, en consonancia con la previsión establecida en el artículo 12.4 a) de la DPI, ultima el régimen propuesto para el tratamiento de datos personales en los sistemas internos de información reiterando la regla ya contenida en el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre según la cual los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de tales sistemas de información.



176.- Desde la perspectiva de la normativa que disciplina la protección de datos personales, globalmente considerada, se ha venido cuestionando la suficiencia de que los responsables de los canales de denuncias se limiten a informar a los empleados y terceros acerca de la mera existencia del canal tal y como, únicamente, exigen el anteproyecto y el citado artículo 24 de la LOPDGDD. La cuestión estriba en determinar si el deber de información a los empleados y terceros debe extenderse o abarcar, también, la noticia sobre la recepción de una denuncia en la que se incluyan sus datos personales. Por otro lado, el citado artículo no concreta en qué momento debe proporcionarse dicha información.

177.- La eventual conclusión de que los titulares de los datos personales deben ser informados no solo sobre la existencia del canal de denuncias, sino, también, sobre el tratamiento de sus datos personales en relación con las concretas denuncias en las que se vean involucrados (directa o indirectamente) resulta abonada por la proyección sistemática del marco normativo regulador del deber de información en materia de protección de datos.

178.- Ello es así por cuanto el art. 13 del Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 —aplicable a los casos en los que los datos se obtengan directamente de los interesados— y el art. 14 del mismo Reglamento —de aplicación a aquellos supuestos en los que estos no se obtengan de los interesados— exigen que los responsables del tratamiento pongan a disposición de los interesados una información muy exhaustiva sobre los tratamientos de datos que pretendan llevar a cabo (por ejemplo, indicar qué tipología de datos se tratan y a quién van a ser cedidos), de lo que cabe colegir que la mera publicidad de la existencia de un canal de denuncias, tal y como únicamente exigen los artículos 24.1 de la LOPDGDD y 32.5 del APL, no agote el cumplimiento del deber de información, por lo que la adición complementaria de una referencia a la extensión del deber de información a estos extremos podría ser contemplada por el prelegislador.

179.- El prelegislador contempla seguidamente la preservación de la identidad del informante y de las personas investigadas previendo de manera expresa, por una parte, el derecho de quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública a que su identidad no sea revelada a terceras personas (artículo 33.1 del anteproyecto); y, por otra, la necesidad de que los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas cuenten con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas investigadas por



la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado (artículo 33.2 del anteproyecto).

180.- Como garantía de la preservación de la identidad del informante, se establece asimismo en el anteproyecto la prescripción de que la identidad del informante sólo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora (artículo 33.3).

181.- Otra de las particularidades del deber de informar —en el contexto de los canales de denuncias— es que, aunque el artículo 14 del RGPD exige que los afectados sean informados de la procedencia de sus datos, de acuerdo con el artículo 16 de la Directiva y el artículo 24.3 126 de la LOPDGDD —como regla general— la identidad del denunciante no debe ser revelada al resto de afectados (i. e., denunciado y terceros mencionados en la denuncia) con el fin de preservar sus datos confidenciales.

182.- La regulación que el Título VI del anteproyecto dedica a la protección de datos personales se cierra con la previsión contenida en el artículo 34 sobre la necesidad del nombramiento de un Delegado de protección de datos para todos los tratamientos llevados a cabo por las entidades obligadas a disponer de un sistema interno de comunicaciones y los terceros externos que en su caso lo gestionen, para el caso de que unas y otros no vinieran ya obligadas a su designación conforme al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

VII. La protección del denunciante.

183.- El Título VII del anteproyecto, bajo la rúbrica “Medidas de Protección” pretende constituir, según confiesa el prelegislador en la Exposición de motivos de la norma proyectada, *«el eje de la ley»* mediante el establecimiento de *«medidas de protección para amparar a aquellas personas que mantienen una actitud cívica y de respeto democrático al alertar sobre infracciones graves que dañan el interés general»*.

184.- El artículo 35 del anteproyecto, intitulado «Condiciones de Protección» establece en su apartado primero los requisitos subjetivos, objetivos y formales de las medidas de protección estatuidas en favor de las personas que comuniquen o revelen infracciones tipificadas en la norma proyectada.

185.- En cuanto a los aludidos requisitos subjetivos, el inciso primero de la letra a) del precepto, pretende establecer lo que constituye, en realidad, una



suerte de requisito intelectual, al disponer que será condición necesaria para la aplicación de las medidas de protección que el informante tenga "*motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes*". A los requisitos objetivos se refiere el inciso segundo de la letra a) del artículo 35.1 al disponer que será igualmente necesario que la información comunicada o revelada entre dentro del ámbito de aplicación de la norma.

186.- El apartado segundo del artículo 35 del anteproyecto establece la delimitación negativa del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de protección propuestas por el prelegislador al señalar que quedan expresamente excluidas de la protección prevista por la norma las personas que comuniquen o revelen: a) Informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2 a) del anteproyecto (hechos carentes de toda verosimilitud o que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento o siéndolo no afecten al interés general; comunicaciones carentes manifiestamente de fundamento; existencia, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, de indicios racionales de que la información se obtuvo de forma ilícita; informaciones que sean mera reproducción de otras anteriores previamente inadmitidas o debidamente investigadas). b) 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. c) informaciones que ya estén completamente disponibles para el público, o que constituyan meros rumores. d) informaciones que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el artículo 2.

187.- La expresa exclusión de la protección que el anteproyecto prevé en el apartado a) del artículo 35.1 respecto de quienes faciliten informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por incidir sobre hechos carentes de toda verosimilitud o que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento o siéndolo no afecten al interés general o carezcan manifiestamente de fundamento está en línea de coherencia con la caracterización como seguimiento adecuado en los términos de la Directiva objeto de trasposición que el Considerando 79 de la misma otorga a las decisiones de archivo de los procedimientos de investigación de denuncias que puedan adoptar las autoridades nacionales.

188.- Y lo mismo cabe afirmar respecto de la exclusión prevista en el apartado c) del artículo 35 en relación con las informaciones que ya estén completamente disponibles para el público, o que constituyan meros rumores



y la referencia establecida al respecto en el Considerando 43 de la DPI. Con todo, la expresa previsión de la exclusión de protección a las informaciones «que constituyan meros rumores» resulta redundante con la exclusión que la aplicación conjunta de los artículos 35.3 a) y 18 a) del anteproyecto establecen respecto de las denuncias que carezcan manifiestamente de fundamento

189.- El artículo 36 del anteproyecto principia la regulación sustantiva de las medidas de protección los informantes proclamando la prohibición expresa de los actos de represalia, incluidos los que se produzcan en grado de tentativa o en forma de amenaza.

190.- El prelegislador propone un concepto de represalia que se identifica con cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública (artículo 36.2)

191.- La positivización propuesta de la noción de represalia queda delimitada en sentido negativo por el inciso final del apartado segundo del artículo 36 del anteproyecto, en cuanto en él se precisa que se entienden exceptuados los supuestos en los que las acciones u omisiones puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

192.- Así pues el prelegislador introduce en la definición de las acciones u omisiones que pueden categorizarse como represalias una acotación temporal en cuya virtud solo se reputaran tales aquellas que se produzcan *“mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública”*.

193.- Ocurre que el artículo 5 de la DPI define la represalia como «toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante». La definición propuesta por el prelegislador introduce, por tanto, una limitación temporal que restringe o acota de manera relevante el número de acciones u omisiones que pueden catalogarse como represalias a los efectos de la



aplicación de la norma sin que la Directiva objeto de trasposición avale tal limitación o restricción. Amén de lo anterior, sería igualmente conveniente que el prelegislador articulara alguna fórmula de cohonestación del ámbito temporal de aplicabilidad de la protección ofrecida con el marco normativo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social en relación con los plazos generales de prescripción o caducidad de las acciones previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública tutelado mediante el procedimiento establecido en el Capítulo XI de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

194.- Seguidamente el prelegislador ofrece un catálogo -sedicentemente establecido «a título enunciativo» de acciones consideradas como represalias a los efectos de lo previsto en la norma proyectada; así, se consideran represalias las acciones u omisiones siguientes: a) suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo, salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) anulación de una licencia o permiso. Aun cuando, como ha quedado anotado, el prelegislador enfatiza el carácter meramente enunciativo del catálogo de acciones consideradas como represalias arriba transcrito, convendría quizá llamar la atención sobre el hecho de que el apartado e) del artículo 36.3 del anteproyecto resultaría más preciso si, en vez de referirse sólo a la anulación de licencias o permisos incluyera en la categoría de represalias, también la “denegación” de tales licencias o permisos para clarificar la protección que, en coherencia con el conjunto del texto, pretende ofrecerse en ese ámbito.

195.- El apartado cuarto del artículo 36 del anteproyecto pretende habilitar una extensión temporal de la protección ofrecida por la norma frente a las represalias que, como ha quedado anotado, el apartado segundo del mismo



precepto refiere al periodo de tiempo que media entre la incoación del procedimiento de investigación y los dos años subsiguientes a la finalización del mismo.

196.- Así, el artículo 36.4 del APL dispone que *“La persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de un año a que se refiere este artículo, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el periodo de protección, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados”*. Amén de reiterar en este punto lo anteriormente señalado sobre la incompatibilidad apreciable entre la definición de represalia contenida en la DPI y la limitación temporal que el artículo 36.2 del anteproyecto introduce al restringir o acotar las acciones u omisiones que pueden catalogarse como represalias a las que *«se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública»*, debe, además, añadirse que la referencia al *“plazo de un año a que se refiere este artículo”*, que se contiene en el apartado 4 del precepto no se compadece con el plazo al que verdaderamente alude el apartado segundo del mismo artículo 36, que es de dos años y no de uno.

197.- El régimen jurídico de la interdicción de las represalias se ultima por el prelegislador mediante la prescripción de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas, a lo que se añade la previsión de la eventual adopción de medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, que puedan incluir la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios infligidos al perjudicado

198.- Contempla el prelegislador, a continuación, una serie de medidas de apoyo a los informantes que el apartado primero del artículo 37 del anteproyecto concreta en las siguientes: a) información y asesoramiento integral, accesible y gratuito, sobre los procedimientos y recursos disponibles, para la protección frente a represalias y sobre los derechos del informante. b) asistencia efectiva en su protección frente a represalias. c) apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si procede tras la valoración por la autoridad independiente de protección del informante de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.



199.- Entre las medidas de protección frente a las represalias, el apartado primero del artículo 38 del anteproyecto contempla una suerte de declaración legal de ineficacia de las cláusulas de confidencialidad o declaraciones de renuncia expresa a la revelación de información en cuya virtud los informantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para hacer pública una acción u omisión enmarcable en el ámbito material de la norma.

200.- La regla anterior, no obstante, es excepcionada por el prelegislador en relación con (i) la información clasificada, el deber de confidencialidad o el carácter reservado de la información establecido en normativa específica [artículo 2.3 del anteproyecto] (ii) las responsabilidades de carácter penal.

201.- En sentido opuesto, la misma regla se extiende a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada, sin perjuicio de las normas específicas de protección aplicables conforme a la normativa laboral.

202.- El apartado segundo del artículo 38 del anteproyecto viene a establecer una exención de responsabilidad para los informantes en relación con la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito. Como complemento o delimitación negativa de la regla anterior, el apartado tercero del precepto precisa, sin embargo, que cualquier otra posible responsabilidad de los informantes derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la comunicación o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de la presente ley serán exigibles conforme a la normativa aplicable.

203.- A la exención de responsabilidad de los informantes, pero referida en este caso a las comunicaciones o revelaciones públicas realizadas en el ámbito intrajudicial, con ocasión de la sustanciación de procesos judiciales civiles o laborales -incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario- se refiere el apartado quinto del artículo 38, precisando que, en tales casos, los informantes, de una parte, no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la norma; y, por otra, tendrán derecho a



alegar en su descargo el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción producida en el ámbito de la ley.

