



## BLOQUE 7

### LA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA Y CONTROL

**Sesión 12 (27 de noviembre de 2024): Procedimientos de denuncia, investigación y reporte**

*Sesión impartida por: Sonsoles Callejo y Sonia Trendafilova (Clifford Chance) y Julia Martínez Rodríguez (Centro de Estudios Garrigues)*

#### 1. Introducción

Una de las cuestiones de más actualidad en el ámbito jurídico empresarial son las investigaciones internas y el papel de los canales internos de denuncias dentro de las organizaciones para la investigación de irregularidades.

Debemos partir de la concepción clara de que en muchas ocasiones las investigaciones internas no son más que expresión de una determinada gestión de riesgos, y que en muchos casos no son riesgos estrictamente relacionados con el Derecho penal. Es decir, muchos de los riesgos que afectan a las empresas quedan fuera de los riesgos penales o referidos a cuestiones de *compliance* penal, y se aproximan más a riesgos de empresa: riesgos jurídicos en general, operacionales, reputacionales o laborales, o riesgos relacionados con cuestiones de *compliance* en sentido amplio.

Por tanto, nos encontramos con que gran parte de las investigaciones internas o las denuncias presentadas a través de los canales no se centran en delitos, sino en cualquier conducta que, por muy atípica que pueda resultar desde el punto de vista jurídico-penal, pueda tener relevancia y acarrear consecuencias negativas para la organización, por ejemplo, conductas potencialmente transgresoras de los principios contenidos en el código ético y de conducta de la empresa; o supuestos de violación de derechos humanos.

Debido a la creciente legislación que obliga a la autorregulación de las empresas en el ejercicio de deberes de supervisión y control –*soft law*– la investigación interna, además



de convertirse en una práctica cada vez más común en los últimos tiempos, ha comenzado a estar mucho más regulada, precisamente en el seno de las empresas. Éstas se han dotado de políticas internas adecuadas (incluidos protocolos específicos de investigaciones internas), canales de denuncia y sistemas disciplinarios, que sirven de guía para la realización de una investigación interna. No obstante, aun estando reguladas en ciertos casos las investigaciones internas, se sigue precisando cierta flexibilidad a la hora de adaptar cada una de ellas, con las particularidades que pueda tener en función de su objeto específico o finalidad que persigue.

## 2. Canales de denuncia

### 2.1. Contexto y regulación principal

Más de un año después de que se cumpliera el plazo para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones de la legislación de la Unión (conocida como "**Directiva Whistleblowing**"), y poco después de que la Comisión Europea anunciara su intención de denunciar –por ese retraso– a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión, la ley de protección al informante vio la luz en España.

Así, con fecha 20 de febrero se aprobó la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (la "**Ley 2/2023**"). Además de transponer la Directiva Whistleblower, esta ley es fundamental para completar el régimen de exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que el Código Penal estableció en su reforma de 2015 la necesidad de haber implementado un canal de denuncias para poder exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad.

Para completar la regulación de esta materia, se ha publicado recientemente el Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección al Informante, A.A.I., con el objeto de garantizar, entre otras funciones, la adecuada implementación de las medidas de apoyo a las personas denunciantes previstas en la Ley 2/2023.

### 2.2. Ámbito subjetivo de aplicación

La Ley 2/2023 mantiene el ámbito subjetivo amplio de la Directiva Whistleblowing, y protege en general a cualquier informante del sector privado y público que revele infracciones en un contexto laboral o profesional (entre otros, empleados, autónomos, personal voluntario, becarios, trabajadores de contratistas, subcontratistas, proveedores, representantes legales o personas del entorno de los informantes).

### 2.3. ¿Qué infracciones son susceptibles de comunicarse?

La Ley española va más allá de la Directiva. Aparte de las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva Whistleblower, la Ley 2/2023 posibilita la comunicación de cualquier infracción penal o administrativa grave o muy grave de



nuestro ordenamiento jurídico y, en todo caso, de aquellas que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

La Ley 2/2023 a su vez excluye expresamente del ámbito de aplicación material los supuestos que se rigen por su normativa específica, las obligaciones que resultan de la protección del secreto profesional o las informaciones clasificadas.

