

# CANALES DE INFORMACIÓN EN LA EMPRESA E INFRACCIONES LABORALES: LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS INFORMANTES\*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

*Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Huelva

ORCID: 0000-0002-2596-7707

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Canal de denuncias, compliance, infracciones laborales, informantes, Inspección de Trabajo

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, dirigida a garantizar la protección de las personas que informen sobre algunos de los incumplimientos -acciones u omisiones constitutivas de infracciones de la normativa- comprendidas en su ámbito material de aplicación, obliga a las empresas de más de cincuenta trabajadores y a las entidades de derecho público, así como a partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones creadas por ellos, que reciban o gestionen fondos públicos, a implantar canales internos y externo de información para la comunicación de dichas informaciones relevantes. El legislador ha optado por definir un ámbito material de aplicación más amplio que el previsto en la Directiva, lo que puede generar dudas en relación con las infracciones laborales, que, en ocasiones, cuentan con sus propios mecanismos de denuncia dentro y fuera de las empresas y entidades públicas.

Con este estudio pretendemos aclarar qué informaciones, o más bien, denuncias, si consideramos la terminología de la Directiva, deben ser canalizadas por los sistemas de información de las organizaciones, así como qué incidencia tendrá la existencia de un canal externo sobre otros canales de información a la autoridad laboral competente para la vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral.

## ABSTRACT

**Key words:** Whistleblowing, channel, compliance, labour breaches, informants, Labour Inspection

*Law 2/2023, of February 20, aimed at guaranteeing the protection of people who report some of the non-compliance -actions or omissions constituting violations of the regulations- included in its material scope of application, obliges the companies with more than fifty workers and public law entities, as well as political parties, unions, business organizations and foundations created by them, that receive or manage public funds, to implement internal and external information channels for the communication of said relevant information. The legislator has chosen to define a broader material scope of application than that provided for in the Directive, which may raise doubts in relation to labour matters, which, sometimes, have their own reporting mechanisms inside and outside companies and public entities.*

\* Este estudio es un resultado científico del Proyecto PID 2022-141201OB, TRABEXIT, de la convocatoria de ayudas del Ministerio de Ciencia e Innovación para proyectos de generación de conocimiento 2022, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

## INDICE

1. LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES COMO ELEMENTO DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN
2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE INFORMANTES Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA
  - 2.1. Materias incluidas en el ámbito de protección de los informantes
  - 2.2. Materias excluidas
3. LA IDONEIDAD DE LOS CANALES DE INFORMACIÓN DE LA LEY 2/2023 PARA INFORMAR SOBRE INFRACCIONES EN EL ÁMBITO LABORAL
4. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y LA AUTORIDAD LABORAL
5. CONCLUSIONES

### 1. LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES COMO ELEMENTOS DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

La Ley 2/2023, de 2 de febrero, dirigida a garantizar la protección de los informantes, obliga a empresas y entidades públicas, así como a ciertas organizaciones que gestionan fondos públicos, a crear sistemas de información, o adaptar los ya existentes<sup>1</sup>, para que las personas informantes puedan tener garantizada su protección frente a posibles represalias tras la comunicación de incumplimientos de la normativa comunitaria o del ordenamiento interno. La Ley es la transposición, algo tardía<sup>2</sup>, de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento 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.

<sup>1</sup> Recordemos que algunas normas anteriores a la Ley recogían garantías frente a represalias hacia personas que denunciaran incumplimientos de las normas por canales o protocolos internos en las empresas. Tal es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. También el Código Penal en relación con la adopción de sistemas de prevención del delito, conocido como *compliance*.

<sup>2</sup> La norma debió ser transpuesta antes del 17 de diciembre de 2021, plazo que la Directiva determinó para la entrada en vigor de cuantas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas fueran necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma (art. 26.1). No obstante, en el apartado 2 del mismo precepto se establece un plazo para la elaboración de las normas legales, reglamentarias y administrativas que permitan dar cumplimiento a la obligación de implantar canales

La Directiva pone el centro de atención en la necesidad de que las personas que trabajan en una organización pública o privada, o están relacionadas con ellas en un contexto laboral, que pueden tener acceso, con más facilidad, a bastante información relacionada con incumplimientos que causen un perjuicio grave al interés público, se encuentren protegidas cuando facilitan dicha información<sup>3</sup>. Parte de la base de que, a pesar de su conocimiento, las personas no informan de dichos incumplimientos por miedo a represalias. Sólo la creación de un auténtico estatuto del denunciante que garantice su protección, especialmente en el ámbito laboral, frente a posibles represalias de las empresas o entidades incumplidoras, permitiría incentivar y facilitar la denuncia de los citados incumplimientos y con ello lograr proteger el interés general, que es el fin último de la norma.

Es necesario destacar que ya en los primeros considerandos, la Directiva hace hincapié en la necesidad de establecer estos mecanismos de información en el ámbito de la contratación pública, “no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras”<sup>4</sup>. Las infracciones de estas normas, dice la Directiva, “falsean la competencia, incrementan los costes para las empresas, vulneran los intereses de inversores y accionistas y, en general, hacen menos atractiva la inversión y sitúan en una posición de desigualdad a todas las empresas de la Unión, lo que repercute en el correcto funcionamiento del mercado interior”<sup>5</sup>. Como vemos, la protección del mercado interior y la defensa de la competencia son uno de los pilares básicos de esta Directiva, de marcado carácter económico; por ello, continúa la Directiva mencionando en sus considerandos las materias que deben ser objeto de protección, cuando sobre ellas versan las denuncias de incumplimientos, así como la repercusión favorable para el funcionamiento del mercado interior y el bienestar de la sociedad. Así, se mencionan normas respecto de las que las denuncias por parte de personas conocedoras de su incumplimiento suponen un valor añadido a la lucha contra el fraude y la corrupción; particularmente en el ámbito de los servicios financieros, la seguridad de los productos comercializados en el mercado interior, la seguridad en el transporte, la protección del medio ambiente, la seguridad nuclear, la cadena alimentaria, la salud pública y la protección de los consumidores

internos en empresas entre 50 y 249 trabajadores (art. 26.2). Vid. en relación con los antecedentes de la norma y el proceso de transposición Tardío Pato, J.A., “Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático 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*, Bosch, 2023.

<sup>3</sup> Considerando primero de la Directiva.

<sup>4</sup> Considerando 6.

<sup>5</sup> Ibidem.

y la protección de los datos de carácter personal; todos ellos sectores en los que el incumplimiento normativo distorsiona el buen funcionamiento del mercado interior<sup>6</sup>. Este conjunto de normas aparece recogido también en el artículo segundo y el Anexo de la Directiva; dejando a los Estados la posibilidad de ampliar dicho ámbito material de aplicación.

Con ello, es preciso poner de manifiesto que la normativa laboral no estaba entre los objetivos del legislador comunitario, sin perjuicio, reiteramos, de lo que los Estados Miembros quisieran regular<sup>7</sup>. De modo que el objetivo último de la Directiva se centra en la protección del interés público; compartido con el de la protección del denunciante, que más bien se presenta como un medio para llegar a dicho fin<sup>8</sup>.