204.- Entre las medidas de protección de los informantes postuladas por el prelegislador se encuentra, asimismo, una específica previsión de inversión de la carga de la prueba en el ámbito de los procedimientos laborales ante órganos jurisdiccionales relativos a los perjuicios sufridos por los informantes en cuya virtud, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la norma proyectada y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el mismo se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública, correspondiendo en tales casos a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculadas a la comunicación o revelación pública (artículo 38.4 del anteproyecto).

205.- En relación con la expresa previsión de la inversión de la carga de la prueba a que se refiere el precepto anotado del anteproyecto, sería conveniente que el prelegislador adicionara una regla similar para los procedimientos administrativos, singularmente los sustanciados con la intervención de la Inspección de Trabajo.

206.- Como contrapunto debido de las medidas de protección de los informantes el prelegislador dedica el artículo 39 del anteproyecto a las medidas para la protección de las personas investigadas, señalando que durante la tramitación del expediente las personas investigadas en la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y de acceso al expediente en los términos regulados en la norma, así como de la misma protección establecida en esta para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento.

207.- El artículo 40 del anteproyecto pretende trasladar al ámbito material de la ley los programas de clemencia, cuya primera introducción en el derecho interno español fue operada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que incorporó la clemencia como cauce específico para obtener la exención o reducción del importe de la multa en casos de cárteles. Así, el apartado primero del precepto dispone que cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la



información sea la que informe de la existencia de la misma mediante la presentación de la información y siempre que la misma hubiera sido presentada con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador, el órgano competente para resolver el procedimiento, mediante resolución motivada, podrá eximirle del cumplimiento de la sanción administrativa que le correspondiera.

208.- La aplicabilidad de los programas de clemencia queda sin embargo condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos a los que alude el propio apartado primero del artículo 40 del anteproyecto, a saber: a) Haber cesado en la comisión de la infracción en el momento de presentación de la comunicación o revelación e identificado, en su caso, al resto de las personas que hayan participado o favorecido aquella. b) Haber cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento de investigación. c) Haber facilitado información veraz y relevante, medios de prueba o datos significativos para la acreditación de los hechos investigados, sin que haya procedido a la destrucción de estos o a su ocultación, ni haya revelado a terceros, directa o indirectamente a terceros su contenido. d) Haber procedido a la reparación del daño causado que le sea imputable.

209.- En caso de que los requisitos mencionados solo se cumplan parcialmente, el apartado segundo del precepto precisa que quedará a criterio de la autoridad competente, previa valoración del grado de contribución a la resolución del expediente, la posibilidad de atenuar la sanción que habría correspondido a la infracción cometida, siempre que el informante o autor de la revelación no haya sido sancionado anteriormente por hechos de la misma naturaleza que los que dieron origen al inicio del procedimiento.

210.- El apartado tercero del precepto prevé la posibilidad de que la atenuación de las eventuales sanciones pueda extenderse, por el órgano encargado de la resolución, al resto de los participantes en la comisión de la infracción en función de (i) el grado de colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos (ii) la identificación de otros participantes (iii) la reparación o minoración del daño causado.

211.- El régimen jurídico propuesto para los programas de clemencia se cierra con una medida que pretende coherente la regulación ahora introducida con las previsiones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que, como ha quedado anotado, supuso la primera introducción de los mismos en el derecho interno español. A tal efecto, el apartado cuarto del artículo 40 del anteproyecto dispone que las previsiones de la norma proyectada que no



será de aplicación a las sanciones que pudieran imponerse por la realización de las conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en cuanto las mismas seguirán rigiéndose, en su caso, por lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la misma.

212.- El Título VII del anteproyecto se cierra con una previsión relativa a las autoridades competentes para la prestación de las medidas de apoyo previstas en el mismo en cuya virtud tales medidas serán prestadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante regulada en el Título VIII, cuando se trate de infracciones cometidas en el ámbito del sector privado y en el sector público estatal, y, en su caso, por los órganos competentes de las comunidades autónomas, respecto de las infracciones en el ámbito del sector público autonómico y local del territorio de la respectiva comunidad autónoma, sin perjuicio de de las medidas de apoyo y asistencia específicas que puedan articularse por las entidades del sector público y privado (artículo 41 del anteproyecto).

VIII. El régimen jurídico de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

213.- El Título VIII del Anteproyecto se reserva por el prelegislador a la regulación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante estructurándose en tres capítulos respectivamente intitulados «Disposiciones Generales», «Régimen Jurídico» y «Organización».

214.- A la caracterización general de la proyectada Autoridad Independiente de Protección del Informante se refiere el prelegislador como una autoridad administrativa independiente como ente de derecho público de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y con adscripción al Ministerio de Justicia a efectos de su relación con el Gobierno. (artículos 42.1 y 42.2 del anteproyecto).

215.- Por lo que hace a la cooperación entre la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante y las autoridades autonómicas de protección, el artículo 42.3 del anteproyecto prevé (i) la celebración de reuniones semestrales y de las que sean convocadas por la Presidencia de la



Autoridad Independiente de Protección del Informante u otra autoridad para contribuir a la aplicación coherente de la normativa en materia de protección del informante (ii) la posibilidad de que por la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante y las autoridades autonómicas de protección pueda solicitarse la información necesaria para el cumplimiento de las respectivas funciones.

216.- La caracterización institucional de la Autoridad Independiente de Protección del Informante se cierra por el prelegislador con la positivización expresa de una garantía de su independencia consistente en la interdicción de la posibilidad de que el personal o los miembros de los órganos de la Autoridad Independiente de Protección del Informante puedan solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada (artículo 42.4 del anteproyecto).

217.- Las funciones que el prelegislador pretende atribuir a la proyectada Autoridad Independiente de Protección del Informante aparecen detalladas en el artículo 43 del anteproyecto que alude a las siguientes: «1º. Gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III. 2º. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en la presente ley. 3º. Participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la ley reguladora de sus funciones en cuanto la Autoridad Independiente de Protección del Informante y su normativa de desarrollo. 4º. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX. 7 (sic). Elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley.», como es de ver el texto contiene una errata que debe corregirse, cual es la de la anteposición del numeral "7" a la última de las funciones listadas, que, en cambio, debería ir precedida del ordinal "5º".

218.- El régimen jurídico general al que el prelegislador propone sujetar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante se rige por lo dispuesto en la propia norma proyectada, en su Estatuto -que deberá contenerse en un Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros comprensivo de su estructura, organización y funcionamiento interno- y en las leyes reguladoras de los sectores sometidos a su supervisión. (artículo 44 del anteproyecto)

219.- Por lo que hace al régimen del personal al servicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, la norma proyectada prevé que el mismo será funcionario o laboral y se regirá por lo previsto en el texto



refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y, en su caso, por la normativa laboral.

220.- El resto de previsiones que, sobre el régimen jurídico del personal al servicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, contiene el anteproyecto, se refieren, de una parte, a la elaboración y aprobación de la relación de puestos de trabajo al servicio de la misma, que, según se propone (i) incumbirá a la propia Autoridad Independiente con el límite de gasto de personal establecido en el presupuesto (ii) deberá hacer constar de manera expresa los puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos, por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas; y, de otra a la selección del personal directivo que, se supedita por el prelegislador a «principios de competencia y aptitud profesional.» (artículo 45 del anteproyecto)

221.- El anteproyecto alude, seguidamente, a determinadas particularidades sectoriales del régimen jurídico de actuación de la Autoridad Independiente de Protección. En el ámbito de la contratación pública se dispone, sin más, la sujeción a la legislación sobre contratación del sector público (artículo 46 del anteproyecto) y en el patrimonial se propone atribuir a la Autoridad Independiente de Protección del Informante patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Administración General del Estado previendo la asignación a la misma, para el cumplimiento de sus fines, de bienes y medios económicos consistentes en a) las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los presupuestos generales del estado. b) los bienes y derechos que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo. c) el porcentaje que se determine en la ley de presupuestos generales del estado sobre las cantidades correspondientes a sanciones pecuniarias impuestas por la propia autoridad en el ejercicio de su potestad sancionadora. d) cualesquiera otros que legal o reglamentariamente puedan serle atribuidos.

222.- Las referencias sectoriales al régimen jurídico de actuación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante se completan con la expresa previsión de la atribución de su asistencia jurídica a la Abogacía General del Estado-Servicio Jurídico del Estado mediante la formalización del oportuno convenio (artículo 48 del anteproyecto) y una serie de remisiones expresas de cuestiones relativas a su régimen presupuestario, de contabilidad



y control económico y financiero a las prescripciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

223.- Finalmente, el régimen de recursos frente a los actos y resoluciones del Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante es abordado por el prelegislador en el artículo 50 del anteproyecto, precisándose que tales actos y resoluciones pondrán fin a la vía administrativa, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición y de la eventual interposición de recursos administrativos o contencioso administrativos que pudieran interponerse frente a las resoluciones dictadas en los procedimientos sancionadores que se hubieran sustanciado ante la misma.

224.- Una doble singularidad relevante del régimen normativo que propone el anteproyecto en relación con las atribuciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante radica (i) en la posibilidad de que la misma pueda ejercer la potestad normativa, mediante la emisión de circulares en desarrollo y ejecución de normas de naturaleza reglamentaria previa habilitación por parte de las mismas, destacando, asimismo, la posibilidad de que dicha Autoridad elabore circulares, recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuadas para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley y las normas que la desarrollen (ii) en la atribución a la Autoridad Independiente de Protección del Informante del ejercicio de la potestad sancionadora cuya propuesta de regulación se contiene en el título IX del APL. (artículos 51 y 52)

225.- El Capítulo III y último del Título VII del anteproyecto se dedica por el prelegislador al régimen de organización interna de la Autoridad Independiente de Protección del Informante previéndose la existencia de una Presidencia, órgano de gobierno de la Autoridad, que tendrá como órgano de asesoramiento una Comisión Consultiva, de carácter técnico, en la que se integrarán, como miembros natos, vocales procedentes de diversos organismos reguladores o supervisores.

226.- Merece finalmente destacarse que el artículo 59 del anteproyecto establece de manera expresa el mecanismo de control parlamentario en cuya virtud la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante comparecerá anualmente ante las comisiones que en materia de protección de los informantes se formen en el Congreso de los Diputados y el Senado.



IX. El régimen sancionador.

227.- En el Título IX del Anteproyecto -comprensivo de los artículos 60 a 68 de la norma proyectada- el prelegislador pretende estatuir el régimen de infracciones y sanciones en la materia de referencia sobre la base de la consideración general de que el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de la norma proyectada se llevará cabo conforme a los principios y con sujeción a las reglas de procedimiento previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 60 del APL).

228.- En el plano competencial el apartado primero del artículo 61 del anteproyecto atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en la norma proyectada a la Autoridad Independiente de Protección del Informante y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización pudieran tener los órganos competentes. Al deslinde competencial de la materia sancionadora entre la Autoridad Independiente de Protección del Informante y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas se refiere el apartado segundo del mismo precepto precisando que la Autoridad Independiente de Protección del Informante será competente respecto de las infracciones cometidas en el ámbito del sector público estatal y del sector privado cuando la infracción o el incumplimiento informado afecte o produzca sus efectos en el ámbito territorial de más de una comunidad autónoma

229.- La delimitación subjetiva de la aplicabilidad del régimen sancionador propuesto se establece por el prelegislador precisando que estarán sujetos al mismo las personas físicas y jurídicas que lleven a cabo, a título de dolo, cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el artículo 63 del anteproyecto; precisándose, además que (i) cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado responderán de manera personal sus miembros en los términos que señale la resolución sancionadora, si bien quedarán exentos de responsabilidad aquellos miembros que no hayan asistido por causa justificada o que hayan votado en contra del acuerdo (ii) la exigencia de responsabilidades derivada de las infracciones tipificadas en la presente ley se extenderá a los responsables incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva

230.- El artículo 63 del anteproyecto lleva a cabo la tipificación de las infracciones llamadas a integrar el régimen sancionador que el prelegislador pretende estatuir. El catálogo de las infracciones que el prelegislador considera



integradas en el régimen sancionador propuesto principia con la enumeración de las consideradas como muy graves, contenida en el apartado 1 del artículo 63 del anteproyecto, a cuyo tenor se consideran como tales: a) cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en la presente ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación dolosa de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello. b) la adopción de cualquier represalia frente a los informantes derivada de la comunicación. c) vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley, y de forma particular cualquier acción u omisión tendente a revelar la identidad del informante cuando este haya optado por el anonimato, aunque no se llegue a producir la efectiva revelación de la misma. d) vulnerar el deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado sobre la información. e) la comisión de una infracción grave cuando el autor hubiera sido sancionado mediante resolución firme por dos infracciones graves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones. f) comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad, en las comunicaciones en las que se identifique el informante.

