

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY 2/2023, DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE, Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y EMPLEADORAS

SALVADOR DEL REY GUANTER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Esade Law School

RESUMEN

Palabras clave: Persona informante; persona relacionada con la informante; persona afectada; sujeto sometido al régimen sancionador; sujeto Responsable del Sistema interno

Uno de los aspectos más trascendentes y a la vez más complejos en la Ley 2/2023, de protección de la persona informante, es la delimitación de su ámbito subjetivo, en tanto que el entendimiento de la acentuada pluralidad de personas físicas y jurídicas incluidas en la misma será fundamental para la mejor comprensión de sus distintos contenidos y su correcta aplicación. Desde luego, la finalidad esencial de aquella ley es la tutela de las personas que usan las distintas vías de comunicación para informar sobre la comisión de infracciones, y de ahí que debamos identificar quienes se entienden como tales a efectos de que puedan recibir su plena protección, entre las que ocupa un lugar destacado la persona trabajadora por cuenta ajena. Sin embargo, esta protección es más extensa subjetivamente, en tanto que se va a aplicar, en distintas formas, tanto a las personas que estén relacionadas con la informante como incluso a las presuntamente infractoras –destacadamente las empleadoras de las informantes, las cuales ostentan una serie de derechos como el de la presunción de inocencia. A las anteriores personas se unen en nuestro análisis tanto los sujetos que, por ejercer represalias, se someten al régimen sancionador de la ley, como las personas órganos privados y públicos que han de establecer y responsabilizarse de los canales internos y externos de comunicación de infracciones.

ABSTRACT

Keywords: *Reporting person; facilitator and third party connected to reporting person; person concerned; person subject to penalties; person Responsible for the internal System*

One of the most important and at the same time most complex aspects of 2/2023 Act, on the protection of the reporting person, is the delimitation of its subjective scope, since the understanding of the accentuated plurality of the persons included in the it will be essential for a better interpretation of its different contents and its correct application. Of course, the essential purpose of that law is the protection of persons who use the different channels of communication to report on the commission of infractions, and hence our purpose of understating who legally are those reporting persons, among which workers and civil servants play a prominent role. However, this protection is more extensive, since it will be applied, in different ways, both to the persons who are related or connected to the informant and to those referred to as offenders notably the employers of the informants, persons concerned who hold a series of rights, such as the presumption of innocence. In addition, included in our analysis are those subjects that, for exercising retaliations against informants, may be sanctioned according to the Act, as well as private and public persons and bodies that must develop and take responsibility for the internal and external channels of communication of infractions regulated by that Act.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 2/2023: PERSONA “INFORMANTE” Y PERSONAS RELACIONADAS
3. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE LA LEY A LA PERSONA “AFECTADA”
4. SOBRE LOS SUJETOS SOMETIDOS AL RÉGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA LEY 2/2013
5. LA PERSONA RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO
6. OTROS SUJETOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 2/2013: LAS ENTIDADES OBLIGADAS A ESTABLECER UN SISTEMA INTERNO, LAS AUTORIDADES PÚBLICAS RESPONSABLES DEL CANAL EXTERNO Y DEL RÉGIMEN SANCIONADOR, Y LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA EN LA REVELACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Según nos indica el art. 1 de la Ley 2/2023 de 25 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra el fraude¹, la finalidad principal de la ley es otorgar protección frente a posibles “represalias” a la denominada “persona informante” que se contempla en su art. 3 bajo el título de “ámbito personal”, considerando como tal a la persona física que comunique a través de los procedimientos previstos en la ley algunas de las infracciones a las que se refiere el ámbito material de la misma identificados en su art. 2.

De ahí que sea trascendental determinar quién pueda ser tal persona informante, sobre todo considerando que, como demuestra la experiencia comparada, ese sujeto es en la inmensa mayoría de los casos una persona que presta servicios para la “persona afectada” por aquella comunicación de infracciones, y más concretamente, un trabajador por cuenta ajena en el sentido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores².

¹ BOE de 21 de febrero de 2023. Esta ley traspone, con retraso que ha sido regla general en la mayoría de los países de la UE, la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2017 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Una visión general de los aspectos fundamentales de la ley desde una perspectiva esencialmente laboral, en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023, pgs. 131 ss. También, para un análisis general, Puebla Pinilla, A., “Ley 2/2023, de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral”, *LABOS* 4/2023, pgs. 32 ss.

