

La Ley 2/2023 y las buenas prácticas en el Sistema Interno de Información en el sector privado

Emiliano Silva

Of Counsel de las áreas de «compliance» y financiero de López-Ibor DPM

Diario LA LEY, Nº 10420, Sección Tribuna, 8 de Enero de 2024, LA LEY

ÍNDICE

[La Ley 2/2023 y las buenas prácticas en el Sistema Interno de Información en el sector privado](#)

[I. El Sistema Interno de Información](#)

- [1. Grupos de Empresas](#)
- [2. Empresas de Hasta 249 Trabajadores](#)

[II. Aspectos Centrales del Sistema de Información](#)

- [1. Uso Asequible](#)
- [2. Garantías de Confidencialidad](#)
- [3. Prácticas Correctas de Seguimiento, Investigación y Protección del Informante](#)

[III. Los pilares del Sistema de Información](#)

- [1. El Canal Interno](#)
- [2. El Responsable del Sistema](#)
- [3. El Procedimiento Interno](#)
 - [A\) Garantías Tuteladas](#)
 - [B\) Aspectos Informativos](#)
 - [C\) Cuestiones Operativas](#)

Normativa comentada

Regl. 2016/679 UE, de 27 Abr. (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-)

CAPÍTULO IV. Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento

SECCIÓN 1. Obligaciones generales

Artículo 28 *Encargado del tratamiento*

Comentarios

Resumen

A través de la Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (la «Ley del Informante») se transpone en España 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.

En los próximos párrafos se analizarán aspectos vinculados con el sistema interno de información previsto bajo la Ley del Informante junto con algunas buenas prácticas a tener en cuenta al momento de su implementación.

I. El Sistema Interno de Información

En el marco de la Ley del Informante se establece —entre otras cuestiones— el régimen jurídico aplicable el sistema interno de información (el «Sistema de Información»). Dicho sistema es considerado como el cauce preferente a través del cual se informan sobre las acciones y omisiones previstas en la Ley del Informante y está asentado en tres pilares: (i) el canal interno de información (el «Canal Interno»); (ii) el responsable del Sistema de Información (el «Responsable del Sistema»); y (iii) el procedimiento interno de gestión de las informaciones recibidas (el «Procedimiento Interno»).



La responsabilidad de la implantación de dicho Sistema Información está en cabeza del órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo comprendido por la Ley del Informante, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras.

Como primer paso de la referida implantación dicho órgano deberá aprobar una política o estrategia que enuncie los principios generales en materia del Sistema de Información y de defensa del informante. Dicha política deberá ser debidamente publicitada en el seno de la entidad y otorgará el marco para la implementación del Sistema de Información.

1. Grupos de Empresas

Vinculado con lo anterior, la Ley del Informante prevé para los grupos de empresas que la sociedad dominante debe aprobar una política general del grupo relativa al Sistema de Información, y asegurar la aplicación de sus principios en todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad integrante de dicho grupo (la «Política de Grupo»).

Desde la perspectiva de la Política de Grupo, se desprende la posibilidad lógica que el Sistema Interno pueda ser uno solo para todo el grupo de empresas lo cual podría significar una gran sinergia en materia de costes aunque nada obsta a que se opte por lo contrario.

2. Empresas de Hasta 249 Trabajadores

Las personas jurídicas en el sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores pueden optar por compartir entre sí el Sistema de Información, incluyendo los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones.

Al ejercer dicha opción se podrá decidir si la gestión se lleva a cabo por cualquiera de dichas personas jurídicas o, por el contrario, si dicha gestión será externalizada, respetándose en todo caso las garantías previstas en la Ley del Informante.

II. Aspectos Centrales del Sistema de Información

La configuración del Sistema de Información y los requisitos que el mismo debe reunir giran en torno a tres aspectos centrales, a saber: (i) ser de uso asequible; (ii) brindar garantías de confidencialidad, y (iii) contener prácticas correctas de seguimiento, investigación y protección del informante.

A continuación, se analizarán dichos aspectos centrales.