231.- El carácter grave se atribuye por el artículo 63.2 del anteproyecto a las infracciones consistentes en: a) cualquier actuación que suponga limitación de los derechos y garantías previstos en la presente ley o cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de informaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento que no tenga la consideración de infracción muy grave conforme al apartado 1 anterior. b) vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato previstas en esta ley cuando no tenga la consideración de infracción muy grave. c) vulnerar el deber de secreto en los supuestos en que no tenga la consideración de infracción muy grave. d) incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad y secreto de las informaciones. e) la comisión de una infracción leve cuando el autor hubiera sido sancionado por dos infracciones leves en los dos años anteriores a la comisión de la infracción, contados desde la firmeza de las sanciones.

232.- Finalmente como infracciones leves integradoras del régimen propuesto por el prelegislador, el artículo 66.3 del anteproyecto identifica las siguientes: a) remisión de información de forma incompleta, de manera deliberada por parte del responsable del sistema a la autoridad, o fuera del plazo concedido para ello. b) incumplimiento de la obligación de colaboración con la



investigación de informaciones. c) cualquier incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley que no esté tipificado como infracción muy grave o grave.

233.- Los artículos 64 y 68 de la norma proyectada, disponen los plazos y reglas de cómputo de prescripción de las infracciones y sanciones y el artículo 67 del anteproyecto, por su parte, introduce una regla especial que prevé la eventual concurrencia entre el ejercicio de la potestad sancionadora regulado en la norma proyectada y el régimen disciplinario del personal funcionario.

234.- El apartado primero del artículo 65 del anteproyecto se dedica al establecimiento de las sanciones disponiendo que la comisión de infracciones previstas en la norma proyectada llevará aparejada la imposición de las siguientes multas: a) Si son personas físicas las responsables de las infracciones, serán multadas con una cuantía de hasta 10.000 euros por la comisión de infracciones leves; de 5.001 hasta 30.000 euros por la comisión de infracciones graves y de 30.001 hasta 300.000 euros por la comisión de infracciones muy graves. b) Si son personas jurídicas serán multadas con una cuantía 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 euros en caso de infracciones muy graves.

235.- Por lo que hace a las infracciones muy graves, el apartado segundo del artículo 65 del anteproyecto refiere en relación a las mismas que la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar, adicionalmente: a) la amonestación pública. b) la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años. c) la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

236.- El establecimiento de una sanción accesoria determinada formal, material y temporalmente como la que contempla la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años asociada a la imposición de una sanción muy grave, resulta conforme con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que establece que no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en dicha ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias enumeradas, entre las que se encuentra, en el apartado h), "el haber sido



sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan”.

237.- Ahora bien, en relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018, conforme al cual «no existe correlación entre la medida prevista (imposibilidad de obtener una subvención, bonificación o ayudas públicas de ningún tipo) y la conducta que se pretende reprobar (actuaciones sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura). Sin cuestionar lo condenable de estas actuaciones, su realización no justifica per se la imposición de una inhabilitación total y absoluta para su destinatario de ningún tipo de medida de fomento que pueda tener fines distintos y ajenos a los concernientes a la actuación reprobada. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella». En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de privación de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas subvenciones y beneficios fiscales vinculados a la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en consonancia con lo que este Consejo tuvo igualmente ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se vino a aprobar el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

238.- Como corolario de la expresa previsión como sanción accesoria de la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 la Disposición Final Tercera propone la modificación de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

239.- En concreto se postula la modificación del artículo 71.1, concretamente su apartado b), que en su vigente redacción recoge como motivo que determina la prohibición de contratar de las empresas con el sector público el “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado,



de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto”.

240.- La modificación proyectada añade como motivo que determina la prohibición de contratar de las empresas el haber sido sancionadas por “infracciones muy graves previstas en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”.

241.- Finalmente, el artículo 66 del anteproyecto establece los criterios de graduación de las sanciones prescribiendo que las sanciones a imponer como consecuencia de la comisión de infracciones tipificadas en la norma proyectada se graduarán teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso; añadiendo el precepto que, de modo especial, y siempre que no se haya tenido en cuenta para la tipificación de la infracción, la ponderación valorará: a) La reincidencia b) La entidad y persistencia temporal del daño o perjuicio causado. c) La intencionalidad y culpabilidad del autor. d) El resultado del ejercicio anterior del infractor. e) La circunstancia de haber procedido a la subsanación del incumplimiento que dio lugar a la infracción por propia iniciativa. f) La reparación de los daños o perjuicios causados. g) La colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante u otras autoridades administrativas.

VI. CONCLUSIONES

A) EN RELACIÓN CON LAS CONSIDERACIONES GENERALES:

i. Rango normativo y títulos competenciales:

PRIMERA. - Por lo que hace al rango normativo, el anteproyecto respeta la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional (STC de 23 de julio de 1998, FJ 7,



ECLI:ES:TC:1998:173). Se trata de una reserva acotada a lo que sea desarrollo directo del correspondiente precepto constitucional y se refiera a los elementos nucleares y definitorios del derecho fundamental. Eso es, precisamente, lo que aquí ocurre con respecto al derecho a la autodeterminación informativa del artículo 18.4 CE, cuya disciplina normativa está contenida en lo sustancial por el RGPD y en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que el anteproyecto observa y aplica. En cuanto a otros derechos, como el del artículo 23.2 CE, su configuración es legal y las previsiones del anteproyecto que inciden en el estatuto de quienes desempeñan cargos o funciones públicas tampoco se adentran en aspectos reservados a la ley orgánica. Por último, el derecho al trabajo del artículo 35 CE, está fuera del ámbito de la repetida reserva. A lo largo del informe se harán las observaciones y comentarios que sean precisos sobre el mencionado ajuste normativo.

SEGUNDA.- Respecto de la previsión contenida en la Disposición Final Sexta relativa a los títulos competenciales que habilitan al prelegislador a dictar la norma anteproyectada, la concreción del título competencial con arreglo al cual se dicta la norma adolece de la debida identificación de aquel o aquellos títulos que en concreto sirven de título habilitante a de los distintos preceptos del texto proyectado, por lo que la misma no se acomoda a las exigencias de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia.

TERCERA. - Los títulos competenciales invocados, y en concreto el artículo 149. 1.1 CE, deben ponerse en relación tanto con la preexistencia y mantenimiento de autoridades competentes designadas como canal externo en el ámbito autonómico para recibir informaciones sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico, como con el segundo párrafo de la propia Disposición final sexta que confiere carácter básico a la norma anteproyectada, exceptuando su Título VIII, destinado a la regulación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, el cual, en recta lógica, y de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores, solo resulta de aplicación a la Administración General del Estado, siguiendo, como señala la propia Exposición de Motivos la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 130/2013.

CUARTA.- En lo que concierne al título competencial contenido en el artículo 149.1.13ª CE, la STC de 22 de julio de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:100) recuerda la doctrina constitucional sobre la competencia estatal para 'la ordenación general de la economía', así como la necesidad de dar una lectura restrictiva a este título competencial, pues en caso contrario podrían vaciarse las concretas competencias autonómicas en materia económica, de tal forma que no toda



medida que incida en la actividad económica puede incardinarse en este título, siendo necesario que haya una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general.

QUINTA. - Por lo que se refiere al título del subapartado 6 del artículo 149.1 CE, relativo a legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, aunque el espacio para la normación autonómica es muy escaso, la falta de indicación precisa por la Disposición Final Sexta del anteproyecto dificulta la identificación de sus contornos precisos.

SEXTA. - Algo similar ocurre con el 7, sobre legislación laboral, ya que, a pesar de la limitada competencia autonómica en materia laboral, el anteproyecto debería señalar con claridad los artículos que se fundamentan en ella y así evitar los problemas interpretativos a los que puede dar lugar y los posibles conflictos competenciales que se pudieran suscitar.

SÉPTIMA. - La crítica ha de extenderse a la invocación del título previsto en el apartado 18º del artículo 149. CE, ya que este versa diversas submaterias en las que el reparto competencial es distinto, pues, en unos casos, opera el binomio bases/desarrollo y, en otros, la completa regulación es estatal con algunas salvedades. Nuevamente, la falta de concreción de la que adolece el anteproyecto impide apreciar si se mueven en su ámbito propio.

OCTAVA. - El anteproyecto, tampoco especifica la aplicación del subapartado 23º del mismo artículo 149.1 CE, que alude a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

ii. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

NOVENA.- El Anteproyecto que se informa tiene como objeto tanto la protección de las personas físicas que informen, a través de los procedimientos previstos en la propia norma proyectada, de alguna acción u omisión contenida en su ámbito material de aplicación, como la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, sin perjuicio de que lo segundo conlleva inevitablemente lo primero, al menos en lo que al ámbito de aplicación de la Directiva se refiere, esto es, en relación con informaciones sobre infracciones de Derecho de la Unión Europea. En todo caso, la regulación europea incide en varias ramas de nuestro derecho, como el Derecho laboral, el Derecho administrativo o el Derecho penal, lo que lleva a una valoración positiva de la opción del prelegislador de abordar la transposición mediante una ley especial.



DÉCIMA. - La Directiva que se transpone es conocida como Directiva *Whistleblowing* ("tocar el silbato"), ya que recoge una regulación de mínimos tanto sobre los canales de denuncia por irregularidades en los sectores público y privado, reforzando así la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos, como sobre protección de los "whistleblowers" (artículo 1). No hay un consenso sobre la correcta traducción del término en español, hablándose de "denunciante", "informante", "alertador", etc., y habiendo optado el prelegislador nacional por emplear el término "informante" -a pesar de que la Directiva emplea la voz "denunciante" en su versión en español-, lo que resulta adecuado, dado el significado jurídico del término y su empleo preferente en el ámbito judicial penal.

DECIMOPRIMERA.- El objetivo de establecer canales para la denuncia de infracciones empresariales o de prácticas corruptas y de proteger frente a represalias a las personas que informan de ellas, en aras del interés general, tiene una trayectoria de cierta duración, cabiendo citar la *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* de 2002, conocida como *Sarbanes-Oxley Act (SOX Act)*, de los Estados Unidos, o, en el ámbito internacional el artículo 33 de la Convención contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 destinado a la "protección de los denunciantes". La propia Unión Europea contaba ya con normativa en materia de protección del denunciante con anterioridad a la Directiva que ahora se transpone, pero dicha normativa, a la que se hace referencia en los Considerandos 7, 9 y 10 de la norma europea, se encuentra fragmentada por materias a nivel comunitario.

DECIMOSEGUNDA.- En el ámbito nacional, también desde comienzos de este siglo se camina hacia el establecimiento de canales de denuncia y de medidas de protección del denunciante o informante, pudiendo citarse el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley 15/ 2007, de 3 de julio de defensa de la competencia, así como la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, y la LO 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

DECIMOTERCERA.- Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Islas Baleares, Navarra y Asturias han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos, aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten



conflictos de intereses o uso de información privilegiada o, en general, conductas contrarias a la integridad, es decir, han circunscrito esta legislación al ámbito público, a diferencia de la Directiva europea, cuya aplicación se extiende también a las empresas que operan en el sector privado.

DECIMOCUARTA. - La normativa internacional, europea y nacional señaladas, y en concreto la propia DPI y el Anteproyecto que se informa no pueden desvincularse de la figura de la "*Legal Compliance*", y en este sentido, resulta imprescindible tener en cuenta, en el marco legislativo español, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y concretamente los artículos 31 bis. 2, 1ª y 2ª, 31 bis.5, 4ª y 31 quater d) del Código Penal, introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de octubre.

