

EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS: PROFESIÓN Y
NATURALEZA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

*THE WHISTLEBLOWING CHANNEL MANAGER: PROFESSION AND
NATURE OF THE CONTRACTUAL RELATIONSHIP*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1922-1955



Juan Carlos
VELASCO
PERDIGONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La sociedad, cada vez más, requiere de actuaciones éticas por parte de las corporaciones. En determinadas situaciones, el ordenamiento ha respondido con novedosos instrumentos que pretenden impulsar una cultura ética corporativa. Uno de estos elementos ha sido la implantación de la responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y los condicionantes para su exoneración, incluyéndose en éstos últimos —de forma indirecta— la exigencia o recomendación de canales de denuncia a través de los cuales se ponga en evidencia las infracciones. Los legisladores parecen encomendar la gestión de dichos canales a personas o grupo de personas (departamentos) profesionales que entablarán una hipotética relación jurídica respecto a los demandantes de sus servicios, las entidades u organizaciones.

La disciplina jurídico-privada no puede permanecer ajena a una realidad profesional que, más pronto que tarde, demandará interpretaciones o adaptaciones del ordenamiento. Así, este artículo aspira a interpretar cómo la realidad profesional del gestor del canal de denuncias (elemento integrante de los sistemas de información) impacta en el ordenamiento contractual, abordándose algunas reflexiones sobre la novedosa figura y la naturaleza de esta eventual relación jurídica. Para ello, se efectúa una exégesis de la normativa específica integrada con los distintos sectores que inciden en el ordenamiento contractual (laboral, administrativo y civil), la doctrina científica y los postulados de la jurisprudencia. El inminente nacimiento de una nueva figura profesional podrá comportar la exigencia de cambios legislativos o, más bien, una regulación estatutaria que delimite los aspectos más relevantes de los sectores materiales del ordenamiento (contractual) que confluyen.

PALABRAS CLAVE: Canal de denuncias; informante; oficial de cumplimiento normativo; contrato; naturaleza; cumplimiento.

ABSTRACT: *Society increasingly requires ethical actions from corporations. In certain situations, the legal system has responded with novel instruments that seek to promote a corporate ethical culture. One of these elements has been the introduction of the liability (criminal or administrative) of legal persons and the conditions for their dismissal, the latter including - indirectly - the requirement or recommendation of whistleblowing channels through which infringements can be brought to light. The legislators entrust the management of these channels to professional persons or groups of persons (departments) who will enter into a hypothetical legal relationship concerning those demanding their services, the entities or organisations.*

The private legal discipline cannot remain oblivious to a professional reality that, sooner rather than later, will demand interpretations or adaptations of the legal system. Thus, this article aims to interpret how the experienced fact of the manager of the complaints channel (an integral element of the information systems) impacts the contractual system, addressing some reflections on the new figure and the nature of this possible legal relationship. To this end, an explanation is made of the specific regulations integrated with the different sectors that impact the contractual order (labour, administrative and civil), scientific doctrine and the postulates of jurisprudence. The imminent birth of a new professional figure may lead to the need for legislative changes or, instead, a statutory regulation that delimits the most relevant aspects of the material sectors of (contractual) law that converge.

KEY WORDS: Whistleblowing channel; whistleblower; compliance officer; contract; legal nature; compliance.

SUMARIO.- I. PREÁMBULO. – II. CANAL DE DENUNCIAS, SISTEMA DE INFORMACIÓN Y GESTOR: REFERENCIAS NORMATIVAS. 1. Art. 31 bis CP. - 2. Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. - 3. Derecho proyectado: Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. – III. EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS Y DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN: NOTAS CARACTERÍSTICAS Y CONCEPTO. - 1. Notas características. - A) Ausencia de regulación. - B) Naturaleza. - C) Cualificación. - D) Composición. - E) Nombramiento. - F) Independencia. - G) Función social. - H) Onerosidad. - 2. Concepto (boceto). – IV. RELACIÓN JURÍDICA. - 1. Formas de gestión: interna y externa. - 2. Naturaleza. - A) Relación laboral: el contrato de trabajo. - B) Relación civil: el contrato de servicios. - C) Relación administrativa. – V. CONCLUSIONES.

I. PREÁMBULO.

La cultura ética empresarial y el interés en la mejora del gobierno corporativo ha sido una de las cuestiones que más ha importado a la sociedad del siglo XXI. Los escándalos financieros producidos en esferas internacionales (“Enron” o “Lehman Brother”, entre otros) y la corrupción han sido la causa directa de esta preocupación. Este marco se ha traducido en un progresivo interés por la función de “Compliance”, mediante la puesta en marcha de códigos auto-normativos en los que se recogen principios y recomendaciones sobre el buen gobierno², así como el progresivo aumento de reformas legislativas, la más trascendental (en el caso de España) la del *Código Penal* (CP en adelante) con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

El ordenamiento patrio, a consecuencia de la presión internacional, introduce *ex novo* la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alterándose íntegramente el aforismo romano *societas delinquere non potest* (“las sociedades no pueden delinquir”)⁴. Así, dos relevantes reformas legislativas introducen y regulan este

1 Ya el profesor OLIVENCIA puso de relieve —para el ordenamiento español— la necesaria transformación del gobierno corporativo de las organizaciones. Puede decirse que fue uno de los principales impulsores del buen gobierno y la implementación de protocolos de buena gestión de los administradores en las sociedades mercantiles. Su aporte tuvo como precedente el encargo que le hacía el Consejo de Ministros (28 de febrero de 1997) con la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (“Comisión Olivencia”). La principal misión fue impulsar la eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión de las entidades, alineado (y muy cercano) a los principios de “Corporate Governance”. Vid. OLIVENCIA RUIZ, M.: *Escritos jurídicos, vol. I y II*, Fundación El Monte, Sevilla, 2005.

2 Vid. VÁZQUEZ RUANO, T.: *Principios de Corporate Governance*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 36-40.

3 Vid. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010) y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015).

4 Vid. E.M. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

• Juan Carlos Velasco Perdigones

Profesor Doctor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz
juancarlos.velasco@uca.es

nuevo espectro⁵, con la previsión de mecanismos de exoneración (y en su caso atenuación) de una hipotética pena⁶, basado en la (ya citada) cultura ética corporativa, a través del establecimiento de un sistema de cumplimiento normativo (comúnmente denominado “Compliance”⁷), circunscrito a la supervisión, vigilancia y control, como mecanismo de prevención de irregularidades.

Uno de los pilares del sistema de “Compliance” es la implementación de canales de denuncia⁸ (acorde con el requisito 4º apdo. 5 art. 31 *bis* CP), cauces por los que se permita comunicar y, por ende, prevenir o detectar de forma anticipada posibles irregularidades, actos indebidos o comportamientos que puedan traducirse en un perjuicio (penal, civil o administrativo) para una organización⁹. El legislador supranacional, en línea con la preocupación por la cultura ética corporativa y el “Compliance”, dicta la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre¹⁰, con el objeto de armonizar los distintos ordenamientos nacionales en lo relativo a la protección de las personas informantes de infracciones (denunciantes) (art. 1). Además de la pretendida protección, la norma establece la obligatoria implementación de canales de denuncia por los que comunicar las irregularidades (art. 8) y, que la gestión de éstos se efectúe por profesionales (considerando 74) internos o externos (art. 8.5)¹¹.

La necesidad de que las personas jurídicas cuenten con modelos de organización y gestión, que reduzcan o mitiguen la comisión delictiva y atribuyan funciones de supervisión, vigilancia y control a un órgano con poderes autónomos,

5 *Vid. supra* n. 3

6 *Vid. art. 33.7 CP*

7 Aceptación más común por su amplio recorrido en los países de corte anglosajona.

8 Señalar que los canales de denuncia se habían previsto en algunas disposiciones previas a las reformas del CP (2010 y 2015). A modo ilustrativo, el Código unificado de buen gobierno de la CNMV (2006) establecía recomendaciones referentes al establecimiento de cauces internos o mecanismos “que permita[n] a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa” (“whistleblowing”) [(50. 1º d)]. Más tarde, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo (BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010), exigió a los sujetos obligados la necesaria implantación de obligaciones de información; procedimientos adecuados en materia de control interno y, la comunicación por indicio.

9 ARMENTIA MORILLAS, P.: “1. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)”, en *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2018, p. 364.

10 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 (DOUE de 26 de noviembre de 2019). La “vacatio legis” de la norma se establecía en 20 días (posteriores a la publicación en el DOUE), por lo que entró en vigor el 16 de diciembre de 2019. Sin embargo, el art. 26.1 imponía a los Estados miembros la trasposición a sus respectivos ordenamientos a no más del 17 de diciembre de 2021.

11 La Circular 1/2016, de 22 de enero FGE (referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015) (FIS-C-2016-00001) advierte que resultará más eficaz el sistema de “Compliance” cuanto mayor sea el nivel de externalización: “(...) resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad”.

se han considerado los elementos preponderantes a valorar si se desea obtener el beneficio de la exoneración o atenuación de una hipotética condena criminal. En dicha apuesta por la prevención de infracciones e irregularidades y, dentro de los principios de buen gobierno y transparencia, se halla el desarrollo de los canales de denuncia, medios eficaces de autocontrol que, a través de la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la organización y/o de las normas legales, permitan tomar conocimiento de incumplimientos a fin de adoptar las pertinentes medidas de investigación y sus posibles consecuencias.

