Whistleblowing

MÓDULO X. CUMPLIMIENTO NORMATIVO (III) (22-11-2016, M)	12,5	0,5		5
Procesos de denuncia e investigación interna (I)			**Enrique Sanjuán y Muñoz.** Magistrado especialista mercantil. Audiencia Provincial de Almería.	2
Procesos de denuncia e investigación interna (II)			**Enrique Sanjuán y Muñoz.** Magistrado especialista mercantil. Audiencia Provincial de Almería.	3

CANAL DE DENUNCIAS

Whistle-blowing is
"the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action"

(Near & Miceli, 1985, p. 4).

PREVIO

- https://youtu.be/sIC7mp07Irg
- https://youtu.be/1xHG4abFkms

»Las cosas bien hechas.

I. INTRODUCCIÓN.

CUESTION NORMATIVA Y PRESIÓN DEL SISTEMA

MARCO NORMATIVO PARTICULAR

1. ISO 31000 - Risk management
2. ISO 19600 - Compliance management systems Guidelines
3. ISO 26000 - Social responsability
4. OECD - Principles of Corporate Governance
5. OECD - Guidelines for multinational enterprises
6. COSO
7. SOX - Sarbanes-Oxley Act
8. SAS 70, SSAE 16 y ISAE3402

- CP/REFORMA LO 1/2015

- Informe AEPD: Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”)

- **Directiva 95/46/CE** *del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*.
- **Reglamento (UE) nº 596/2014** *del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado* **(Reglamento MAR).**
- **Directiva 2014/65/UE** *del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros* **(Directiva MiFID II).**
- **Reglamento (UE) 600/2014** *del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de* ***2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros****.*

- **Ley Orgánica 10/1995**, *de 23 de noviembre, del* ***Código Penal*****.**
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Artículos 33, 2., 3, 6, 11, 4 y 15
- **Dictamen nº 1/2006 del Grupo de trabajo del artículo 29:** Documento WP117 la Opinión 1/2006 sobre la aplicación de las normas de protección de Datos de la Unión Europea a los mecanismos internos de "Whistleblowing" en el ámbito de la contabilidad y los controles internos de auditoría, la lucha contra la estafa y los delitos bancarios y financieros
- Ley del Mercado de Valores, artículo 79.1 d
- **Informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) nº 128/2007:** Informe de la AEPD de 27 de diciembre de 2002
- **Real Decreto 1720/2007,** *de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.(origen en* Real Decreto 994/1999, de 11 de junio.)
- **Ley Orgánica 3/2007,** *de 22 de marzo,* ***para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.***
- Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la AEPD, Norma segunda

- Los primeros aspectos de los sistemas de denuncias que fueron objeto de regulación consistieron, de un lado,
  - en los incentivos a los denunciantes o "whistleblowers"
  - y, de otro, en la protección de los mismos frente a posibles represalias.

INCENTIVOS

- Un buen ejemplo de lo primero lo constituye una de las primeras normas que incidieron sobre la materia, concretamente la llamada “False Claims Act” de 1863 –“también llamada “Lincoln Law”–, que fue aprobada durante la Guerra de secesión norteamericana con la finalidad de combatir el fraude enlos suministros al ejército de la Unió

PROTECCIÓN

- En cuanto a la protección legal a los denunciantes, cabe hacer referencia tanto a la “Lloyd-La Follette Act” de 1912 como a la másreciente “Whistleblower Protection Act” de 1989,
- dos normativas estadounidenses con rango de ley, promulgadas con el fin de blindar laboralmente a los funcionarios que informaran sobre irregularidades cometidas en el seno de la administración,
- .

REINO UNIDO

- “Public Interest Disclosure Act” del año 1998 del Reino Unido, que tienen como principal finalidad la protección en el ámbito empresarial de los individuos que revelen información de interés o relevancia de carácter público
- Por medio esta normativa se protege fundamentalmente a los empleados, tanto del sector público como del privado, de posibles represalias por realizar algún tipo de revelación de irregularidades cometidas por el empleador que fuesen de interés general.
- En el año 2000, el sistema se extiendió al ámbito del mercado de valores,mediante la llamada “Financial service and Markets 2000” mediantela cual se implementó en este sector un sistema de comunicación que posibilita la denuncia ante la Financial service Authority (FsA) deirregularidades relacionadas con el mercado de valores.
- más recientemente, en en el año 2010, con la aprobación de la“bribery Act”, el sistema de denuncia se ha convertido en una medidapreventiva que las compañías del Reino Unido deben adoptar en todocaso, para no verse implicadas en el nuevo delito de incumplimientode las empresas de su obligación de evitar el soborno

USA

- No obstante, la génesis moderna de este sistema debe localizarseen los escándalos financieros que han asolado durante la última década a los Estados Unidos, y que motivó que en el año 2002, se procediese a promulgar la Ley sarbanes-Oxley (sOX)
- La Ley sarbanes-Oxley exige que las empresas públicas de los Estados Unidos, y sus filiales en la Unión Europea, así como las empresas no estadounidenses que cotizan en alguno de los mercados devalores de los E.E.U.U., y concretamente en su sección 301, que establezcan en su comité de auditoría, “procedimientos para la recepción,conservación y tramitación de las denuncias recibidas por el emisorrelativas a la contabilidad, las auditorías internas o las cuestiones deauditoría; así como para la presentación confidencial y anónima porparte de los empleados del emisor de situaciones relativas a cuestionesde contabilidad o auditoria cuestionables”
- El recurso a los procedimientos de información se ha visto reforzado recientemente, por “Dodd-Frank wall street reform and Consumer Protection Act” que es una norma federal de los Estados Unidosde América que fue promulgada definitivamente el día 21 de juliodel año 2010.

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS/cache/offonce?lang=es

Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure

MODELOS DE COMPLIANCE

Cualquier modelo de *Compliance* se basa en la existencia de una serie de políticas y códigos, que establecen e identifican las líneas generales de comportamiento en una organización. Uno de los aspectos de mayor relevancia en la definición de estos elementos es la identificación del público objetivo al que van dirigidos.

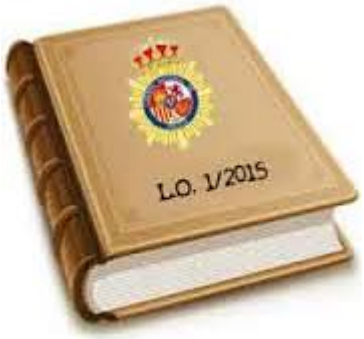
- Internamente es preciso crear una estructura orgánica, individual o colegiada, que tenga capacidad y legitimidad para el control del modelo y la propuesta y desarrollo de otras medidas asociadas al mismo.
- Posteriormente, las políticas y códigos deben ser extendidos de manera trasversal en la organización y en sus grupos de interés, ya que su involucración es clave para que estos mecanismos sean realmente efectivos. Por ello, es preciso promover iniciativas para la formación y sensibilización, tanto interna como externamente.
- Finalmente, debe establecerse qué parámetros de transparencia y reporting se van a considerar a la hora de rendir cuentas sobre el modelo, y quiénes son los destinatarios finales del modelo de reporting elegido.

Todo el proceso debe ir acompañado de medidas de control que permitan detectar y gestionar, con la mayor brevedad y efectividad posible, las posibles desviaciones conductuales producidas.

II. JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA

PRESIÓN DEL SISTEMA

PRESIÓN DEL SISTEMA



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. 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.

Sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 (sentencia número 221/2016)
STS 29 de febrero de 2016.

- La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de **delimitar adecuadamente el contenido del «debido control»,** cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.
- Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

Sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 (sentencia número 221/2016)

La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b).

Sólo responde cuando se hayan "... *incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso«.*

el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo

Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Que quiere la norma?

- …..ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte **adecuado para prevenir** delitos de la naturaleza del que fue cometido **o para reducir de forma significativa** el riesgo de su comisión.

Modelo penal de Organización y Gestión

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

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

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

EXTENSIÓN DEL SISTEMA

CONDUCTAS MÁS GRAVES QUE DERIVAN EN DELITO……..CP

CONDUCTAS GRAVES QUE NO SUPONEN DELITO.

CONDUCTAS LEVES.