DECIMOQUINTA.- Si bien es cierto que, a falta de la trasposición de la Directiva, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación general e integral de los canales de denuncias, de forma que la regulación vigente no cubre todos los ámbitos y no parece proporcionar suficiente claridad y seguridad jurídica para los sujetos informantes, sobre todo en el ámbito laboral, no puede dejar de mencionarse que nuestro Código Penal no es ajeno a la problemática, tipificando en su artículo 464.2 las represalias contra los denunciadores (entre otros sujetos). También debe traerse a colación la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales la cual, aunque no queda circunscrita al ámbito de los denunciadores que hacen uso de los canales que habiliten internamente las empresas, al ser de aplicación general dentro del proceso penal, guarda semejanzas con la DPI, en lo que a sus fundamentos y fines se refiere, si bien debe tenerse en cuenta que las medidas de protección previstas están relacionadas fundamentalmente con la preservación de la identidad del testigo y no contemplan la posibilidad de actuar en situaciones de represalias laborales o en la función pública.

DECIMOSEXTA. - No puede olvidarse tampoco la doctrina constitucional, en relación con la protección de los denunciadores frente a las represalias laborales, cabiendo mencionar la Sentencia de 25 de noviembre de 2019 [ECLI:ES:TC:2019:146].

iii. La protección de datos personales en los canales de denuncia.

DECIMOSEPTIMA. - La protección de los datos personales de los interesados cuya información personal se incluye en las denuncias vertidas en los canales de whistleblowing y, en particular, la protección de la identidad y los datos personales de los denunciadores son esenciales para que los sistemas de denuncias generen confianza a los informantes.



DECIMOCTAVA. - El artículo 17 de la DPI, en relación con el considerando 83 de la Directiva, establece que cualquier tratamiento de datos personales, incluido su intercambio o transmisión, deberá cumplir con las obligaciones establecidas por el RGPD y demás normativa aplicable, que, como ha quedado anotado, en el caso de España, es la LOPDGDD, y, en particular, su artículo 24.

DECIMONOVENA.- La normativa vigente en materia de protección de datos ya permitía establecer una serie de requisitos aplicables al establecimiento de canales de denuncia por parte de cualesquiera entidades en relación con (i) las bases jurídicas del tratamiento (ii) la aplicación del principio de minimización del dato (iii) la admisibilidad de las denuncias anónimas (iv) la información sobre el canal de denuncias (v) los plazos para el tratamiento de las denuncias (vi) las restricciones y limitaciones de acceso a los datos de las denuncias (vii) las medidas de seguridad.

VIGÉSIMA. - Por lo que hace a las exigencias dimanantes de las Bases jurídicas del tratamiento, constituye una verdadera premisa del sistema la de que el responsable del tratamiento compruebe que existe una base jurídica, de entre las recogidas en el artículo 6 del RGPD, para tratar los datos personales concernidos. Las dos bases jurídicas que podrían tener cabida para legitimar el tratamiento de datos incluidos en las denuncias serían, o bien que exista una norma que obligue al responsable del tratamiento a implementar un canal de *whistleblowing* (art. 6.1.c del RGPD), o bien que sea de aplicación una norma que autorice —en virtud del artículo 6.1.f del RGPD— la instalación de dicho sistema.

VIGESIMOPRIMERA. - No obstante lo anterior, no cabe desconocer que a través de los canales de denuncias pueden ser objeto de tratamiento datos especialmente protegidos, por cuanto en las denuncias es habitual que se incluyan datos relacionados con presuntas comisiones de delitos, datos de orientación sexual de otros trabajadores, datos de salud del sujeto denunciado o datos de afiliación sindical del denunciante.

VIGESIMOSEGUNDA. - Las bases de legitimación de datos especialmente protegidos como los anteriores se encuentran reguladas en los artículos 9 y 10 del RGPD y en los artículos 9 y 10 de la LOPDGDD. Sobre dichos preceptos cabe destacar que el artículo 10 de la LOPDGDD -en línea con el art. 10 del RGPD- señala que el tratamiento de infracciones penales “solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal”. Por lo tanto, las



entidades privadas solo podrán tratar datos sobre infracciones o antecedentes penales si existe una norma con rango de ley que autorice dicho tratamiento.

VIGESIMOTERCERA. - Un principio básico en materia de protección de datos, conocido como el principio de la minimización del dato (art. 5.1.c del RGPD), es el que establece que solo se deben tratar aquellos datos que sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario” en relación con el fin con el que se pretenden tratar.

VIGESIMOCUARTA. - Corolario lógico de la regla anterior es el de que debería pechar sobre los responsables del tratamiento de datos la obligación de advertir a los denunciantes sobre la prohibición de incluir datos excesivos o no necesarios para denunciar un determinado hecho. En este sentido, tal y como recomendó el Supervisor Europeo de Protección de Datos Personales en su informe sobre cómo debían tratarse los datos personales¹⁶, las denuncias que no guardaran la debida relación con el ámbito que pretende cubrir un determinado sistema de denuncias, deberían ser suprimidas por los responsables del tratamiento.

VIGESIMOQUINTA .- La admisibilidad de las denuncias anónimas resulta de la redacción vigente del artículo 24.1 de la LOPDGDD en cuanto dispone que «será 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» y el APL, como se analizará de forma específica en las Consideraciones particulares de este informe, refuerza la idea de tal admisibilidad con ocasión de la regulación propuesta de la preservación de la identidad del informante, al prescribir que los sistemas internos de información, los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas investigadas por la información suministrada, especialmente la identidad del informante *«en caso de que se hubiera identificado.»*

VIGESIMOSEXTA.- Pese a la admisibilidad de las denuncias anónimas contemplada por la LOPDGDD y por el Anteproyecto en los términos referidos,

¹⁶ Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure, publicadas en el mes de julio de 2016 y actualizadas en diciembre de 2019. Disponible en https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/guidelines_en.



no cabe desconocer en línea con lo sostenido por el Supervisor Europeo de Protección de datos personales en la Guía de procedimiento referida, que la identificación del informante puede coadyuvar a evitar el abuso y el uso indiscriminado de los canales de denuncias y permitir, asimismo, la efectiva protección de los *whistleblowers* contra posibles represalias, además, de permitir que sea posible recabar más información sobre los hechos denunciados que pueda ser relevante para la resolución del conflicto¹⁷.

VIGESIMOSEPTIMA. - Una de las obligaciones esenciales dimanantes del régimen jurídico de la protección de datos —contemplada en los artículos 13 y 14 del RGPD y el artículo 11 de la LOPDGDD— es la de que los titulares de los datos sean informados acerca de cuestiones tales como quién está tratando sus datos personales, con qué finalidad y durante cuánto tiempo. Con todo, el artículo 24.1 de la LOPDGDD únicamente establece que “Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información”; reproduciéndose dicha regla en idénticos términos por el artículo 32.5 del anteproyecto, lo que suscita la cuestión acerca de si la mera traslación a los afectados de la noticia de la existencia del canal de denuncias es o no suficiente para garantizar la tutela efectiva de sus derechos desde la perspectiva de la protección de datos. Por otro lado, ni el citado artículo 24 de la LOPDGDD, ni artículo 32.5 del APL concretan en qué momento debe proporcionarse dicha información.

VIGESIMOCTAVA. - El artículo 5.1.e del RGPD, prescribe que los datos personales no deben conservarse “más tiempo del necesario para los fines del tratamiento”. Como traslación de este principio al contexto de los canales de denuncias, el artículo 24.4 de la LOPDGDD establece que los datos de quien formule la comunicación y de los empleados y terceros deberán tratarse en el sistema de denuncias “únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados”. Además, el mismo precepto dispone que “En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica”.

VIGESIMONOVENA. - Por ello, los responsables del tratamiento solo se encuentran habilitados para tratar datos personales dentro del canal de

¹⁷ SEPD: Directrices sobre Whistleblowing, pág. 6: “*In principle, whistleblowing should not be anonymous. Whistleblowers should be invited to identify themselves not only to avoid abuse of the procedure but also to allow their effective protection against any retaliation. This will also allow better management of the file if it is necessary to gather further information*”.



denuncias durante el tiempo imprescindible para determinar si la denuncia va a ser investigada o no y, en todo caso, solo pueden tratar las denuncias durante un plazo máximo de tres meses desde la fecha en que estas hubieran sido incluidas en el canal. Las denuncias que pasen a ser investigadas solo se podrán conservar dentro del canal con el único fin de “dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica” (art. 24.4 de la LOPDGDD).

TRIGÉSIMA. - En relación con las denuncias que pasen a ser investigadas, el art. 24.4. de la LOPDGDD señala que las mismas podrán seguir siendo tratadas, en un sistema lógico distinto, por el órgano al que corresponda la investigación de los hechos denunciados sin que se conserven en el propio sistema de información de denuncias internas. Ello no obstante, no es ocioso señalar que la Guía de procedimiento del Servicio Europeo de Protección de Datos, a la que se viene haciendo referencia, postula que —antes de que el órgano o equipo correspondiente investigue los hechos— cualquier dato que no sea necesario para la investigación sea eliminado de la denuncia con el fin de cumplir con el principio de minimización del dato.¹⁸

TRIGESIMOPRIMERA. - Por el contrario, de acuerdo con el artículo 24.4. de la LOPDGDD, las denuncias “a las que no se haya dado curso” deben ser anonimizadas si se pretenden mantener en el sistema de denuncias, con el fin de dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la entidad responsable del tratamiento.

TRIGESIMOSEGUNDA. - El acceso a los datos contenidos en los canales de denuncias debe quedar limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno del responsable del tratamiento, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento. No obstante, el artículo 24.2 de la LOPDGDD señala que será lícito el acceso de otras personas (incluso por el personal de recursos humanos) cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales.

TRIGESIMOTERCERA. - Los derechos de los interesados en el ámbito de la protección de datos se encuentran contemplados en los artículos 12 y siguientes del RGPD. Entre tales derechos cabe destacar, por su incidencia sobre el funcionamiento de los canales de denuncias, el derecho de acceso de los afectados por una denuncia, entre los que se incluyen los denunciados, los testigos y los terceros concernidos.

¹⁸ SEPD: Directrices sobre Whistleblowing, pág. 10: “*Personal information that is not relevant to the allegations should not be further processed (see section 4) and deleted with undue delay*”.



TRIGESIMOCUARTA. - Con carácter general el derecho de acceso se regula en el artículo 15 del RGPD, y, en lo esencial, confiere la opción de conocer qué categorías de datos relativos al afectado se están tratando, su procedencia, a quién han sido cedidos, con qué finalidades se están tratando y el plazo de conservación previsto. No obstante, este derecho, en el contexto del canal de denuncias, se ve limitado con el fin de preservar la confidencialidad de los datos relativos a la identidad del denunciante -en aplicación de las previsiones establecidas al respecto por los artículos 23 del RGPD, 16 de la DPI y 24.3 de la LOPDGDD. Por lo tanto, ni la persona a quien se imputen los hechos objeto de denuncia, ni los testigos ni los terceros que se vean afectados por una determinada denuncia podrán acceder a los datos relativos a la identidad del informante.

TRIGESIMOQUINTA. - El artículo 5.1.f del RGPD obliga a los responsables del tratamiento a implementar medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad adecuada de los datos personales. En este sentido, el artículo 32 del RGPD exige que los responsables de los datos personales analicen el nivel de riesgo del tratamiento y, en consecuencia, implementen las medidas de seguridad que consideren apropiadas para el mismo. Dado que en los sistemas de whistleblowing, como se ha señalado con anterioridad, se tratan datos especialmente protegidos, las medidas de seguridad han de ser suficientemente sólidas como para impedir brechas de seguridad y accesos no autorizados a los canales de denuncias

TRIGESIMOSEXTA. - En coherencia con lo anterior, en aquellos casos en los que tras el pertinente análisis de los riesgos asociados al tratamiento se concluya, por los responsables del mismo, que en el canal de denuncias pueden llegar a incluirse datos relativos a hechos potencialmente categorizables como delictivos, los responsables del tratamiento deberán llevar a cabo una evaluación de impacto en los términos señalados en el artículo 35 del RGPD.

iv. La Autoridad Independiente de Protección del Informante.