La antedicha realidad normativa (la responsabilidad penal de la persona jurídica y los canales de denuncia) fragua toda una revolución en el mercado de los servicios profesionales. La oferta y, a su vez, demanda de personal cualificado que asista a las entidades a la implementación de lo dispuesto por el nuevo ordenamiento, trasciende a diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico-privado¹². Esto es así al habilitarse por el ordenamiento la posibilidad de externalizar tanto la función de “Compliance”¹³ como la gestión del canal de denuncias¹⁴, entendiéndose el contrato de servicios el instrumento que mejor responde a la naturaleza de la relación jurídica entre las entidades demandantes y los profesionales oferentes de los cualificados servicios (de “Compliance” y/o de gestión de los canales de denuncia)¹⁵. Sin embargo, conforme a la previsible norma interna de transposición (en trámite parlamentario), el espectro se amplifica a otros sectores del ordenamiento como el laboral o el administrativo ante el posible desempeño interno de las funciones de gestión (de los canales) por entidades y corporaciones de naturaleza pública y privada¹⁶.

La rúbrica del trabajo enmarca la pretensión, sin agotarla completamente: algunas consideraciones sobre el profesional de la gestión del canal de denuncias (o sistema de información) y el deslinde de la naturaleza jurídica de una hipotética relación. El panorama jurídico asiste al nacimiento de una nueva figura de la que nacen interrogantes desde el prisma jurídico-contractual. Así, a partir de un estudio exegético de las normas impulsoras (en integración con el resto del

12 Sobre el particular, en lo trascendente a las relaciones jurídico-privadas con el oficial de cumplimiento normativo o “compliance officer”, figura derivada de lo dispuesto por el art. 31 bis CP (condición 2ª apdo. 2) y aclarada por la Circular 1/2016 FGE (apdo. 5.4), vid. VELASCO PERDIGONES, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2022.

13 Vid. Circular 1/2016 FGE

14 Vid. Art. 8.5 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre

15 A pesar de estar vigente la nomenclatura “arrendamiento de servicios” (art. 1544 CC), debe entenderse que ésta es propia de otra época y habría que apostar —como hacen las previsiones de *Soft Law*— por la denominación de “contrato de servicios”, concepto que abandona la exclusiva identificación con la obligación de medios y que actualmente englobaría a las modalidades (con naturaleza de hacer) de servicios y de obra [CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021, pp. 39 y 64].

16 Proyecto de Ley (121/000123) reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en tramitación en el momento de finalización de la redacción de este trabajo). Vid. n. 47.

ordenamiento) y de la extracción de las notas características del profesional, los interrogantes a resolver se ciñen al análisis de la naturaleza de la hipotética relación contractual, dejándose para estudios posteriores el resto de interrogantes que la relación puede suscitar. En consecuencia, se trataría de aclarar cuestiones básicas de una nascente figura profesional, carente de un consolidado recorrido en el ordenamiento jurídico, considerándose como punto de partida el estudio de su naturaleza.

Para la consecución de lo propuesto, se propone profundizar en las normas creadoras del perfil profesional¹⁷, para consecuentemente afrontar sus notas características¹⁸ y una aproximación a su concepto¹⁹. A partir de esta base, a través de las formas de gestión que exhibe la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre y el derecho proyectado²⁰, delimitar la naturaleza (laboral, civil o administrativa) de la relación jurídica entre las entidades u organizaciones demandantes de la gestión y sus prestadores profesionales²¹.

Cualquier investigación, incluida la jurídica, carece de interés si no dispone de una exposición clara del camino que conduce a la consecución de los fines inicialmente propuestos. Esto es, exponer el procedimiento o reglas a las que debe atenderse la mente en el proceso cognoscitivo de pretender alcanzar la verdad²², un método racional que intente llegar a la finalidad gnoseológica a la que se aspira²³.

Al fin precedente sirven los medios tradicionales del estudio del Derecho: la exégesis de las normas, la interpretación de la doctrina científica y la jurisprudencia. El método científico empleado se configura como cualitativo, concretándose en la interpretación normativa que da origen al gestor del canal de denuncias (o sistema de información), en integración con otros aspectos del ordenamiento. La idea es emprender el objeto propuesto mediante el recurso, principalmente, a las fuentes formales del Derecho y a otras derivadas como la literatura científica y los pronunciamientos de los tribunales.

Las fuentes empleadas son varias y de diferentes disciplinas. Se recurre principalmente a la interpretación e integración de dos bloques de fuentes jurídicas directas: *i*) las derivadas del marco legal del fenómeno (art. 31 *bis* CP y Directiva 2019/1937, de 23 de octubre); y, *ii*) las propias del ordenamiento jurídico-contractual (disciplinas civil, laboral y administrativa). Además, se recurre

17 *Infra* II

18 *Infra* III. 1

19 *Infra* III. 2

20 *Infra* IV. 1

21 *Infra* IV. 2

22 PÉREZ ESCOBAR, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010, p. 33.

23 HERRERA, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 10.

a título orientativo a las previsiones de la futura Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, poniéndose de relieve aquellos aspectos de interés sobre el objeto de estudio.

Interesa, en primer término, el análisis de los preceptos del CP (requisito 4º apdo. 5 art. 31 *bis* CP), por regular la inserción de la obligación de información de posibles riesgos e incumplimientos en los modelos de organización y gestión, que podría ser a través de canales de denuncias. En segundo lugar, para seguir el orden lógico de lo general a lo particular, el análisis de algunas previsiones de la norma comunitaria y del futuro proyecto de transposición, especialmente las previsiones relativas a la gestión de los canales de denuncia (o sistemas de información en su conjunto). Una vez concluida esta parte, lo siguiente es extraer las notas características del profesional de la gestión, para más adelante emprender la labor de descifrar las formas de prestación y naturaleza de la relación.

II. CANAL DE DENUNCIAS, SISTEMA DE INFORMACIÓN Y GESTOR: REFERENCIAS NORMATIVAS.

I. Art. 31 *bis* CP.

El art. 31 *bis* CP inserta y regula la responsabilidad penal —por transferencia [supuestos a) y b)]— de las personas jurídicas, reconociéndose una serie de condicionantes como mecanismos de exención o atenuación, dependiendo de las personas que comentan el ilícito²⁴.

La letra a) engloba a los representantes y a aquellos autorizados a la toma de decisiones u ostenten facultades de organización y control (ya actúen de forma individual o colegiada). Para estos supuestos, los requisitos para la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética pena, se recogen en el apdo. 2 art. 31 *bis* CP. Esto es:

i) la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o reducir el riesgo;

24 El CP, en las letras a) y b) art. 31.1 *bis* CP, determina dos grupos de personas que pueden transmitir la responsabilidad a la persona jurídica. Por un lado, se hace responsable por “los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control”; y, por otro, responderá la persona jurídica de “los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad [...]”.

ii) la supervisión del funcionamiento y cumplimiento de dichos modelos mediante un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control (oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*²⁵) (o quien tenga encomendada legalmente tal función);

iii) los autores individuales cometan el delito eludiendo fraudulentamente los modelos; y,

iv) ausencia de omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano supervisor.

Por su parte, la letra b) hace responsable a la persona jurídica de los delitos cometidos por los subordinados a las órdenes de los representantes y autorizados que han podido consumir el ilícito por incumplirse gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control impuestos. Para este supuesto, la persona jurídica podrá exonerarse si ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para la prevención delictiva o disminución del riesgo de comisión.

El apdo. 5 art. 31 *bis* CP enumera los requisitos que han de cumplir los denominados modelos de organización y gestión para que sean eficaces y cumplan la finalidad preventiva²⁶. De este elenco, debe destacarse el 4º, que establece expresamente: “[...]mpondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”. Hace referencia a la necesaria previsión (en los modelos preventivos) de un mecanismo o vías de información o comunicación de eventuales riesgos e incumplimientos. El literal del precepto no se refiere expresamente al canal de denuncias o de información, pero tanto la Circular I/2016 FGE como la doctrina científica identifican a este instrumento como un medio para la consecución de la finalidad informativa. La citada instrucción de la FGE considera que, además de prevenir, un modelo de organización y gestión debe posibilitar la detección de conductas criminales, añadiéndose que esto se consigue mediante la implementación de canales que comuniquen incumplimientos o actividades ilícitas (complementándose con un marco idóneo para la protección del denunciante)²⁷.

Los autores ponen de relieve que para la consecución del requisito 4º (apdo. 5 art. 31 *bis* CP) —obligación de informar—, será imprescindible que la persona jurídica se dote de mecanismos de comunicación entre empleados, órgano de administración y el de supervisión, que se prevea un procedimiento ágil de

25 La norma no se refiere expresamente al oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, sino que lo aclara el apdo. 5.4 de la Circular I/2016 FGE.

26 Vid. Apdo. 5 art. 31 *bis* CP

27 Vid. apdo. 5.3 Circular I/2016 FGE

investigación con el objeto de denunciar o informar de eventuales infracciones o incumplimientos, para así prevenir o aminorar sus consecuencias lesivas²⁸. Realmente, lo pretendido por la norma es el establecimiento de un mandato imperativo en los modelos de organización y gestión para que, quienes se relacionen (directa o indirectamente) con la entidad, adviertan al órgano de supervisión cualquier vulneración o infracción normativa²⁹ y, por ende, detectarlas a tiempo³⁰.

Con la información que ofrece el art. 31 bis CP y las aclaraciones de la Circular I/2016 FGE, algunos autores emprendieron la tarea de definir y delimitar el concepto de canal de denuncias, entendiéndose este como un medio o mecanismo eficaz de autocontrol³¹ interno que se establece en una organización con el objetivo de comunicar para prevenir, detectar o corregir deficiencias³², posibles irregularidades, actos indebidos o comportamientos contrarios (que puedan implicar algún tipo de responsabilidad³³).

Otra de las cuestiones relevantes a los efectos de este trabajo es la determinación del sujeto que ha de gestionar la citada vía de información o canal de denuncias. El art. 31 bis CP sólo impone la obligación de informar “al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, esto es, al sujeto referido en la condición 2ª apdo. 2 art. 31 bis CP: el “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”. La norma advierte exclusivamente de la necesaria comunicación de información de hipotéticos riesgos e incumplimientos al órgano supervisor, pero no determina que sea este necesariamente el que tenga que afrontar la tarea de gestionar el riesgo comunicado. La respuesta o claridad al respecto debe extraerse de lo dispuesto en la Circular I/2016 FGE. Esta equipara al citado órgano supervisor con el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*: “la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*)”³⁴. Además, cuando se pretende por

28 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos”, en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, (J.L. GÓMEZ COLOMER y C.M MADRID BOQUÍN), 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 343-344.