AFECTACIÓN DE NORMAS ÉTICAS

III. JUSTIFICACIÓN ESTADÍSTICA

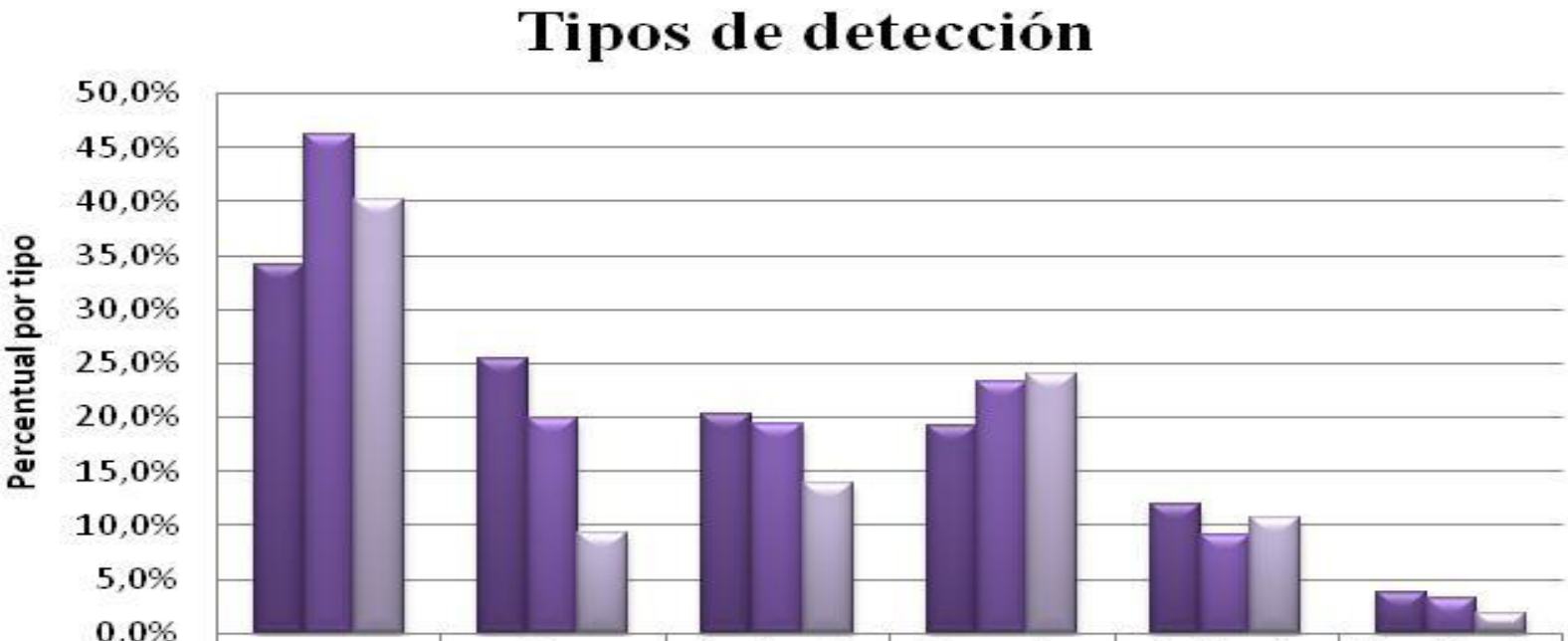
RAZONES MATERIALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN.

TIPOLOGÍA DE DENUNCIAS

- **Apropiación indebida de fondos y activos.**
- **Creación de transacciones ficticias o documentación.**
- **Sobornos y retornos.**
- **Conflictos de intereses.**
- **Colusión entre empleados y proveedores o clientes.**
- **Manipulación de comisiones de ventas.**
- **Intimidación sexual o de hostigamiento físico.**
- **Salud y seguridad ocupacionales.**
- **Discriminación en los precios.**
- **Compras para uso personal.**
- **Facturación falsa que involucre la colusión entre supervisores del área de cuentas por pagar y del área de compras.**
- **Nepotismo o favoritismo inadecuado en los ascensos de la organización.**

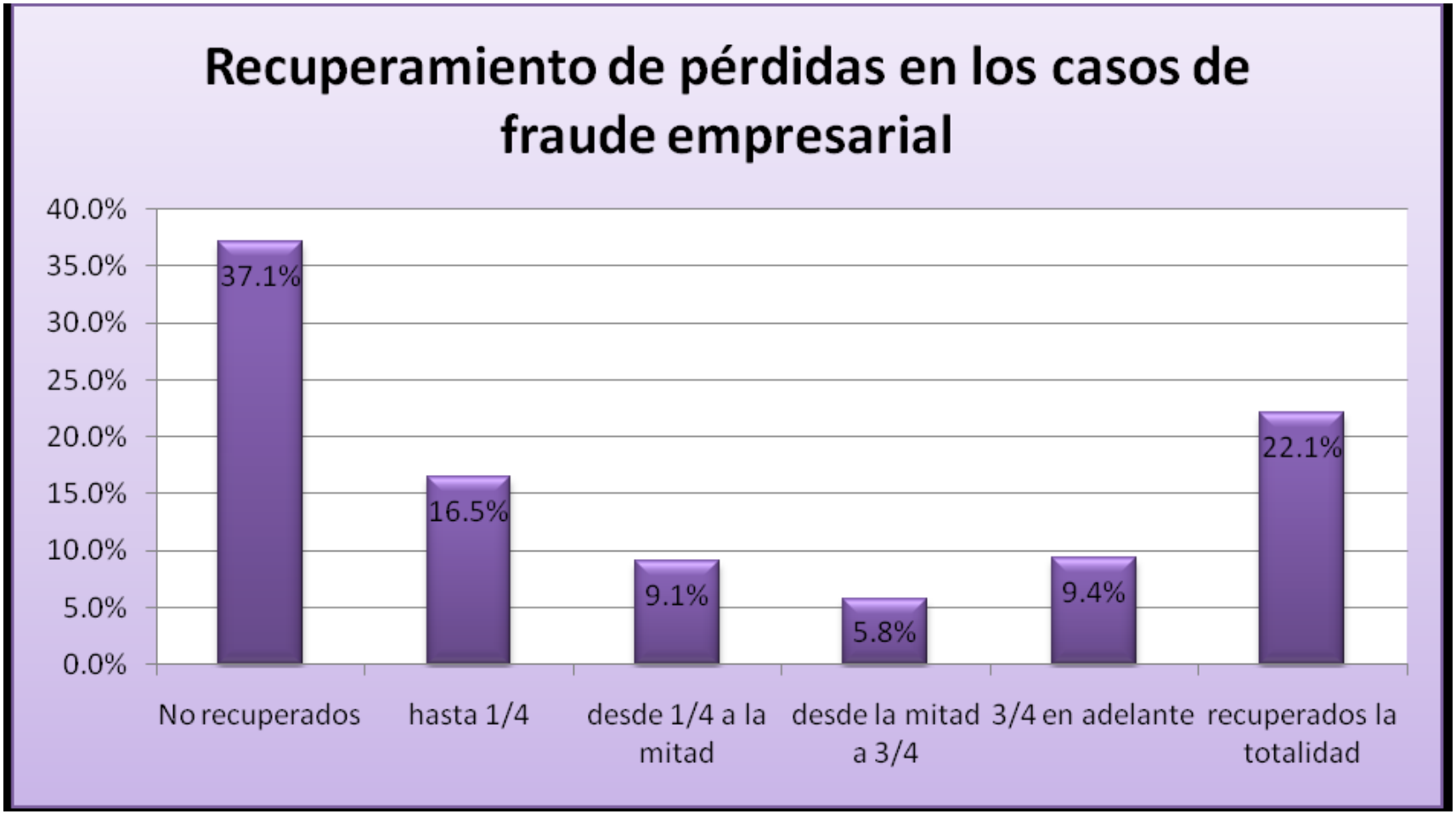
DETECCIÓN

Fuente: Association of Certified Fraude Examiners, "2006/2008 /2010 Report to the Nation on occupational fraud and abuse"



	Linea Ética	Por Accidente	Auditoría Interna	Controles Internos	Auditoría Externa	Notificado a la Policía
2006	34,2%	25,4%	20,2%	19,2%	12,0%	3,80%
2008	46,2%	20,0%	19,4%	23,3%	9,1%	3,20%
2010	40,2%	9,3%	13,9%	24,0%	10,7%	1,80%

*Fuente: Association of Certified Fraude Examiners, "2006/2008 /*2010 *Report to the Nation on occupational fraud and abuse"*