TRIGESIMOSEPTIMA.- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regula la organización y funcionamiento del sector público institucional del Estado en el Capítulo II del Título II (arts. 84 a 87), realizando en su art. 84.1 una clasificación de los entes integrantes del mismo que incluye a los organismos públicos —organismos autónomos y entidades públicas empresariales—, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles, los consorcios, las fundaciones, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas. Las



disposiciones transitorias primera y segunda contienen varias reglas de derecho intertemporal en relación con esta clasificación.

TRIGÉSIMOCTAVA.- Como indicó el Consejo de Estado en su dictamen 247/2015, de 29 de abril, ésta *«es una clasificación realizada con base en criterios que no pueden considerarse estrictamente organizativos, en el sentido de que, de acuerdo con el anteproyecto, no sólo se integran en el sector público institucional estatal aquellos entes que se encuentran en una relación de dependencia o instrumentalidad de la Administración del Estado —como sucedía en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y todavía sucede en la vigente Ley 6/1997-, sino también aquellos que, siendo parte del sector público estatal a otros efectos, no están sometidos —desde un punto de vista orgánico y funcional— a las instrucciones de aquélla».*

TRIGESIMONOVENA.- A la cuestión de la existencia de entidades integradas en la administración institucional con un estatuto de independencia respecto de la administración general tuvo ocasión de referirse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 9 de marzo de 2010 dictada, en el asunto C-518/07, Comisión Europea contra Alemania, señalando que *«Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos dependientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas entidades se regulan, en los Estados miembros, mediante ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes —añadió— ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo el control del Juez competente»(considerando 42); por estas razones, «el hecho de conceder» a estas autoridades «un estatuto independiente de la Administración general — concluyó el Tribunal— no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de legitimación democrática»(considerando 46).*

CUADRAGÉSIMA.- La Ley 40/2015, de 1 de octubre dedica tan solo dos artículos -el 109 y el 110, que constituyen el Capítulo IV del Título II- a las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal, que se definen en el primero de ellos como "entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la



Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley”.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- En cuanto a su régimen jurídico, de conformidad con las prescripciones del artículo 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se dispone que las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común. Se prevé igualmente su sujeción al principio de sostenibilidad financiera, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

CUADRAGESIMOSEGUNDA. - La exposición de Motivos del Anteproyecto sirve al prelegislador para ofrecer una doble justificación de la opción por la creación de una Autoridad Independiente de Protección del Informante señalándose, en primer lugar, que la naturaleza y encaje institucional en el sector público permitirá canalizar satisfactoriamente el conjunto de funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes de cada Estado miembro.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Abundando en la misma línea argumentativa se afirma también que el carácter independiente y la autonomía de que gozan este tipo de entes del sector público *«se considera la mejor forma de instrumentar el engranaje institucional de la protección del informante, excluyendo otras alternativas con menor independencia del poder ejecutivo y permitiendo, en definitiva, que sea una entidad de nueva creación la que garantice la funcionalidad del sistema, una entidad independiente de quien la nombra y de la Administración Pública, que atienda, en el ejercicio de sus funciones, a criterios de naturaleza técnica»*.

CUADRAGESIMOCUARTA. - La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece una segunda justificación de la opción elegida al precisar que *«el carácter específico de la materia hace igualmente aconsejable que las funciones que la Directiva atribuye a las autoridades competentes sean*



ejercidas por una Autoridad de nueva creación sin posibilidad de acudir a otras ya existentes dentro del sector público. Además, resulta determinante a efectos de la creación de una nueva autoridad, la articulación, en cumplimiento de la Directiva, de un canal externo de información que complementa los canales internos (tanto en el sector privado como público). Resulta de especial interés que sea una entidad que bajo un especial régimen de autonomía y con un marcado carácter técnico y especializado en la materia sea la encargada de la llevanza y gestión del citado canal externo.»

CUADRAGESIMOQUINTA. - El considerando 64 de la DPI dispone que *«Debe corresponder a los Estados miembros determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y seguir adecuadamente las denuncias. Dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del Derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.»*. Partiendo de la esta previsión de la Directiva debe concluirse que la opción del prelegislador es, efectivamente, una de las autorizadas por la misma para determinar -con un innegable grado de discrecionalidad- qué autoridad debe ser la competente para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la misma y seguir adecuadamente las denuncias.

B) EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO MATERIAL Y PERSONAL DE APLICACIÓN:

CUADRAGESIMOSEXTA.- La opción del prelegislador de llevar a cabo una regulación global que amplía el ámbito material de aplicación del Anteproyecto que se informa a las infracciones penales o administrativas, graves o muy graves o a las vulneraciones del ordenamiento jurídico español, siempre que afecten directamente al interés general (artículo 2 APL), en virtud de la facultad reconocida a los Estados Miembros en el artículo 2.2 DPI, responde adecuadamente al principio de buena regulación, proporcionando una ordenación no fragmentada y coherente en la materia, así como una mayor eficiencia, debiendo valorarse positivamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

CUADRAGESIOSEPTIMA.- La redacción del apartado a) del artículo 2 APL es jurídicamente confusa, emergiendo la duda -en una lectura no cotejada con la DPI- de si las infracciones en relación con los actos de la Unión enumerados



en el Anexo de la Directiva deben o no afectar a los intereses de la U.E. o incidir en su mercado interior, sugiriéndose al prelegislador nacional que utilice la misma enumeración en tres apartados que realiza el legislador europeo, y, que deslinda los tres tipos de infracciones, así como que complete adecuadamente la referencia a las infracciones que afectan a los intereses financieros de la Unión que se contemplan en el artículo 325 TFUE, añadiendo la frase *“tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión”*.

CUADRAGESIMOCTAVA. - El artículo 2 DPI debe necesariamente interpretarse de acuerdo con las definiciones contenidas en el artículo 5, por lo que es inexcusable que el articulado de la norma proyectada responda a las definiciones del texto europeo, siendo por ello necesario, para una adecuada transposición y una mayor seguridad jurídica, que el artículo 2 APL incluya de forma clara y taxativa todas las informaciones sobre infracciones que abarca la Directiva.

CUADRAGESIMONOVENA. - En relación con el apartado b) del artículo 2 APL, resulta necesario mencionar los artículos 259 y 262 de la LECrim, que establecen la obligación de denunciar (con las excepciones contempladas en los artículos 260, 261 y 263) la perpetración de cualquier delito público ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales. La preexistencia de dichas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico tiene un encaje cuanto menos complejo con la norma europea y el Anteproyecto que se informa. Si bien la denuncia a través de los canales internos o externos es una opción que se proporciona al ciudadano que no resulta *per se* incompatible con la obligación de denunciar establecida en la LECrim, la consecución real del objetivo de fomento del empleo de estos canales de forma preferente -y en especial, del canal interno- para combatir los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea y nacional que se enmarcan en su ámbito de aplicación sí resulta difícilmente conciliable con dicha obligación legal. Por todo ello, debe valorarse positivamente que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, que se encuentra en trámite de informe de este órgano constitucional, si bien mantiene la obligación de denunciar en su artículo 526, prevé, a fin de conseguir su adaptación a la DPI, como específicamente señala su Exposición de motivos, que *“Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo”* (artículo 528.6). En todo caso, dada la competencia de los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de las infracciones penales (artículo 23 LOPJ), las autoridades



judiciales siempre serán autoridades competentes para la recepción de denuncias sobre las infracciones penales que constituyen el ámbito material del APL, con independencia de que la norma proyectada no los mencione y cree y diseñe un nuevo canal externo administrativo. En relación con el artículo 2.1b), también debe señalarse que en la extensión del ámbito material que realiza el prelegislador nacional procede entender incluidas las infracciones laborales entre trabajadores, y ello tanto en virtud de la redacción empleada en el propio artículo 2.1 b) APL, que refiere cualquier acción u omisión penal o administrativa grave o muy grave, como de conformidad con el propio artículo 2.2., que contempla específicamente la información de infracciones sobre derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, si bien sería conveniente que ello apareciera oportunamente especificado en el texto proyectado.

QUINCUAGÉSIMA.- El apartado 6 del artículo 2 APL resulta impreciso, pues de su referencia genérica no resulta posible dilucidar a qué normativa específica preexistente sobre canales y procedimientos de información externa se refiere, y si estos se limitan a los de las Comunidades Autónomas (en relación con el artículo 24.2 APL), o existen otros, y, en consecuencia, cuáles son en definitiva las autoridades competentes existentes en nuestro país, siendo que la DPI impone su designación (artículo 11.1), por lo que se sugiere al prelegislador que clarifique este aspecto.

QUINCUAGESIMOPRIMERA. - Sería conveniente que en el apartado 7 del artículo 2 APL se clarificase que la normativa específica que resultará de aplicación es la aprobada por la Unión Europea.

QUINCUAGESIMOSEGUNDA. - Más allá de la delimitación del ámbito material de la norma, se establece un ámbito personal de aplicación que lleva a completar la delimitación jurídica del concepto de *whistleblower* o informante. El prelegislador nacional incorpora adecuadamente dicho ámbito personal de aplicación en el artículo 3 APL, si bien se sugiere revisar la redacción del apartado 2 *in fine*, a fin de clarificar adecuadamente que la limitación a los "*casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual*" se refiere únicamente a aquellas personas físicas cuya relación laboral todavía no ha comenzado y no al resto de las categorías enumeradas en el apartado.

QUINCUAGESIMOTERCERA.- Procede valorar positivamente la ampliación que hace el APL en relación con la protección dispensada por la DPI, al extender el concepto de entidad jurídica *propiedad* del informante a la *ostentación de una participación significativa* por parte del informante en la entidad jurídica,



entendida como aquella participación que “*permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada*” (artículo 3.4c) *in fine*), pues responde adecuadamente a la capacidad de las organizaciones para tomar represalias más allá de las personas que se encuentran bajo su organización, tal y como expone la Directiva.

QUINCUGESIMOCUARTA. - La DPI dispensa también protección a los «*terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante*», es decir, como señala el Considerando 41 «*que también mantengan una relación laboral con el empresario*». Si bien la DPI permite introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la Directiva (artículo 25.1), el APL prescinde en su artículo 3.4 b) de la referencia al contexto laboral, referencia que puede resultar innecesaria en relación con los compañeros de trabajo, pero no en relación con los familiares, resultando conveniente, dado el objetivo y ámbito material de aplicación del APL que la protección a los familiares esté vinculada a las represalias laborales, pues su establecimiento con carácter general parece desvirtuar el contexto jurídico de la norma.

C) EN RELACIÓN CON LOS CANALES INTERNOS DE INFORMACIÓN:

QUINCUGESIMOQUINTA. - La DPI establece en el artículo 8.1 la obligación de establecer canales de denuncia interna. El APL se ajusta adecuadamente a la normativa europea, optando por establecer “*sistemas internos de información*”, como cauce preferente (artículo 4.1), en cuyo seno estarían integrados los canales internos (artículos 5.2.d) y 7.1), e imponiendo la obligación de disponer de un sistema interno (artículo 4.2) -de cuya implantación es responsable el órgano de administración o gobierno respectivo, previa consulta con “la representación legal de las personas trabajadoras”, donde, ante la dicción empleada, procede entender incluidos los representantes legales en un sentido amplio, es decir, tanto la representación sindical como la unitaria (artículo 5.1, en relación con el artículo 8.1 DPI)-, tanto a sujetos del sector privado como del sector público (artículos 10 y 13).

QUINCUGESIMOSEXTA.- En el primer caso (artículo 10 APL), resultan obligadas las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratados 50 o más trabajadores y todas las entidades jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente, las cuales se regirán por la



normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Anteproyecto, ello de conformidad con la DPI (artículos 8.3 y 8.4).

QUINCUAGESIMOSEPTIMA. - El prelegislador español extiende la obligación a los partidos políticos, los sindicatos, las patronales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos, independientemente del número de trabajadores. La extensión, debe valorarse positivamente, por las propias razones señaladas por el prelegislador en la Exposición de Motivos.