Además, otra cuestión que debemos señalar es la opción terminológica del legislador, que ha sido destacada por la mayoría de la doctrina, al rechazar los términos “denuncia” y “denunciante” provenientes de la traducción literal de la Directiva (UE) 2019/1937 y optar por el término “información” e “informante”<sup>9</sup>; lo cual no está exento de trascendencia jurídica, al reforzar la idea de que no se trata de un canal o buzón de denuncias, como los que las diferentes administraciones poseen para la lucha contra el fraude – p.ej. la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Agencia Tributaria-, sino de un canal interno y otro externo para transmitir información sobre incumplimientos previstos en la norma. Parece que el legislador quiere separar ambas formas de poner de manifiesto incumplimientos de la norma o fraudes, sin dejar de crear cierta confusión al realizar la regulación de estos nuevos canales de información.

<sup>6</sup> Vid. Considerandos 7 a 15.

<sup>7</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “Ámbito de aplicación”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático 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*, Bosch, 2023, p. 72. También defendía esta idea Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 165 y ss., para quien las infracciones de la normativa laboral y de Seguridad Social, deberían quedar fuera del ámbito de la Ley, junto con otras materias, como, por ejemplo, el acoso laboral.

<sup>8</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R., “La protección de alertadores, informantes o denunciantes: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre”, *Trabajo y Derecho*, nº 64, 2020, p. 3/30 (versión electrónica). Señala este doble objetivo, aunque situándolos en el mismo plano De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección de los Informantes: problemas aplicativos desde una perspectiva laboral”, *LABOS*, vol. 4, 2023, p. 35.

<sup>9</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, p. RR-5.1. Algunos autores se referían ya a la necesidad de utilizar el término “informantes” o “alertadores”, como hace el derecho francés, al traducir la Directiva. Vid. en este sentido, Mercader Uguina, J.R., “La protección de alertadores, informantes...”, op. cit., p. 1/30 (versión electrónica).

Por otro lado, aunque el objetivo de la norma comunitaria se centra en la protección del mercado interior, la promoción y protección del informante también es clave tanto en la Directiva como en la Ley española; tratando de crear un estatuto jurídico de la figura del informante para garantizar, así, su colaboración en la lucha contra el fraude y la corrupción, muy especialmente en materia económica<sup>10</sup>.

También hemos de centrarnos en el matiz de la “prevención” y así, conforme a los considerandos 42 y 43 de la Directiva, “la detección y 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”; añadiendo que la prevención efectiva de las infracciones del Derecho de la Unión exige que se conceda protección, no sólo a las personas que faciliten información sobre infracciones que ya se hayan producido, sino también a las que informen sobre infracciones que no se hayan materializado aún pero “que muy probablemente se vayan a cometer”. A mayor abundamiento, en el considerando tercero de la Directiva, se hace hincapié en la necesidad de fomentar la denuncia de infracciones del derecho de la Unión “que puedan provocar graves perjuicios al interés público”. Esta perspectiva es muy interesante y refleja, por un lado, que el concepto de “infracción” en la Directiva incluye tanto las acciones u omisiones ilícitas, como el abuso de Derecho, en cuanto acto u omisión que frustra el fin perseguido por la norma<sup>11</sup>. Y, por otro, que, tal y como se recoge en el artículo 5 de la Directiva, estas infracciones denunciadas podrán ser tanto reales como potenciales.

## **2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE INFORMANTES Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA**

Como hemos tenido ocasión de señalar, la Ley 2/2023 es la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta Directiva contiene una regulación del ámbito material de aplicación, pero permite a los Estados Miembros la ampliación del ámbito material de la norma. Así lo recoge, por un lado, el considerando 5, cuando indica que los Estados miembros

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, podemos mencionar, como lo hace Tardío Pato, J.A., “Antecedentes, tramitación...”, op. cit. pp. 26 y siguientes, a la Fiscalía General del Estado que, antes de la aparición de la Directiva y después de ésta, ha venido alertando en sus Memorias anuales de la necesidad de implementar un estatuto de protección de los denunciantes, especialmente si se trata de funcionarios públicos, como cauce adecuado para la colaboración en la lucha contra el fraude y la corrupción.

<sup>11</sup> Vid. Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes...*, op. cit. p. 162.

“podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional”. E incluso prevé esta posible ampliación por parte de la propia Unión Europea, que podría decidir ampliar dicho ámbito de aplicación si, como consecuencia de un análisis de la eficacia de la Directiva, resultara necesario “reforzar su aplicación a la luz de pruebas que puedan surgir en el futuro o sobre la base de la evaluación de la forma en que haya funcionado” (considerando 106).

Como decimos, esta opción aparece recogida en el texto de la Directiva en el artículo 2.2, donde se indica que “la presente Directiva se entenderá 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”. Y es una previsión bastante útil, en opinión de algún sector doctrinal, pues la Directiva, a través de su Anexo, deja fuera ciertos ámbitos materiales donde las informaciones facilitadas por las personas informantes, incluido dentro de estas las personas trabajadoras, resulta crucial para defender la legalidad y los intereses públicos<sup>12</sup>.

El legislador ha hecho uso de esta opción, ampliando considerablemente el ámbito material y subjetivo de la norma comunitaria en su transposición, pero mantiene el diseño de la Directiva en relación con el establecimiento de los procedimientos y garantías para los informantes; por lo que podemos afirmar que los criterios que sirven para interpretar los preceptos de la Ley pueden identificarse con los de interpretación de la norma europea<sup>13</sup>.

En ejercicio de la citada opción prevista en la Directiva, el artículo segundo de la Ley 2/2023 establece su ámbito material de aplicación; es decir, el objeto de la información que podrán facilitar las personas protegidas por la Ley, a través de alguno de los procedimientos previstos en la misma. Y lo hace el legislador recurriendo a una fórmula amplia, mayor que la propia pretensión de la Directiva, que permite incluir la materia laboral dentro de la misma.

Es este un aspecto relevante de la Ley pues, como han indicado algunos autores, la Directiva no es de aplicación al ámbito laboral<sup>14</sup>, o no está pensada para

<sup>12</sup> Fernández Ramos, S., “La Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº63, 2023, p. 13; quien pone como ejemplo de ello ciertos sectores “huérfanos del Derecho de la Unión”, como el ámbito de los servicios sociales y, en concreto, en el ámbito de los centros residenciales de personas mayores y dependientes, “en los cuales las personas usuarias se encuentran en situación de franco desvalimiento. En estos casos, la información procedente de los trabajadores y otras personas, como voluntarios, es fundamental para sacar a la luz situaciones de graves incumplimientos que vulneran derechos fundamentales de las personas usuarias, como la integridad física y mental o la intimidad”.

<sup>13</sup> De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección de los Informantes...”, op. cit., p. 34.