RAZONES DE NO RECUPERACIÓN DE PERJUICIOS ECONÓMICOS

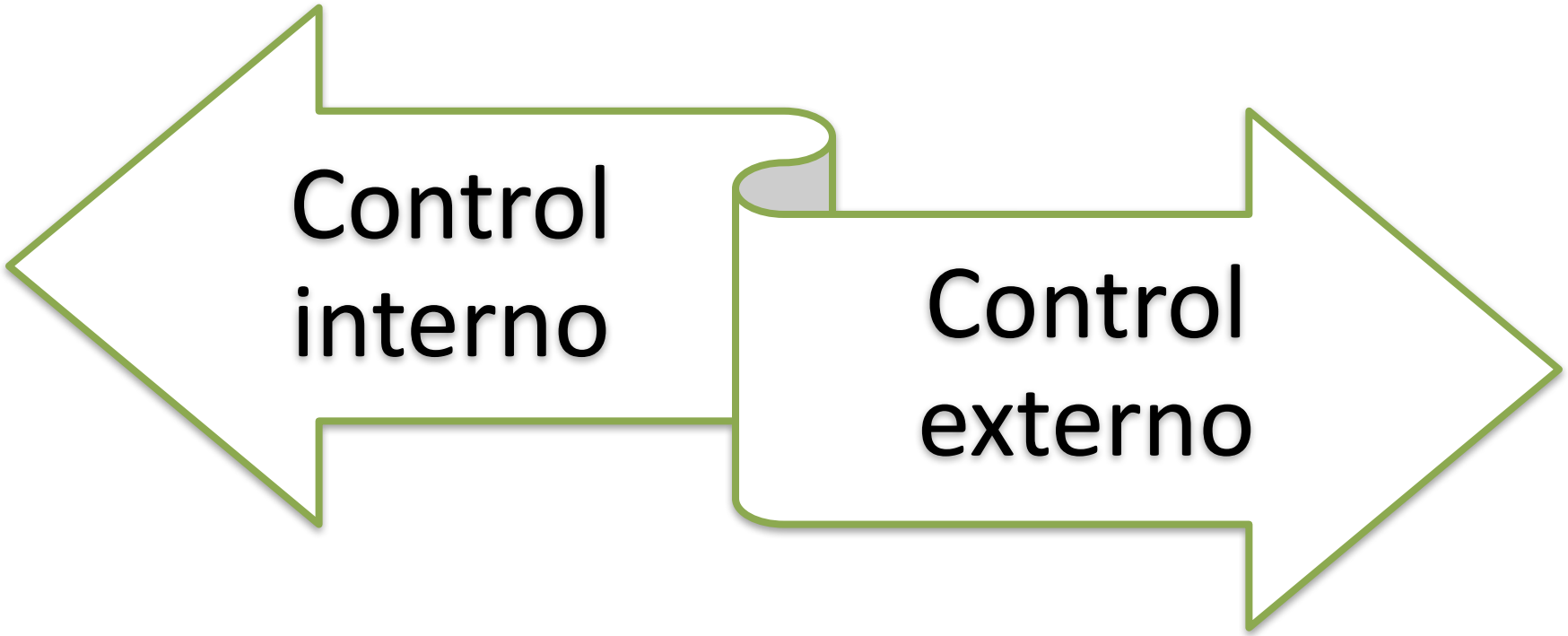
IV. JUSTIFICACIÓN IMAGEN CORPORATIVA

- Word-Com,
- Parmalat
- Enron,
- Merck & Company
- Rigg Bank
- Siemens AG
- Volkswagen

V. CONTROL INTERNO -EXTERNO

¿LA MEJOR OPCIÓN?

VERSUS



OPCIONES POR EXTERNO.

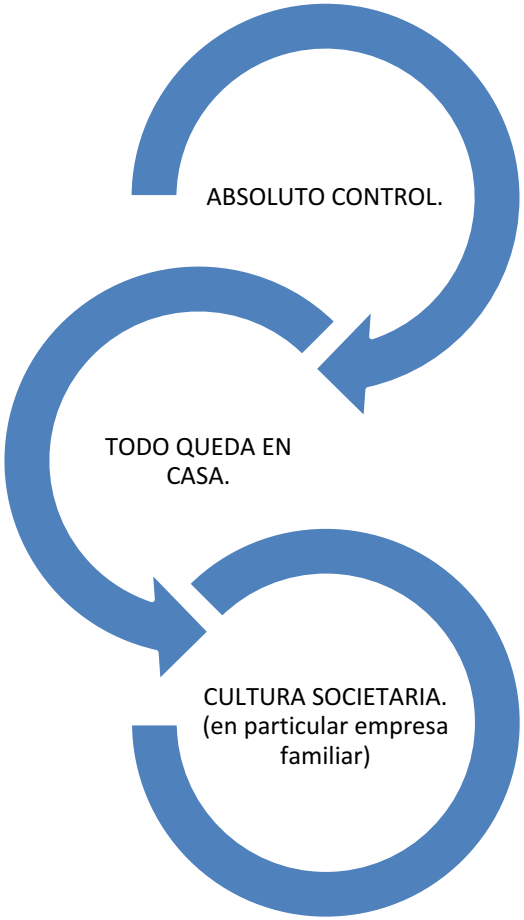
- **Aporta independencia y confianza.**
- **El objetivo es que reciba y administre las denuncias fuera de la Compañía, para que los DENUNCIANTES tengan plena seguridad de que la denuncia es anónima.**
- **Experiencia en el tratamiento de denuncias Y en la realización de investigaciones sobre la variedad de inquietudes que se reciban.**
- **Descarga de funciones a los órganos de Gestión y Supervisión internos.**
- **Reducción de gastos por externalización.**

En los casos en que el sistema de denuncia de irregularidades esté gestionado por un proveedor de servicios externo, el responsable del tratamiento deberá estar vinculado por un contrato, y deberá tomar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad de la información tratada en todo el proceso.

Debe prestarse especial atención, especialmente en modelos de entrega de servicios basados en Cloud Computing, por están sujetos a Transferencias Internacionales de Datos (TID), contempladas en el título V de la LOPD.

responsabilidad *in eligendo* y- ex post-responsabilidad *in vigilando*.