QUINCUAGESIMOCTAVA. - Las disposiciones relativas al establecimiento de sistemas internos de información en los grupos de sociedades que el APL recoge en su artículo 11 responden de forma coherente al diseño elegido por el prelegislador y que parte de un sistema interno en el que a su vez pueden resultar integrados diversos canales de información, siendo una forma adecuada y eficiente de imponer la obligación de la creación de canales internos en el marco de los grupos de sociedades.

QUINCUAGESIMONOVENA. - En el sector público, se impone la obligación a todas las entidades que lo integran, especificándose en el apartado 13.1 APL qué se entiende por sujetos comprendidos en el sector público a efectos de la norma proyectada. En este sentido, debe tenerse en cuenta el Considerando 52 DPI que señala que *«A fin de garantizar, en particular, el respeto de las normas de contratación pública en el sector público, la obligación de establecer canales de denuncia interna debe aplicarse a todas las autoridades contratantes y entidades contratantes a nivel local, regional y nacional, pero de forma que guarde proporción con su tamaño»*. La enumeración contenida en el artículo 13 APL no resulta coincidente con el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículo 3), de tal forma que no se mencionan expresamente ni las entidades públicas empresariales ni los consorcios ni los fondos sin personalidad jurídica. Si bien procede entender que se encuentran incluidos en el apartado b) (*“Los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos”*), se sugiere la conveniencia, para una mayor coherencia normativa, de realizar una enumeración paralela a la contenida en la LCSP.

SEXAGÉSIMA. - Se amplía la obligación, en línea de coherencia con los objetivos de la DPI, a la Casa de su Majestad el Rey y a los órganos



constitucionales, y por tanto, a este Consejo General del Poder Judicial, así como a las instituciones autonómicas análogas.

SEXAGESIMOPRIMERA.- El prelegislador nacional no excluye de la obligación de contar con un sistema interno de información a los municipios de menos de 10.000 habitantes o a las entidades con menos de 50 trabajadores como autoriza la DPI (artículo 8.9), pero les permite “compartir” el sistema, si bien, debe garantizarse que los canales sean independientes y aparezcan diferenciados para no generar confusión en el ciudadano (artículo 14), y que cada administración local tenga un responsable de su sistema interno de informaciones, todo ello de conformidad con el artículo 8.9 *in fine* DPI.

SEXAGESIMOSEGUNDA. - Los requisitos que deben cumplir los canales internos de comunicación según la Directiva (artículos 8.2 y 9), se encuentran recogidos de forma dispersa, y no siempre conforme a las exigencias de la norma europea, en el Título II APL.

SEXAGESIMOTERCERA. - La obligación de realizar un acuse de recibo en un plazo máximo de 7 días (artículo 9.1.b) DPI) se traslada al artículo 8, que regula el “*procedimiento de gestión de comunicaciones*”, si bien el prelegislador nacional adiciona la excepción “*salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la información*”. De un lado, la existencia de un riesgo para la confidencialidad debería justificarse y motivarse adecuadamente, para evitar cualquier peligro del uso de la excepción como mera excusa para la no emisión o la emisión con retraso del acuse de recibo. De otro, aunque la norma europea prevé en el apartado f) del mismo artículo 9 la posibilidad de que no se haya emitido un acuse de recibo, ello parece responder a una simple salvaguarda para la fijación de los plazos de tramitación en caso de un error o mala praxis en la emisión del acuse de recibo, resultando este, y su plazo, preceptivo. Por todo lo anterior, sería conveniente que la excepcionalidad introducida en la norma proyectada fuese eliminada.

SEXAGESIMOCUARTA. - El responsable del sistema se regula en el artículo 9 (debe ponerse de manifiesto que erróneamente el artículo 5.2g) remite al artículo 10, debiendo remitir al 9), de conformidad con la exigencia del artículo 9.1c) DPI. Además, la previsión contenida en el apartado 5 del artículo 9 merece una valoración positiva en aras de la consecución del requisito de independencia exigido por la norma europea. Por su parte, el apartado c) del artículo 8.2 APL incluye la necesidad establecida en el Considerando 57 *in fine* y en el artículo 9.1 c) DPI de que el procedimiento de gestión de



comunicaciones prevea la posibilidad de mantener la comunicación con el informante, y de solicitarle información adicional.

SEXAGESIMOQUINTA. - La Directiva impone un plazo máximo de 3 meses para dar respuesta a la comunicación (artículo 9.1 f). Nuevamente el prelegislador nacional parece no confiar en que dicho plazo pueda ser adecuadamente cumplido por las entidades obligadas, permitiendo su ampliación a 6 meses en casos de especial complejidad (artículo 8.2 g) APL), lo que no se contempla en la norma europea, que es taxativa al respecto de cuál es el plazo razonable, independientemente de la complejidad del asunto.

SEXAGESIMOSEXTA. - Se incluye la garantía de confidencialidad cuando la comunicación sea remitida a personal no competente y el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema (artículo 8.2.i), lo que debe valorarse positivamente ya que la DPI solo lo contempla en relación con los canales externos (artículo 12.3).

SEXAGESIMOSEPTIMA.- En los apartados h) y f) del artículo 8.2 el prelegislador introduce la exigencia del derecho del investigado (por manifiesto error se dice "informante", debiendo proceder a la oportuna corrección), a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen y a ser oído en todo momento, así como la exigencia de respeto a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído y el honor de las personas investigada, lo que debe ponerse en relación con el artículo 39 APL intitulado "*Medidas para la protección de las personas investigadas*", en adecuada trasposición del artículo 22 DPI.

SEXAGESIMOCTAVA.- Dichas previsiones cobran una gran importancia, a fin de que las empresas y organismos públicos, cuyo ámbito de especialización no es en general el de investigar delitos ni evitar su comisión, se doten de los mecanismos adecuados para no incurrir en una vulneración de garantías, es decir, para poder llevar una adecuada autorregulación -dentro de los márgenes normativos- como base del sistema de información, pues la posible vulneración de las garantías de la persona afectada tiene una notable incidencia en el caso de que el asunto fuese judicializado, toda vez que un tratamiento inadecuado podría llevar a una inadmisión de lo actuado o investigado. No olvidemos que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que «*en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*», y que el Tribunal Supremo señala claramente a los



particulares que *«no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero»* (STS de 23 de febrero de 2017, [ECLI:ES:TS:2017:471]).

SEXAGESIMONOVENA. - El apartado 5 del artículo 13 proscribire los recursos administrativo y judicial en el ámbito del canal interno (cuestión que recibe el mismo tratamiento en relación con el canal externo en el artículo 20.5), suponiendo, en definitiva, ambos preceptos, la exclusión de las decisiones administrativas del control judicial. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico excluye la legitimación del denunciante -salvo que tenga el carácter de interesado-para recurrir el archivo de la denuncia (así resulta del artículo 62.5 de la Ley 39/2015 y lo ha reiterado la jurisprudencia, por todas, STS de 5 de febrero del 2018 ECLI:ES:TS:2018:344), las previsiones del APL contravienen lo establecido en el Considerando 103 DPI. Además, el artículo 20.5 no se cohonesta adecuadamente con la Disposición adicional primera que modifica el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluyendo a la Autoridad Independiente para la Protección del Informante, y atribuyendo a la Audiencia Nacional la competencia para resolver los recursos frente a sus "actos y disposiciones", sin que se establezca por tanto en la ley procesal una distinción entre las decisiones relativas a la tramitación y las vinculadas a las sanciones, tal como sí se hace en el artículo 20.5.

D) EN RELACIÓN CON EL CANAL EXTERNO DE COMUNICACIONES:

SEPTUAGÉSIMA. - A pesar de la instauración de los canales internos como canales preferentes, la Directiva también prevé la comunicación directa a las autoridades -canales de denuncias externos-. Y así se regula en el APL, cuyo artículo 16 contempla el derecho de toda persona física a utilizar el canal externo de forma directa o previa comunicación por canales internos. Sería conveniente, no obstante, que, dado que existe más de una autoridad competente para las denuncias externas (de conformidad con el artículo 24.2), se incluyese en el artículo 16 una referencia genérica al derecho a informar a través del canal externo de los órganos designados en cada Comunidad autónoma.

SEPTUAGESIMOPRIMERA. - En cuanto a la designación de autoridades competentes, el prelegislador opta por la creación de una entidad administrativa, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que se regula en el Título VIII. El ámbito material de aplicación del APL permite apreciar con facilidad que podría haber una pluralidad de entidades que serían competentes en un modelo descentralizado para recibir, tramitar y seguir las



denuncias en atención a su contenido, lo que podría llevar a los informantes a importantes dificultades para identificar la concreta autoridad a la que dirigirse, desincentivando las denuncias, por lo que la opción del prelegislador puede valorarse positivamente, sin perjuicio de la existencia de autoridades a nivel autonómico (artículo 24.2 APL). En todo caso, la creación de esta nueva entidad y el silencio del APL sobre otras autoridades competentes, no implica en modo alguno ninguna alteración de la competencia de los Jueces y Tribunales para conocer de las infracciones penales, incluidas las que forman parte del ámbito material del APL.

SEPTUAGESIMOSEGUNDA.- En cuanto al proceso de recepción de las comunicaciones y su tramitación (artículos 17 a 22 APL) responde adecuadamente a las exigencias establecidas para los canales externos en los artículos 11 y 12 DPI, de tal forma que (i) se establece un seguimiento diligente (artículo 17.3 y 20.1 APL, en relación con el artículo 11.2 c) DPI); (ii) se respetan los plazos para emitir acuse de recibo (artículos 17.4 y 18.2 b) APL en relación con el artículo 11.2b) DPI) y emitir y comunicar la resolución (artículo 20.4 APL en relación con el artículo 11.2 d) DPI)- si bien cabe destacar que, estando permitido por la Directiva una ampliación del plazo en casos de complejidad, no se contempla en el APL esta posibilidad-; (iii) se regula la obligación de informar al denunciante del resultado final de la investigación (artículo 18.2 a) *in fine*, 18.2 b), 20.2 a) y 20.4 *in fine* en relación con el artículo 11.2 e) DPI) -si bien procedería, a fin de llevar a cabo una transposición adecuada, que el artículo 18.2 c) recogiese también la obligación de comunicar al informante la remisión a otra autoridad o al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía Europea-; y (iv) se contempla la remisión a otras autoridades competentes o al Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea (artículos 18.2 c) y 20.2 b) en relación con el artículo 11.2 f) DPI).

SEPTUAGESIMOTERCERA. - El APL contempla una serie de motivos de inadmisión de las comunicaciones, tras un análisis preliminar de las mismas (artículo 18). El apartado 1 del artículo 18 se refiere exclusivamente a "hechos indiciariamente constitutivos de delito", debiendo incluirse la referencia a las infracciones administrativas o de Derecho de la Unión Europea, pues el ámbito de aplicación de la Directiva y de la norma proyectada no se limitan a las infracciones penales. Además, los motivos de inadmisión contemplados son más extensos que los referidos en la Directiva, debiendo ser objeto de crítica los motivos 2º y 3º: En el primer caso, la redacción elegida no se coherente adecuadamente con el ámbito material de aplicación de la ley, que abarca (y ese es su ámbito obligado por la norma europea), las infracciones del derecho de la Unión Europea establecidas en el artículo 2 DPI. Dado que dichas



infracciones se caracterizan en sí mismas por afectar al interés general, y que el ámbito de aplicación al derecho nacional solo se refiere igualmente a infracciones que afectan al interés general, se sugiere al prelegislador que este motivo de inadmisión se reformule de la siguiente manera o similar: *Cuando los hechos relatados no sean constitutivos de infracción del Derecho de la Unión Europea o del Derecho Nacional incluida en el ámbito de aplicación de esta ley.* En cuanto a la posibilidad de inadmisión establecida en el motivo 3º y referido a la obtención ilícita de la información, si bien aparentemente se encuentra en línea con lo establecido en el artículo 21.3 y 4 DPI, y el Considerando 92, debe ponerse de manifiesto que la Directiva establece claramente la exención de responsabilidad del informante por responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral, y que residencia en el derecho nacional la responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente *solo cuando constituye de por sí un delito*, y no otro tipo de vulneración normativa. Ante esta discrepancia entre el APL, que permite la inadmisión si la AIPI considera que hay indicios racionales de haberse obtenido la información de forma ilícita, y lo establecido en la Directiva, que se circunscribe a aquella obtención de la información que constituye en sí misma un delito, se sugiere al prelegislador la conveniencia de reformular el apartado 3º del artículo 18, reduciendo la inadmisión a aquellos casos en los que haya indicios racionales de la comisión de un ilícito *penal*.