## 2.4. Tipos de canales de comunicación

En línea con lo previsto en la Directiva Whistleblowing, la Ley 2/2023 distingue entre canales internos y externos, dando preferencia a las comunicaciones realizadas a través de los canales internos. El canal externo, por su parte, será dotado de independencia y autonomía, bajo la supervisión de la Autoridad Independiente de protección del Informante (AIPI) y será complementario a los canales internos de comunicación.

Dentro de los canales de comunicación internos, podemos destacar algunas características:

- **Responsable del canal.** El órgano de administración será responsable de la implantación del canal. A su vez, podrá designar a la persona responsable de la gestión, el "Responsable del Sistema", que puede ser el propio *compliance officer* de la entidad. Entre otras funciones, mantendrá un libro registro de las comunicaciones recibidas, investigaciones llevadas a cabo y su resultado, conforme se prevé en el procedimiento detallado en la Ley 2/2023.
- **Políticas de implementación del canal.** El canal deberá contar con una política que recoja las principales garantías del procedimiento para informar (política que, en grupos de sociedades, podrá aprobarse a nivel de grupo por la sociedad dominante, sin perjuicio de que cada sociedad apruebe su propio sistema de información). El canal puede ser integrado dentro de otros canales ya existentes.
- **Comunicación clara de la existencia del canal.** En caso de que la entidad obligada a su implementación cuente con una página web, dicha información deberá constar en la página de inicio, en una sección separada y fácilmente identificable. En todo caso deberá ofrecerse la información de forma clara y accesible para todos.
- **Externalización.** Sin mayores novedades con respecto a la Directiva Whistleblowing, la Ley 2/2023 permite que el canal de denuncias sea gestionado por un tercero externo, siempre que ello no suponga ninguna merma de los derechos y las garantías previstas.
- **Grupos de empresas.** Las empresas del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores podrán compartir entre sí el canal o canales de



comunicación y los recursos destinados a la gestión y tramitación de comunicaciones; en cambio, la Ley 2/2023 no prevé que lo anterior sea de aplicación para entidades de más de 250 trabajadores, a pesar de que estas sí puedan tener una política a nivel de grupo. En la práctica esto podría suponer un obstáculo para la centralización de la gestión e investigación de comunicaciones en grandes empresas. En este sentido, la Ley 2/2023 no resuelve las dudas que ya suscitó en su momento la Directiva Whistleblowing, al no ofrecer aclaración alguna al respecto.

- **Prohibición de represalias.** En línea con lo establecido en la Directiva Whistleblowing, la Ley 2/2023 pretende garantizar que ningún informante sufra ningún tipo de represalias, a la vez que obliga a preservar la confidencialidad de los canales y la protección de datos personales, admitiéndose incluso las denuncias anónimas.

## 2.5. Régimen sancionador

La Ley 2/2023 distingue entre infracciones leves, graves y muy graves, y prevé sanciones para las personas (físicas o jurídicas) de hasta 1 millón de euros en caso de incumplimiento, (por ejemplo, en caso de vulneración de la confidencialidad, de adopción de cualquier medida de represalia, o de incumplimiento de la obligación de disponer de un canal interno de comunicación en los términos exigidos).

Además, las entidades podrán estar sujetas a otro tipo de medidas, como ser amonestadas de manera pública, ser vetadas de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales (durante un plazo máximo de cuatro años), o ser apartadas de la contratación con el sector público (por un plazo máximo de tres años).

## 3. La investigación interna

### 3.1. Contexto

La investigación interna puede ser definida como el **conjunto de actos indagatorios llevados a cabo por el empresario para el esclarecimiento de determinados hechos** que pueden tener relevancia para la empresa, bien por existir una sospecha de la comisión de un delito (tanto en beneficio de la empresa como en su perjuicio) o simplemente una conducta deshonesta o infractora del código ético y de conducta que podría suponer un riesgo reputacional.