OPCIONES POR CONTROL INTERNO



SISTEMA PENAL

La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

V. FASES

DENUNCIA DE IRREGULARIDADES

FASES

“Whistleblowing”, o sistema de denuncias internas

Conservación de datos

Tratamiento

Período

Pertinencia de los datos

VI. DENUNCIA/INVESTIGACIÓN

DIFERENCIACIÓN DE SUPUESTOS

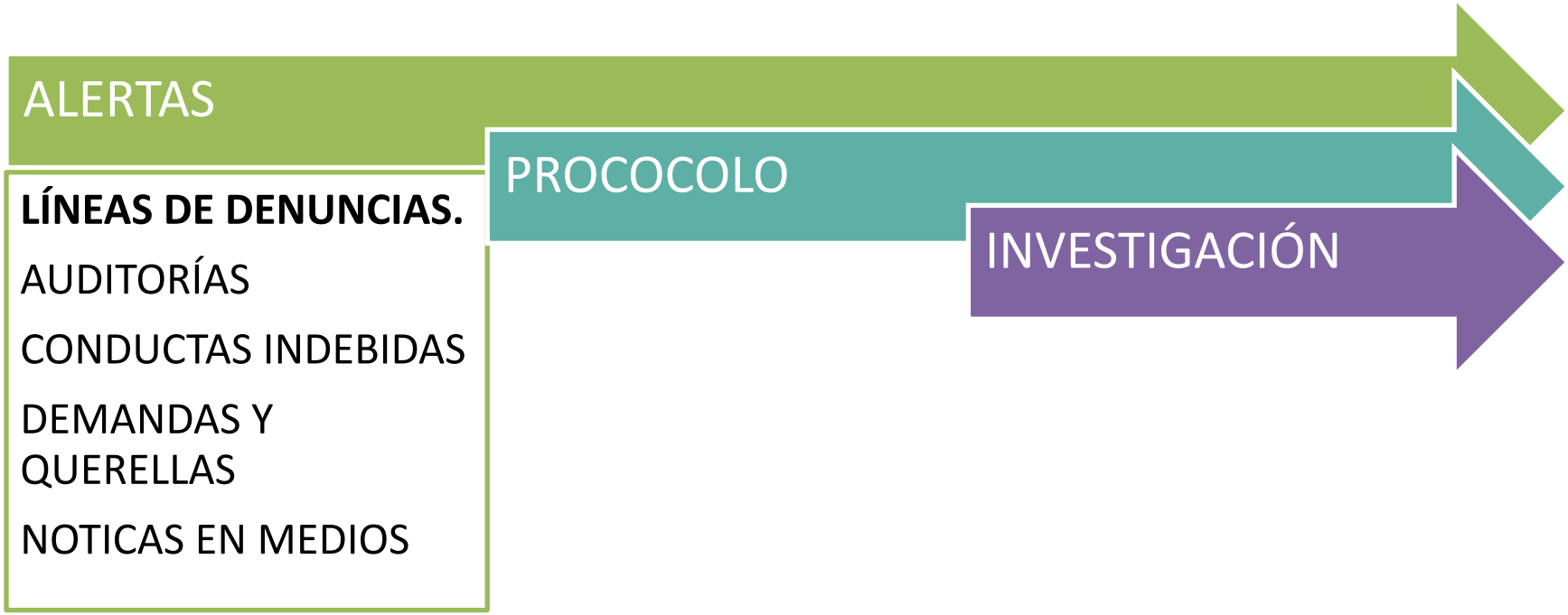
DIFERENCIACIÓN

Sistema de control: DENUNCIAS

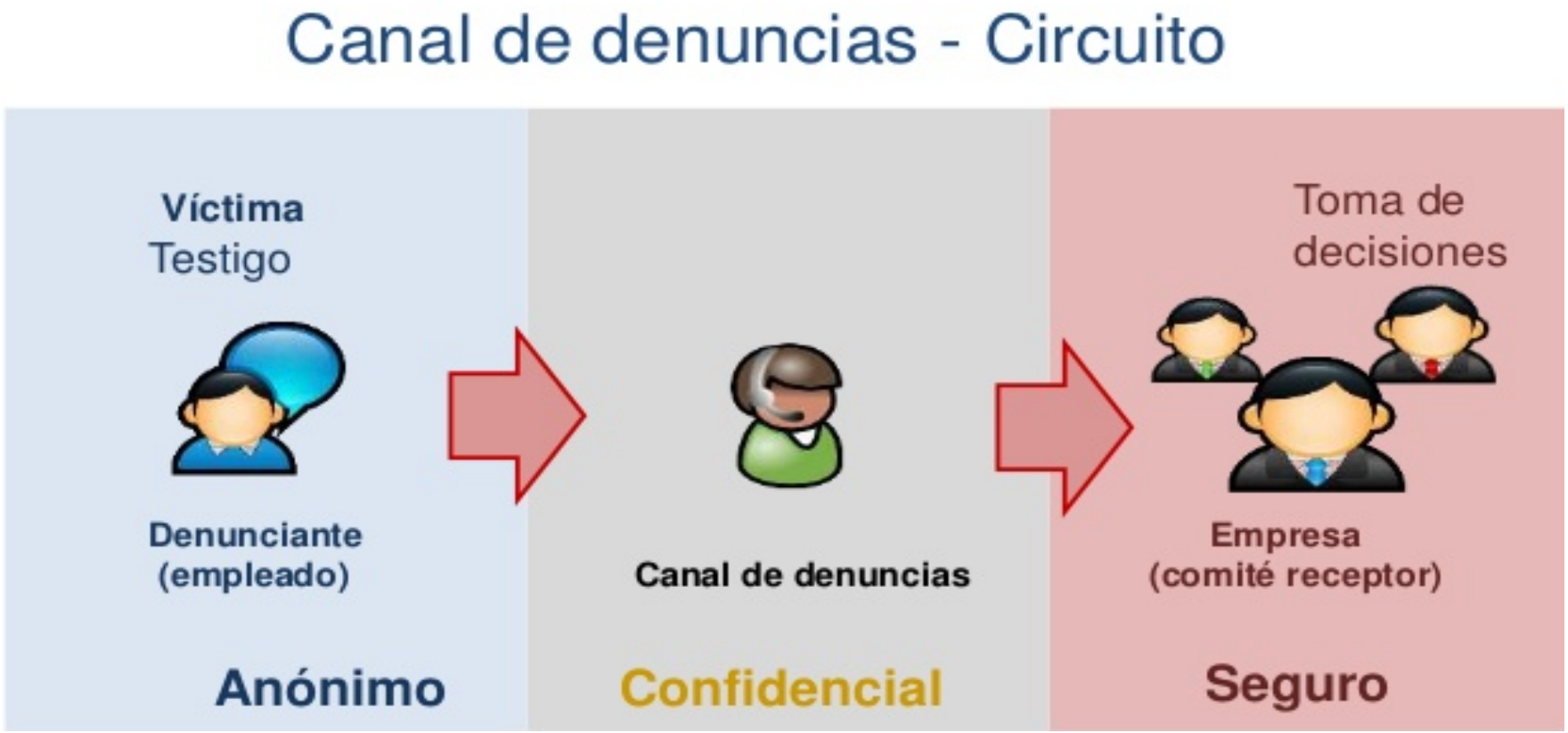
- INTERNO
- EXTERNO

Investigación interna

- Investigaciones internas.
- Medidas de Control
- «Caza de Brujas»


ALERTAS
PROCOCOLO
INVESTIGACIÓN
LÍNEAS DE DENUNCIAS.
AUDITORÍAS
CONDUCTAS INDEBIDAS
DEMANDAS Y QUERELLAS
NOTICAS EN MEDIOS

PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EL SISTEMA



1. Educación y formación

Debemos esforzarnos en que nuestros empleados entiendan el canal de denuncias, de esta forma ayudaremos a consolidar la confianza en el sistema.

Una organización debería formar a sus empleados en el manejo del canal de denuncias, ¿por qué la organización cree en ello?, ¿quién lo gestiona? y ¿por qué son una parte crítica de la cultura de cumplimiento?

2. Comunicación continua

La comunicación sobre la existencia del **canal de denuncia**, publicaciones de cumplimiento recientes y mensajes de la dirección debería ser periódica y natural. Todo ello se ve reflejado luego en la cantidad de accesos a los canales.

3. Accesibilidad

El acceso a un canal de denuncias debería estar dentro del sitio web de la empresa, en la intranet o externo a la organización, pero siempre bajo la premisa de ser accesible y confidencial.

Se debe comunicar la información del canal en tantas lenguas como sean necesarias para proporcionar la cobertura deseada.

4. Transparencia

Explicar cual será el proceso de investigación luego de la recepción de una denuncia, averiguar lo que el empleado espera del canal de denuncia, informar sobre las responsabilidades de la organización de cooperar y proteger contra las posibles represalias…etc.

Es necesario reducir toda **la incertidumbre acerca del servicio**.

5. Competencia y objetividad

Los que manejan el **canal de denuncias** y los procesos de investigación deberían ser profesionales debidamente acreditados, bien entrenados y experimentados en el manejo de denuncias. Si es preciso la organización también debería instalar e implementar sistemas adecuados, procesos y tecnologías para apoyar a los investigadores y a los empleados.

6. Evaluación

Una vez implantado el **canal de denuncia**, debemos evaluarlo periódicamente atendiendo a las siguientes preguntas:

- ¿Cómo ven los empleados el canal de denuncias y la cultura de cumplimiento de nuestra empresa?
- ¿Nuestro canal responde a las necesidades de los empleados, tanto en contenido como en usabilidad?
- ¿Los informes de uso del canal y el informe de denuncia están bien diseñados y responden a nuestras necesidades?
- ¿Son las investigaciones y las acciones disciplinarias resultantes compatibles con la cultura de cumplimiento deseada?
- ¿Son todas las quejas y resoluciones reveladas y habladas con auditores externos?

INVESTIGACIÓN

Beneficios de una investigación interna efectiva

- Materializa la respuesta de buena fe de la compañía
- Dispara medidas correctivas; mejora las políticas, procedimientos, controles internos
- Es mejor saber y, en caso justificado, revelar voluntariamente
- Minimizar posibles consecuencias, sanciones, responsabilidades o inhabilitaciones

Finalidades de la investigación

- Los principales propósitos de cualquier investigación son:
  - − Buscar la verdad
  - − Abordar los problemas
- Cuando la compañía está implicada, la investigación puede servir para:
  - − Determinar la exposición
  - − Identificar las acciones correctivas
- Cuando un empleado está implicado, la investigación puede servir para:
  - − Determinar nivel de involucramiento y responsabilidad
  - − Determinar acciones disciplinarias
  - − Determinar si otros estaban involucrados
  - − Determinar si la propia entidad se enfrenta a eventual exposición
  - − Identificar mejoras sistémicas para prevenir irregularidades futuras

FASES DE LA INVESTIGACIÓN

Paso 1: Definir el alcance de la Investigación

Paso 2: Preparar el plan de investigación

Paso 3: Preservar / Analizar Datos y Documentos

Paso 4: Conducir entrevistas

Paso 5: Preparar el Informe Final

DE LA INVESTIGACIÓN A LA DENUNCIA

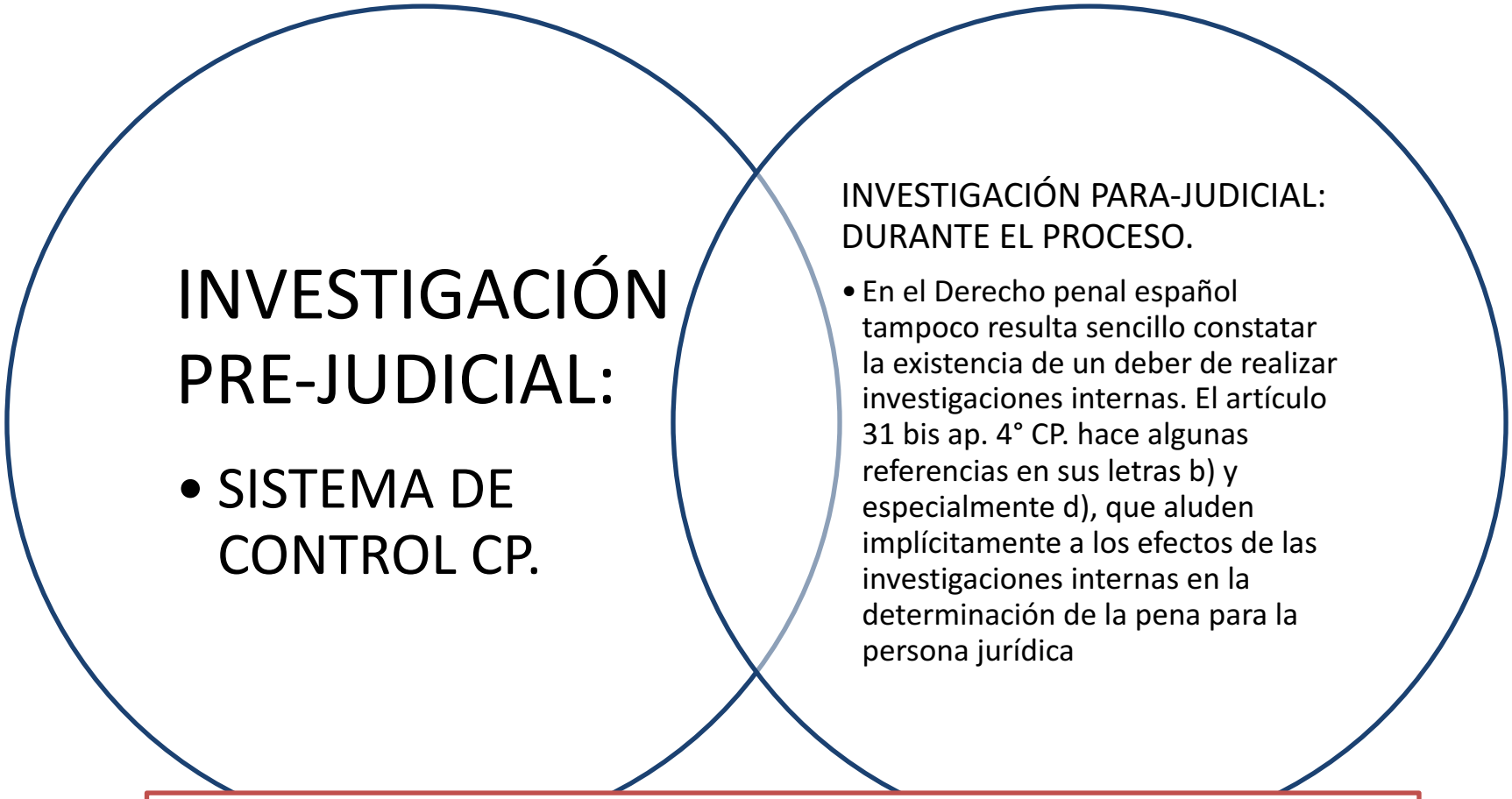
- Motivos para denunciar:

  - − Por imposición de los códigos de ética;
  - − Como mecanismo ejemplificador y fortalecer la moral;
  - − Proteger el buen nombre de la compañía y mejorar el desempeño financiero;
  - − Para recuperar activos perdidos (asset recovery)

- Motivos para no denunciar:

  - − Miedo a las repercusiones negativas de sus proveedores y clientes;
  - − No afectar la imagen empresaria (vulnerabilidad);
  - − Evitar que las consecuencias procesales se vuelvan en contra/evitar que la responsabilidad trepe hasta la cúpula/matriz.
  - − Se terminan firmando acuerdos privados, e incluso hasta se otorgan indemnizaciones (aunque algunas empresas despiden con causa).

Pre y para



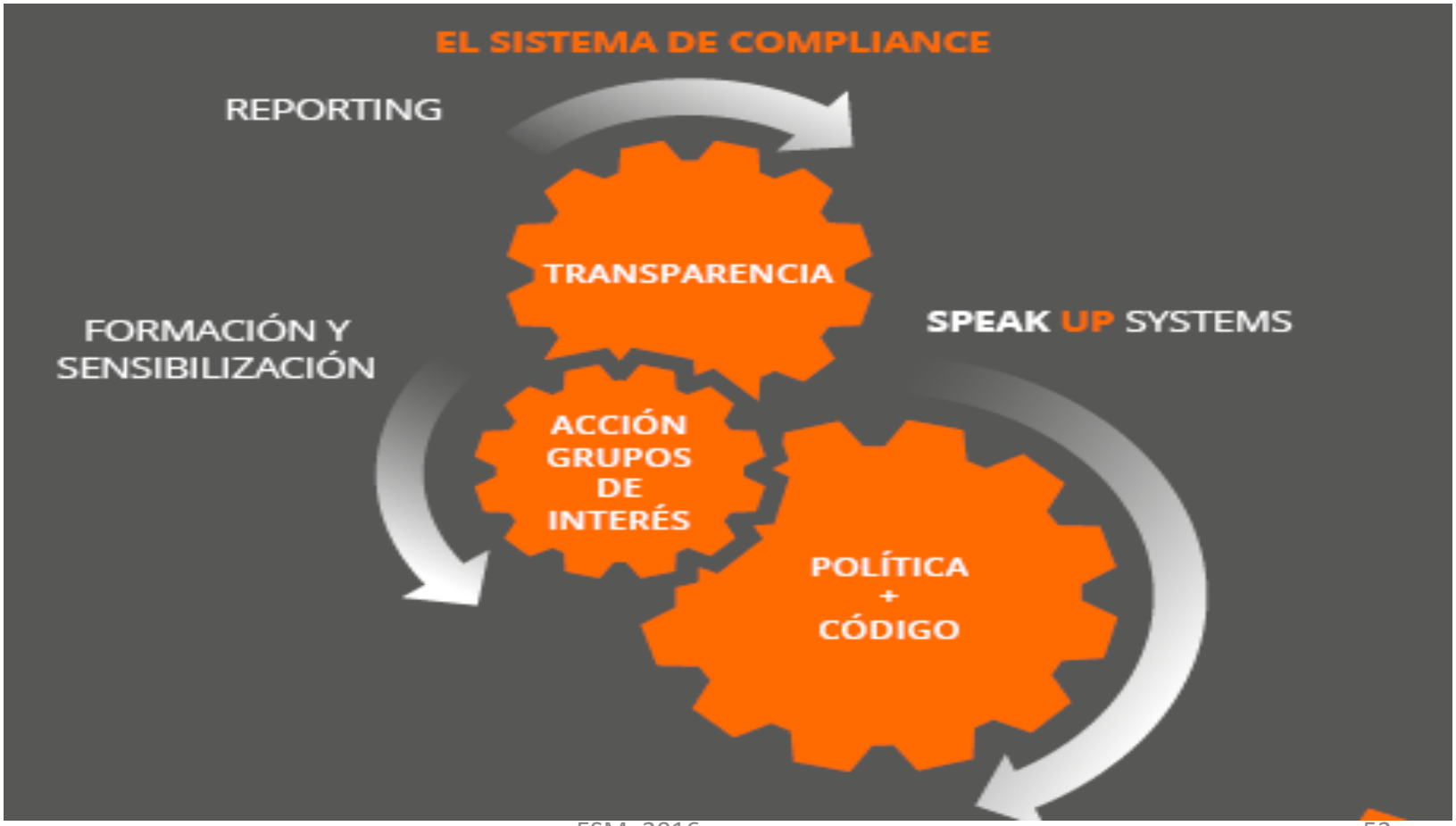
Ley 5/2014 de Seguridad Privada

VII. CREACIÓN DE CANAL DE DENUNCIAS

- MODELO DELOITTE.

CREACIÓN DE CANAL DE DENUNCIAS

- MODELO SPEAK UP



VII. GESTIÓN DE CANALES.

AEPD.

SUPERVISOR EUROPEO.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

ESTUDIO DE:

Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”)

1º

A nuestro juicio, debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de “whistleblowing”, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas.

2º

La garantía de la confidencialidad debería manifestarse a través del hecho de que la persona denunciada no pudiera acceder a los datos identificativos de la persona denunciante. Ello resultaría plenamente conforme a lo dispuesto en la Ley española, dado que el artículo 3 a) de la Ley Orgánica 15/1999 define los datos de carácter personal como "Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Podría plantearse que la persona denunciada podría conocer los datos identificativos de su denunciante mediante el ejercicio del derecho de acceso. Sin embargo, debe recordarse que el derecho de acceso es definido por el artículo 15.1 como el "derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos".

3º

En relación con este punto, el documento del Grupo de Trabajo señala que "*Los datos personales tratados por un programa de denuncia de irregularidades deberían eliminarse, inmediatamente, y normalmente en un plazo de dos meses desde la finalización de la investigación de los hechos alegados en el informe*".

En este sentido, sería imprescindible que se establezca un plazo máximo para la conservación de los datos relacionados con las denuncias, a fin de evitar el mantenimiento de los mismos por un período superior que perjudique los derechos del denunciado y del propio denunciante, cuya confidencialidad debe quedar garantizada.

Este plazo debería limitarse a la tramitación de las medidas de auditoría interna que resultasen necesarias y, como máximo, a la tramitación de los procedimientos judiciales que se derivasen de la investigación realizada (como, por ejemplo, los que se deriven de las medidas disciplinarias adoptadas o de la exigencia de responsabilidad contractual a los auditores).

4º

En particular, dada la obligación de comunicación de los procedimientos abiertos a los trabajadores al sindicato al que el mismo se encuentren afiliados, utilización de los datos que la Agencia consideró lícita en su informe de 27 de diciembre de 2002, es posible que en caso de encontrarse el denunciado afiliado a un sindicato se incluyan en el fichero los datos vinculados a dicha afiliación sindical.