29 AGUILERA GORDILLO, R.: *Compliance Penal en España*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2018, p. 297.

30 ABIA GONZÁLEZ, R., y DORADO HERRANZ, G.: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento- Compliance Management System*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2017, p. 62.

31 MANDRÍ ZARATE, J.: “Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance”, en *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (J. PUYOL), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 256-257.

32 ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del compliance officer*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016, p. 129.

33 ARMENTIA MORILLAS, P.: “I. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)”, *op.cit.*, p. 366.

34 Vid. Apdo. 5.4 Circular I/2016 FGE.

la Fiscalía el deslinde de su responsabilidad, se deja entrever que, por su especial posición, podrá responder el *compliance officer* de la gestión del canal de denuncias (“siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación”)³⁵. Sin embargo, de la redacción (relativa a la responsabilidad del *compliance officer* por la gestión del canal) se extrae que la FGE no obliga a que sea el oficial de cumplimiento normativo el competente de la gestión del canal, sino que podrá responder en caso de ser el gestor.

A pesar de no existir una previsión específica acerca de quién ha de gestionar el canal, la literatura científica mayoritaria deduce que la gestión del canal de denuncias —esencial en un sistema de *Compliance*— puede ser desarrollada por el oficial del cumplimiento normativo³⁶. A pesar de ello, podrá desempeñar la función de gestión el propio profesional del cumplimiento de la corporación, uno externo u otro órgano o figura distinta a la del *compliance officer* (como un comité de informaciones o de ética creado *ad hoc*)³⁷. Es decir, a la función de *Compliance* podrá o no encomendársele contractualmente la gestión; aunque parece lógico que previamente ha de disponer de unos conocimientos cualificados sobre la materia (carácter de profesional³⁸).

2. Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, (referente a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión) tiene por objeto establecer un marco normativo mínimo común que dote de un elevado nivel de protección de las personas informantes, deladoras o denunciadores de irregularidades o infracciones³⁹. La comunicación o información de incumplimientos puede conllevar represalias o resentimientos, teniendo en cuenta el perjuicio que puede suponer a la entidad u organismo infractor. Sin embargo, esta necesaria comunicación resulta de interés público, ya que con la denuncia se pretende

35 *Ibidem*.

36 Entre otros, ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del compliance officer*, *op.cit.*, p. 131; AGUILERA GORDILLO, R.: *Compliance Penal en España*, *op.cit.*, pp. 300-301, además de atribuir la función de recepción de denuncias e informaciones al *compliance officer*, entiende que debe analizarlas. El motivo que concede el autor radica en la mutilación de la función de *Compliance* al privársele de elementos que pueden resultar fundamentales para conocer el estado de los riesgos y controles. Sin embargo, del literal de la norma, lo único que se extrae es la necesaria comunicación al órgano de cumplimiento. Este será o no el encargado de la gestión de lo recibido, como posteriormente aclara el autor en su trabajo. Por su parte, MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 202, mediante cita a SÁNCHEZ SOLER (“La figura del compliance Manager. Análisis de las funciones encomendadas al órgano de supervisión y cumplimiento”, *Revista Contable*, núm. 36, septiembre, 2015), señala que una de las funciones del órgano de supervisión (condición 2ª apdo. 2 art. 31 bis CP) es “obligar [...] a informar de los riesgos [...]”.

37 MANDRI ZÁRATE, J.: “Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance”, *op.cit.*, p. 262.

38 El carácter profesional se deriva de la propia Directiva 2019/1937, de 23 de octubre (considerando 74).

39 *Vid.* Art. 1 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

descubrir y prevenir y, en definitiva, promover el bienestar de la sociedad en su conjunto (considerando I). La protección del denunciante se torna necesaria al objeto de dotar de eficacia a los canales de denuncia y al *Compliance* en general⁴⁰.

En la norma comunitaria se ausenta la definición de canal de denuncias; parece darse por sabido, pero hubiera sido clarificador incluirla en el art. 3 ([d]efiniciones) a los meros efectos aclaratorios e interpretativos. Eso sí, considera el vocablo “denuncia” o acción de “denunciar” como “la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones”.

Con este marco, la UE impone la necesidad de implementar uno de los elementos del sistema de *Compliance*, los canales (internos) de denuncia como mecanismo o instrumento de comunicación e información de incumplimientos (requisito 4º apdo. 5 art. 31 bis CP)⁴¹. Dentro de los destinatarios obligados se engloba al sector privado y también al público (art. 8.1). Se atribuye la potestad a los Estados miembros para la exención de la obligación de establecer los canales y procedimientos de denuncia interno a los municipios inferiores a 10000 habitantes o con menos de 50 trabajadores y, a las entidades del sector privado con menos de 50 trabajadores (art. 8.9).

En lo tocante al sujeto que debe encargarse de la gestión del canal de denuncias, la citada Directiva sólo aborda la forma en que puede desarrollarse: i) internamente por una persona o departamento (designados al efecto); o, ii) externamente por un tercero⁴². No se establece si ha de ser el *compliance officer* (interno o externo) de la organización u otro perfil distinto, aunque este sería muy recomendable por los conocimientos y experiencia en la materia⁴³. Hay que tener en cuenta que la gestión del canal debe diferenciarse del órgano encargado de recibir las comunicaciones (ex art. 31 bis CP), que podrá o no coincidir con la gestión de la información recibida por las vías de comunicación establecidas al efecto. Tampoco

40 En este sentido, vid. GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (A. NIETO MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 226.

41 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Compliance y contrato de seguro privado*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2020, p. 71 afirma que “[...] la Unión Europea establece de manera definitiva la obligatoriedad de sistemas de *corporate compliance* [...]”, pero realmente, la institución supranacional está exigiendo la adopción de uno de los elementos que ha de componer el sistema de *Compliance* o los denominados modelos de organización y gestión. El *Compliance* no se configura en el CP como una obligación legal a cumplir por las personas jurídicas destinatarias de la norma (vid. art. 31 bis CP), sino que se establece un beneficio penal para aquellas que hayan adoptado eficazmente una serie de medidas preventivas. Eso sí, será requisito imprescindible para aquellas corporaciones que deseen hacerlos valer para obtener la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética condena.

42 Vid. Art. 8.5.

43 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Compliance y contrato de seguro privado*, op.cit., pp. 73 y 105 atribuye directamente al *compliance officer* la responsabilidad de tramitar las denuncias y gestionar el cumplimiento, a pesar de no establecerse tal encargo ni el literal del CP (en lo referente al canal de denuncias) ni en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. Sin embargo, como se verá, el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción habilita al responsable de cumplimiento normativo o *compliance officer* de la organización para que potestativamente se designe responsable del sistema interno de información (art. 8.6).

se extrae de la norma que haya de ser la corporación la encargada directa de tal gestión, pues que se imponga la responsabilidad de implementar los canales no significa que deba directamente gestionarlos⁴⁴.

Determinar o dar por hecho que debe responsabilizarse al *compliance officer* de la gestión del canal puede resultar impreciso, pues las normas analizadas no establecen una obligación como tal, más que la simple acción de recibir información. De hecho, podría recepcionar ésta y cederla posteriormente al encargado de su gestión que podrá ser un oficial de cumplimiento o no. En una interpretación extensiva de lo estudiado, podría llegarse a la natural convicción de que el oficial de cumplimiento tenga la misión de gestionar el canal, pero podría traer consigo consecuencias en el plano obligacional (v.gr. la responsabilidad en su gestión cuando expresamente no está previsto que deba encargarse). Quizá, lo aconsejable sería no dejarlo a la interpretación y preverlo expresamente en el contrato o instrumento en el que se formalice el encargo de las funciones.

3. Derecho proyectado: Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Como consecuencia de la necesaria transposición de la norma supranacional, los Estados miembros ya han debido de adaptar sus ordenamientos internos, teniendo en cuenta que el límite temporal venció el pasado 17 de diciembre de 2021⁴⁵, a excepción de las entidades del sector privado (de 50 a 249 trabajadores) que deban establecer canales de denuncia interna. Para este último caso, el plazo se amplía hasta el 17 de diciembre de 2023⁴⁶. España con el objeto de cumplir con lo dispuesto por las instituciones europeas, a la fecha de este trabajo, tramita (de forma urgente) el Proyecto de Ley (121/000123) reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁴⁷.

Previamente, aclarar que el articulado de la proyectada norma no recoge una definición concreta de “canal de denuncias”. Será la Exposición de Motivos la que, de forma muy simple, declare que se está ante: un “[...] buzón o cauce para [la] recepción de la información [...]”⁴⁸; uno de los elementos integrantes del

44 GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, *op.cit.*, p. 216.

45 *Vid.* Apdo. I art. 26.

46 *Vid.* Apdo. 2 art. 26.

47 BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-123-I de 23 de septiembre de 2022. A la fecha, el proyecto, en trámite de urgencia, se encuentra en la Comisión de Justicia Enmiendas, cuyo plazo de enmiendas al articulado se ha ampliado; https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000123 (consultado: 02 de noviembre de 2022).

48 *Vid.* Apdo. III E.M

denominado “Sistema interno de información”⁴⁹. Por tanto, este último quedaría compuesto, según la E.M (III), por: *i)* el canal (de denuncias); *ii)* un responsable gestor del sistema; y, *iii)* la configuración de procedimientos. Lo anterior resulta incongruente con el contenido dispuesto en el art. 4.I, pues este sólo identifica a uno de los elementos, el canal (y no al responsable ni al procedimiento): “el Sistema interno de información es el cauce preferente para informar”. Por su parte, el art. 5.2 vuelve a englobar y, se identifican dentro del Sistema interno de información, los tres elementos señalados anteriormente (canal, responsable y procedimiento).