<sup>14</sup> Vid. de nuevo, Fernández Marcos, S., “La Ley 2/2023...”, op. cit. p. 14, para quien “sólo así se explica que el art. 27.3 de la Directiva (Informes, evaluación y revisión) prevé expresamente

serlo; dejando vigentes, por tanto, las previsiones sobre derechos de información y petición de los trabajadores y sus representantes en relación con las condiciones de seguridad y salud en particular. Refuerza esta idea el propio artículo 27.3 de la Directiva, cuando prevé la posibilidad de introducir modificaciones a la misma, a partir de diciembre de 2025, con el objetivo de “mejorar el entorno laboral para proteger la salud, la seguridad y las condiciones de trabajo de los trabajadores”. Y ello en función de los resultados que arrojen los informes que presenten los Estados Miembros a la Comisión en relación con el funcionamiento de la Directiva.

El legislador español, no obstante, como veremos, opta por una fórmula generalista que, lejos de limitar su aplicación al ámbito laboral, la permite, si bien no expresamente; aunque sí menciona de forma expresa la materia de seguridad y salud en el trabajo, sin perjuicio, dice, de la aplicación de su normativa específica.

## 2.1. Materias incluidas en el ámbito de protección de los informantes

Como decimos, la fórmula utilizada por el legislador para determinar el ámbito material de aplicación de la Ley dista mucho de parecerse a la empleada por el legislador comunitario, que introduce en el artículo 2º de la Directiva un listado de materias o infracciones del Derecho de la Unión sobre las que podrán informar las personas, para recibir la protección de la norma.

Por el contrario, el legislador español opta por una fórmula más amplia, recogiendo en el artículo segundo de la Ley un listado de infracciones, clasificadas no por materias o sectores, como hace la Directiva, sino por el ordenamiento al que afectan, dividiendo entre infracciones del Derecho de la Unión Europea y del ordenamiento interno. Así, conforme al artículo 2 de la Ley, el ámbito material de aplicación de la misma se extenderá a:

- 1º- “Acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea”, siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la UE enumerados en el anexo de la Directiva 2019/1937 con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno; afecten a los intereses financieros de la Unión, o incidan en el mercado interior.

Es este un conjunto de normas enormemente amplio, como podemos imaginar, aunque debemos destacar que no se trata de infracciones de nuestro ordenamiento interno, sino del de la Unión Europea, que, evidentemente, puede coincidir con normas que hayan sido traspuestas por nuestro Estado. Por tanto, como han indicado algunos autores, no se trata de dispensar una protección global a todo denunciante, sino a aquellas personas informantes, según nuestra normativa interna, que comuniquen o revelen información

una futura extensión a este ámbito”. Vid. también, recomendando su exclusión, Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes...*, op. cit. p. 164.

sobre incumplimientos delimitados por la norma comunitaria en el Anexo; es decir, del Derecho de la Unión Europea<sup>15</sup>.

La Directiva prevé la posibilidad de que los Estados Miembros dispongan que las autoridades competentes, tras examinar el asunto, “puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento”. Si bien, aclara, que ello no exime a los Estados de brindar la protección prevista en la Directiva al denunciante (art. 11.3). Dado que, al mantenerse la protección, la misión principal de la norma se mantiene, el legislador español opta por dejar en el ámbito de aplicación de la ley cualquier infracción del Derecho de la UE, sin limitar a aquellas infracciones más graves, como sí hace para el caso de las infracciones internas<sup>16</sup>.

Cuestión destacada, además, es el concepto de infracción que recoge la Directiva, pues define ésta como “las acciones u omisiones que:

- a) sean ilícitas y estén relacionadas con los actos y los ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2, o
- b) desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2” (art. 5.1)

Esta definición de infracción es más amplia que la que recoge nuestro ordenamiento interno, que requiere, como sabemos el cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, debiendo aparecer recogida como tal en un texto normativo con rango de ley. Sin embargo, este concepto de infracción que aparece en la Directiva es más amplio pues se centra en el carácter antijurídico de la acción u omisión, sin exigir que esté tipificada como tal en la norma<sup>17</sup>. Pues como indica la propia Directiva, en su considerando 42, que hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, “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”.

- 2º- Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, propias, por tanto, de nuestro ordenamiento interno. Esta es la parte más novedosa de la Ley y que supone una ampliación considerable por parte del legislador español del ámbito material de aplicación que recoge la Directiva.

<sup>15</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., op. cit. p. RR.5.3.

<sup>16</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 16.

<sup>17</sup> De nuevo Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 9.



Como hemos dicho, el legislador español, haciendo uso de la opción recogida en el artículo 2º de la Directiva, amplía considerablemente el ámbito material de Ley, optando por una delimitación formal, sin limitar la materia a la que se refieran las infracciones penales o administrativas, pero sí restringiendo el conjunto de éstas a las que sean calificadas por nuestra normativa como graves o muy graves<sup>18</sup>. De este modo, se refiere a cualquier infracción, administrativa o penal, de nuestro ordenamiento, incluyendo, por tanto, cualquier norma interna, no sólo las referidas a las materias recogidas en el Anexo de la Directiva.

Por tanto, se trata de un ámbito material extraordinariamente amplio<sup>19</sup>, superior al previsto en la Directiva, ya que incluye cualquier “infracción penal o administrativa grave o muy grave”; por lo que, dejando al margen las de carácter leve, el conjunto de infracciones que, por lo que a nosotros interesa, se refieren al ámbito laboral y de Seguridad Social incluidas es también enorme. Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III), “se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad”.

El objetivo de la norma es garantizar la protección de los informantes cuando ponen de manifiesto una irregularidad grave o muy grave, pero, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la norma, no despliega sus efectos cuando se denuncian o se informa de irregularidades que no tengan dicha gravedad, es decir, posibles conductas censurables en la empresa, pero no constitutivas de infracción<sup>20</sup>. Lo que implica que, al excluir la norma la protección del informante respecto de esas informaciones, estaría considerando inadecuado dicho canal de información para poner de manifiesto, informar o denunciar ese tipo de conductas. Deja fuera, por tanto, las conductas constitutivas

<sup>18</sup> Vid. de nuevo Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 16.

<sup>19</sup> Destacan la relevancia de esta ampliación del ámbito material de la norma Del Rey Guanter, S., “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, nº 2, 2023, p. 12; De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos...”, op. cit., p. 34 y Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales de la Ley de Protección de Personas Informantes”, *Temas Laborales*, 168, 2023, p. 256.

<sup>20</sup> Vid. Del Rey Guanter, S., “La relevancia...”, op. cit. p. 29, para quien, “nuestra ley no considera como incluidas en su ámbito material lo que ya hemos señalado que la doctrina del TEDH denomina como conductas o acciones “reprehensibles”, de forma que el que puedan ser censurables o reprobables ética o socialmente no les convierte de por sí en objeto material de protección por la ley”.

de infracciones calificadas como leves, pero también aquellas que no son constitutivas de infracciones administrativas o penales, es decir, que no estén tipificadas como tales en una norma con rango de ley.

Esta redacción del precepto en el Anteproyecto de la Ley fue valorada positivamente por el Consejo de Estado en su Dictamen, al considerar que dotaba a la norma de mayor seguridad jurídica, al delimitar el objeto de la misma a acciones u omisiones constitutivas de infracciones tipificadas en alguna ley<sup>21</sup>; pero también ha sido criticado por quienes consideran que quedan fuera de esta norma incumplimientos legales “de indudable interés público” que, al no encontrarse dentro de un catálogo de infracciones y sanciones previstos en una ley, no pueden ser objeto de protección<sup>22</sup>.