² Para un análisis comparado del ámbito personal de las normas sobre whistleblowing, y en especial las basadas en la Directiva, Abazi, V., “The European Union Whistleblower Directive: A <Game Changer> for Whistleblowing Protection”, *Industrial Law Journal*, 49/2020; R. Calland y G. Dehn, *Whistleblowing around the World: Law, Culture and Practice*, ODAC, Cape Town, 2004; Brown, A.J., “Towards <Ideal> Whistleblowing legislation? Some Lessons from Recent Australian Experience”, *E-Journal of International and Comparative Law*, 2-3/2013; Feinstein, S. y Devine,

Sin embargo, el ámbito subjetivo de la ley 2/2023 es acentuadamente más amplio que el “personal” que delimita su art. 3³.

Por lo pronto, y a pesar de no estar incluido en ese precepto, también reviste una enorme trascendencia la determinación de quién pueda ser esta persona “afectada”, cuya preservación de sus derechos también se considera expresamente por ley como una prioridad. A efectos del contrato de trabajo, esa persona afectada por la comunicación de infracciones será en la mayoría de los casos la empleadora y/o un directivo de la misma, lo cual será enormemente significativo en diversos planos de ese contrato, como por ejemplo que todo trato desfavorable que imponga a la persona informante en sus condiciones de trabajo en los dos años siguientes a la comunicación de la infracción va a tener una fuerte presunción de ser calificada de represalia –art. 36.4- .

No obstante, junto a este binomio principal de persona informante-persona afectada, existen otros sujetos que, principalmente por su relación con una de ellas, tienen relevancia acentuada para la ley.

Así, junto a la persona informante, hay otras personas tales como “facilitadores”, asesores, representantes legales de los trabajadores, e incluso familiares o “compañeros de trabajos”, que van a requerir en determinados supuestos de la protección de la ley.

De la misma forma, hay que tener en cuenta que la protección que la ley dispensa respecto a las represalias que puedan ejercerse sobre esas personas informantes o relacionadas con las mismas abarca no sólo a las que puedan provenir de las personas afectadas, sino incluso a las de otras relacionadas con

T., *Are Whistleblowing Laws Working: A Global Study of Whistleblower Protection Litigation*, IBA, London, 2021; Latimer, P. y Brown, A.J., “Whistleblowing Laws: International Best Practice”, *UNSW Law Journal*, 31-3/2008; Lewis, J. et al. *Whistleblowing: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2022 (4ª edición); Pizzuti, P., *Whistleblowing e Rapporto di Lavoro*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019; y Yurtaül, H., *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Cart of Human Rights and the European Union: An Emerging Consensus*, Springer, New York, 2021.

³ Hay que tener en cuenta que en la conceptualización del ámbito personal de las normas, y en relación a las calificadas de “genéricas”, como es el caso de la ley 2/2023, dicho ámbito se delimita como las personas a las cuales tales normas se refieren o a las que le son de aplicación. Es este sentido más amplio al que nos referimos en este trabajo como ámbito subjetivo, que consiguientemente sobrepasa el “ámbito personal” del art. 3 de aquella ley, que sólo comprende, como veremos, a la persona informante y a las relacionadas con la misma. Al respecto de este concepto amplio, definiendo el ámbito personal de las normas como “conjunto de las personas para las cuales realiza su función prescriptiva una norma o un cuerpo de normas determinado”, Capella, J.R. *Elementos de Análisis Jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pgs. 84 ss. No obstante, en el prólogo de la ley también se va a hacer referencia al término “ámbito subjetivo”, aunque de forma restrictiva a cómo utilizaremos esta expresión en este trabajo en cuanto referido exclusivamente al art. 3: “Junto a la descripción del ámbito objetivo de aplicación, precisa la ley el ámbito subjetivo, esto es, las personas que están protegidas frente a posibles represalias”.

éstas y que estén en posición de infringir un trato desfavorable o daño a esas personas, las cuales estarán sometidas como responsables de esas represalias al régimen sancionador de la ley.

Existen adicionalmente otras personas que tiene un papel específico y significativo en la ley, que por tanto entran dentro del ámbito subjetivo de la misma en la conceptualización extensiva de este término que hemos adoptado, y con consecuencias en las relaciones laborales notables. Es el caso de la persona denominada “Responsable del Sistema interno”, que en el caso del sector privado será un directivo de la entidad que ha de establecer el canal interno de comunicación de las infracciones y que plantea especiales problemas respecto a su régimen disciplinario.