La previsión normativa responsabiliza al órgano de administración (u órgano de gobierno de la entidad u organismo) de la implantación del Sistema, independientemente de las fórmulas que se empleen para su gestión⁵⁰, el cual deberá:

- i)* permitir comunicar la información;
- ii)* estar diseñado, establecido y gestionado de forma segura y confidencial;
- iii)* permitir la comunicación por escrito o verbal;
- iv)* integrar los distintos canales de la entidad;
- v)* garantizar el tratamiento efectivo de las comunicaciones;
- vi)* respetar la independencia;
- vii)* nombrarse a un responsable del sistema (gestor profesional);
- viii)* contar con una política sobre sistema interno y defensa del informante;
- ix)* contar con un procedimiento de gestión de informaciones; y,
- x)* establecer las garantías para la protección de los informantes⁵¹.

El proyecto obliga a la implantación del “Sistema interno de información” tanto a las organizaciones del sector privado como a las del público. Del primero, se relacionan expresamente las siguientes: *i)* las personas físicas o jurídicas que dispongan de 50 o más trabajadores; *ii)* las personas jurídicas que se les aplique los actos de la UE en determinadas materias (servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales; financiación del terrorismo;

49 Dispone textualmente: “[...] Sistema interno de información que abarca tanto el canal, entendido como buzón o cauce para recepción de la información, como el “Responsable” del Sistema y el procedimiento”.

50 Acerca de las formas de gestión, *vid. infra* IV. I

51 *Vid. Art. 5.2*

seguridad del transporte y protección del medio ambiente, entre otras); *iii*) los partidos políticos; *iv*) los sindicatos; *v*) las organizaciones empresariales; y, *vi*) las fundaciones que reciban o gestionen fondos públicos.

Las entidades del sector público que expresamente quedan obligadas son: *i*) la Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades autónomas y Entidades que integran la Administración Local; *ii*) los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración, asociaciones y corporaciones; *iii*) Autoridades Administrativas Independientes, el Banco de España y las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social; *iv*) Universidades públicas; *v*) las Corporaciones de Derecho público; *vi*) fundaciones del sector público (que cumplan determinados condicionantes); *vii*) determinadas sociedades mercantiles; y, *viii*) los órganos constitucionales, de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas.

El anterior marco permite identificar a los eventuales sujetos que requerirán los servicios cualificados de gestión del citado sistema interno de información. Esto hace que, también, se pueda vislumbrar las heterogéneas y complejas relaciones jurídicas que pueden dar lugar, debatiéndose entre relaciones propias de una naturaleza pública u otras de carácter privado.

La futura norma, tal y como se encuentra, carece de una detallada reglamentación en lo concerniente al sujeto que se ha de dedicar a la gestión del sistema, como en cambio se hizo con la (análoga) figura del Delegado de Protección de Datos en el RGPD⁵² y en la LOPDGD⁵³. Sólo se abordan (sin extensión): *i*) las formas en las que puede desempeñarse la función de gestión [interna o externamente; mediante un órgano unipersonal o colegiado; o, la posibilidad de que pueda designarse como “Responsable del Sistema” al que desempeñe la función de cumplimiento normativo (*compliance officer*)]; *ii*) el necesario respeto a la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones (sin determinar cómo); y, *iii*) la evitación de conflictos de intereses (complejo propósito). Esto lleva a determinar que, ante la falta de regulación detallada, se deje a las distintas disciplinas que

52 El Reglamento Europeo 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE de 4 de mayo de 2016) dedica toda una Sección (4) al Delegado de Protección de Datos, regulándose: *i*) su designación; *ii*) posición; y, *iii*) funciones.

53 Por su parte, el Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018) amplía la regulación dispuesta en la norma europea para el profesional dedicado a la gestión de los datos personales. Se establecen previsiones sobre: *i*) su designación (con especificación de las entidades obligadas); *ii*) la necesaria cualificación y carácter de profesionalidad; *iii*) relativa a su posición y protección (remoción, sanción, independencia, confidencialidad y secreto); y, *iv*) facultad de intervención. Para mayor profundidad, en lo relativo a su perfil y relación jurídico-privada, *vid.* VELASCO PERDIGONES, J.C.: “Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual”, *Actualidad civil*, 2021, 1; VELASCO PERDIGONES, J.C.: “El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021.

componen el ordenamiento jurídico-contractual para que regulen y detallen esta particular o “especial” relación.

Además, de las anteriores notas se puede extraer que el gestor o profesional dedicado a la gestión del sistema de información se encuentra, respecto de la organización, en una compleja y delicada posición. Conclusión a la que se llega por tres aspectos citados anteriormente: el obligatorio respeto a la independencia (arts. 6.2 y 8.4); la evitación de conflictos de intereses (art. 8.5); y, la necesaria confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones (art. 6.2).

III. EL GESTOR DEL CANAL DE DENUNCIAS Y DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN: NOTAS CARACTERÍSTICAS Y CONCEPTO.

I. Notas características.

A) Ausencia de regulación.

A diferencia de lo que ocurre en otros sectores profesionales (v.gr. la abogacía⁵⁴ o la auditoría de cuentas⁵⁵), el gestor del canal de denuncias carece de una específica regulación estatutaria que le dote de seguridad jurídica. Tampoco se ha previsto, hasta ahora, de unas orientaciones básicas acerca de la relación contractual como ocurre con el abogado⁵⁶ o el auditor de cuentas⁵⁷. Y es que, el gestor del sistema de información o del canal de denuncias es un perfil profesional con una posición y estructura muy similar a las profesiones citadas y, de ahí que deba reflexionarse acerca de la exigencia de unas mínimas reglas que delimiten y reglamenten algunos aspectos controvertidos de su relación (v.gr. la independencia, el secreto profesional,

54 Vid. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 2021).

55 Vid. Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 173 de 21 de julio de 2015); Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 26 de 30 de enero de 2021).

56 El EGAE regula algunos aspectos de la relación contractual del abogado. Se habilita (como forma) el ejercicio individual por cuenta propia como por cuenta ajena, desarrollándose para este último unas mínimas normas laborales a cumplir (arts. 37 y ss.), entre las que se encuentra la necesaria forma escrita del contrato de trabajo. Además, existe una reglamentación más amplia en el ámbito contractual laboral en virtud del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (vid. Capítulo III). Sin embargo, la norma estatutaria no se pronuncia sobre aquellas relaciones que son ajenas a la disciplina laboral, propias del ordenamiento civil (contrato de servicios ex art. 1544 CC).

57 En la auditoría de cuentas también existen unas reglas mínimas en materia de contratación, catalogándose por el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, de una relación de naturaleza mercantil. La normativa impone la formalización por escrito; la identificación del objeto contractual y el trabajo a realizar; el término de contratación; honorarios; finalidad o razón por la que se realiza el trabajo; y, el plazo de entrega del informe de auditoría (vid. art. 11). También resulta de especial importancia, a modo de garantía y seguridad, la facultad del profesional de renunciar al contrato cuando no se ha atendido, previo al inicio de las funciones, la solicitud de provisión de fondos. Otros aspectos de interés son la reglamentación de la prórroga y rescisión del contrato (art. 60) y en lo relativo a la fijación de honorarios (art. 62). Estas previsiones dotan de seguridad jurídica al profesional de la auditoría, puesto que en materia contractual deberá primar lo dictado por el ordenamiento frente a la libertad de las partes.

el deber de custodia documental, la exigencia o no de forma al contrato, formas de ejercicio, regulación de los conflictos de intereses, etc.).

B) Naturaleza.

Una de las cuestiones de mayor interés es la naturaleza del gestor del canal de denuncias (o en su caso sistemas de información). Este se configura como un órgano interno o externo de las entidades obligadas. A este respecto, la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, no ve inconveniente en que la gestión sea llevada a cabo dentro de la propia entidad u organismo (por una persona o departamento) o acudiendo a la externalización (art. 8.5). Además, por parte del proyecto español también se permite que, en aquellas entidades u organismos que exista un responsable de cumplimiento normativo o *compliance officer*, sea este el designado como responsable de la gestión del canal (art. 8.6), si bien, hay que recalcar que no tiene por qué coincidir.

Tanto la Directiva como el proyecto nacional estiman que el sujeto designado ha de ser imparcial, esto es, que el desempeño de sus funciones sea independiente y autónomo. Estas notas resultan complejas de garantizar, con mayor intensidad cuando su desempeño es interno. Es difícil garantizar la imparcialidad de un sujeto que depende o está sometido a las órdenes y disciplina de la entidad que lo ha contratado, originándose eventuales y recurrentes conflictos de intereses a dirimir⁵⁸. Resulta paradójico que la norma proyectada sólo establezca previsiones expresas sobre garantías cuando la gestión es desarrollada por un órgano externo y, en cambio, nada se prevea para el caso contrario, el interno (en el que existen mayores notas de dependencia)⁵⁹.

Ante la ausencia de unas detalladas normas acerca de la independencia y autonomía, que doten de seguridad en el tráfico y, sobre todo, de un articulado sistema de garantías, serán las concretas relaciones jurídico-contractuales, y la libertad de las partes, las que deban reglamentar estas carencias (si se estima conveniente).

C) Cualificación.

La cualificación es, generalmente, una constante característica que se muestra en los profesionales⁶⁰. El conocimiento perito y experto en una determinada

58 VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Compliance y contrato de seguro privado*, op.cit, pp. 83-84.

59 Dispone expresamente el art. 6.2 “[l]a gestión del Sistema por un tercero externo exigirá en todo caso que este ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones”.

60 Vid. CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 25; Cfr. los postulados efectuados en torno a la distinción entre “profesional intelectual” y “profesional liberal” en YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, pp. 11-13.

materia no es ajeno a quien pretende dedicarse profesionalmente a la gestión de los canales de denuncia (o sistemas de información), pues parece obvio que se ha de contar con una mínima formación intelectual para poder desarrollar con solvencia las particularidades de tan específico trabajo.