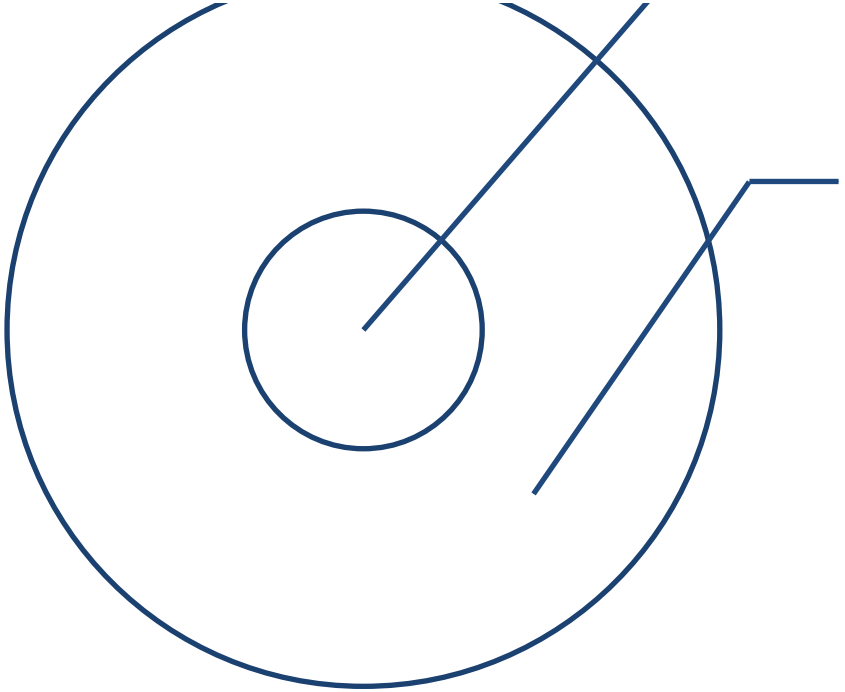
Finalmente, es también posible que el sistema incluya datos relacionados con la salud de las personas, dada la naturaleza del sector de

5º

De este modo, conforme al citado precepto, el denunciado deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

Grupo de trabajo

El Grupo de Trabajo reconoce que los programas de denuncia de irregularidades pueden ser un mecanismo útil para ayudar a una sociedad o una organización a vigilar su cumplimiento de las normas y disposiciones relativas a su gobierno corporativo, en concreto, en los campos de contabilidad, controles contables internos, cuestiones de auditoría y disposiciones relativas a la lucha contra el soborno, los delitos bancarios y financieros y el Derecho penal. Pueden ayudar a una sociedad a establecer debidamente unos principios de gobierno corporativo y a detectar los hechos que podrían tener un impacto en la posición de la sociedad.



WP 117

SISTEMA SUPERVISOR EUROPEO GESTIÓN DE CANALES.

- **Regulación de uso del canal**: Resulta necesario acompañar la implementación de los canales, tanto para denuncias internas como externas, de normas, políticas o procedimientos específicos que detallen de forma clara el objetivo y limitaciones del canal. Como por ejemplo la comunicación de datos sensibles, que deberá evitarse, salvo que su relevancia lo justifique. En este punto el documento recuerda que los canales, en principio, no deberán ser anónimos, con el fin de (i) evitar abusos, (ii) permitir una efectiva protección contra represalias y (iii) permitir una mejor gestión del expediente en caso de requerirse información adicional.

Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sentencia nº 2117/2016) y contradijo la posición de la AEPD.

- La sentencia trae causa de una demanda formulada por un trabajador que fue despedido por haber tenido constancia la empresa, a través de una comunicación en el canal de denuncias corporativo, de que había destinado el periodo de excedencia por cuidado de sus suegros para cumplir con una pena privativa de libertad.
- El trabajador alegó que se había vulnerado su derecho a la protección de datos, al haber obtenido la prueba que justificó su despido de forma ilícita, pues la denuncia fue presentada de forma anónima por un tercero.
- A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia manifestó que, pese a que la actuación de la compañía era contraria a las recomendaciones de la AEPD acerca de la gestión de los canales de denuncia, esto no es óbice para que se haya vulnerado el derecho a la protección de datos del denunciado.
- Asimismo, añade que, el temor que suscita el anonimato no puede traducirse en un impedimento a que la empresa pueda poner en marchar un sistema de investigación interna reservada, a fin de valorar el hecho, contrastarlo y proceder a incoar un expediente que pueda acabar en el despido del propio trabajador.
- A efectos prácticos, y sin perjuicio de futuras sentencias que vayan ocasionándose al respecto, parece que la postura mostrada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias se desmarca del criterio de la AEPD y permite, en supuestos como los descritos, la gestión anónima de una denuncia para la investigación de unos hechos concretos.

- **Confidencialidad**: Garantizar la confidencialidad de la información recibida y proteger la identidad de los denunciantes y todas las demás personas involucradas.

- **Minimización de los datos**: sólo se procesará aquella información personal que resulte adecuada, pertinente y necesaria para el caso particular.

- **Alcance objetivo y subjetivo**: Identificar lo que significa **información personal** en este contexto y cuáles son los individuos afectados, para determinar su derecho de información, acceso y rectificación. Es posible la concurrencia de restricciones a estos derechos, siempre y cuando se lleve a cabo de forma apropiadamente motivada y documentada.

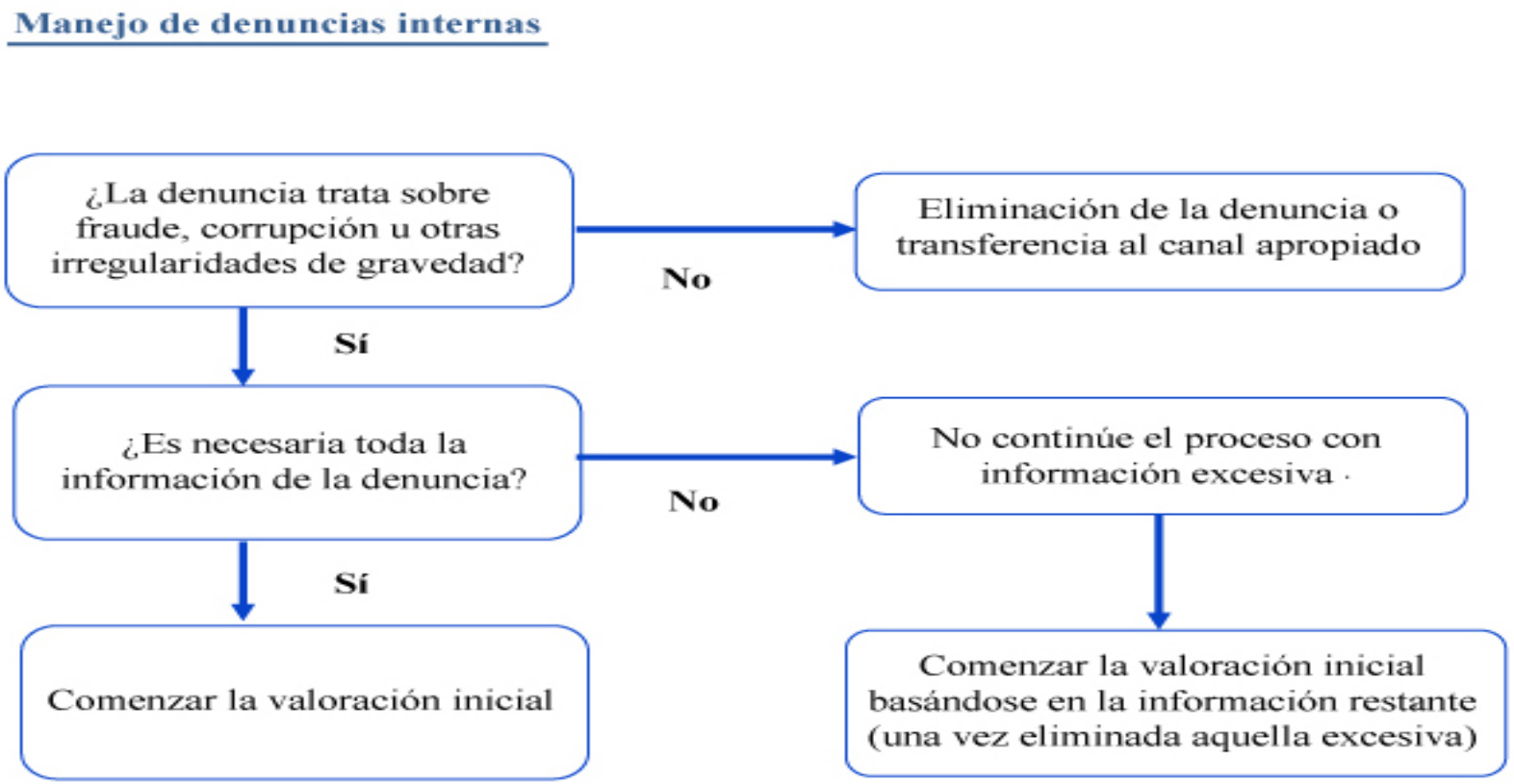
- **Información acerca del tratamiento**: Aplicar el procedimiento de dos pasos para informar a cada categoría de individuos (denunciante, denunciado, testigos u otros terceros implicados). Requiere de una declaración general en materia de privacidad, por ejemplo ubicada en la web o la intranet, reforzada con una específica para cada uno de los implicados referidos a continuación:
  - **Denunciante**: resulta importante informar acerca de los posibles destinatarios o al menos las categorías, así como de las consecuencias derivadas de un uso abusivo del canal (denuncias falsas, mala fe), incluyendo las eventuales medidas disciplinarias.
  - **Presunto infractor**: si la información al presunto infractor puede perjudicar la investigación, deberá posponerse. La decisión de posponer la información deberá tomarse caso por caso, documentándose y quedando a disposición del EDPS.
  - **Testigos**: tan pronto como sea posible, habrá de facilitarse información a esta categoría de intervinientes, por ejemplo de forma previa a una eventual reunión con ellos.
  - **Terceros implicados**: en algunos casos informar a este colectivo puede conllevar un esfuerzo desproporcionado. Esto deberá valorarse caso por caso. Cabe tener en consideración que en ocasiones tratar de informar a terceros puede conllevar un tratamiento de datos mayor que el realizado a consecuencia de la denuncia.