De la misma forma, la ley se refiere a los sujetos, tanto del sector público como privado, encargados de establecer ese sistema interno de comunicación, así como a la autoridad pública que, a nivel tanto estatal – la denominada Autoridad Pública de Protección del Informante o AAI - como autonómico, será la responsable de establecer y gestionar el denominado canal externo de comunicación de infracciones.

En fin, en el ámbito del tercer canal de comunicación que contempla la ley, el de la denominada “revelación pública”, aunque exento de los procedimientos formales propios del canal interno y externo, pueden existir unas personas indirectamente afectadas por la ley, que son los profesionales de la prensa a los cuales pueden acudir las personas informantes en el ejercicio de la libertad de información y sin necesidad de acudir previamente al canal interno o externo. La pregunta que nos haremos será si, más allá de la protección que la ley dispensa a las personas informantes que revelan públicamente infracciones, esos profesionales reciben algún tipo de tutela de esa norma por ser portavoces de tales revelaciones en sus respectivos medios de comunicación.

Por consiguiente, el objetivo del presente trabajo es realizar un análisis no sólo del ámbito personal de la ley en sentido estricto que se recoge en su art. 3, sino de los otros sujetos principales que pueden ser implicados directa o indirectamente por la comunicación de infracción realizada por la persona informante, en tanto que sólo una comprensión general de ese ámbito subjetivo extensamente entendido nos pueda dar una mejor idea de todas las consecuencias y efectos que tiene la comunicación inicial de esa persona informante sobre presuntas infracciones cometidas por la persona afectada. Aunque nuestra perspectiva al analizar ese ámbito subjetivo va a ser preferentemente la determinada por la relación laboral, muchos aspectos de nuestro análisis van a ser susceptibles de aplicación a cualquier otro tipo de relación jurídica que pueda unir a la persona informante con la persona afectada.

No obstante esta pluralidad de sujetos relevantes en la ley 2/2023 que vamos a estudiar, ello no debe ocultarnos que la persona protagonista esencial

en la misma es la informante, en tanto que su claro y prioritario objetivo es la consolidación su estatus jurídico protegido que nos señala su art.1 en consonancia con el art. 1 de la Directiva, expresión, según se indica el preámbulo de la ley “(d) el compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas”, y de la necesidad de “asentar en la sociedad la conciencia de que debe perseguirse a quienes quebrantan la ley y que no deben consentirse ni silenciarse los incumplimientos”, siendo esta colaboración ciudadana en la denuncia de ilegalidades cometidas por entes públicos y privados “un elemento clave en nuestro Estado de Derecho”.

2. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 2/2023: PERSONA “INFORMANTE” Y PERSONAS RELACIONADAS

El ámbito personal de la ley, tal como definido en su art. 3, hay que entenderlo referido en primer lugar a lo que en ella se califica como persona “informante”⁴, que ya hemos indicado que es aquella persona física que comunica a través de los procedimientos previstos en la ley algunas de las infracciones a las que se refiere el ámbito material de la misma identificado en su art. 2.

No obstante, el art.3 se caracteriza por extender su protección más allá de la persona informante en sí, en cuanto incluye a personas que han podido relacionarse con la misma, de forma que a ellas se les tutele respecto a lo que la Directiva va a caracterizar como represalias “indirectas”⁵.

Antes de analizar más en detalle a ese conjunto de personas incluidas en el art.3, hay tres elementos delimitadores de la persona informante en la definición que hemos indicado que merece la pena subrayar.

El primero es que para que la persona informante sea tal en el sentido de la ley, existe una condición inicial, que es que tal información se comunique “a través de los procedimientos” previstos en ella. Aunque tales procedimientos por

⁴ La ley hace una opción terminológica del sujeto activo de la comunicación denominándolo “informante”, y no “denunciante”, como hace la Directiva 2019/1937, opción basada en la confusión que podría originarse si por este último se entendiera el sujeto que realiza formalmente una denuncia administrativa (art. 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o judicial (art. 25.9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En las definiciones contenidas en el art. 5 de la Directiva se entiende como denunciante a “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”.