La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, parece dotar del carácter de profesionalidad a aquellos que se encarguen de la gestión de los canales de denuncia. Son numerosas las previsiones que hacen alusión a la profesionalidad de este agente. Por un lado, se considera necesario el deber de formar “profesionalmente” a los responsables de la gestión de las denuncias⁶¹ y, por otro, se le pretende dotar de una protección (aunque insuficiente) similar a otros profesionales (v.gr. el secreto profesional y la confidencialidad⁶²).

Por su parte, el proyecto español no contempla si el gestor de los sistemas de información ha de contar con unos mínimos conocimientos o experiencia, tal y como se ha previsto para la (análoga y de similar estructura) figura del Delegado de Protección de Datos⁶³. Resulta de especial relevancia que el gestor deba disponer de cualidades profesionales y conocimientos especializados en la gestión del canal de denuncias y en el tratamiento de éstas, ya que por la posición que ostenta se hace imprescindible su profesionalización (unido al genérico deber de formación que hace la normativa supranacional). Además, la especialización es una garantía para que la estructura implementada en las organizaciones y corporaciones sean eficaces y cumpla la finalidad preventiva.

D) Composición.

En lo concerniente a la composición del responsable de la gestión, la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, tolera que la gestión interna sea mediante una persona o departamento designado al efecto o, en cambio, sea proporcionados externamente por un tercero⁶⁴.

El proyecto añade que el responsable de la gestión ha de ser una persona física individualmente designada y, su nombramiento “podrá llevar[se] a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo” (art. 6.1). La previsible norma permite la posibilidad de un órgano colegiado, pero deberá delegarse o, más bien, individualizarse en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema y la tramitación de los expedientes de investigación (art. 8.2). Aparte, en el sector privado (no se dice nada para el público), el responsable del sistema será un directivo de la entidad que ejercerá su cargo con independencia

61 Vid. Considerando (74).

62 Vid. Considerando (77).

63 Vid. Art. 37.5 RGPD y art. 35 LOPDGDD.

64 Vid. art. 8.5 Directiva 2019/1937, de 23 de octubre.

del órgano de administración o gobierno (art. 8.5), cuestión difícil de conseguir si no se le dota de un marco jurídico que garantice y blinde su posición frente injerencias o conflictos de intereses.

Por tanto, en cuanto a la composición del competente en la gestión de los sistemas de información o canales de denuncia, cabe decir que, por la seguridad y garantías que ofrece, su naturaleza responde a la de persona física, aunque la Directiva no lo detalle (sólo hace mención a una persona o departamento imparcial) y sólo se contenga en el proyecto nacional. El responsable del sistema podrá organizarse de forma colegiada, previéndose una individualización concreta de las facultades de gestión y tramitación en una determinada persona (un miembro del órgano colegiado).

E) Nombramiento.

En cuanto a la designación del gestor, el art. 8.1 del proyecto sólo responsabiliza al órgano de administración o de gobierno (de cada entidad u organismo obligado) del nombramiento de la persona física responsable de la gestión del sistema interno de información, considerándosele, además, competente para su destitución o cese. Así, se seguirá conforme a las normas de organización de cada una de las entidades obligadas para hacer efectiva la designación al no establecerse previsiones especiales ni en la Directiva ni en la norma proyectada.

F) Independencia.

La necesaria independencia del gestor carece de una regulación propia en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. En ésta sólo se contempla [en el considerando (56)], y exclusivamente para el sector privado, que la elección de las personas o departamentos de una entidad jurídica para encomendarles la recepción y seguimiento de las denuncias debe permitir, en todo caso, garantizar la independencia y la ausencia de conflictos de intereses. En cambio, en el proyecto nacional, la independencia y autonomía desempeña un papel más relevante, pero con ciertas ambigüedades. Así, se prevé tal carácter para los gestores externos del sistema, en los que, en todo momento, se deberá ofrecer garantías adecuadas de respeto a la independencia (art. 6.2). Es decir, se hace mención expresa a la independencia para el caso del gestor externo, el cual, por su naturaleza, lleva de suyo tal nota característica sin necesidad de especificación, a diferencia de lo que ocurriría con el interno. El precepto debería de incluir la citada cualidad para los órganos internos, ya que son más propicios de recibir injerencias y que afloran conflictos de intereses. Más adelante, se pretende salvar dicho defecto con el genérico deber de que el responsable del sistema desarrolle sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo. Sin embargo, por el papel y posición de la figura respecto

del ente, estas no resultarían suficientes, pues la recepción, tramitación y gestión de denuncias o información, con eventuales consecuencias negativas para la organización, puede quedar interferida por los que ostentan el poder corporativo.

La autonomía e independencia son características esenciales que han de concurrir tanto en los canales como en el gestor de éstos, ya que, de lo contrario, se pondrá en entredicho el verdadero fundamento y eficacia de los canales de denuncia (y de todo el sistema de información, afectando directamente a la eficacia de la estructura de *Compliance*). El gestor, al disponer de cierto poder de iniciativa y control de la información recibida, hace que pueda recibir de la organización acciones o decisiones arbitrarias e interesadas (v.gr. su destitución, cese unilateral, despido o resolución contractual). Sería de especial importancia reforzar la figura frente a injerencias, presiones o ceses interesados que pudieran derivar (directa o indirectamente) del poder corporativo. Al igual que ocurriría con el *compliance officer*, ante la ausencia de un estatuto profesional, será el contrato (de la naturaleza que sea) la vía de refuerzo de la posición del profesional respecto de la entidad, al menos hasta que exista un marco normativo mínimo que dote de seguridad jurídica a este nuevo sector⁶⁵.

G) *Función social.*

Al igual que ocurre con el *compliance officer*, quien también puede desempeñar las funciones de gestión del canal de denuncias, la figura que se analiza lleva a cabo una indudable función social⁶⁶. La repercusión social de la actividad de éste se pone de manifiesto en la forma en que sirve a los intereses generales. Y es que, la consecución de una sociedad más ética y justa, mediante la implementación de los canales de denuncia y, consecuentemente, su gestión, repercute de forma directa en toda la colectividad. A esta conclusión se llega a partir de la lectura de los considerandos de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, y de la exposición de motivos del proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

La citada Directiva resalta el “papel clave” que desempeñan las personas denunciantes, ya que mediante éstas se pretende el descubrimiento y prevención de infracciones, que comportará, consecuentemente, la obtención de cierto bienestar en la sociedad⁶⁷. Por otro lado, expone el proyecto legislativo que los ciudadanos están llamados a colaborar para la eficacia del ordenamiento jurídico (elemento clave en todo Estado de Derecho), colaboración que no sólo se

65 VELASCO PERDIGONES, J.C.: “La realidad profesional de ‘Compliance’ y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, octubre 2022, pp. 864-865.

66 VELASCO PERDIGONES, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer*, op.cit., pp. 65-66.

67 Vid. Considerandos (1) y (3).

manifiesta en el cumplimiento personal de las obligaciones, sino que, además, engloba el compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas. El gestor del canal de denuncias no es ajeno a esta realidad, pues su esencial existencia hace garantizar el buen funcionamiento del sistema interno de información y, con su labor se permite (en parte) prevenir infracciones del ordenamiento, que, en muchos casos, puede suponer la afectación de bienes jurídicos de importancia. La ausencia de un sujeto que gestione los canales de información podría comprometer algunos de los fundamentos que subyacen en las previsiones citadas, a modo de ejemplo: la prevención del ilícito, la protección del bienestar social y la consecución de una sociedad más ética y comprometida.

H) *Onerosidad.*

Hoy día, independientemente de la forma de retribución o de su relación jurídica, la dedicación profesional a la gestión, ya sea del canal de denuncias o del sistema de información, viene a considerarse una actividad propiamente retribuida, pues de ordinario vendrá a constituir un medio de vida de su prestador⁶⁸.

2. Concepto (boceto).

Las notas características precedentes llevan a esbozar un concepto más o menos certero de gestor del canal de denuncias (o, en su caso, de los sistemas de información). La definición que se ofrece parte de los elementos anteriormente estudiados, en los que hay que tener en cuenta que parte de ellos derivan de un proyecto normativo que, en el momento de la redacción del trabajo, se encuentra en trámite parlamentario, por lo que podría alterarse sustancialmente su esencia.

Así, se considera que el gestor del canal de denuncias (o de los sistemas de información) es el profesional, persona física (interna o externa) cualificada, imparcial y autónoma que, bien individualmente o formando parte de un órgano colegiado, es designada por el órgano de administración o gobierno de una entidad u organismo, para que diligentemente recepcione, gestione y/o tramite la información o comunicaciones recibidas a través de los canales (internos o externos) de denuncias implantados en dicha entidad u organismo.

IV. RELACIÓN JURÍDICA.

Algunos autores han diferenciado la relación jurídica del negocio jurídico, considerando que lo que define a la primera es: i) el carácter orgánico u organizado;

68 Vid. DELGADO GONZÁLEZ, A.F.: *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones de España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, Reus, Madrid, 1996, p. 5 y ss.

y, ii) la función social a la que está llamada a desarrollar o desplegar⁶⁹. La relación jurídica es catalogada de patrimonial cuando la relación es el cauce idóneo para la realización de los fines o intereses dignos de tutela y, además, recae sobre bienes o intereses de naturaleza económica⁷⁰. Otros encuadran la relación jurídica con la vida práctica, a la que el Derecho objetivo le dota de significado jurídico y le atribuye efectos⁷¹ de una persona hacia otras personas u objetos (cosas o derechos)⁷², es decir, situaciones de poder y deber vinculados con determinados sujetos, entre los que pueden exigirse una conducta observable y coercible por el ordenamiento⁷³.