1. Uso Asequible

Como primer aspecto, la Ley del Informante ordena que los sujetos alcanzados por la misma deben proporcionar la información adecuada, de forma clara y fácilmente accesible, sobre el uso del Canal Interno que se haya implantado, así como sobre los principios esenciales del Procedimiento Interno. En dicha línea, se dispone que dicha información debe constar en la página web de inicio, en una sección separada y fácilmente identificable.

Así las cosas, una buena práctica implicaría que la información relativa al Sistema de Información incluya —al menos— las distintas formas implementadas para poder comunicar la información en cuestión, los datos del Responsable del Sistema, así como también las normas aplicables al Procedimiento Interno. En igual sentido, la información relativa al Sistema de Información debería —además de cumplir los parámetros antes mencionados— estar redactada en un lenguaje similar al utilizado para las comunicaciones internas de la empresa. De esta forma se aseguraría que

la información no sólo está disponible y que resulta comprensible por los destinatarios de la misma, sino además que se cuenta con elementos que permiten evidenciar su grado de asequibilidad.

El Sistema de Información debe permitir a todas las personas referidas en la Ley del Informante que comuniquen información sobre las infracciones previstas en la misma

De igual modo, el Sistema de Información debe permitir a todas las personas referidas en la Ley del Informante que comuniquen información sobre las infracciones previstas en la misma, pudiendo a tales efectos presentar las comunicaciones por escrito o verbalmente, o —incluso— de ambos modos.

Por otra parte, el Sistema de Información debe integrar —en caso de existir— los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad.

2. Garantías de Confidencialidad

Asimismo, el Sistema de Información debe estar diseñado, establecido y gestionado de una forma segura, impidiendo el acceso al mismo por parte de personal no autorizado.

Lo antedicho a fin de que se garantice la confidencialidad no sólo de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, sino también de las actuaciones que se desarrollen en el marco de la gestión y tramitación de dicha comunicación. Va de suyo que el Sistema de Información deberá, además, garantizar la protección de datos incluidos en dichas comunicaciones.

Cabe señalar que dicha garantía de confidencialidad integra un concepto mucho más amplio que está dado por la obligación de brindar las garantías necesarias que permitan asegurar la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad u organismo, respetando en todo caso lo dispuesto bajo el Procedimiento Interno.

3. Prácticas Correctas de Seguimiento, Investigación y Protección del Informante

El Sistema de Información deberá contar con un Procedimiento Interno para la gestión de las informaciones recibidas que garantice que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo.

Como parte de una práctica correcta, dicho Procedimiento Interno deberá ser independiente y aparecer —en caso de existir— diferenciado respecto de otros sistemas internos de información que ya estuvieran implementados. Cabe señalar que dicha independencia debe entenderse respecto de los otros canales internos de información, ya existentes o que se creen en el futuro, y en el sentido que el Canal Interno de la Ley del Informante no debe quedar sujeto, ni estar subordinado, a dicho canales.

De lo antedicho se pueden inferir algunas cuestiones relevantes: por ejemplo, que la coexistencia o cogestión del Canal Interno de la Ley del Informante con otros canales no sería susceptible de ser cuestionada en la medida que pueden observarse su diferenciación conceptual y operativa y se verifiquen los extremos requeridos por la Ley del Informante; en particular, los relativos a las garantías establecidas por la misma. En dicha línea también se puede inferir que no se afectaría la referida independencia por el hecho que las personas jurídicas del sector privado —aquellas que estén en el rango de 50 a 249 trabajadores— puedan compartir entre sí el Sistema Interno y los recursos destinados a la gestión y tramitación de las comunicaciones, ya sea que la gestión sea llevada a cabo por cualquiera de ellas como si se ha externalizado con un tercero.

Vinculado con lo anterior, cabe mencionar que cualquier tercerización requiere que dicho tercero ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia de su funcionamiento, la confidencialidad de la información, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones. Dichas garantías deberán constar en el contrato que instrumente dicho vínculo jurídico. Asimismo, el referido contrato deberá respetar las previsiones del artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (LA LEY 6637/2016) (el «RGPD»). Ello en virtud que dicho tercero tendrá la consideración de encargado del tratamiento a efectos de la legislación sobre protección de datos personales.