Esto hace que la norma genere cierta incertidumbre acerca del funcionamiento adecuado de los canales de información, ya que la cantidad de información que se puede recibir a través de los mismos es amplia y relativa a muchas y muy diferentes materias.

Es claro el legislador en la norma cuando se refiere a la necesidad de introducir una cultura de la información en la empresa, como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público; pero también de la expectativa de que, con estos procedimientos, se pueda mejorar la lucha contra la corrupción. Por eso, no resulta extraño que se incluya en el ámbito material de la norma, cualquier infracción administrativa o penal del ordenamiento.

En relación con el último inciso del precepto; “en todo caso se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social”, coincidimos con quienes han considerado que

<sup>21</sup> Aspecto que el Consejo de Estado consideró adecuado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley (Dictamen 1361/2022): “El Consejo de Estado valora positivamente esta extensión de la protección de los informantes más allá del ámbito estrictamente previsto por la normativa europea, así como su acotación al perímetro de las acciones u omisiones tipificadas como infracción penal o administrativa grave o muy grave. Versiones precedentes del anteproyecto optaban, con una referencia genérica a la afectación del interés público, por una delimitación menos objetiva de este ámbito de aplicación; la nueva redacción propuesta en el texto sometido a dictamen cumple mejor con las exigencias del principio de seguridad jurídica”.

<sup>22</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op .cit. p. 19, refiriéndose al ámbito de la contratación pública, ya que la Ley de Contratos del Sector Público no contiene un catálogo de infracciones y sanciones; o al de la selección de empleados públicos. En opinión de este autor, “es inicialmente correcto el criterio formal de la Ley, no circunscrito a materias o sectores específicos, pues cabe presumir que toda tipificación de una infracción grave por parte del legislador comporta la delimitación de un interés público digno de protección. Ahora bien, este criterio debería completarse, que no sustituirse, tal como se contemplaba en el anteproyecto de ley, con otros incumplimientos aun cuando no sean constitutivos de infracción formal, pero afecten o pongan en riesgo el interés general, incluyéndose, como mínimo, los hechos que pudieran ser constitutivos de corrupción, fraude, desviación de poder o malas praxis...”.

resulta superfluo por cuanto ya están comprendidas en la primera parte del mismo<sup>23</sup>. Pero quizá nos da idea de la verdadera preocupación del legislador, que es la lucha contra el fraude.

Por último, hemos de hacer referencia a la eliminación del elemento preventivo en este punto de la norma, pues, mientras que la Directiva permite “denunciar” cualquier infracción “potencial” del ordenamiento comunitario; esta opción no parece que sea admitida por el legislador, al exigir que se trate de “acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa”, es decir, que puedan incluirse en la conducta tipificada como infracción en la ley<sup>24</sup>.

3º- Infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, “sin perjuicio de la establecida en su normativa específica”. Sin ser tan imprecisa como la referencia anterior a las infracciones administrativas o penales, tampoco resulta muy clarificadora esta referencia expresa a la materia de seguridad y salud en el trabajo; por una lado, porque podemos entender que ya se recogía en el apartado anterior; y, por otro, por cuanto el legislador incluye una referencia a la normativa específica de seguridad y salud en el trabajo para asegurar su aplicación, algo que creemos innecesario.

La propia Directiva incluye una referencia a esta normativa en su considerando 21, recordando que la aplicación de la misma debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral; y, en particular, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, ya que el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o sus representantes no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios, para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. De este modo, nos recuerda la Directiva que los trabajadores y sus representantes tienen derecho a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. Motivo por el cual, el legislador ha optado por reproducir esta referencia en el articulado de la norma. Por eso, no podemos olvidar que la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establece sus propios canales de comunicación en caso de incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

<sup>23</sup> Vid. en este sentido Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 17, para quien “la referencia al quebranto económico para la Hacienda Pública tenía sentido para definir la noción de afección al interés general, que era complementaria a las infracciones graves y muy graves en el texto expuesto a información pública”. Pero no en el texto definitivo de la Ley, donde no aparece ya esta referencia al interés general.

<sup>24</sup> Así lo afirma Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 17.

En este apartado el legislador parece haber olvidado seleccionar sólo las infracciones de carácter grave o muy grave, como en el apartado anterior<sup>25</sup>.

- 4º.- Aunque no está recogido en el ámbito material descrito en el artículo 2.2, hemos de mencionar también, dada su relevancia para la delimitación del ámbito material de la Ley, la previsión contenida en el artículo 7º apartado 4º, conforme a la cual, los canales internos de información podrán estar habilitados para recibir cualquier otra comunicación o información fuera de las previstas en el citado artículo 2; aunque estas comunicaciones y sus remitentes no recibirán la protección prevista en la norma. Por tanto, permite utilizar el canal de información, si así se diseña por la empresa, para poder remitir informaciones o comunicaciones sobre cualesquiera otros incumplimientos que no sean constitutivos de infracciones graves o muy graves<sup>26</sup>.

## 2.2. Materias excluidas

Por su parte, continúa la Ley indicando qué materias quedarán expresamente excluidas de la protección de la norma, enumerando las informaciones siguientes:

- a) Información clasificada. Así se recoge en el considerando 25 de la Directiva, donde recuerda que la misma “debe entenderse sin perjuicio de la protección de la información clasificada que el Derecho de la Unión o las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en vigor en el Estado miembro en cuestión requieran proteger, por motivos de seguridad, contra todo acceso no autorizado”; excepción recogida también en el artículo 3 de la Directiva. El legislador español ha reproducido la excepción sin hacer ninguna referencia más; por lo que cualquier persona que acceda a información clasificada, no podrá acogerse a la protección de la ley, aunque dicha información sea constitutiva de una infracción administrativa o penal; pues sigue prevaleciendo el deber de secreto<sup>27</sup>.
- b) Obligaciones que resultan de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como el secreto de las deliberaciones judiciales. También recogida parte de

<sup>25</sup> Para Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 270, aunque la letra del precepto no haga referencia expresa a la gravedad de las infracciones, debería considerarse que en materia de prevención de riesgos laborales “sólo serán objeto de información las infracciones graves y muy graves”.

<sup>26</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-5, para quienes un ejemplo de este tipo de informaciones podría referirse a desacuerdos salariales o de tiempo de trabajo.

<sup>27</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 23.

esta exclusión en el artículo 3.3 b) y c) de la Directiva, tal y como explican los considerandos 26 y 27, conforme a los cuales “la presente Directiva no debe afectar a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado») tal como se establezca en el Derecho nacional y, en su caso, en el Derecho de la Unión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, la presente Directiva no debe afectar a la obligación que tienen los prestadores de asistencia sanitaria, incluidos los terapeutas, de mantener la confidencialidad de las comunicaciones con sus pacientes y de las historias clínicas («secreto profesional médico») tal como se establezca en el Derecho nacional y de la Unión. Los miembros de otras profesiones que no sean los abogados y los prestadores de asistencia sanitaria han de poder acogerse a protección al amparo de la presente Directiva cuando comunican información protegida por las normas profesionales aplicables, siempre que la comunicación de dicha información sea necesaria a los efectos de revelar una infracción que entre dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva”. La referencia, por tanto, al deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha sido introducida por el legislador español, no estando exenta de críticas<sup>28</sup>.