SEPTUAGESIMOCUARTA. - El segundo párrafo del artículo 22 APL establece que *"Periódicamente podrá revisar, y en su caso, modificar dicho procedimiento teniendo en cuenta su experiencia y la de otras autoridades competentes. La modificación será asimismo objeto de publicación"*. La disposición supone una transposición incompleta del artículo 14 DPI que impone claramente una revisión periódica *"por lo menos una vez cada tres años"*, plazo temporal que debe incorporarse a la norma proyectada, y si bien dicho plazo sí se contempla en la Disposición adicional segunda, resultaría sistemáticamente más adecuado que viniese referido en el artículo 22.

E) EN RELACIÓN CON LA REVELACIÓN PÚBLICA:

SEPTUAGESIMOQUINTA. - La DPI incluye una tercera opción para que los informantes puedan desvelar la comisión de infracciones que atentan contra el derecho de la U.E., cual es la revelación pública, extendiendo la protección regulada en la norma europea a aquellas personas que hacen una revelación pública, pero solo si se cumplen alguna de las condiciones enumeradas en el propio texto. El prelegislador nacional transpone esta cuestión en los artículos 27 y 28 APL, procediendo a una regulación prácticamente idéntica, si bien se



sugiere que, dada la claridad de la norma europea a este respecto se añadan al artículo 28.b) ii) *in fine* APL los ejemplos empleados por el legislador europeo: “*como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción*”.

SEPTUAGESIMOSEXTA.- El apartado 2 del artículo 15 DPI establece que el artículo “*no se aplicará en los casos en que una persona revele información directamente a la prensa con arreglo a disposiciones nacionales específicas por las que se establezca un sistema de protección relativo a la libertad de expresión y de información*”, lo que debe ponerse en relación con el Considerando 46 que señala [...] *la protección de los denunciantes como fuente de informaciones periodísticas es crucial para salvaguardar la función de guardián que el periodismo de investigación desempeña en las sociedades democráticas*».

SEPTUAGESIMOSEPTIMA.- En este sentido, la doctrina constitucional contiene ya desde hace tiempo precedentes claramente favorables para aquellos trabajadores que acuden a la revelación pública, como la STC 6/1998, de 21 de enero [ECLI:ES:TC:1988:6] que declaró la nulidad del despido disciplinario de un trabajador destinado en el gabinete de prensa del Ministerio de Justicia que se había justificado en transgresión de la buena fe contractual por haber aquel denunciado públicamente que, desde la llegada al poder del PSOE, se filtraban noticias de manera privilegiada a la Editorial Prisa (en el mismo sentido, la Sentencia de 12 de abril de 1999 [ECLI:ES:TC:1999:57]), aunque el Tribunal Constitucional ha matizado esta doctrina favorable, siendo claro ejemplo de ello la Sentencia de 30 de junio de 2003 [ECLI:ES:TC:2003:126] que no concedió el amparo argumentando «*el fin de información pública perseguido por el recurrente, esto es, la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local*».

SEPTUAGESIMOCTAVA- En relación con ello, para llevar a cabo una acotación de los sujetos merecedores de protección en la propuesta de Directiva, la Comisión acudió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aquellos supuestos donde conductas asimilables a las de un *whistleblower* habían sido objeto de amparo por considerar que quedaban bajo la bóveda de los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo de los



Derechos Humanos (CEDH), concretamente en los asuntos *Guja vs. Moldavia* (12 de febrero de 2008, ECLI:ES:TEDH:2008:2); y, más tarde, en *Heinisch vs. Alemania* (21 de julio de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408) y *Bucur y Toma vs. Romania* (8 de enero de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802), asuntos en los que se examinaba la concurrencia de elementos para la vulneración del artículo 10 del CEDH en relación con las *revelaciones públicas*, en tanto conductas necesarias en una sociedad democrática, y se analiza si la persona que efectuó la divulgación tenía a su disposición «canales alternativos» para realizarla, señalándose concretamente que «*para juzgar el carácter proporcionado o no de la restricción impuesta a la libertad de expresión del demandante en este caso concreto, el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable*»; el «*interés público*» en la información; la «*autenticidad*» de la información divulgada, y si la actuación está amparada por la «*buena fe*».

SEPTUAGESIMONOVENA. - La regulación del artículo 28 APL debe ponerse en relación con la jurisprudencia europea y con las condiciones establecidas en el artículo 6 DPI (y transpuestas en el artículo 35.1 APL) relativas a la protección de informante, con independencia del canal que este haya empleado, y, entre las que se encuentra el tener motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia. Nuestra doctrina constitucional se encuentra en línea con ello, pues interpreta el requisito de la veracidad como un deber de buena fe y diligencia por parte del informador, de tal forma que, aunque luego la noticia se revele falsa, el requisito de veracidad queda satisfecho si el informador creía que era cierta sobre la base de fuentes fiables y, en su caso, contrastadas (STC de 21 de enero de 1988 [ECLI:ES:TC:1988:6]).

F) EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA ANÓNIMA:

OCTOGÉSIMA. - La Directiva *Whistleblowing* no impone a los Estados Miembros la obligación de aceptar las denuncias anónimas, si bien, en caso de que así se establezca en el derecho nacional, las personas denunciantes, cuyo anonimato llegara a desaparecer, deben gozar de la protección dispensada por la norma europea. El prelegislador nacional opta por regular la posibilidad de informar de forma anónima tanto a través de los canales internos (artículo 7.3 APL), como de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (artículo 17.1 y 21.1º APL).

OCTOGESIMOPRIMERA.- Nuestro ordenamiento jurídico tampoco es ajeno a la denuncia anónima, la cual ya se regula en algunos ámbitos como el de



Hacienda (artículo 114 de la Ley 58/2003, General Tributaria), o el de blanqueo de capitales (artículo 26 bis 1 de la Ley 10/2010, de 28 de junio, en transposición de la Directiva 2015/849), si bien, con carácter general es preciso recordar que quien denuncie una infracción administrativa tiene obligación de identificarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A pesar de ello, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2018 [ECLI:ES:TSJM:2018:3241] señalaba que *« Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendentes a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en conocimiento. En tales situaciones el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento sancionador. De esta forma, el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el art. 58 LPAC»*.

OCTOGESIMOSEGUNDA.- En el ámbito penal, de la lectura de los artículos 266 y 267 LECRim parece deducirse que las denuncias anónimas no son admisibles en el proceso, sin embargo el inicio de diligencias de investigación con base en *notitia criminis* anónima no aparece proscrita por nuestra jurisprudencia, que las permite, siempre bajo el requisito de un análisis reforzado, debiendo citarse la STS de 11 de abril de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1825], que no solo resume la jurisprudencia anterior, sino que continua siendo citada en resoluciones posteriores del Tribunal (véase también la reciente STS de 23 de enero de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:270]).

OCTOGESIMOTERCERA.- Sin duda el anonimato del informante que se establece en el APL lleva su protección más allá de la confidencialidad, al impedir que ni el propio órgano encargado de la tramitación de las denuncias conozca su identidad, y tampoco cabe duda de que podría llegar a comprometer el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta. En este sentido, la propia Directiva establece, para salvaguardar el derecho de defensa, una excepción a la regla de la confidencialidad en su artículo 16.2, permitiendo que la identidad del denunciante u otra información sea revelada cuando exista una obligación legal necesaria y proporcionada en el contexto de una investigación o en el marco de un proceso judicial, para garantizar el derecho de defensa de



la persona afectada, que deriva de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Ahora bien, dicha necesidad de revelación aparece conectada, en el concreto contexto de un procedimiento penal, al empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo (STS de 23 de julio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2636]).

OCTOGESIMOCUARTA. - Si el informante no es fuente de prueba ni medio probatorio, sino medio de investigación, y en definitiva, la información aportada de forma anónima goza de verosimilitud, siendo objeto de investigación por otros medios que, en su caso, podrán generar fuentes y medios probatorios, la denuncia anónima es admisible como *notitia criminis*, con los requisitos jurisprudenciales expuestos. En este sentido, debe trazarse su similitud con la figura del confidente, señalando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (asunto *Kostovski c. Los Países Bajos*, 20 de noviembre de 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001145485, y asunto *Windisch c. Austria*, de 27 de septiembre de 1990), debiendo citarse igualmente la STS de 27 de mayo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2046] y la STS de 8 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:4557].

OCTOGESIMOQUINTA.- También resulta ineludible mencionar la STS de 6 de febrero de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:272], que precisamente acude a la Directiva 2019/1937, aun no traspuesta, para acoger sin ningún género de dudas la virtualidad de la denuncia anónima a través de los canales internos de la empresa como generador de la *notitia criminis*, y en consecuencia, como justificación suficiente para el inicio de la correspondiente investigación penal, sin perjuicio de la necesidad de que no sea el único elemento de convicción penal.

G) EN RELACIÓN CON LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES:

OCTOGESIMOSEXTA. - La referencia a la licitud de los tratamientos de datos personales necesarios para la aplicación de la norma proyectada que recoge el apartado primero del artículo 30 del anteproyecto conecta con el principio de minimización del dato al que se ha hecho anterior referencia en las consideraciones generales de este informe.

OCTOGESIMOSEPTIMA. - Ocurre que la regulación de la DPI, en este punto, resulta más amplia en su formulación del citado principio de lo que lo es la



contemplada por el anteproyecto, toda vez que el párrafo segundo del artículo 17 de la DPI, tras establecer que no se recopilarán datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una denuncia específica, añade que si tales datos se recopilan por accidente «se eliminarán sin dilación indebida.»

OCTOGESIMOCTAVA. - El apartado primero del artículo 31 del anteproyecto señala, en cuanto a la información a facilitar a los interesados y el ejercicio por estos de los derechos que eventualmente les asistan, que cuando se obtengan directamente de los interesados sus datos personales se les facilitará la información a que se refieren los artículos 13 del Reglamento (UE) 2016/679 y 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

OCTOGESIMONOVENA.- A la previsión anterior, los apartados segundo y tercero del mismo artículo 31 del anteproyecto añaden que (i) a los informantes y a quienes lleven a cabo una revelación pública se les informará, además, de forma expresa, de que su identidad será en todo caso reservada, no comunicándose a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros (ii) quienes realicen la comunicación a través de canales internos serán informados de forma clara y fácilmente accesible sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea.

NONAGÉSIMA. - El régimen jurídico de la información a los interesados se completa en el apartado segundo del mismo precepto del anteproyecto con la previsión de que la persona a la que se refieran los hechos relatados no será en ningún caso informada de la identidad del informante o de quien haya llevado a cabo la revelación pública.

NONAGESIMOPRIMERA. - La regulación propuesta por el prelegislador no parece haber recogido en debida forma algunas de las previsiones contenidas en la Directiva en relación con los deberes de información al denunciante sobre las medidas previstas y adoptadas para la tramitación de la denuncia.

NONAGESIMOSEGUNDA.- La anterior afirmación se advera al constatar que (i) el artículo 9.1 f) de la DPI señala que «Los procedimientos de denuncia interna y seguimiento a que se refiere el artículo 8 incluirán lo siguiente: un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia» (ii) el artículo 11.2 d) de la DPI, en relación con el canal externo, establece que «Los Estados miembros velarán por que las autoridades



competentes: den respuesta al denunciante en un plazo razonable, no superior a tres meses, o a seis meses en casos debidamente justificados».