⁵ En efecto, nos dice la Directiva en su Considerando 36 que “los Estados miembros deben garantizar que la necesidad de protección se determine atendiendo a todas las circunstancias pertinentes y no solo a la naturaleza de la relación, para amparar al conjunto de personas vinculadas a la organización, en sentido amplio, en la que se haya cometido la infracción”.

lo que se refiere al canal interno y al canal externo de comunicación son flexibles – más el de la vía interna que el de la externa-, no por ello dejan de establecer una delimitación formal fuera de la cual no actúa la protección de la ley⁶. Lo cual no quiere decir que esta posible exclusión de la ley 2/2023 debido a incumplimientos procedimentales equivalga a la desprotección del informante, en tanto que aún puede estar amparado por otras normas – por ejemplo, la ley 10/2022, de 12 de junio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación -, y desde luego, por la libertad de información constitucionalmente protegida en el art. 20.1 d) CE.

El segundo elemento de delimitación al que se refiere el art. 3 es que lo informado ha de constituir infracciones susceptibles de ser incluidas dentro del ámbito material de la ley tal como establecidas en su art. 2. De nuevo, estamos ante un ámbito material sumamente amplio, especialmente por la opción de la ley de incluir no solo “cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea” sino también, y sobre todo, las “acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave...”. Esto último, no es necesario insistir en ello, dota a la ley de una extensión muy notable, lo cual hace que la asunción del estatus de “persona informante” sea a su vez de una muy significativa amplitud.

No obstante, ya debemos también señalar que esa amplitud material conoce también importantes límites, y muy especialmente que no está incluyendo cualquier tipo de “irregularidad” – término este frecuente en los actuales canales internos de muchas empresas -⁷, de forma que se han de considerar como excluidas de la tutela de la ley las informaciones respecto a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina “prácticas reprobables” o “censurables”⁸, pero no ilegales, o lo que la propia ley denomina en su art. 35.2 b) como “conflictos interpersonales”. De esta manera, la persona trabajadora que informe por los canales interno o externo sobre este tipo de irregularidades o conflictos, o que haga revelaciones públicas al respecto, tampoco tendría el estatus de persona informante a los efectos de la ley⁹.

⁶ La tercera vía prevista en la ley consistente en la revelación pública, a diferencia de las vías interna y externa, no tiene un procedimiento reglado en sí, aunque ha de cumplir una serie de condiciones establecidas en el art. 28.1; al respecto, Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *Iuslabor*, 2/2023, pgs. 8 ss.

⁷ A su vez consecuencia de la utilización de este término o el de “incumplimientos”, en general, utilizados en normas de calidad tales como la *Norma ISO 19600*, sobre directrices para implantar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de compliance, la *Norma SA 8000*, en el ámbito del compliance laboral o, más recientemente, la *Norma ISO 37002:2021*, sobre sistemas de gestión de denuncias.

⁸ Sentencia del TEDH Halet v. Luxemburgo, de 14 de febrero de 2023, n° 140.

⁹ Sobre el ámbito material de la ley y estas exclusiones, más ampliamente, Del Rey Guanter, S. “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, V. 2 n° 2/2023.

La tercera delimitación viene determinada por la referencia que realiza el art. 3.1 a que la información comunicada se extraiga de un “contexto laboral o profesional”, contexto que el art. 5.9 de la Directiva define como el configurado por “las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales... las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información”.

Se trata de una delimitación amplia pero no por ello menos trascendente, dado que va a excluir de la protección de la ley, en cuanto no incluida en su ámbito personal, a las informaciones sobre infracciones que se extraigan de contextos diferentes al propio de un contexto de prestación laboral o profesional, como puede ser, por ejemplo, el de consumo respecto a ocasional cliente, de forma que la identificación y comunicación por un consumidor cuando la infracción la ha detectado simplemente al comprar un producto o utilizar un servicio quedaría excluida de la ley, en tanto no podría decirse que la información se ha extraído de aquel contexto, aunque si podría estar protegido desde luego por otras normas¹⁰.