- c) Infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado. También venía este aspecto recogido en la Directiva, considerando 24, en relación con la protección por parte de los Estados Miembros de la defensa y seguridad nacional.
- d) 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. Así, el artículo 35.2 b) de la Ley recoge dos tipos de informaciones que quedarían excluidas de la protección que ofrece la norma. Por un lado, las informaciones vinculadas a “reclamaciones sobre conflictos interpersonales”, que podrían tener otro canal para su solución, como los sistemas internos o externos de solución de conflictos laborales<sup>29</sup>. Y, por otro, añade las informaciones que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación, aspecto éste que

<sup>28</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 24.

<sup>29</sup> También recogía la Directiva esta posibilidad en el considerando 22, permitiendo a los Estados miembros “decidir que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales que afecten exclusivamente al denunciante, a saber, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el demandante y otro trabajador, puedan ser canalizadas hacia otros procedimientos”; lo cual refuerza la idea de la protección del interés público, dejando de lado las acciones u omisiones que no sean constitutivas de ilícitos administrativos o penales.

es complementario del anterior. Sin embargo, en el ámbito laboral, podría llevarnos a excluir aquellas informaciones que revelan infracciones graves o muy graves del empresario que afectan a una sola persona, o sólo al informante, lo que no tendría mucho sentido<sup>30</sup>.

No obstante, no podemos dejar de recordar que el legislador hace uso en la norma con demasiada frecuencia de conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación puede generar dudas, como este de los “conflictos interpersonales”. En el ámbito laboral, como nos recuerdan algunos autores, este tipo de conflictos, cuando además determinan incumplimientos de las normas pueden ser constitutivos de infracciones administrativas o penales, afectando al interés general, por lo que no deberían estar excluidos de su ámbito material<sup>31</sup>. Así, no pueden considerarse conflictos interpersonales, por ejemplo, las situaciones de acoso en sus diferentes dimensiones, ya que trasciende el conflicto entre dos personas para afectar al ámbito de los derechos fundamentales<sup>32</sup>.

- e) También se excluyen del ámbito de protección de la Ley las informaciones que “ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores” (art. 35.2 c) de la Ley). Esta previsión se encuentra recogida en la Directiva<sup>33</sup>, dejando fuera del ámbito de protección informaciones que constituyan meros rumores; si bien se podrán incluir en el ámbito de protección de la norma todas aquellas que ayuden a esclarecer o complementen aquellas que son de dominio público. También está justificada, según la Directiva, la protección para las personas que no aporten pruebas concluyentes pero que planteen dudas o sospechas razonables<sup>34</sup>, aspecto que también recoge el artículo 2º de la Ley. Por lo que no es necesario aportar pruebas de la veracidad de la información en el mismo momento, pues basta con que la misma sea razonable y genere dudas sobre el cumplimiento de la normativa.

Se ha apuntado la idea de que dichos condicionantes responden a la finalidad de evitar que los trabajadores hagan uso de estos canales de información para “blindar su relación laboral frente a posibles medidas empresariales o

<sup>30</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR 5-13, para quienes “conflictos interpersonales” “entendemos que se refiere a controversias entre dos o más personas que no alcanzan el grado de infracciones graves o muy graves o delitos, incluso si la conducta o la acción por una de las partes –o las dos– pueden ser consideradas como reprobables”.

<sup>31</sup> Vid. Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales de la Ley de Protección...”, op. cit. p. 273.

<sup>32</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-13.

<sup>33</sup> Considerando 43 *in fine*: “Al mismo tiempo, no debe protegerse a personas que comuniquen información que ya esté completamente disponible para el público, o rumores y habladurías no confirmados”.

<sup>34</sup> De nuevo considerando 43 y artículo 6.1.

simplemente para perjudicar a compañeros”<sup>35</sup>. De este modo, si la información es de sobra conocida o de dominio público, no podrá beneficiarse la persona informante de la protección que garantiza la norma; tampoco si se trata de “meros rumores”, sin que la información tenga la entidad suficiente como para estar dotada de credibilidad de forma razonable. Y decimos “de forma razonable” porque es la única forma en que la Directiva o el legislador nacional permiten interpretar los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que se recogen en la norma. Así, no cabe duda de que este tipo de expresiones plantea problemas interpretativos, como hasta dónde ha de llegar el concepto de “mero rumor” y dónde empieza el de “información relevante”. Sin duda, este puede ser un motivo suficiente para que el informante decida no comunicar la información, o no hacerlo hasta que cuente con pruebas suficientes; aunque, como hemos dicho, el legislador comunitario no requiera dichas pruebas para que la información se considere válida a efectos de la Directiva.

- f) Conforme a lo regulado en la Ley 2/2023, no podemos olvidar que también quedarían excluidas de la protección otorgada por la norma aquellas informaciones sujetas a normativa específica, como sucede, en el supuesto previsto en el artículo 2.3 con la materia de seguridad y salud en el trabajo<sup>36</sup>.
- g) Por último, quedan fuera del ámbito de aplicación descrito en la Ley 2/2023 otro tipo de normas presentes en las empresas y entidades de derecho público, relacionadas con códigos de conductas o códigos éticos o de buenas prácticas, pues, salvo que su incumplimiento constituya una infracción administrativa o penal, no podrían considerarse dentro del ámbito material de la Ley. Estos incumplimientos, reprobables, sin duda, no tienen para la Ley la entidad suficiente para desplegar las garantías previstas en la misma; aunque podemos considerar que, dada la implementación en muchas organizaciones de sistemas de *compliance*<sup>37</sup> u otros relacionados con la responsabilidad social, es posible encontrar otros canales de información destinados a poner en conocimiento dichos incumplimientos<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Vid. De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023 de Protección...”, op. cit. p. 44.

<sup>36</sup> Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 66.

<sup>37</sup> Vid. García-Panasco Morales, G., “La nueva Ley del informante: cuando las buenas intenciones se pueden convertir en un problema”, Diario La Ley, 10264, 2023, para quien “los sistemas de información han de formar parte de un programa de *compliance*, en los términos establecidos en el art. 31 bis 5 CP; en el mismo sentido Rojas, R., *Compliance Laboral*, Lefebvre, 2017, p. 5, quien considera que “los códigos éticos orientados esencialmente al cumplimiento normativo ético y responsable, junto con los modelos de prevención de riesgos legales en el ámbito laboral y los canales de denuncia interna, se erigen como los tres pilares fundamentales de la función del *Compliance Laboral*”.