III. Los pilares del Sistema de Información

Conforme se indicara anteriormente, el Sistema de Información está asentado en tres pilares principales; esto es: (i) el Canal Interno; (ii) el Responsable del Sistema; y (iii) el Procedimiento Interno.

Seguidamente, se analizarán cada uno de dichos pilares.

1. El Canal Interno

Como requisito esencial, el Canal Interno debe posibilitar la presentación de información respecto de las infracciones previstas en la Ley del Informante y estar integrado al Sistema de Información.

Asimismo, el Canal Interno debe permitir la presentación, y posterior tramitación, de comunicaciones anónimas. En dicho contexto, al efectuar una comunicación, el informante podrá —sin estar obligado a ello— indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones. Al respecto, es de buena práctica que el Canal Interno incluya herramientas que permita mantener el contacto con el informante y que a la vez respeten su decisión de mantenerse en el anonimato.

Asimismo, y en línea con el carácter asequible del Sistema de Información, el Canal Interno debe permitir realizar comunicaciones de una de las siguientes formas (o de ambas); a saber:

- (i) por escrito, ya sea en formato papel a través de correo postal, o en formato electrónico a través de cualquier medio habilitado al efecto, o
- (ii) verbalmente, ya sea por vía telefónica, a través de sistema de mensajería de voz, o mediante una reunión presencial que deberá tener lugar dentro del plazo máximo de siete días de solicitada cuando así lo requiriera el informante.

En su caso, el Canal Interno debe incluir una advertencia al informante de que este último tipo la comunicación, incluidas las realizadas a través de reunión presencial, será documentadas de alguna de las maneras siguientes, previo consentimiento del informante:

- (a) mediante una grabación de la conversación en un formato seguro, duradero y accesible, o
- (b) a través de una transcripción completa y exacta de la conversación realizada por el personal responsable de tratarla.

Asimismo, el Canal Interno debe contener el mecanismo por el cual se comunique al informante del tratamiento de sus datos de acuerdo con lo que establece el RGDP. De la misma manera, y sin perjuicio de los derechos que le corresponden bajo la normativa sobre protección de datos, el Canal Interno debe ofrecer al informante la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de la conversación.

Además, la Ley del Informante no obstaculiza a que los Canales Internos estén también habilitados por la entidad que los gestione para la recepción de cualquier otro tipo de comunicaciones o informaciones fuera del ámbito establecido por la misma. No obstante, dichas comunicaciones y sus remitentes quedarán fuera del ámbito de protección dispensado por la Ley del Informante.

Por último, el Canal Interno debe informar —de forma clara y accesible— a quienes efectúen comunicaciones a través del mismo acerca de la existencia de canales externos de información ante las autoridades competentes.

2. El Responsable del Sistema

La designación de la persona física responsable de la gestión del Sistema Interno, así como su destitución o cese es otras de las responsabilidades que la Ley del Informante pone en cabeza del órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo.

La Ley del Informante permite que el Responsable del Sistema sea un cuerpo colegiado cuyos miembros también fueran designados, sustituidos o cesados por dichos órganos

Asimismo, la Ley del Informante permite que el Responsable del Sistema sea un cuerpo colegiado cuyos miembros también fueran designados, sustituidos o cesados por dichos órganos. Ahora bien, una vez constituido dicho cuerpo colegiado, éste debe delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del Sistema Interno y de tramitación de expedientes de investigación. En otras palabras, la opción de constituir al Responsable del Sistema en la forma de cuerpo colegiado no libera a la empresa de designar una persona física como responsable de la gestión del Sistema Interno.

Por otra parte, toda designación o cese del Responsable del Sistema, ya sea que se trate de una persona física individualmente designada o de uno o más de los miembros cuerpo colegiado, debe ser notificada a la Autoridad Independiente de Protección del

Informante o, en su caso, a las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas. El plazo para realizar dicha notificación es de diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo.