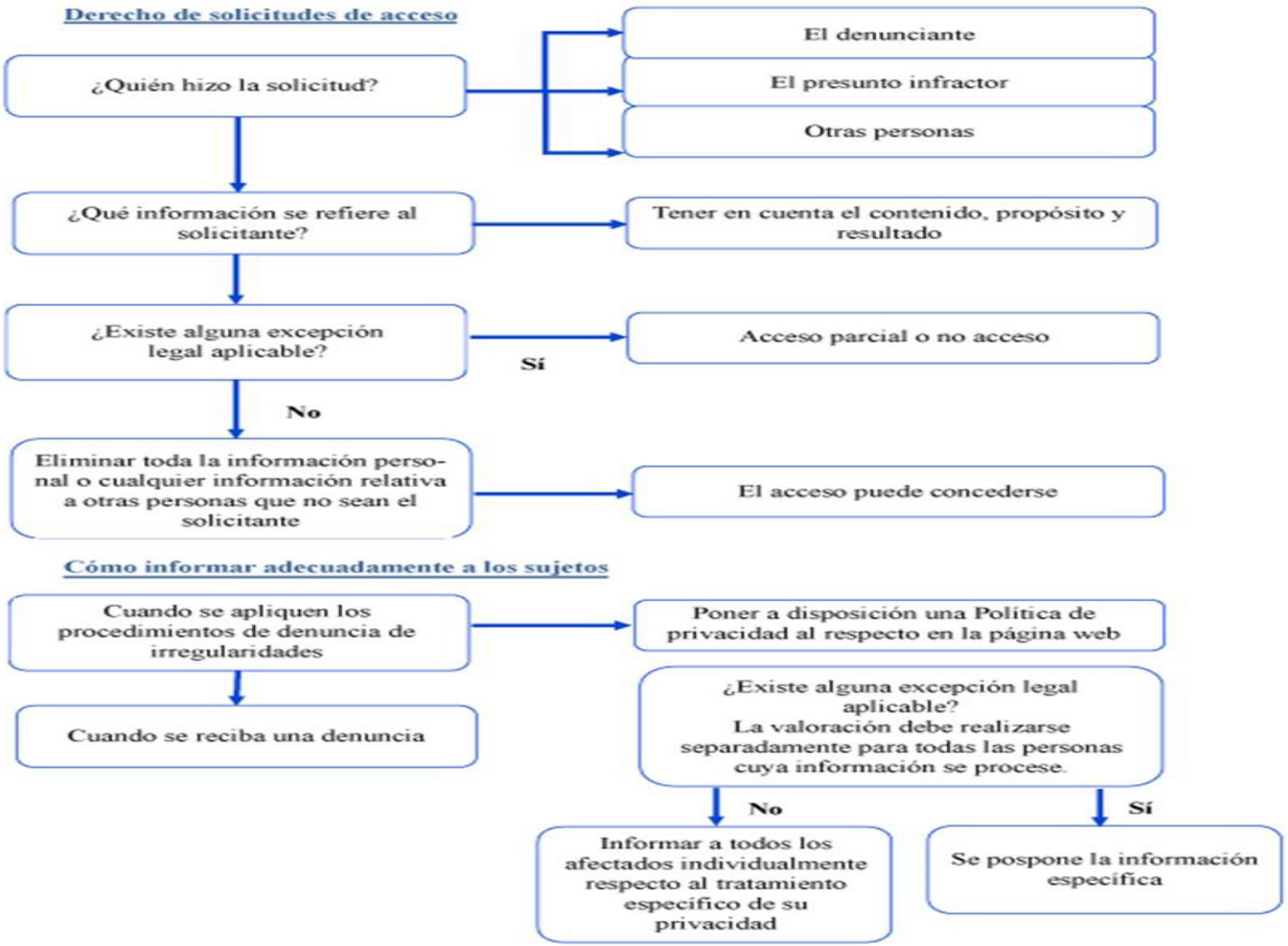
- **Solicitudes de derechos**: Garantizar la hora de responder a las solicitudes de acceso derecho de que la información personal de otras partes no se revela. Deberá eliminarse, por tanto, cualquier información relativa a persona distinta de aquella que ejercita el derecho.
- **Comunicación de datos limitada**: en cada caso deberá llevarse a cabo una evaluación de la procedencia de la comunicación de los datos a un tercero (interno o externo) limitándose a aquellos supuestos en que sea necesario para el ejercicio legítimo de las tareas competencia del destinatario de la información.

- **Plazos de conservación**: Definir periodos proporcionados en función del resultado de cada caso. Por ejemplo, deberá eliminarse tan pronto como posible aquella información adicional no relevante o cuando, tras una evaluación inicial, se estime que no procede la investigación o resulta competencia de otros órganos.Si resultase necesario establecer periodos de conservación más prolongados de lo previsto, deberá limitarse, aun más, el acceso a la información, resultando una buena práctica no ubicar dicha información en el sistema principal de uso diario.
- **Medidas de seguridad**: basadas en un análisis de evaluación de riesgo del procedimiento de denuncia de irregularidades, con el fin de garantizar un tratamiento legal y seguro de información personal.
- **Rendición de cuentas o *Accountability***: la mejor forma de garantizar y demostrar el cumplimiento es aplicar los principios de *Privacy by design* o Privacidad desde el origen, desde la concepción de un proyecto o un nuevo tratamiento. Diferentes tratamientos requieren diferentes medidas de seguridad, por lo que se requiere una evaluación temprana en cada caso, que permita disponer de un adecuado asesoramiento.

Fuente:

http://ecixgroup.com/el-grupo/nuevos-criterios-para-el-tratamiento-de-datos-en-los-canales-de-denuncia




Derecho de solicitudes de acceso
¿Quién hizo la solicitud?
El denunciante
El presunto infractor
Otras personas
¿Qué información se refiere al solicitante?
Tener en cuenta el contenido, propósito y resultado
¿Existe alguna excepción legal aplicable?
Sí
Acceso parcial o no acceso
No
Eliminar toda la información personal o cualquier información relativa a otras personas que no sean el solicitante
El acceso puede concederse
Cómo informar adecuadamente a los sujetos
Cuando se apliquen los procedimientos de denuncia de irregularidades
Poner a disposición una Política de privacidad al respecto en la página web
Cuando se reciba una denuncia
¿Existe alguna excepción legal aplicable?
La valoración debe realizarse separadamente para todas las personas cuya información se procese.
No
Sí
Informar a todos los afectados individualmente respecto al tratamiento específico de su privacidad
Se pospone la información específica

VIII. SUPUESTOS PRÁCTICOS

INTERNO.

EXTERNO.

ENTIDADES FINANCIERAS

MODELO INTERNO

THE BANK OF NOVA SCOTIA
POLÍTICA Y PROCEDIMIENTOS DE DENUNCIA DE IRREGULARIDADES
OCTUBRE DE 2012

THE BANK OF NOVA SCOTIA

MODELO EXTERNO

PROTOCOLO
CANAL
DENUNCIAS EXTERNO

BK SPAIN

SISTEMA FINANCIERO

- 193 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
- Artículo 29 de la Ley 10/2014 y en el artículo 43 del Real Decreto 84/2015, las entidades deberán disponer de una unidad que desempeñe la función de cumplimiento normativo. Le es exigible además un protocolo adecuado y suficiente de tal cumplimiento normativo. Este último precepto recoge que la entidad de crédito deberá contar con una unidad que desempeñe la función de cumplimiento normativo.
- Circular del Banco de España.

MODELO BUZON DE DENUNCIAS

- 1. La empresa creará un buzón ético con el objeto de fomentarel cumplimiento de la legalidad y las normas de conducta establecidas en el Código ético (el “Buzón ético”). La creación del Buzónético se entiende sin perjuicio de cualesquiera otros mecanismos ocanales que se establezcan conforme al Sistema de gobierno corporativo o que la Comisión de Auditoría y Supervisión del Riesgoconsidere oportuno crear para permitir la comunicación de irregularidades de potencial trascendencia, de naturaleza financiera ycontable, que se adviertan en el seno de la empresa.
- 2. El Buzón ético es un canal transparente para comunicar, porparte de los profesionales de la empresa, conductas que puedanimplicar la comisión de alguna irregularidad o de algún acto contrario a la legalidad o a las normas de actuación del Código éticoo para consultar dudas que pudieran surgir sobre su interpretación.
- 3. Las comunicaciones dirigidas al Buzón ético podrán remitirse mediante la cumplimentación de un formulario electrónico queestará disponible en el apartado denominado “Buzón ético” delPortal del empleado.
- 4. La cabecera de los negocios de la empresa que cuenten conunidades o direcciones de cumplimiento podrán crear sus propiosbuzones éticos. Estas unidades o direcciones informarán a la Unidad de Cumplimiento de todas las denuncias que reciban a travésde dichos buzones éticos y de los expedientes tramitados y le facilitarán toda la información y documentación que esta solicite.