En todo caso, lo que ya debemos considerar desde la perspectiva del art. 1.1 ET es que la referencia al contexto “laboral” tanto de la Directiva como sobre todo de este art. 3.1 de la ley nos da ya una idea de la centralidad que la persona trabajadora tiene en cuanto potencial informante en el ámbito de su contrato de trabajo, de forma que sin duda se constituye en la principal, aunque no única desde luego, fuente de posibles comunicaciones de infracciones cometidas por entes públicos y privados. Ello se va a traducir en múltiples manifestaciones en la ley, que van desde la propia inclusión del trabajador por cuenta ajena como principal sujeto informante como ahora veremos, hasta que la protección de ese sujeto se realice especialmente respecto a posibles represalias laborales.

Hemos de poner de relieve, al objeto de considerar en su medida el ámbito subjetivo-material de la ley, que ese protagonismo como sujeto activo de la persona

¹⁰ Al respecto, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tal como modificado por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de Protección de los Consumidores y Usuarios frente a Situaciones de Vulnerabilidad Social y Económica, cuyo art. 3 define al consumidor o usuario como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Como puede comprobarse, se le caracteriza como persona totalmente ajena al mencionado contexto laboral o profesional. La explicación de este tipo de exclusiones por ser ajeno a ese contexto probablemente nos la da la propia Directiva en su Considerando 36, al estimar, lo cual puede ser discutible, que no estamos ante una relación tan asimétrica de poder como las que se derivan de aquel: “Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad. La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales. Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias”.

trabajadora-informante no viene determinado, ni tan siquiera principalmente, por su potencial papel en cuanto comunicador de infracciones en materias del Orden social, sino que se predica en relación a todas las otras materias susceptibles de inclusión en el ámbito material de la ley, en tanto que ésta presume, en esa referencia al contexto laboral, que aquella persona va a tener mayor acceso a conocer tales infracciones que otros posibles sujetos activos que ahora determinaremos¹¹.

Pasando a analizar la enumeración no cerrada que realiza el art. 3.1, en su apartado a) considera como potenciales informantes tanto al trabajador por cuenta ajena como al “empleado público”.

Respecto al “trabajador por cuenta ajena” que indica la ley en su art. 3.1 a), podemos hacer las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, hay que incluir a las personas trabajadoras por cuenta ajena que ostentan relaciones laborales especiales según el art. 2 ET¹², considerando que dichas especialidades ni le sustraen del acceso mayor que pueden tener a informaciones sobre infracciones ni, sobre todo en el caso del personal de alta dirección, sus deberes de confidencialidad y lealtad no le sustraen de la protección de la ley 2/2023 en caso de comunicar aquellas¹³.

En segundo lugar, esta protección del trabajador por cuenta ajena se desarrolla con independencia del tipo o modalidad de contrato: indefinido o temporal, a tiempo completo o parcial, formativo o no – con la aclaración que después haremos al respecto-, con relación laboral directa o a través de empresas de trabajo temporal, presencial o a distancia, etc.¹⁴. Es evidente que la razón esencial de esta prioridad de

¹¹ Nos indica el Considerando 1 de la Directiva al respecto: “Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad”.

¹² Hay que tener en cuenta que la de los estibadores portuarios ha dejado de ser una relación laboral especial en virtud del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías –y que ha dado cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13-.

¹³ Precisamente una de las consecuencias generales más tratadas por la doctrina a raíz de la normativa sobre whistleblowing es la necesidad de redefinir estos deberes de confidencialidad y lealtad en el ámbito del contrato de trabajo; sobre el tema, Lewis, D., “Whistleblowing in a Changing legal climate: is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace?”, *Business Ethics*, 20-1/2011, pgs. 71 ss.

¹⁴ Nos indica el Considerando 36 de la Directiva: “La protección, en primer lugar, debe aplicarse a la persona que tenga la condición de “trabajador” en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a

la persona trabajadora por cuenta ajena en la Directiva y en nuestra ley no parece que se deba ver limitada por las circunstancias de duración, tiempo o lugar de trabajo que determinan los diversos tipos de contratos laborales. Tal vez la mayor peculiaridad pueda venir dada en la caso de personas trabajadoras cedidas por una ETT, en tanto que aquí la parte formalmente empleadora - esta última - no coincide con la que ejerce funciones directivas – la empresa usuaria -. No obstante, se ha de entender que aquellas personas cedidas podrán obviamente utilizar el canal interno de la ETT y, al igual que ocurre con las empresas contratistas o subcontratistas que ahora señalaremos, el canal de la empresa usuaria, dependiendo básicamente de a que ente se refiera la infracción comunicada.