Por su parte, el negocio jurídico⁷⁴ es un acto derivado de la autonomía privada que reglamenta para sus autores una relación o situación jurídica⁷⁵, cuyo efecto inmediato en el ámbito patrimonial consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica⁷⁶ y, establecer la regla de conducta por la que deben regirse los derechos y obligaciones de los intervinientes⁷⁷. En definitiva, una declaración (o declaraciones) de voluntad que nace de la autonomía, encaminada a conseguir un determinado fin, que el ordenamiento —por sí sola o en conjunción con otros requisitos— reconoce como base para la producción de determinadas consecuencias jurídicas⁷⁸.

Conforme a las ideas anteriores, el objeto de este epígrafe es ofrecer unas notas acerca de la relación entre el gestor del canal de denuncias y los demandantes de sus prestaciones, cada uno de ellos con unos intereses (de naturaleza económica) más o menos definidos. En el primero subyace el interés principal de obtención de una retribución por sus cualificados servicios y, en el segundo satisfacer las necesidades que se derivan del marco jurídico analizado. Para afrontar la hipotética relación jurídica, debe partirse de las formas de gestión que prevé la normativa, al objeto de delimitar los sectores del ordenamiento jurídico que intervienen y,

69 Así, DIEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 401 entienden que “la relación jurídica es siempre una situación institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como un cauce idóneo para realizar una función social merecedora de tutela jurídica”. DE CUEVILLAS MATOZZI, I., y VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 59 la definen como la situación en que se encuentran varias personas, unas con respecto a otras, y que está regulada por el Derecho, partiendo de un hecho o principio básico.

70 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 54.

71 CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1949, p. 277.

72 ENNECERUS L., KIPP, T.: *Tratado de Derecho Civil, t. I, Parte general*, Bosch, Barcelona, 1934, p. 285.

73 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 236.

74 Para una mayor profundidad, vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 21-39.

75 DIEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op.cit.*, p. 465.

76 VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español, t. I. Parte general*, 4ª ed., Valladolid, 1935, p. 479.

77 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, op.cit.*, p. 70.

78 DE CUEVILLAS MATOZZI, I., y VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español, op.cit.*, p. 121.

así, concretar las ramas o disciplinas del ordenamiento que pueden influir en la configuración de la relación.

I. Formas de gestión: interna y externa.

En primer lugar, hay que diferenciar las formas de implementación de los canales de denuncia de las modalidades de prestación profesional del gestor, cuestión que no parece quedar suficientemente nítida en las fuentes principales objeto de estudio⁷⁹. Por un lado, la norma supranacional sólo se dedica a regular la gestión de los canales de denuncia y el proyecto normativo se dedica a la gestión del sistema de información [entre los que se incluyen como uno de sus elementos los canales de denuncia (internos y externos)].

Esta parte del trabajo aborda exclusivamente las formas en las que el profesional de la gestión puede relacionarse jurídicamente con los demandantes de sus servicios. Así, se parte de las dos realidades habilitadas por la Directiva y que, además, se proyectan en la futura norma nacional: i) la gestión interna; y, ii) la externa (tanto de los canales como del sistema de información en su conjunto). Sobre estos dos ámbitos van a pivotar los ordenamientos de aplicación y la configuración de una futura relación jurídica. En tal sentido, será determinante catalogar el ámbito material, es decir, especificar si puede existir una relación jurídica propia del ordenamiento laboral, del administrativo o, más bien, una prestación de servicios de naturaleza civil.

Conforme a lo expuesto en apartados precedentes, la Directiva habilita, sin más especificaciones, la gestión interna (por una persona o departamento) de los canales de denuncia (art. 8.5). Este precepto es confuso, pues no se deja suficientemente claro si la norma se refiere a las formas de implementación de los canales o a cómo se ha de organizar la actividad de gestión de los citados instrumentos. Puede parecer, a simple vista, que la Directiva se está refiriendo a la forma de implementación de los canales (internos o externos): “los canales podrán gestionarse internamente por una persona o departamento [...]”. Sin embargo, esta primera parte de la disposición habla de “gestión” del canal (por una persona o departamento), y no de proporcionarlos internamente (aunque la distinción es compleja de deslindar). La segunda parte del precepto confirmaría,

79 A lo largo de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, se hace mención, sin una regulación detallada, a los canales de denuncia internos y externos de la entidad u organización. De forma indirecta, se habilitaría así dos vías de información y, consecuentemente, dos formas implantación. Es el proyecto de Ley (reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción) el que pretende regular con mayor amplitud y, a su vez, de forma confusa, éstos y otros elementos nuevos. Por un lado, se prevé la normativización de los citados canales internos y externos de información como elemento integrante de los sistemas de información; por otro, como novedad, se incluye y regula el sistema interno de información (con previsiones específicas para el sector público y privado) y el sistema (interno de información) gestionado por tercero externo. Como se ha mantenido en epígrafes precedentes, los canales de denuncia parecen ser distintos a los sistemas de información, pues los primeros constituyen uno de los componentes de los últimos.

con mayor énfasis, la teoría precedente al señalar que “los canales de denuncia [...] podrán ser proporcionados externamente por un tercero”. Realmente, del literal se deriva que a las entidades u organizaciones obligadas se les puede suministrar por un tercero externo la correspondiente estructura para la comunicación de información, cuestión distinta a la gestión profesional externa. Y es que, los canales de denuncia pueden ser internos y gestionados externamente por un tercero, o bien llevarse a cabo la externalización del canal en sí, pero que la gestión de este se realice internamente por una persona o departamento de la entidad u organización obligada.

La norma nacional prevista tampoco deja nada claro al respecto, aunque parece inclinarse por la forma de gestión como prestación profesional. En todo momento se habla de “gestión” del sistema interno, estableciéndose previsiones específicas cuando ésta es prestada por un tercero externo (art. 6). La duda se acentúa cuando se define en el citado art. 6 lo que se ha de entender por “gestión del sistema”: la (exclusiva) recepción de informaciones; es decir, quedaría excluido de la gestión todo lo demás (v.gr. el tratamiento y seguimiento de la información recibida). Por tanto, el gestor sólo ha de recepcionar la información y, el tratamiento y gestión, ¿quién debe afrontarlo? ¿debe englobar la recepción de informaciones otro tipo de prestaciones como el tratamiento, toma de decisiones, reporte o auditoría de la información? La respuesta ha de ser negativa tal y como se encuentra redactado el proyecto, pues la previsible norma (art. 6.1) es taxativa: “[...] se considera gestión del sistema la recepción de informaciones”. Recibir la información no es gestionarla; la gestión (en general) conlleva la realización de un tratamiento particular y la toma de decisiones al respecto.

A pesar de lo anterior, no parece que haya inconveniente alguno para que una persona cualificada (interna o externa) no sólo se encargue de la recepción de la información, sino que, además, la gestione, trate o audite. De hecho, del art. 8.2 del proyecto se extrae que la tramitación de los expedientes de investigación es una actividad propia del responsable del sistema y, el art. 9.1 se refiere a la tramitación diligente del procedimiento de gestión de informaciones⁸⁰. Por tanto, la teoría de la forma (interna o externa) de los canales de denuncia (o sistema de información en su conjunto) se va desechando a favor de la forma en que puede prestarse las funciones de gestión, sobre todo si se hace una interpretación sistemática extensiva [aunque debería quedar más claro en la norma]. Además, la previsión de preceptos específicos para las formas de gestión en el sector privado y el público nos hace confirmar la teoría mantenida.

80 Para ver el contenido del procedimiento de gestión de informaciones, vid. art. 9.2.

Para el sector privado⁸¹, el responsable o gestor del sistema interno será el directivo de la entidad, que ejercerá su cargo con independencia del órgano de administración o gobierno (art. 8.5). En este caso, el precepto se refiere a la actividad de gestión como forma de prestación por una persona o departamento y no a la proporción interna de los canales o sistemas de información.

Para el sector público, según la previsible norma, se podría gestionar el sistema de información [por disposición general (Capítulo I)] tanto internamente como acudiendo a un tercero externo. Para este último caso, se dictan previsiones específicas en el art. 15: "la gestión del sistema interno de información por un tercero externo en el ámbito de la Administración del Estado, las Administraciones autonómicas y ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local solo podrá acordarse en aquellos casos en que se acredite una insuficiencia de medios propios [...]. Esta gestión comprenderá únicamente el procedimiento para la recepción de las informaciones sobre infracciones y, en todo caso, tendrá carácter exclusivamente instrumental". Resulta ser una apuesta decidida por el desempeño interno de las funciones de gestión en el ámbito de las Administraciones, que primaría frente a la externalización, recurso que se deja para aquellos casos en los que la Administración correspondiente no disponga de recursos propios ex art. 116.4 f) LCSP, dedicado al contrato administrativo de servicios. Aquí, la gestión externa sólo se habilita para la recepción de informaciones, por lo que se deja a la organización o gestor interno todo lo demás.

El desempeño interno de las funciones resulta controvertido por la dependencia de la entidad u órgano, pues no se dota de los instrumentos legales para que se garantice la imparcialidad, la resolución de conflictos de intereses y la independencia dentro de la organización. La ausencia de independencia del profesional en su labor de gestión de la información recibida debilitaría todo el sistema. Esto, y otras inquietudes relacionadas con la independencia, ya se puso de relieve en la "encuesta mundial sobre el fraude y delito económico" (2014) realizada por PwC: incertidumbre en cuanto al anonimato; la falta de seguridad en lo concerniente al tratamiento; que el personal interno no sea experto⁸². Y es que, en la gestión tanto de los canales de denuncia como en la de todo el sistema de información, deben presidir los principios de imparcialidad, objetividad y confidencialidad y que, mediante una gestión interna, quizás, no pueda velarse por estos atributos, ya que indudablemente se depende (directa o indirectamente) de la entidad u organismo contratante del profesional.

81 En vez de preverse en el Capítulo (II) dedicado al Sistema de información del sector privado, se hace en el Capítulo I (Disposiciones generales).