<sup>38</sup> Como indica Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 61, son muchos los que han defendido “la ampliación del ámbito material de las malas prácticas, tanto administrativas como privadas, como pueden ser abusos de autoridad, mala gestión, etc...”, que pueden no constituir

### 3. LA IDONEIDAD DE LOS CANALES DE INFORMACIÓN DE LA LEY 2/2023 PARA INFORMAR SOBRE INFRACCIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

En la Ley 2/2023 se regulan tres vías de canalización de la información sobre incumplimientos relacionados con el ámbito material de la norma (art. 2); un canal interno de información, aunque pueden ser varios, dentro de la organización empresarial y del cual ésta es responsable (artículo 7); un canal externo dirigido a las autoridades competentes –Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI) o autoridades autonómicas competentes–, que a su vez integra la posibilidad de acudir a otro canal externo dirigido a las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea (art. 7.2); y la revelación pública, que tiene lugar cuando el informante decide poner a disposición del público la información (art. 27).

Según la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023, “el Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. No obstante, declarada esta preferencia, el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere”.

Esta preferencia aparece recogida en el artículo 4 de la Ley cuando se refiere a la comunicación de infracciones a través del Sistema interno de información, aclarando que “es el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia”<sup>39</sup>. También la recoge la Directiva en su artículo 7, que dirige un mandato a los Estados miembros para que promuevan la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, “siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias”. La explicación la encontramos en el considerando 33, que hace referencia a que los “denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos”, constituyendo esta denuncia interna, “el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público”. Sin dejar

infracciones administrativas, pero deberían estar cubiertas en una normativa integral de protección de denunciantes.

<sup>39</sup> Repárese, en primer lugar, en esta opción terminológica del legislador español que no se refiere, como la Directiva sólo al canal interno sino a un “sistema interno de información”, que deberá, entre otras cosas, permitir a las personas recogidas en el ámbito subjetivo de la Ley comunicar información sobre las infracciones previstas en el artículo 2; e integrar “los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad” (artículo 5 de la Ley).



de recordar que ambos canales, interno y externo, deben estar a disposición del denunciante para que éste pueda elegir el más conveniente de cara a la protección de sus intereses.

Sin embargo, toda esta supuesta preferencia se relativiza en el artículo 16 de la Ley, en el que se indica expresamente, al regular el canal externo, que las personas informantes podrán informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI) ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno; sin que añada ningún requisito para la comunicación directa a través del canal externo. De este modo, aunque la Directiva considere demostrado que los denunciantes pueden sentirse más cómodos acudiendo a canales internos, no parece que esta sea la impresión de nuestro legislador, ya que permite que el informante acuda al canal externo, sin exigir haber acudido primero a realizar la comunicación por la vía interna. Conforme a la Ley 2/2023, la persona informante podrá acudir a un canal u otro indistintamente sin que exista obligación de acudir previamente al canal interno<sup>40</sup>. Esta opción del legislador podría encontrar justificación en la posible desconfianza del informador, especialmente si se trata de una persona trabajadora, hacia estos canales internos, o el simple miedo a represalias en el ámbito laboral<sup>41</sup>. También hay que considerar que en el ámbito de las empresas que no tienen obligación de crear un sistema interno, las personas informantes sólo podrán acudir al canal externo, siendo ésta su opción preferente<sup>42</sup>.

Una solución a este problema de falta de confianza en los canales internos de información, podría estar en una mejor regulación de las garantías de efectividad de dichos sistemas, más allá de la vía sancionadora, que permita hacer realmente preferente esta vía interna, antes de acudir a la externa o a la revelación pública<sup>43</sup>. Esta regulación podría venir impuesta por el legislador o bien, lo que sería más adecuado, implementarse por la vía de la negociación, que aparece recogida tímidamente como consulta con los representantes de los trabajadores en el artículo 5 de la Ley, heredero del artículo 8 de la Directiva<sup>44</sup>. Conforme a este precepto, la implantación de un sistema interno de información es responsabilidad del órgano de administración o de gobierno de cada entidad u organismo obligado y requerirá

<sup>40</sup> Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación ...”, op. cit. p. 12.

<sup>41</sup> De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección...”, op. cit. p. 37.

<sup>42</sup> Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 270.

<sup>43</sup> Vid. Capdeferro Villagrasa, O., “Los sistemas internos de información”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático 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*, Bosch, 2023, p. 147.

<sup>44</sup> De hecho, el legislador podría haber ido más allá porque la Directiva así lo permite. Dice el artículo 8 “previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional”.

previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras. Esta consulta, término algo ambiguo<sup>45</sup>, no es un mero deber de remisión de información a estos representantes, sino que requiere conocer la opinión de éstos. Tampoco es realmente una negociación, pero quizás podría serlo si ambas partes así lo deciden, pues no hay ningún impedimento legal para ello; lo que permitiría dotar a este sistema de mayor efectividad para conocer y corregir los incumplimientos de la normativa laboral, e incluso de mayor confianza para las personas trabajadoras.

Evidentemente, a través de la negociación no podría imponerse el carácter preferente y obligatorio del canal interno ya que el artículo 16 de la Ley permite a cualquier persona física informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, la comisión de cualquier infracción, “directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno”. Siendo esta una norma imperativa, no creemos posible anular la posibilidad de acudir directamente a esta autoridad por la vía del canal externo.

En cambio, el legislador sí ha establecido una preferencia clara entre los canales interno y externos y la revelación pública; pues el artículo 28 de la Ley establece como condición para obtener la protección de la norma, que la persona haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, conforme a las reglas procedimentales prevista en la Ley. En este caso, el legislador sí considera que el impacto de la revelación pública de la infracción es mucho mayor para las organizaciones, por lo que exige que la persona informante acuda a los canales internos o externos con carácter previo; aunque vuelve a recoger algunas excepciones basadas, de nuevo, en la percepción del riesgo y la confianza que la persona informante tenga en dichos canales. Así, el artículo 28, permite acudir a la revelación pública, sin pasar por los canales internos o externos, cuando “que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de la persona; o bien en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas posibilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales

<sup>45</sup> En este sentido Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-5, pues, como recuerdan estos autores, el legislador lo utiliza indistintamente para referirse a un mero intercambio de información u opiniones no vinculantes con la representación legal (art. 64. 5 ET) y otras veces para designar una auténtica obligación de negociar (periodos de consultas recogidos en los art. 41ET o 51 ET). No obstante, en el contexto de la ley y, sobre todo, de la Directiva, se inclinan estos autores por el primer significado, más que el segundo. En el mismo sentido, Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 259.

como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción<sup>746</sup>.

Una vez constatada la falta de preferencia por un canal interno u otro externo de información por parte del legislador, es importante considerar otra cuestión; la idoneidad de comunicar la información o denunciar la infracción a través de estos canales internos o externos creados al amparo de esta norma u otras anteriores, o hacerlo a través de otros canales de comunicación o denuncia de infracciones propios del ámbito laboral, como la representación de los trabajadores, en el ámbito interno de la organización empresarial; o los previstos en la Administración laboral, muy especialmente, en el ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el externo<sup>47</sup>.