En tercer lugar, y como veremos a continuación, las exclusiones contenidas en el art. 1.3 ET no determinan la exclusión del ámbito de la ley 2/2023. Incluso la prestación a la que se refiere el apartado d) de aquel precepto, esto es, “los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, podría ser susceptible de inclusión en el ámbito subjetivo de esa ley en tanto que la información sobre posibles infracciones que estas personas pueden extraer lo hagan en un contexto de “actividad de trabajo” en esa interpretación amplia que de esta actividad hemos indicado que es propia tanto de la ley como de la Directiva.

En cuarto lugar, es evidente que, respecto a los trabajadores a los que se refiere el 1.4 ET, esto es, “trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”, y respecto a los que se predica la aplicación de la “legislación española”, será plenamente aplicable la ley 2/2023, así como estarán plenamente legitimados para utilizar el canal interno y externo en ésta previstos. Señalaremos posteriormente la falta de referencia que existe en aquella ley respecto a los canales unitarios de comunicación de infracciones que frecuentemente tienen las empresas multinacionales.

Por otro lado, el mismo art. 1.3 a) de la ley se refiere, junto a los trabajadores por cuenta ajena, a los “empleados públicos”. Si por empleados públicos se entiende el concepto que utiliza el Estatuto Básico del Empleado Público¹⁵, concretamente en su art. 1.1 y 1.2 referido tanto a funcionarios públicos como a personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (AAPP)¹⁶, entonces hemos

cambio de una retribución. Por lo tanto, la protección debe concederse también a los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, relaciones laborales precarias en las que las formas habituales de protección frente a un trato injusto resultan a menudo difíciles de aplicar”.

¹⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁶ Art. 1: “Objeto.1. El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. 2. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones

de acordar que existe una cierta redundancia en aquel precepto, en tanto que el segundo colectivo ya está incluido también en el de trabajadores por cuenta ajena. Como veremos cuando examinemos a las “personas afectadas”, esta inclusión del empleado público es acorde con la referencia a su vez en ley 2/2023 de lo que denomina, en sentido amplio, como “sector público” (art. 13).

Evidentemente esta enumeración que abre inicialmente el ámbito personal de la ley 2/2023 se realiza en base a la asunción ya indicada de que tanto la persona trabajadora por cuenta ajena como el funcionario público y estatutario van a ser los principales informantes, y respecto a los cuales se va a desplegar esencialmente las garantías protectoras y derechos contempladas en la misma. Pero es evidente que es más amplia la tipología de personas que, por prestar servicios o actividad de trabajo en el “contexto” de entes o empresas, van a tener mayor accesibilidad para el conocimiento de infracciones en su seno.

Así, en el apartado 2 de este art. 3 de la ley, con una redacción no muy rigurosa técnicamente y en gran medida derivada de la Directiva, se contiene una importante ampliación de este ámbito personal laboral/funcionarial del art. 1.3 a)¹⁷. En efecto, se añade por este precepto que el ámbito subjetivo incluye a personas que o bien no tienen una relación laboral cuando realizan la información – “becarios”, “voluntarios” -, que la han tenido pero por cualquier motivo aquella relación está “finalizada”, o, en fin, que, aun no teniéndola, están o han estado en fases previas a la misma – “proceso de selección o de negociación precontractual”. Analizamos a continuación brevemente estos distintos colectivos.

Los denominados “becarios”, pueden acoger, en un sentido amplio y poco técnico, a dos colectivos principales¹⁸.

Públicas”. Este precepto a su vez se complementa con lo indicado en el art. 8: “1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. 2. Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual”. Desde luego, quedan incluidos en el ámbito de la ley 2/2023 los que el Estatuto Básico denomina en su art. 13 como “personal directivo profesional”, por más que el mismo pueda tener un “régimen jurídico específico” y pueda ser, como indica el apartado 4 de ese precepto, personal laboral con relación especial de alto directivo. De la misma forma, existen otros empleados públicos en régimen laboral con unas características propias muy acentuadas, como es el caso del “personal docente e investigador laboral” contemplado en los arts. 77 ss de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, desde luego también incluido en el ámbito subjetivo de la ley 2/2023.

¹⁷ Nos indica este precepto: “la presente ley también se aplicará a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral... ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquéllos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual”.