82 "[...] los canales de denuncia gestionados internamente tienen las siguientes debilidades: a) Los denunciantes no tienen certidumbre acerca de su anonimato, por lo que el miedo a denunciar desincentiva la utilización del Canal de denuncias. b) No se puede asegurar el tratamiento objetivo e independiente de las denuncias por parte de profesionales ajenos al personal involucrado. c) El personal que recibe las denuncias no es un experto en la detección de delitos y conductas fraudulentas [...]".

El marco normativo vigente y el proyecto sólo imponen el respeto de la autonomía, independencia y resolución de los conflictos de intereses, pero no dotan de un marco que dé seguridad jurídica, es decir, cómo materializar el respeto a dichos principios básicos y, qué consecuencias comportaría su quebranto. Ante tal ausencia, lo único que queda es la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de pactar lo conveniente (ex art. 1255 CC), sin más limitaciones que la ley, la moral y el orden público⁸³. Se dejaría a la voluntad de los contratantes [para la relación civil o laboral; más complejo en el ámbito administrativo por la intervención de normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo] cuestiones trascendentales que, en muchos casos, se establecerán expresamente y, en otros, habrá un cierto vacío a resolver.

La externalización se prevé tanto de las vías de comunicación de infracciones como del encargado en gestionar la información recibida, exigiéndose el “respeto de la independencia, confidencialidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones”. Esta forma de prestación presenta importantes beneficios, especialmente los relacionados con la autonomía e independencia y, consecuentemente, se mejoraría considerablemente la efectividad del canal⁸⁴. El gestor externo presenta mayores garantías, pues normalmente habrá una mayor ausencia de interés y de contaminación, así como una mejor protección de la información que le llega⁸⁵.

Algunos autores consideran que el gestor externo es sólo un intermediario de la información, quien debe comunicar al órgano correspondiente de la entidad u organismo para que este instruya el procedimiento correspondiente⁸⁶. Otros, en cambio, entienden que se le puede encargar la recepción de denuncias, la custodia documental, funciones de investigación y la toma de decisiones sobre la materia⁸⁷. Al igual que para el interno, el proyecto legislativo considera que la gestión externa del sistema sólo abarca la recepción de información (art. 6 y 15). Para el caso de las Administraciones Públicas parece quedar justificado, y tiene sentido, que sea solo la recepción debido a la potestad pública y a los intereses en

83 El precepto permite la creación de modelos contractuales nuevo o atípicos, siempre que se respeten los límites impuestos a la libertad contractual: i) la ley imperativa (aquella que se antepone a los negocios jurídicos de los particulares y que no puede ser evitada); ii) la moral (convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico); y, iii) el orden público (organización general de la comunidad y sus principios fundamentales y rectores, materias situadas en el espectro constitucional); AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 431-432.

84 La externalización de los servicios de gestión dotaría de una mayor eficacia en la consecución de los objetivos impuestos por la normativa; existiría una mayor confianza en los denunciantes o informantes, puesto sería más complicado que su identidad trascienda a la denunciada; menores índices de conflictividad de intereses; mayor protección de la información; mayores garantías de que no se está ante una medida “simulada” o “cosmética”, entre otras.

85 GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, op.cit., p. 217.

86 MANDRI ZÁRATE, J.: “Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance”, op.cit., p. 267.

87 GARCÍA MORENO, B.: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, op.cit., p. 217.

juego, pero para el sector privado nada impide que al gestor se le encomienden otras funciones distintas a la mera recepción de la información. Evidentemente, quedaría fuera de dichas funciones las estrictamente decisivas, que correspondería al órgano soberano que, conforme a la legislación que regule su funcionamiento, deba tomar las decisiones.

El art. 8.6 prevé la posibilidad que sea designado como responsable de la gestión al oficial de cumplimiento normativo, profesional que puede desempeñar sus funciones interna o externamente. En cambio, la exclusiva encomienda a este de la recepción de información lo convierte en un mero transmisor, cuando realmente es un profesional cualificado en la gestión del riesgo. Desnaturalizaría, en parte, sus funciones puesto que la figura responde a la necesidad de prevenir la infracción mediante una eficaz y correcta gestión del riesgo, íntimamente relacionado con el fundamento y finalidad de los canales de denuncia. Es decir, estos instrumentos responden a la necesidad de prevenir infracciones en las organizaciones y entidades, pero, para ello, debe gestionarse metodológicamente la información recibida de dichos canales. Luego, limitar las funciones del *compliance officer* a la mera recepción de la información sería vaciarlo de contenido, cuando es el profesional más cualificado para desarrollar una eficaz y correcta gestión de la información⁸⁸. Será, posteriormente, la entidad u organismo quien deba decidir teniendo en cuenta la información y el trabajo desarrollado por el profesional. Así, ante la ambigüedad, sería importante que estas cuestiones quedaran suficientemente clarificadas en la norma venidera con la fijación de unas mínimas funciones.

2. Naturaleza.

A) *Relación laboral: el contrato de trabajo.*

La relación, entre el gestor (interno) del canal de denuncias (o sistema de información) y la entidad u organización, puede regirse por el ordenamiento laboral conforme a lo establecido en el art. 1 ET mediante el contrato de trabajo. Para ello, será necesario que se den las notas de laboralidad contenidas en el apdo. 1 del citado precepto y, evidentemente, que no quede excluido del ámbito de aplicación de la norma (art. 1.3 ET). Así, será necesario que concurren los siguientes requisitos en la prestación del servicio: *i)* voluntariedad; *ii)* retribución por cuenta ajena; y, *iii)* dentro del ámbito de organización y dirección del empleador⁸⁹. Sobre estos elementos pivota el concepto de trabajador por cuenta ajena, en los

88 La mayoría de autores afirman que, además de la recepción de las denuncias, el *compliance officer* tiene como función su gestión (vid. AA.VV.: *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, Lefebvre, Madrid, 2020, p. 270; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Compliance y contrato de seguro privado*, op.cit., p. 107 y ss. ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del compliance officer*, op.cit., p. 131, entre otros muchos).

89 Art. 1.1 ET: "Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

que la ajenidad y la dependencia⁹⁰ han sido calificados por la jurisprudencia como esenciales y definitorias del contrato de trabajo y de la relación laboral⁹¹.

El problema más relevante a los efectos que se estudia son las notas de dependencia y ajenidad, ya que puede conculcar la autonomía e independencia (que profesan las normas estudiadas) en el desarrollo de sus funciones y, que en muchas ocasiones puede suponer la existencia de auténticos conflictos de intereses.

En el régimen laboral, el trabajador se encuentra bajo la dirección del empresario, quien ostenta el poder disciplinario ex art. 54 ET. Mientras que no exista un estatuto jurídico del gestor o una relación laboral especial que dote de una mínima reglamentación, en el contrato de trabajo se podría articular el régimen de protección, garantía e independencia (aunque algo complejo teniendo en cuenta la posición del empleador respecto del trabajador). De momento, ni la Directiva ni el proyecto normativo ofrecen un marco jurídico claro de protección, sólo se establecen ideas generales o principios abstractos que deben concretarse de alguna forma [art. 9.1 c) Directiva 2019/1937, de 23 de octubre; art. 6.2; art. 8 apdos. 4 y 5 Proyecto].

B) *Relación civil: el contrato de servicios.*

El Código Civil en su art. 1544 regula de forma conjunta el contrato de “arrendamiento” de servicios y el de obra, ofreciéndose una noción básica, anacrónica y obsoleta⁹², abandonada por la doctrina mayoritaria⁹³ (a pesar de utilizarse en ciertas ocasiones por la jurisprudencia actual⁹⁴), propia de una sociedad rudimentaria y no adaptada a la compleja realidad actual: “[e]n el arrendamiento

90 El TS define la dependencia o subordinación como la integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la “autonomía profesional” imprescindible en determinadas actividades” [STS de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2075)]. La dependencia es la “situación del trabajador sujeto, en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa”, es decir, la integración de los trabajadores en la organización empresarial [SSTS de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 1 de julio de 2020 (RJ 2020, 2856); de 2 de julio de 2020 (2020, 220105), entre otras muchas.

91 STSS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018, 816); de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 29 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4459), entre otras muchas.

92 Vid. VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *Los contratos de servicios*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 46-47; ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M.: *Tratado de Derecho civil, t. II. Derecho de obligaciones II, primera parte*, Bosch, Barcelona, 1966, p. 454. En AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789 se le califica de “nomenclatura trasnochada”.

93 Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil, op.cit.*, pp. 31-33 y 229 y ss.; TRIGO GARCÍA, M.B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, pp. 65 y ss.; VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *Los contratos de servicios*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 45 y ss.; SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 29 y ss.; PARDO GATO, J.R.: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 223 y ss. AA. VV. (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 1789.

94 Vid. v.gr. SSTS 13 abril y 10 junio 2021; 24 febrero y 24 junio 2020; 1 febrero y 19 diciembre 2018, entre otras muchas.

de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

A consecuencia de lo anterior, varias han sido las propuestas de mejora que, sin cambiar la esencia y estructura de la relación de servicios de antaño, pretenden regular con mayor detalle y particularidad esta compleja y necesaria relación contractual. Así, a modo de ejemplo, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC) lo define en su art. 581 como aquellos contratos “[...] por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución [...]” o de forma gratuita cuando lo permita su naturaleza. Mayores detalles sobre este contrato ofrecen los “Principles of European Law Service Contract (PEL SC)” y el “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”⁹⁵, mostrándose un concepto muy similar en ambas propuestas: contrato por el que una de las partes se compromete a prestar o suministrar un servicio a la otra, a cambio de una remuneración (o sin ella)⁹⁶.