NONAGESIMOTERCERA. - En el mismo sentido, en relación con los cabales internos y externos, respectivamente, el Considerando 58 de la Directiva refiere que *«Un plazo razonable para informar al denunciante no debe exceder de tres meses. Cuando todavía se esté considerando el seguimiento apropiado, el denunciante debe ser informado de ello, así como de cualquier otra respuesta que haya de esperar.»*; y el Considerando 67 que *«El seguimiento y la respuesta al denunciante deben producirse en un plazo razonable, dada la necesidad de abordar con prontitud el problema que sea objeto de denuncia, así como la necesidad de evitar la revelación pública innecesaria de información. El plazo no debe exceder de tres meses, pero podría ampliarse a seis cuando sea necesario debido a circunstancias específicas del caso, en particular la naturaleza y la complejidad del objeto de la denuncia, que puedan justificar una investigación larga.»*

NONAGESIMOCUARTA. - En mérito a todo ello, parece aconsejable que el prelegislador lleve a cabo la integración en el régimen jurídico de la información al denunciante de alguna previsión relativa a la información que debe suministrarse al mismo acerca de las medidas previstas y adoptadas para la tramitación de la denuncia en consonancia con las prescripciones contenidas en los artículos 9.1 f) y 11.2 d) y Considerandos 58 y 67 de la DPI.

NONAGESIMOQUINTA. - La regulación propuesta por el prelegislador en relación con los plazos de tramitación de las denuncias en los sistemas internos de información resulta acorde con las prescripciones contenidas en los artículos 18 de la DPI y 24.4 de la LOPDGDD, y está en línea de coherencia con lo establecido en el artículo 9.1f) y Considerando 58 DPI. Debe recordarse aquí que, en contravención de dicho artículo de la Directiva, el artículo 8.2.g) APL prevé una extensión excepcional de tres meses de la duración de la investigación en el marco de los sistemas internos, transposición incorrecta que implica, además, cierta incoherencia entre dicho artículo 8.2 g) y el precitado artículo 32.4 APL.

NONAGESIMOSEXTA. - Sentadas las anteriores limitaciones temporales a la conservación de los datos personales incorporados a los canales de denuncias, el inciso final del artículo 32 del APL dispone, además, que las comunicaciones a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre



NONAGESIMOSEPTIMA.- En relación con esta obligación de anonimizar los datos de las denuncias, conviene precisar que la anonimización es un proceso mediante el cual los datos anonimizados se transforman en información que no permite reidentificar a la persona física a la que pertenecen, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de seudonimización, que sí podría llegar a permitir, en un contexto determinado —de forma indirecta— llegar a saber quién es la persona física a la que pertenece la información que se le asocia.

NONAGESIMOCTAVA. - Así el RGPD define en su art. 4.5. la seudonimización como “el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable”. La importancia de la distinción radica en que el RGPD establece que a la información agregada o anonimizada no le es de aplicación la normativa de protección de datos, mientras que a la seudonimizada, sí.

NONAGESIMONOVENA. - Desde la perspectiva de la normativa que disciplina la protección de datos personales, globalmente considerada, se ha venido cuestionando la suficiencia de que los responsables de los canales de denuncias se limiten a informar a los empleados y terceros acerca de la mera existencia del canal tal y como, únicamente, exigen el anteproyecto y el citado artículo 24 de la LOPDGDD. La cuestión estriba en determinar si el deber de información a los empleados y terceros debe extenderse o abarcar, también, la noticia sobre la recepción de una denuncia en la que se incluyan sus datos personales. Por otro lado, el citado artículo no concreta en qué momento debe proporcionarse dicha información.

CENTÉSIMA. - La eventual conclusión de que los titulares de los datos personales deben ser informados no solo sobre la existencia del canal de denuncias, sino, también, sobre el tratamiento de sus datos personales en relación con las concretas denuncias en las que se vean involucrados (directa o indirectamente) resulta abonada por la proyección sistemática del marco normativo regulador del deber de información en materia de protección de datos.

CENTESIMOPRIMERA.- Ello es así por cuanto el art. 13 del Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 —aplicable a los casos en los que los datos se obtengan directamente de los interesados— y el art. 14 del mismo Reglamento —de aplicación a aquellos



supuestos en los que estos no se obtengan de los interesados— exigen que los responsables del tratamiento pongan a disposición de los interesados una información muy exhaustiva sobre los tratamientos de datos que pretendan llevar a cabo (por ejemplo, indicar qué tipología de datos se tratan y a quién van a ser cedidos), de lo que cabe colegir que la mera publicidad de la existencia de un canal de denuncias, tal y como únicamente exigen los artículos 24.1 de la LOPDGDD y 32.5 del APL, no agote el cumplimiento del deber de información, por lo que la adición complementaria de una referencia a la extensión del deber de información a estos extremos podría ser contemplada por el prelegislador

H) EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE:

CENTESIMOSEGUNDA.- El apartado segundo del artículo 35 del anteproyecto establece la delimitación negativa del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de protección propuestas por el prelegislador al señalar que quedan expresamente excluidas de la protección prevista por la norma las personas que comuniquen o revelen: a) Informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2 a) del anteproyecto (hechos carentes de toda verosimilitud o que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento o siéndolo no afecten al interés general; comunicaciones carentes manifiestamente de fundamento; existencia, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, de indicios racionales de que la información se obtuvo de forma ilícita; informaciones que sean mera reproducción de otras anteriores previamente inadmitidas o debidamente investigadas). b) 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. c) Informaciones que ya estén completamente disponibles para el público, o que constituyan meros rumores. d) Informaciones que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el artículo 2.

CENTESIMOTERCERA.- La expresa exclusión de la protección que el anteproyecto prevé en el apartado a) del artículo 35.1 respecto de quienes faciliten informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por incidir sobre hechos carentes de toda verosimilitud o que no sean constitutivos de infracción del ordenamiento o siéndolo no afecten al interés general o carezcan manifiestamente de fundamento está en línea de coherencia con la caracterización como seguimiento adecuado en los términos de la Directiva objeto de trasposición que el Considerando 79 de la misma otorga a las decisiones de archivo de los procedimientos de investigación de denuncias que puedan adoptar las autoridades nacionales.



CENTESIMOCUARTA. - Y lo mismo cabe afirmar respecto de la exclusión prevista en el apartado c) del artículo 35 en relación con las informaciones que ya estén completamente disponibles para el público, o que constituyan meros rumores y la referencia establecida al respecto en el Considerando 43 de la DPI. Con todo, la expresa previsión de la exclusión de protección a las informaciones «que constituyan meros rumores» resulta redundante con la exclusión que la aplicación conjunta de los artículos 35.3 a) y 18 a) del anteproyecto establecen respecto de las denuncias que carezcan manifiestamente de fundamento

CENTESIMOQUINTA.- El prelegislador propone un concepto de represalia que se identifica con cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública (artículo 36.2)

CENTESIMOSEXTA. - La positivización propuesta de la noción de represalia queda delimitada en sentido negativo por el inciso final del apartado segundo del artículo 36 del anteproyecto, en cuanto en él se precisa que se entienden exceptuados los supuestos en los que las acciones u omisiones puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

CENTESIMOSEPTIMA. - Así pues el prelegislador introduce en la definición de las acciones u omisiones que pueden categorizarse como represalias una acotación temporal en cuya virtud solo se reputaran tales aquellas que se produzcan *“mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública”*.

CENTESIMOCTAVA. - Ocurre que el artículo 5 de la DPI define la represalia como «toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante». La definición propuesta por el prelegislador introduce, por tanto, una limitación temporal que restringe o acota de manera relevante el número de acciones u omisiones que pueden catalogarse como represalias a los efectos



de la aplicación de la norma sin que la Directiva objeto de trasposición avale tal limitación o restricción.

CENTESIMONOVENA. - El apartado cuarto del artículo 36 del anteproyecto pretende habilitar una extensión temporal de la protección ofrecida por la norma frente a las represalias que, como ha quedado anotado, el apartado segundo del mismo precepto refiere al periodo de tiempo que media entre la incoación del procedimiento de investigación y los dos años subsiguientes a la finalización del mismo.

CENTESIMODECIMA. - Así, el artículo 36.4 del APL dispone que *“La persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de un año a que se refiere este artículo, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el periodo de protección, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados”*. Amén de reiterar en este punto lo anteriormente señalado sobre la incompatibilidad apreciable entre la definición de represalia contenida en la DPI y la limitación temporal que el artículo 36.2 del anteproyecto introduce al restringir o acotar las acciones u omisiones que pueden catalogarse como represalias a las que *«se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública»*, debe, además, añadirse que la referencia al *“plazo de un año a que se refiere este artículo”*, que se contiene en el apartado 4 del precepto no se compadece con el plazo al que verdaderamente alude el apartado segundo del mismo artículo 36, que es de dos años y no de uno. Amén de lo anterior, sería igualmente conveniente que el prelegislador articulara alguna fórmula de coherencia del ámbito temporal de aplicabilidad de la protección ofrecida con el marco normativo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social en relación con los plazos generales de prescripción o caducidad de las acciones previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública tutelado mediante el procedimiento establecido en el capítulo XI de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

CENTESIMO DECIMOPRIMERA.- El prelegislador ofrece un catálogo - sedicentemente establecido «a título enunciativo» de acciones consideradas como represalias a los efectos de lo previsto en la norma proyectada; así, se consideran represalias las acciones u omisiones siguientes: a) suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una



vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo, salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) anulación de una licencia o permiso.

CENTESIMO DECIMOSEGUNDA.- Aun cuando, como ha quedado anotado, el prelegislador enfatiza el carácter meramente enunciativo del catálogo de acciones consideradas como represalias arriba transcrito, convendría quizá llamar la atención sobre el hecho de que el apartado e) del artículo 36.3 del anteproyecto resultaría más preciso si, en vez de referirse sólo a la anulación de licencias o permisos incluyera en la categoría de represalias, también la “denegación” de tales licencias o permisos para clarificar la protección que, en coherencia con el conjunto del texto, pretende ofrecerse en ese ámbito.

CENTESIMO DECIMOTERCERA.- Entre las medidas de protección de los informantes postuladas por el prelegislador se encuentra, asimismo, una específica previsión de inversión de la carga de la prueba en el ámbito de los procedimientos laborales ante órganos jurisdiccionales relativos a los perjuicios sufridos por los informantes en cuya virtud, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la norma proyectada y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el mismo se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública, correspondiendo en tales casos a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculadas a la comunicación o revelación pública (artículo 38.4 del anteproyecto).

CENTESIMO DECIMOCUARTA- En relación con la expresa previsión de la inversión de la carga de la prueba a que se refiere el precepto anotado del anteproyecto, sería conveniente que el prelegislador adicionara una regla similar para los procedimientos administrativos, singularmente los sustanciados con la intervención de la Inspección de Trabajo.



I) EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN SANCIONADOR:

CENTESIMO DECIMOQUINTA. - Por lo que hace a las infracciones muy graves, el apartado segundo del artículo 65 del anteproyecto refiere en relación a las mismas que la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar, adicionalmente: a) La amonestación pública. b) La prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años. c) La prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

CENTESIMO DECIMOSEXTA.- El establecimiento de una sanción accesoria determinada formal, material y temporalmente como la que contempla la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años asociada a la imposición de una sanción muy grave, resulta conforme con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que establece que no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en dicha ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias enumeradas, entre las que se encuentra, en el apartado h), "el haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan".

CENTESIMO DECIMOSEPTIMA.- Ahora bien, en relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018, conforme al cual «no existe correlación entra la medida prevista (imposibilidad de obtener una subvención, bonificación o ayudas públicas de ningún tipo) y la conducta que se pretende reprobar (actuaciones sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura). Sin cuestionar lo condenable de estas actuaciones, su realización no justifica per se la imposición de una inhabilitación total y absoluta para su destinatario de ningún tipo de medida de fomento que pueda tener fines distintos y ajenos a los concernientes a la actuación reprobada. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella». En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

privación de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas subvenciones y beneficios fiscales vinculados a la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en consonancia con lo que este Consejo tuvo igualmente ocasión de señalar en el acuerdo adoptado por el Pleno, en fecha 7 de junio de 2021, mediante el que se vino a aprobar el informe evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo digitalmente la presente, en Madrid a 26 de mayo de 2022.

Jose Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General