Con la incorporación a la legislación en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puso de manifiesto que el objeto del *compliance* era precisamente el ejercicio del "debido control" sin más especificación legal sobre el contenido de este deber. Tras la modificación de la Ley Orgánica 1/ 2015, parece claro que uno de los aspectos fundamentales de la política de prevención de delitos de la empresa deberá realizarse a través de investigaciones internas que permitirán conocer con mayor detalle aspectos concretos de los que pueden derivarse eventuales responsabilidades.



Por otra parte, estas pesquisas o indagaciones forman parte de los mecanismos de *compliance*, reconocidos legalmente para que las organizaciones puedan quedar exentas de responsabilidad penal de la persona jurídica o sirvan como atenuante de la responsabilidad penal.

### 3.2. Tipos de investigaciones internas

Existe una tipología muy variada de investigaciones internas, tanto en función de quién las realiza, como de su finalidad, momento temporal en el que se producen o de su objeto:

- (i) **Investigaciones preventivas y reactivas.** Si acudimos al momento temporal en el que se inicia la investigación respecto del momento en que se producen los hechos objeto de investigación, podemos distinguir entre investigaciones preventivas o reactivas. En las primeras lo que se pretende es adelantarse a una persecución penal de la Fiscalía u otras autoridades con competencias sancionadoras e investigar un hecho sospechoso a la vista de poder ofrecer una explicación coherente, planificar una línea de defensa, e incluso colaborar con las autoridades de cara a poder optar a la exención de responsabilidad o, al menos, a una rebaja de la pena. Por otro lado, las investigaciones reactivas son las que se inician una vez detectado el problema o la infracción, o incluso, una cuando las propias autoridades ya han requerido la empresa para que proceda a investigar o a facilitar información o documentación con respecto a unos hechos ya conocidos por las autoridades.
- (ii) **Investigaciones internas y externas.** Las investigaciones internas podrían ser dirigidas internamente, si se realizan en el seno de la propia empresa y por empleados o directivos de la misma, en la mayoría de los casos, dirigidas por el departamento de compliance o el departamento de asesoría jurídica; o bien externalizadas, es decir, desarrolladas total o parcialmente por expertos externos- abogados, consultores o detectives privados.
- (iii) **Investigaciones voluntarias o impuestas.** También, dependiendo de si la iniciativa de empezar la investigación interna es propia o viene impuesta, podemos diferenciar investigaciones voluntarias y aquellas impuestas por diferentes autoridades con potestades sancionadoras a fin de esclarecer, por cuenta de la empresa y a su cuenta, determinados hechos que dicha autoridad está investigando o va a investigar.

### 3.3. Investigaciones internas vs. Investigaciones externas

A fin de preservar los principios básicos que deben concurrir en cualquier investigación interna, como son **transparencia, integridad e independencia**, lo más habitual en el ámbito comparado es que este tipo de investigaciones sean encargadas por la empresa a colaboradores externos.



No existe una única razón, ni motivo, por el que debamos considerar más acertado externalizar la investigación, sino que habrá que atender el caso concreto. A pesar de ello, desde el punto de vista práctico, a modo de ejemplo, de cara a terceros resulta mucho más fiable una entrevista realizada por un tercero ajeno a la empresa, que aquella realizada por quien ha sido compañero del investigado los últimos años.

Al igual que sucede en otras materias referidas al *compliance*, para que una investigación interna pueda verdaderamente llegar a esclarecer determinados hechos, es necesario que la dirección de la compañía esté totalmente involucrada o al menos que la dirección de la compañía haya dotado de las correspondientes potestades y competencias a los órganos que realizan esa investigación. También, un factor de éxito muy importante es la selección minuciosa del personal que va a realizar la investigación interna, delimitando el círculo de personas con conocimiento del asunto y asegurándose de que estas personas no están incursas en ningún supuesto de conflicto de interés.

Desde el punto de vista de la imparcialidad y la integridad de la investigación, parece más difícil que la investigación pueda considerarse independiente si la realiza la propia organización. Sucede de forma similar en los supuestos de un fraude fiscal, por ejemplo. No parece razonable que sea la propia organización la que realice una investigación y emita un dictamen sobre su propia tributación, sino que tendrá que ser un tercero experto en tributación quien emita el correspondiente dictamen sobre una situación. Lo mismo sucede en los casos de dictámenes jurídicos sobre otras materias, como es la materia administrativa o penal.