¹⁸ El denominado “Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa”, más conocido en los medios de comunicación precisamente como el “Estatuto del Becario”, que,

Por un lado, a nivel no universitario, se encuentran las actividades formativas ordenadas esencialmente por el RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regula las prácticas no laborales en las empresas, y se refieren, según su art. 2.1 a “personas jóvenes, con ninguna o muy escasa experiencia laboral, al objeto de realizar prácticas de carácter no laboral, en sus centros de trabajo con el fin de contribuir a mejorar su empleabilidad y ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma, al tiempo que contribuye a completar la formación alcanzada por la persona joven”, añadiéndose en su apartado 2 que tales prácticas “no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre la empresa y la persona joven”.

Por otro, a nivel universitario, las prácticas no laborales se ordenan por el RD 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, y cuyo objetivo, nos dice su art. 2.1, “es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento”, prácticas que podrán realizarse en “empresas, instituciones y entidades públicas y privadas”, añadiéndose igualmente que “de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral”.

Por consiguiente, estamos ante colectivos de personas en formación sin relación laboral pero con una presencia en el contexto de trabajo de entes públicos y privados que les permitirá acceso a informaciones sobre eventuales infracciones, y de ahí su expresa inclusión en la ley 2/2023, aunque sea con esta denominación de “becarios” no muy apropiada técnicamente.

aunque acordado entre Ministerio de Trabajo y Sindicatos el 15 de junio de 2023, no fue legalmente aprobado y publicado, en su art. 1.2 indicaba: “Los periodos de formación práctica en la empresa serán únicamente los contemplados en los siguientes supuestos: a) Formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados vinculada a la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. b) Formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculada a las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo. c) Las prácticas no laborales vinculadas a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. d) En el ámbito de las prácticas académicas externas de las Universidades, las prácticas curriculares, así como las extracurriculares...”. Por cierto, que el art. 3.3 de ley 45/2015, de voluntariedad, añadiendo más confusión terminológica al respecto, distingue entre las siguientes actividades para excluirlas de su ámbito: “e) Las becas con o sin prestación de servicios o cualquier otra actividad análoga cuyo objetivo principal sea la formación. f) Las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales y las prácticas académicas externas”.

Respecto a los “voluntarios”, serán aquellos que presten un servicio según la normativa recogida en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado. Al respecto, téngase en cuenta que por voluntariado se va a entender, según nos indica el art. 3 de dicha ley “el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Que tengan carácter solidario b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material... d) Que se desarrollen a través de entidades de voluntariado “. Se entiende que estas entidades podrán ser las personas afectadas por las comunicaciones sobre infracciones de los voluntarios, aunque es evidente que si prestan servicios como tales en otras entidades por cuenta de aquellas, también podrán ser estas personas afectadas.

Téngase en cuenta que expresamente se consideran como excluidas de las actividades de voluntariado las realizadas “en virtud de una relación laboral, funcional, mercantil o de cualquier otra mediante contraprestación de orden económico o material”, actividades que en principio sí van a estar incluidas en los apartados a), b) y c) de este art. 3.1 de la ley 2/2023 que estamos examinando.

Pero al mismo tiempo, y al hilo de esta inclusión de los “voluntarios”, hay actividades prestadas también “voluntariamente”, pero que no están incluidas en aquella ley 45/2015 por no reunir aquellos requisitos, como es el caso, según su art. 3.3, de “las (actividades) aisladas o esporádicas, periódicas o no, prestadas al margen de entidades de voluntariado” o las “ejecutadas por razones familiares, de amistad o de buena vecindad”. Aunque en la mayoría de los casos estas actividades excluidas no se desarrollarán en un “contexto laboral o profesional”, la duda que puede surgir es cuando efectivamente las mismas sí se realicen en tal contexto, aunque no puedan ser catalogadas “oficialmente” como “voluntarias”. Probablemente, como ya hemos indicado, la *vis expansiva* de la ley 2/2023 llevará a considerarlas también como “voluntarias” e incluidas en su ámbito personal.