Es requisito ineludible que el Responsable del Sistema pueda desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo. Lo antedicho implica que dicho Responsable del Sistema no puede recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio, y que deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo.

Asimismo, el Responsable del Sistema debe ser un directivo de la entidad y debe ejercer su cargo con independencia del órgano de administración o de gobierno de la misma.

Si bien el desempeño de las funciones de Responsable del Sistema tiene carácter exclusivo, la Ley del Informante contiene dos excepciones a dicho requisito: (i) cuando se verifiquen situaciones donde (a) la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad justifiquen que el Responsable del Sistema cumpla además otras funciones, o no permitan la existencia de un directivo Responsable del Sistema; y (b) se eviten posibles situaciones de conflicto de interés entre el cumplimiento de las funciones de un determinado puesto o cargo con las de Responsable del Sistema; y (ii) cuando en las entidades u organismos ya existiera una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, cualquiera que fuese su denominación, donde se podrá designar a dicha persona como Responsable del Sistema.

Cabe mencionar que la Ley del Informante no exige que el Responsable del Sistema tenga características personales y profesionales especiales. Sin perjuicio de ello, y dada la posibilidad de que las comunicaciones incluyan datos amparados por el RGPD, una buena práctica consistiría en que el Responsable del Sistema sea designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del derecho y la práctica en materia de canales de información y de protección de datos y a su capacidad para cumplir sus funciones, debiendo prestar particular atención a los riesgos asociados a la gestión del Sistema de Información.

En los casos de grupos de empresas, la Política de Grupo podría incluir la posibilidad de designar un Responsable Interno para todo el grupo, o bien uno para cada sociedad integrante del mismo todo lo cual deberá estar previsto en la respectiva Política de Grupo. Asimismo, se admite que los diferentes Responsables Internos del grupo de empresas, si los hubiera, puedan intercambiar información para la adecuada coordinación y el mejor desempeño de sus funciones. Ahora bien y como parte de una buena práctica, dicho intercambio de información no sólo debería estar previsto en la Política de Grupo, sino que además debería preverse dentro del Procedimiento Interno un mecanismo que determine las pautas mínimas que deben regir dicho intercambio de manera tal que se continúen protegiendo las garantías incluidas en la Ley del Informante; incluido, pero no limitado a, la confidencialidad de las comunicaciones y el derecho de defensa de las personas involucradas.

3. El Procedimiento Interno

La Ley del Informante le asigna al órgano de administración, u órgano de gobierno, de cada entidad, u organismo, la responsabilidad de aprobar el Procedimiento Interno.

A los efectos de su aprobación es importante que el Procedimiento Interno incluya las previsiones que resulten necesarias para que el Sistema de Información y el Canal Interno cumplan con los requisitos establecidos en la Ley del Informante.

En particular, el Procedimiento Interno deberá verificar los siguientes contenidos mínimos:

A) Garantías Tuteladas

El Procedimiento Interno debe asegurar la garantía de la confidencialidad de la información aun cuando la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o sea dirigida a miembros del personal no responsable de su tratamiento. En dicha línea, también debe garantizar el respeto de las disposiciones sobre protección de datos personales.

Respecto de los derechos de la persona afectada, el Procedimiento interno debe garantizar el respeto a la presunción de inocencia y a su honor. En dicha línea, también debe garantizar el ejercicio de su derecho de defensa el cual incluye —entre otros— que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y que se le permita a ser oída en cualquier momento.

En forma adicional, el Procedimiento debe garantizar la remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. Más adelante volveremos sobre el concepto de inmediatez.

B) Aspectos Informativos

El Procedimiento Interno debe prever que se dé a conocer a los miembros de la empresa sus principios esenciales junto con la información clara y accesible que permita identificar tanto el Canal Interno al que estará asociado el Procedimiento Interno, como los canales externos de información ante las autoridades competentes.