La relación del gestor con la entidad u organización puede circunscribirse al contrato de servicios y, el objeto de este será la prestación de los servicios de gestión de los canales (o sistemas de información) que ha de ofrecer el prestador para satisfacer los intereses de la entidad u organización. Conforme a la redacción vigente del proyecto de ley de protección de denunciantes (art. 6.1), los concretos servicios consistirán en la recepción de la información que arrojen los sistemas de información. Sin embargo, de la interpretación realizada en el epígrafe precedente (IV. 1) no sólo la prestación debería de ceñirse a la mera recepción de información, sino que, además, puede incluirse la gestión (en sentido amplio) y tratamiento de la información recibida, correspondiendo a la entidad o corporación la toma de decisiones respecto a lo comunicado por el gestor profesional.

Una de las cuestiones discutidas, y que tiene conexión con la sección anterior [A]), es el recurso al contrato de servicios con el objeto de encubrir una relación laboral. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido los criterios para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza y estructura análoga como el contrato (civil) de servicios. El Alto Tribunal entiende a este respecto que: i) la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligatorio, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; ii) se da presunción *iuris tantum* de laboralidad, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario, con ajenidad en los resultados, dependencia en su realización y retribución. En el contrato de servicios el esquema de la relación

95 Vid. el trabajo de DE BARRÓN ARNICHES, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Madrid, 2011, pp. 21-140.

96 Vid. art. I:101 PEL SC y IV.C.- I:101 DCFR

contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un “precio” o remuneración, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada⁹⁷.

Así, la naturaleza será de servicios cuando: i) la relación se limita a la práctica de concretos actos profesionales; ii) el prestador no está sometido a jornada, vacaciones, órdenes ni instrucciones de su empleador; y, iii) el prestador desempeña sus funciones con plena libertad e independencia, asumiendo el riesgo derivado de su actividad⁹⁸. La relación del gestor con el demandante de sus servicios tendrá naturaleza laboral cuando esté sometido al poder de dirección y disciplina del empleador, comprometiéndose su libertad e independencia en el desempeño de sus funciones. La cuestión está en que habrá que valorar cada caso concreto, puesto que la gestión de los canales de denuncia o sistemas de información es una actividad genuinamente independiente y este requisito de independencia podría quedar salvado, en parte, por el reconocimiento legal o convencional.

C) *Relación administrativa.*

Ni la Directiva ni el proyecto normativo determinan la naturaleza de la relación interna del gestor de los canales o sistemas de información con los sujetos (obligados) del sector público. Sólo se concluye que la gestión puede llevarse a cabo dentro de la propia entidad u organismo o acudiendo a un tercero externo, para este último caso (conforme al proyecto de ley) la gestión en el ámbito de la Administración del Estado, las Administraciones autonómicas y ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades que integran la Administración Local, solo podrá acordarse en aquellos casos en los que se acredite una insuficiencia de medios propios ex art. 116 f) LCSP. De la lectura del precepto anterior, se concluye acerca de la habilitación del contrato administrativo de servicios para la gestión de los canales de denuncia o sistemas de información⁹⁹.

Que la gestión pueda llevarse a cabo dentro de la propia entidad u organismo nos lleva a concluir que el ordenamiento laboral y funcionarial sean idóneos para regir este tipo de relaciones, pues varias son las formas en que se pueden desempeñar las funciones y prestaciones retribuidas en el seno de la Administración (*vid.* art.

97 SSTs de 24 de enero de 2018 (2018, 817); de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 1028); de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 824).

98 STS de 24 de enero de 2018 (RJ 2018, 816).

99 El art. 17 LCSP explica qué se entiende por contrato de servicios: “aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

8 EBEP). Así, tres ámbitos serían las eventuales relaciones entre el gestor y el sector público: la relación laboral (ET y EBEP); la funcional (EBEP); y, el contrato administrativo de servicios (LCSP). De los tres sectores, la prestación en régimen funcional y el de contratista garantizarían mejor la autonomía e independencia del perfil profesional objeto de estudio.

V. CONCLUSIONES.

El ordenamiento jurídico europeo y el español por trasposición asisten al origen de una novedosa figura profesional: el gestor de los canales de denuncia o sistemas de información. Un nuevo profesional que precisa de una regulación más clara y determinante al objeto de dotarle de seguridad jurídica.

El art. 31 *bis* CP introduce por primera vez en el ordenamiento patrio la responsabilidad penal de las personas jurídicas, articulándose un sistema de exoneración o, en su caso, atenuación de una hipotética condena mediante la apuesta decidida de la organización de la creación de una eficaz cultura ética corporativa. Esta se encauza en la norma mediante los denominados modelos de organización y gestión, cuyos requisitos se relacionan en el apdo. 5 art. 31 *bis* CP. El 4º condicionante se dedica a la obligación de información de riesgos y eventuales infracciones al órgano autónomo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención (órgano de Compliance). El CP no aclara si este órgano de Compliance tiene que desempeñar la función de gestión de los canales de denuncias, considerados como la vía o cauce para transmitir información relevante en cuanto al cumplimiento normativo de la entidad. La Circular I/2016 FGE identifica al órgano de supervisión con poderes autónomos con el *compliance officer*, quien, además, podrá responder de la gestión del canal de denuncias.

Los órganos supranacionales han decidido implementar y desarrollar la obligación de información que ha de ser introducida en los modelos preventivos, mediante la publicación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. Esta norma sólo prevé la forma de gestión de los canales de denuncia: que éstos se desarrollen internamente por una persona o departamento de la organización o entidad o, en su caso, recurrir a la externalización. Por su parte, el futuro proyecto normativo de transposición de la Directiva también reconoce la gestión interna (por un órgano unipersonal o colegiado) y la externa, habilitándose al oficial de cumplimiento para que pueda desarrollar tales funciones en aquellas entidades en las que existan.

Como notas características del profesional de la gestión, se extraen: i) una ausencia de regulación profesional; ii) naturaleza y composición del órgano diversa (interna, externa, órgano de *compliance*, unipersonal o colegiado, etc.); iii) la

necesaria cualificación (característica propia de los profesionales); iv) independencia (por naturaleza); v) la figura responde a una función social.

Para abordar la naturaleza de la relación jurídica entre el gestor y la entidad u organización demandante de sus prestaciones, ha resultado necesario abordar las formas de gestión previstas en la Directiva y en el proyecto nacional. La gestión por un órgano interno de los canales de denuncia (ya sean externos o internos) lleva a la conclusión que han de ser el ordenamiento laboral y administrativo (para las entidades y organizaciones obligadas del sector público) las disciplinas materiales que van a regular la particular relación. En cuanto a la gestión externa, la gestión cobra la naturaleza civil de un contrato de servicios ex art. 1544 CC (teniendo en cuenta las limitaciones y el anacronismo que supone este precepto) y la administrativa cuando el sector público recurre al contrato administrativo de servicios en los casos de insuficiencia de recursos para prestar la gestión internamente.

El derecho europeo y el proyectado no dotan al gestor de un marco jurídico propio como pueden tener otros profesionales de estructura similar (DPO o auditores de cuentas). Tan sólo se determinan, sin desarrollarse, como principios básicos la independencia y autonomía, la confidencialidad, la necesaria protección de datos, el secreto de las comunicaciones y la protección frente a conflictos de intereses. Estas previsiones hacen pensar que el gestor de los canales de denuncia (o sistemas de información) se encuentran en una especial y compleja posición respecto a la acreedora de sus prestaciones. La ausencia de una regulación específica que promueva un marco de garantías y protección hace que intervenga la libertad de las partes y pueda ser previsto en cada una de las relaciones contractuales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Comentario del Código Civil, t. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

AA. VV.: (Bercovitz Rodríguez-Cano, R, Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

AA.VV.: *Compliance Penal. Aplicación en empresas*, Lefebvre, Madrid, 2020.

ABIA GONZÁLEZ, R., y DORADO HERRANZ, G.: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento- Compliance Management System*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2017.

AGUILERA GORDILLO, R.: *Compliance Penal en España*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2018.

ARMENTIA MORILLAS, P: "I. Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program)", en *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2018, pp. 361-391.

CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1949.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2021.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

DE BARRÓN ARNICHES, P: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Madrid, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I., y VELASCO PERDIGONES, J.C.: *Fundamentos de Derecho Civil español*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

DELGADO GONZÁLEZ, A.F.: *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones de España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, Reus, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, Tecnos, Madrid, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.

ENNECCERUS L., KIPP, T.: *Tratado de Derecho Civil, t. I, Parte general*, Bosch, Barcelona, 1934.

ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del compliance officer*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

GARCÍA MORENO, B.: "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (A. NIETO MARTÍN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 205-230.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos", en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, (J.L GÓMEZ COLOMER y C.M MADRID BOQUÍN), 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 317-345.

HERRERA, E.: *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1974.

MAGRO SERVET, V.: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

MANDRÍ ZÁRATE, J.: "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance", en *Guía para la implantación del Compliance en la empresa* (J. Puyol), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 255-268.

OLIVENCIA RUIZ, M.: *Escritos jurídicos, vol. I y II*, Fundación El Monte, Sevilla, 2005.

PARDO GATO, J.R.: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

PÉREZ ESCOBAR, J.: *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2010.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ SOLER, M.A.: "La figura del compliance Manager. Análisis de las funciones encomendadas al órgano de supervisión y cumplimiento", *Revista Contable*, núm. 36, septiembre 2015.

TRIGO GARCÍA, M.B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español, t. I. Parte general*, 4ª ed., Valladolid, 1935.

VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Compliance y contrato de seguro privado*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2020.

VÁZQUEZ RUANO, T.: *Principios de Corporate Governance*, Dykinson, Madrid, 2018.

VELASCO PERDIGONES, J.C.: *La responsabilidad civil del compliance officer*, Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2022.

- "Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual", *Actualidad civil*, 2021, 1.
- "El contrato de servicios con el delegado de protección de datos: propuesta de contenido", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021.
- "La realidad profesional de 'Compliance' y algunos aspectos de su relación jurídica: Ordenamiento español e italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, octubre 2022, pp. 851-870.

VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *Los contratos de servicios*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.