Y es que esta opción del legislador de ampliar al ámbito de aplicación de la Ley no está exenta de transcendencia jurídica. En primer lugar, porque, como hemos dicho anteriormente, la Directiva no parece incluir lo laboral en el ámbito de aplicación, al menos inicialmente. Y, en segundo lugar, porque, como indica Del Rey Guanter, el hecho de que la organización empleadora conozca la información sobre el incumplimiento con carácter previo a que ésta se ponga en conocimiento de la autoridad competente o a que se revele públicamente, “marca una diferencia sustancial no ya en el tratamiento que esa comunicación pueda legalmente recibir, sino también respecto a las mismas consecuencias jurídicas y no jurídicas que dicha información puede tener para todos los sujetos implicados<sup>748</sup>”. Esta misma reflexión la podemos aplicar al momento en que la infracción pueda ser puesta en conocimiento de la Inspección de Trabajo que, como sabemos, es la competente, en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, para vigilar el cumplimiento de la normativa en el mismo.

Como es sabido, la Inspección de Trabajo, al igual que otras administraciones que fiscalizan el cumplimiento de las obligaciones legales, también tiene su propio procedimiento para canalizar las denuncias, incluso anónimas, de las personas trabajadoras ante el incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad

<sup>46</sup> El legislador vuelve a dar relevancia a la percepción o valoración que el informante haga de la efectividad de los canales de información. Vid. una interpretación de este precepto en Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación...”, op. cit. pp. 15 y ss.

<sup>47</sup> Partidaria de esta exclusión de la materia laboral se mostraba Sáez Lara, C., *La protección del denunciante...*, op. cit. p. 165, para quien “la exclusión propuesta se fundamentaría en que estos sistemas de denuncias, que se establecerán por una futura norma legal, no pueden afectar a las vías tradicionales de protección de los trabajadores en relación con la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no pueden convertirse en instrumentos que incidan sobre las formas tradicionales de tutela colectiva y sindical, que son más efectivas y acordes con nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, basado en la libertad sindical y en la negociación colectiva”.

<sup>48</sup> “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *IUSLabor 2/2023*, p. 11.

Social; siendo este mecanismo perfectamente compatible con la existencia de los sistemas y canales de información previstos en la Ley 2/2023. Así, normalmente, la actuación de la Inspección, cuando tiene conocimiento de incumplimientos graves o muy graves de la normativa, tipificados en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) o en otras normas del ordenamiento laboral, suele determinar la iniciación de un procedimiento sancionador que puede culminar con la imposición de importantes sanciones administrativas. No cabe duda de que una manera de evitar tan gravoso final, en determinados casos, podría venir determinada por el conocimiento de la infracción por la vía del canal interno de información de la organización y poder así tener la oportunidad de corregir el citado incumplimiento. También es posible y frecuente para las personas trabajadoras utilizar el ya conocido canal de comunicación a través de la representación de los trabajadores en aquellas empresas que cuentan con este tipo de representación, como medio para corregir una situación de incumplimiento normativo, sin necesidad de tener que recurrir a estos nuevos canales previstos en la Ley o a otros propios de la administración laboral.

Todos estos canales o vías de comunicación conviven en la organización empresarial, debiendo, en el caso que nos ocupa, la persona trabajadora, principal informante<sup>49</sup>, elegir qué canal será el más idóneo para poder corregir el incumplimiento normativo por parte de la organización empleadora. Ni la Ley 2/2023, ni las leyes que regulan los procedimientos sancionadores en el orden social resuelven la cuestión sobre la preferencia de unos canales u otros, pero sí podemos considerar el principio de eficacia en el momento de la selección de la vía más idónea.

En caso de elección del canal externo, el artículo 20 de la Ley 2/2023, en relación con el 18.2 d), contiene una causa de finalización de las actuaciones, si existe una autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación. Esta previsión normativa nos lleva a considerar dos cuestiones importantes:

Por un lado, la competencia de la ITSS para iniciar el procedimiento sancionador cuando se trata de infracciones graves o muy graves del ordenamiento laboral y de Seguridad Social, incluyendo en este caso la normativa sobre seguridad y salud laboral, aunque la norma la separe. Pues, como hemos dicho, en aplicación del artículo 20 de la Ley, la autoridad que conoce la información sobre la existencia de una infracción administrativa grave o muy grave del orden social, debería remitir esa información a la autoridad competente, que es la autoridad laboral, en base a un principio de especialidad. Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley, al

<sup>49</sup> Recordemos que la Directiva en el artículo 4º, al definir el ámbito de aplicación personal, señala el contexto laboral como la principal fuente de información y las personas que tengan la condición de trabajadores los principales protagonistas de las garantías de la norma; sin perjuicio de que el ámbito personal de aplicación se extienda más allá de las personas trabajadoras.

indicar que “tras detallar el procedimiento de recepción de las comunicaciones... el articulado de la norma aborda el trámite de admisión, en el que después de un análisis preliminar, se decide sobre su admisión a trámite, inadmisión motivada si concurre alguna de las causas tasadas que a tal efecto se prevén, comunicación inmediata al Ministerio Fiscal si la conducta pudiera ser constitutiva de delito o remisión a otra Autoridad u Organismo que pudiera resultar competente para la tramitación de la comunicación”.

Sobre la base del mismo principio de especialidad, en caso de que la autoridad considerase que la información recibida sobre la infracción pudiera ser constitutiva de un ilícito penal, tendría que remitir la información al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión Europea (artículo 18.2 c) de la Ley 2/2023).

De este modo, podemos decir que las competencias sancionadoras de la Autoridad independiente o de las autoridades autonómicas correspondientes, se centrarían sólo en las infracciones y sanciones previstas en la Ley 2/2023; sin que pudieran considerarse competentes para sancionar, por tanto, por las infracciones previstas en la LISOS, que, como hemos dicho, tienen regulado su propio procedimiento.

No obstante, algunos autores han planteado dudas sobre la competencia de la Autoridad Independiente para sancionar por incumplimientos que tienen lugar en el contexto laboral y que, por tanto, están recogidos tanto en la Ley 2/2023 como en la LISOS, provocando un problema de improcedencia de la doble sanción por aplicación del principio *non bis in idem*. Se produce, por ejemplo, en relación con la infracción tipificada en el artículo 63.1 b) de la Ley 2/2023 que considera infracción muy grave la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación. Si la conducta represora generase una situación discriminatoria, entraríamos en el tipo de la infracción recogida en el artículo 8.12 de la LISOS - las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones -, siendo la sanción prevista en la Ley 2/2023 más elevada económicamente que la de la LISOS<sup>50</sup>. Este supuesto debería solucionarse aplicando el principio de especialidad y considerando competente para instruir el procedimiento a la autoridad laboral (Inspección de Trabajo en este caso), salvo que el hecho constitutivo de la infracción no pueda subsumir en el tipo del artículo 8.12 de la LISOS y tenga mejor encaje en el de la Ley 2/2023.

La segunda cuestión tiene que ver con la obligación de poner en conocimiento, como hemos comentado, del Ministerio Fiscal, con carácter inmediato, por el responsable del sistema interno, la información recibida, cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (art. 9.2.j). Obligación que

<sup>50</sup> Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. RR-5.5.

también aparece, como hemos visto, en el artículo 18 para el caso de que la información se reciba a través del canal externo. Este deber de comunicación al Ministerio Fiscal de las informaciones sobre hechos que pudieran ser constitutivos de delitos no se reproduce con la misma intensidad en el caso de las infracciones administrativas, donde no se establece la obligación del responsable del sistema interno de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo la información<sup>51</sup>.