C) Cuestiones Operativas

Las cuestiones operativas son la parte más relevante del Procedimiento Interno y en su redacción se deben considerar varias cuestiones a fin de garantizar la eficiencia de este; a saber:

(a) Recepción de informaciones: bajo el Procedimiento Interno se debe prever la posibilidad de recibir informaciones de forma anónima. Esto no impide que en dichos supuestos se prevea un mecanismo de contacto con dicha persona que —sin menoscabar dicho anonimato— permita obtener en forma posterior, y según lo requieran las actuaciones, algunas precisiones de parte del informante.

En caso de que el informante dé a conocer su identidad, se deben establecer mecanismos que permitan reservar la identidad del informante. Para ello, se debe tener presente que no se deberán obtener datos permitan la identificación del informante y que se deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado.

Por otra parte, debe preverse la forma en que la información podrá recibirse; esto es, por escrito, en forma verbal o ambas a la vez debiéndose en cada caso describirse los canales existentes. Tener presente que en las comunicaciones verbales se debe incluir la advertencia de que la comunicación será grabada e informarse del tratamiento de los datos del informante. Además, deberá preverse la forma de documentación de las comunicaciones verbales.

Una vez efectuada la presentación de la información, el Procedimiento debe prever que se procederá a su registro en el Sistema Interno para lo cual se le debe asignar un código de identificación. Dicho registro (i) debe incluir —al menos— datos tales como la fecha de recepción, el mencionado código de identificación, las actuaciones desarrolladas, medidas adoptadas y fecha de cierre; y (ii) debe realizarse en un «libro-registro» donde se dejará constancia de (a) las informaciones recibidas; y (b) de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad.

Fecho esto, se debe prever el envío de un acuse de recibo de la comunicación al informante dentro de los 7 días de su recepción siempre que ello no implique poner en peligro la confidencialidad de la comunicación.

(b) Comprobación: una vez que se efectuó el registro de la comunicación, se deberá realizar un análisis y evaluación preliminar de la información recibida a fin de comprobar si aquella expone hechos o conductas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Informante.

De la realización de dicha comprobación se desprenden dos cuestiones relevantes: (i) la primera es la determinación de si se admite o no la comunicación; y (ii) en caso de que se admita la comunicación proceder a la inmediata remisión de la información al Ministerio Fiscal cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito o a la Fiscalía Europea en el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea. En virtud de lo cual resulta relevante definir en forma detallada los pasos de dicho proceso de comprobación a fin de cumplir con el requisito de inmediatez que exige la Ley del Informante.

(c) Instrucción: esta etapa del Procedimiento Interno apunta a realizar todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados. En el marco de la garantía del derecho de defensa, se debe garantizar que la persona afectada por la información tenga noticia de la misma, así

como de los hechos relatados de manera sucinta. Adicionalmente, Procedimiento Interno debería incluir la posibilidad que la persona afectada ejerza su derecho de defensa, incluido, pero no limitado a, la presentación de alegaciones por escrito y del tratamiento de sus datos.

Sin perjuicio de dichos derechos, dentro de la etapa de instrucción se debe realizar una entrevista con la persona afectada en la que se la debe invitar a exponer su versión de los hechos y a aportar aquellos medios de prueba que considere adecuados y pertinentes.

En el marco de la instrucción se deberá prever la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional.

(d) Terminación: finalizada la etapa de instrucción, el Procedimiento Interno debería prever la elaboración de un informe que incluya una exposición de los hechos relatados junto con el código de identificación de la comunicación y la fecha de registro, las actuaciones realizadas con el fin de comprobar la verosimilitud de los hechos y las conclusiones alcanzadas en la instrucción y la valoración de las diligencias y de los indicios que las sustentan.

Sobre dicha base, se deberá decir acerca de: (i) el archivo de las actuaciones; o (ii) la remisión de las mismas al Ministerio Fiscal si, pese a no apreciar inicialmente indicios de que los hechos pudieran revestir el carácter de delito, así resultase del curso de la instrucción; o (iii) el curso de acción a seguir y las medidas a adoptar como consecuencia de la instrucción realizada.

El plazo para finalizar las actuaciones y dar respuesta al informante, en su caso, no podrá ser superior a tres meses. Dicho plazo se podrá extender hasta un máximo de otros tres meses adicionales frente a supuestos de especial complejidad.