### 3.4. ¿Quién debe acordar su inicio?

Ante una irregularidad o potencial incumplimiento, la organización deberá acudir en primer lugar a su política o protocolo de investigaciones internas, y seguir el procedimiento en ellos establecido. En caso de que la empresa carezca de tal política interna o protocolo, o precisamente de cara a redactarlos y definir el procedimiento a seguir, la respuesta sobre quién es la persona idónea para poner en marcha una investigación interna depende del caso concreto.

En el caso de investigaciones rutinarias y no complejas, como pueden ser las investigaciones de menor envergadura, podría ser suficiente que el inicio de la investigación sea acordado directamente por el *compliance officer* u órgano de *compliance* competente, sin necesidad de elevar su aprobación al órgano de administración.

Por el contrario, en investigaciones complejas, sobre cuestiones estratégicas para la empresa o aquellas cuyas consecuencias puedan tener consecuencias negativas, bien legales o reputacionales, para la persona jurídica, lo más razonable parece que el inicio de la investigación sea propuesto por el órgano de *compliance* competente, si bien la decisión de acordar su inicio deberá corresponder, bien al consejo de administración, bien al consejero delegado, bien al órgano interno en quien aquél haya decidido delegar.



El *compliance officer* es quien deberá designar a quienes se ocuparán de realizar dicha investigación. En investigaciones internas en las que simplemente se trata de esclarecer algún hecho puntual, suele acordarse que una persona del propio departamento de *compliance* realice las pesquisas oportunas, e informe con posterioridad al órgano de *compliance*.

### 3.5. La finalización de la investigación

La investigación interna, bien como mecanismo del ejercicio por la empresa de los deberes de vigilancia, supervisión y control, bien como parte de su estrategia pre procesal de defensa penal corporativa, debe terminar con una conclusión sobre los hechos investigados que, en principio, una vez comunicados a la dirección de la empresa deberán ser asumidos por el órgano de administración.

La imposición de sanciones internas a los incumplidores de los protocolos y políticas establecidas constituye uno de los pilares básicos del sistema de *compliance* de cualquier compañía. Si no se imponen sanciones, no puede predicarse que se está castigando por incumplir la normativa interna de la compañía.

Una vez concluida la investigación interna, deberá acordarse por la empresa el modo en que va a defenderse en un eventual procedimiento, si es el caso. En ocasiones, se ha planteado que la investigación interna no es más que el método que emplea la empresa para fijar unos hechos sobre los que va a sostener su defensa. Sin embargo, las defensas penales de empresa modernas van un poco más allá en esta cuestión, y no sólo sirven para construir el modo en que va a defenderse la empresa, sino que en algunos casos la investigación interna no es más que la actuación de las autoridades –Juzgado de Instrucción o Ministerio Fiscal– u otra diligencia más que se ha solicitado. Por último, desde un punto de vista ya no reactivo, sino preventivo, una vez concluida la investigación interna, sus principales conclusiones servirán, como ya hemos dicho, para actualizar y revisar el programa de *compliance* y así prevenir que estas conductas se repitan en un futuro.

Si la investigación interna concluye que los hechos no son constitutivos de delito alguno, o no ha existido infracción de las normas internas de conducta de la empresa, no procede tomar ninguna otra acción respecto de lo ocurrido, por lo que el órgano de *compliance* deberá acordar el archivo de la investigación. Ello no implica, por supuesto, que se destruya lo actuado, ni que se menosprecie la importancia de conservar debidamente documentación. Aun en el caso de que los hechos carecen de relevancia, es importante que la empresa preconstituya prueba, guardando con esmero todas las pruebas de haber investigado diligentemente los hechos, ya que en algún momento podría ser requerida para ello.

### Bibliografía

ZABALA, Carlos; y TRENDAFILOVA, Sonia; "Manual de investigaciones internas", Editorial Aranzadi, 2021.



ZABALA, Carlos; TRENDAFILOVA, Sonia; y CALLEJO, Sonsoles, "España transpone la Directiva Whistleblowing y provee de un régimen de protección al informante", Clifford Chance Briefings, febrero de 2023.