PRINCIPIOS INFORMADORES

- .1. Los profesionales de la empresa que tengan indicios razonables de la comisión de alguna irregularidad o de algún actocontrario a la legalidad o a las normas de actuación del Códigoético específicamente dirigidas a los profesionales de la empresa deberán comunicarlo a través del Buzón ético. En cualquier caso, dichas comunicaciones deberán atender siempre a los criterios deveracidad y proporcionalidad, no pudiendo ser utilizado este mecanismo con fines distintos de aquellos que persigan el cumplimiento de las normas del Código ético.
- 2. La identidad de la persona que comunique una actuaciónanómala a través del Buzón ético tendrá la consideración de información confidencial y, por lo tanto, no será comunicada al denunciado sin el consentimiento del denunciante, garantizando así lareserva de la identidad del denunciante y evitando cualquier tipode respuesta hacia el denunciante por parte del denunciado comoconsecuencia de la denuncia.
- 3. La empresa se compromete a no adoptar ninguna forma derepresalia, directa o indirecta, contra los profesionales que hubieran comunicado a través del Buzón ético una actuación de lasreferidas en el apartado 1 anterior.
- 4. Sin perjuicio de lo anterior, los datos de las personas queefectúen la comunicación podrán ser facilitados tanto a las autoridades administrativas o judiciales, en la medida en que fuerenrequeridos por tales autoridades como consecuencia de cualquierprocedimiento derivado del objeto de la denuncia como a las personas implicadas en cualquier investigación posterior o procedimiento judicial incoado como consecuencia de la investigación.Dicha cesión de los datos a las autoridades administrativas o judiciales se realizará siempre dando pleno cumplimiento a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

TRAMITACIÓN

- 1. La tramitación de las denuncias realizadas a través del Buzónético corresponde a la Unidad de Cumplimiento. En caso de quela denuncia afecte a un miembro de la Unidad de Cumplimiento,este no podrá participar en su tramitación.
- 2. En caso de que el asunto afecte a algún profesional adscritoa la empresa que cuente con su propia unidad o dirección de cumplimiento, la Unidad de Cumplimiento remitirá la comunicación adicha unidad o dirección, para que proceda a su evaluación y tramitación conforme a sus propias normas. No obstante, lo anterior,en caso de que el asunto afecte a profesionales adscritos a más deuna cabecera de los negocios de la empresa que cuenten con uni dad o dirección de cumplimiento, la tramitación del expedienteserá coordinada por la Unidad de Cumplimiento.
- 3. En toda investigación se garantizarán los derechos a la intimidad, a la defensa y a la presunción de inocencia de las personasinvestigadas.

PROTECCIÓN DE DATOS

- 1. Los datos que se proporcionen a través del Buzón ético seránincluidos en un fichero de datos de carácter personal titularidadde la Sociedad para la gestión de la comunicación recibida en elBuzón ético, así como para la realización de cuantas actuacionesde investigación sean necesarias para determinar la comisión dela infracción.La Sociedad se compromete a tratar en todo momento los datosde carácter personal recibidos a través del Buzón ético de formaabsolutamente confidencial y de acuerdo con las finalidades previstas en este capítulo VI y adoptará las medidas de índole técnicay organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datosy evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado,habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de losdatos almacenados y los riesgos a los que están expuestos, todoello en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.En cualquier caso, la empresa empleará en cada formulario derecogida de datos aquellas leyendas exigidas por la ley para informar a los interesados claramente de las finalidades y usos de lostratamientos de sus datos de carácter personal.
- 2. Con carácter general, el denunciado será informado de laexistencia de una denuncia en el momento en que se proceda alinicio de las actuaciones de investigación. No obstante, en aquellos supuestos en los que exista un riesgo importante de que dicha notificación ponga en peligro la capacidad de investigar demanera eficaz la alegación o recopilar las pruebas necesarias, lanotificación al denunciado podrá retrasarse mientras exista dichoriesgo. En cualquier caso, dicho plazo nunca excederá de tres meses desde la recepción de la denuncia.
- 3. Las personas que efectúen una comunicación a través delBuzón ético deberán garantizar que los datos personales proporcionados son verdaderos, exactos, completos y actualizados. En cualquier caso, los datos que sean objeto de tratamiento en el marco de las investigaciones serán cancelados tan pronto como estashayan finalizado, salvo que de las medidas adoptadas se derivenprocedimientos administrativos o judiciales. Asimismo, la empresaconservará los mencionados datos debidamente bloqueados durante los plazos en los que de las denuncias de los profesionalesde la misma o de las actuaciones llevadas a cabo por la empresapudieran derivarse responsabilidades.
- 4. Los usuarios del Buzón ético podrán en cualquier momentoejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto de sus datos personales mediante comunicaciónescrita dirigida al domicilio social de la Sociedad, acompañandofotocopia de su documento nacional de identidad e indicando elderecho concreto que desean ejercitar".

Análisis de los supuestos prácticos

- **La primera sentencia, de 2-IX-2015, fue absolutoria,**
- La Audiencia Provincial de Madrid condenó a un administrador y a la empresa por estafa. Pese a que la empresa no recurrió, el Supremo entendió que, como la conducta del administrador no era constitutiva de estafa, debía procederse a absolver de oficio también a la persona jurídica. Llama ya la atención el TS sobre el extremo de que la Audiencia no se pronunció sobre la culpabilidad de la persona jurídica, bien para apreciar el sistema vicarial o bien el de hetero responsabilidad.

STS de 29 de febrero del 2016…

- Esta es, con diferencia, la más interesante. Es una sentencia de pleno en la que se resuelve el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Nacional contra varios administradores y empresas, que pretendían introducir más de cinco mil kilos de cocaína en nuestro país, alojándolos en los huecos de máquinas pesadas.
- Esta sentencia es muy interesante, pues ratifica una pena de disolución, **multas de más de 775 millones de euros**, entra en la individualización de la pena (66 bis Cp), etc. Sin embargo, el Supremo se parte en dos, al votarse 8-7, en el sentido de que las acusaciones tendrán que probar que los planes de cumplimiento eran inidóneos.
- Hasta la fecha, cualquier excusa absolutoria, causa de justificación, eximente, atenuante, etc., debía ser acreditada por aquellos a quienes les interesaba (la defensa), y esto rompe la tradición secular de manera inexplicable.
- Creo que una sentencia de tráfico de drogas de empresas **"casi piratas"** no era el prototipo de "sentencia guía", al no ser una clase de negocios muy al uso para las empresas, además de porque no tenían planes de cumplimiento.
- Sinceramente, creo que el Supremo tenía que haber dejado ese punto capital para una empresa con un negocio más usual. Si se dice que el derecho penal de la persona jurídica busca poner la pelota de la prevención del delito a la propia empresa, esta debería probar la idoneidad o no del modelo, y no el Fiscal, que no conoce "las tripas" de la empresa concreta.

STS 16-III-2016, ponente Manuel Marchena Gómez, presidente de la Sala Penal, revoca una sentencia de la Audiencia de Cáceres.

- El juez instructor no le tomó declaración individualizada como investigada a la persona jurídica, cumpliendo con los **arts. 119 y 409 bis LECRIM**, y la Fiscalía no recurrió y siguió adelante. Por si fuese poco, la Audiencia condenó con un error procesal tan flagrante. La resolución del Supremo es absolutamente lógica, al revocar dicha condena.
- Si se dice, como ya se hizo en la segunda sentencia del Supremo, que las culpabilidades son separadas (y no sistema vicarial), deben garantizarse los derechos procesales de manera autónoma.
- "Falta una regulación procesal omnicomprensiva de la persona jurídica. Se han dejado muchas cuestiones en el tintero. Hay que regular la figura del compliance officer y los llamados whisteblowers o denunciantes, sobre todo sin son trabajadores de la empresa".

STS 13-VI-2016, consideró que no se podía proceder a la imputación de la sociedad por un supuesto delito medioambiental

- El Tribunal Supremo consideró que no se podía proceder a la imputación de la sociedad por un supuesto delito medioambiental, ya que los hechos habían tenido lugar con anterioridad a la reforma del Código Penal. El condenado, que abrió una cantera ilegal en una zona protegida cerca de Ponferrada, pretendía que se condenase a la empresa y no a él.
- El Supremo entiende que no estaba en vigor el **art. 31 bis Código Penal** en aquel momento, y que eran las acusaciones, en su caso, las que deberían haberlo solicitado, no estando al alcance de la mano de un acusado pedir la condena de otra persona, sea física o jurídica

STS 6-X-2016, es la quinta que estima el recurso de casación de la Fiscalía en lo que viene a ser una rocambolesca cuestión procesal.

STS 3-XI-2016, confirma la previa de la Audiencia de Barcelona.

- Exactamente, por estafa procesal en grado de tentativa, como otra que se ha dictado recientemente por la Audiencia de Zaragoza en el ámbito de empresas relacionadas con la frutería.

STS 26-I-2017

- **que vuelve a confirmar una sentencia esta vez de la Audiencia de Valencia**

STS 23-II-2017

- **,…que ratifica una sentencia de la Audiencia de Pontevedra, en un caso delito contra los derechos de los trabajadores.**
- Desde luego, dado que despeja la duda, de si se podía condenar por delito contra los derechos de los trabajadores a las empresas, resolviéndose en sentido negativo.
- LA Audiencia de Castellón condenó por conformidad a una acusada exactamente por el mismo delito, **artículo 311. 2 Código Penal**, el de tener un porcentaje elevado de trabajadores sin estar dados de alta ante la Seguridad Social