#### **4. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y LA AUTORIDAD LABORAL**

Como hemos tenido ocasión de comentar, la Autoridad Independiente de Protección del Informante aparece como la entidad receptora de la información que se canalice a través del canal externo de información. Así, el artículo 16 de la Ley establece que “toda persona física podrá informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley”. Por su parte, la disposición adicional undécima de la Ley concede al consejo de Ministros un plazo de un año, desde la entrada en vigor de la Ley, para aprobar mediante Real Decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública, el Estatuto de la Autoridad Independiente, que determinará su creación.

Esto, hasta la fecha de cierre de nuestro estudio, no se ha producido aún, con el consiguiente perjuicio para la fiabilidad del sistema de información creado por la Ley<sup>52</sup>, por lo que las Comunidades Autónomas han ido haciendo depender de sus Agencias y Oficinas antifraude, en la mayoría de los casos, estas funciones<sup>53</sup>.

En relación con las competencias de la Autoridad Independiente, hay algunos apartados de la norma donde se puede percibir cierta indefinición de las competencias

<sup>51</sup> En el mismo sentido, Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p 262.

<sup>52</sup> Vid. Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 254, para quien “es previsible que la habilitación de los canales internos no resulte inicialmente muy eficaz pues, en ausencia de garantías externas, las personas informantes prefieran aplazar unos meses el uso del nuevo instrumental de colaboración ciudadana”.

<sup>53</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Cataluña, que hace residir autoridad Independiente de Protección del Informante en la Oficina Antifraude de Catalunya; su designación, tanto en lo referente al sector público como para el privado, la establece la disposición adicional séptima (Protección de las personas que alertan de infracciones normativas) de la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023 (DOGC núm. 8877, de 17.03.2023). También es el caso de Andalucía, que establece un canal externo de información, considerando autoridad competente a la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (mediante Resolución de 20 de marzo de 2023 de la Oficina, se crea y ordena la puesta en funcionamiento del canal externo de información (canal

de la AAI o su preferencia en la actuación frente a otras administraciones como la laboral. Un ejemplo de ello es el artículo 23, donde se regula el procedimiento de traslado de comunicaciones a la AAI; y dice expresamente que “cualquier autoridad que reciba una comunicación y no tenga competencias para investigar los hechos relatados por tratarse de alguna de las infracciones previstas en el título IX, deberá remitirla a la AAI dentro de los diez días siguientes a aquel en el que la hubiera recibido”. Esta opción del legislador podría generar dudas en el supuesto en que se diera coincidencia entre el tipo de la infracción regulada en la Ley 2/2023 con otra infracción prevista en otro ordenamiento, como el laboral. El ejemplo de las conductas represoras discriminatorias, por ejemplo, ha sido puesto de manifiesto por algunos autores<sup>54</sup>.

Otra solución, en caso de concurrencia de competencias, podría venir determinada por la preferencia de la AAI para actuar, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el artículo 20.2 c) en relación con el 18.2 d) de la Ley, debiendo, una vez analizada la información, remitir a la autoridad laboral el expediente por considerarla competente. Esta es, sin duda, la opción más congruente, por cuanto la autoridad laboral es la competente, por razón de especialidad, en la sanción de infracciones laborales.

## 5. CONCLUSIONES

La Ley 2/2023 ha tenido un enorme impacto en las organizaciones empresariales y públicas, especialmente en las que no contaban con canales internos de comunicación de incumplimientos. Desde su entrada en vigor, esta norma obliga a estas organizaciones a crear estos canales internos y externos de comunicación y a garantizar la protección de los informantes.

No cabe duda de que el ámbito de aplicación de la norma es amplísimo, tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores; pero no por ello ofrece la seguridad jurídica necesaria. De este modo, obliga al informante, en lo que a nosotros interesa, personas trabajadoras, que no tienen por qué tener conocimientos jurídicos, a realizar una reflexión acerca de si un determinado incumplimiento está o no dentro del ámbito de la norma y es susceptible de ser informado, por tanto. Tampoco parece dejar muy clara la norma cuándo ha de utilizarse un canal u otro, dejando a la libertad de elección de la persona trabajadora el recurso a los mismos.

de denuncias) para el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía). La misma posición han adoptado otras comunidades autónomas como la Valenciana, Baleares, Navarra o Asturias.

<sup>54</sup> Vid. de nuevo Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. RR-5.5.

Así, las dudas que esta norma puede ocasionar pueden llevar a disuadir al denunciante o informante y a eliminar, de este modo, el objetivo de la norma<sup>55</sup>; por ello la Directiva insiste, en su considerando 32, en que “los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación”.

Tampoco contempla la norma la posibilidad de informar sobre conductas que, siendo contrarias a la ética o reprobables, no constituyan infracciones graves o muy graves del ordenamiento; al menos no considera que la comunicación de este tipo de informaciones merezca la protección y las garantías que recoge la Ley para los informantes.

No cabe duda de que los sistemas internos de información pueden integrarse en sistemas más amplios de *compliance* y mejorar tanto las garantías de los informantes, como el ámbito material de aplicación. Sólo garantizando realmente la confidencialidad y la protección de los informantes, se podrá lograr el objetivo de fomentar la cultura de la información en las empresas, pues, de otro modo, correremos el peligro de desincentivar su utilización.

No obstante, la obligación contenida en la norma de “consultar” con la representación e los trabajadores la implantación de estos sistemas internos puede abrir un espacio de negociación que ayude a concretar qué materias serán abordadas y cuáles derivadas a la autoridad competente. Incluso puede extenderse el ámbito de protección a las infracciones laborales de carácter leve u otros incumplimientos no recogidos en el ámbito de aplicación de la Ley, pero que resulte conveniente resolver en el seno de la organización empresarial.

Por último, podemos afirmar que el plazo de tiempo concedido a las organizaciones empresariales y, sobre todo, al sector público, para implantar los sistemas de información es muy corto, lo que puede determinar que muchas de estas organizaciones no lleguen a cumplir adecuadamente la norma. Téngase en cuenta, además, que aún no se ha creado la Autoridad Independiente.

<sup>55</sup> Así lo pone de manifiesto Fernández Ramos, S., “Ámbito de aplicación”, op. cit. p. 52, haciendo hincapié en la falta de seguridad jurídica generada por la norma: “es fácil de colegir que el resultado de este ámbito prolijo y de estas reglas de aplicación es de una innegable complejidad, lo cual arroja serias dudas sobre la efectividad del dispositivo legal, pues los ciudadanos deben realizar evaluaciones complejas que requieren conocimientos especializados y permanentemente actualizados. Como señaló en su día el propio Tribunal de Cuentas de la Unión, esta complejidad podría reducir la seguridad jurídica de los denunciantes potenciales y, en consecuencia, disuadirles de informar sobre infracciones” (Dictamen del Tribunal de Cuentas UE nº 4/2018).