Más difícil de entender es la referencia en el art. 3.2 de la ley a “trabajadores en periodos de formación”, en tanto que si son tales “trabajadores” o bien están en el ámbito del art. 11 ET, y por tanto ya incluidos en el apartado 1 a) del art. 3 de la ley, o bien no son técnicamente trabajadores, pudiendo ser en este último caso o los que la ley denomina “becarios” que acabamos de examinar o un nuevo colectivo, los denominados por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, como “personas en formación”, pero que no ostentan una relación laboral, incluso estando en régimen de dualidad en la empresa previsto en el art. 55 de esa ley orgánica¹⁹. En nuestra normativa, no existe un zona intermedia como parece sugerir esta ambigua redacción de la ley: o

¹⁹ Este precepto sobre formación dual dispone que, excepto si amparado precisamente por el art. 11 ET, “será incompatible la estancia formativa y la contratación laboral en la misma empresa”. Esta ley ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional.

bien son personas que están en prácticas o formación en una empresa sin relación laboral y acogidas a las normas reglamentarias señaladas o a aquella ley orgánica, o bien, sí ostentan un contrato formativo del art. 11 ET, en el que existe ya una relación laboral. Una persona que se califica como “trabajadora en formación”, máxime si recibe una remuneración, entra dentro de los arts. 1.1 y 11 ET.

En todo caso, estos colectivos de “becarios”, “voluntarios” y personas “en formación” se caracterizan por desarrollar su actividad en un contexto claramente “laboral”, pero no por ello ostentan relación laboral - o funcional - , por lo que es imprescindible distinguir precisamente entre la “relación” que los une con el ente y el “contexto” en el que se desarrolla sus actividades en base a esa relación, contexto que por sí no dota a ésta de una naturaleza laboral – o, desde luego, funcional - .

Respecto a los que aún no tienen relación laboral pero que, a efectos de una futura y eventual contratación, están ya en contacto con la empresa, nos indica el art. 3.2 de la ley para su inclusión, en primer lugar, a aquellos que hayan accedido a la información sobre eventuales infracciones en el “proceso de selección”. Este concepto de “selección” hay que entenderlo en sentido amplio, esto es, tanto la desarrollada directamente por la empresa – proceso el que, por cierto, es más probable que el candidato pueda tener acceso a información sobre infracciones cometida por la misma – como la que realice agentes públicos o privados especializados, tal como contemplada en el art. 45 de la Ley de Empleo al indicarnos en su art. 45.1 que “el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”²⁰. Evidentemente, una de las infracciones que pueden ser susceptible de comunicar es la de la discriminación en tal proceso, prohibida en el propio art. 45.2 de la citada Ley de Empleo, considerada como falta muy grave en el art. 16. 1 c) de la LISOS y, por cierto, también tipificada como represalia prohibida en el art. 63.1 b) en relación al art. 36.3 g) de la propia ley 2/2023, en un caso más de antinomia o concurrencia sancionadora del que nos hemos ocupado en otro lugar²¹. Se ha de entender que respecto a los implicados en tales procesos de selección, están protegidos incluso si no han sido seleccionados en ese proceso.

La segunda situación previa a la relación laboral que el art. 3.2 nos indica es la de la “negociación precontractual”. En principio, hay que entender que estamos ante una situación más general que no la que podría deducirse en sentido estricto como proceso de firma de un “precontrato” en cuanto acto obligacional previo al contrato de trabajo en sí. Por tanto, hay que incluir tanto el periodo de negociaciones previo a una posible firma de precontrato como el de la fase de

²⁰ Véase al respecto arts. 40 y ss de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

²¹ Sobre este tema de la antinomia sancionadora en la ley 2/2023, nos remitimos a Rodríguez-Piñero y Del Rey, op. cit., apartado K).

contactos anterior a la firma del contrato propiamente dicho. Es precisamente la terminación de esa negociación o la ruptura de ese precontrato ya firmado lo que puede ser significativo a efectos de determinar si haber adquirido en ese periodo precontractual el carácter de informante identifica la terminación de tal fase por la potencial empleadora como represalia²².

La otra fase que contempla el art. 3.2 de la ley es la postcontractual, esto es, respecto a los que han tenido una relación laboral que se ha extinguido por cualquier motivo – mutuo acuerdo, dimisión, despido...-. Hay que entender que la información comunicada postcontractualmente sobre eventuales infracciones del sujeto empleador puede haberse obtenido tanto cuando la relación laboral estaba activa como una vez terminada ésta. Recuérdese que en este periodo de relación finalizada pueden incluso seguir vigente contactos con su antiguo empleador y, adicionalmente, estar vigentes obligaciones postcontractuales tales como la confidencialidad o la buena fe, las cuales tendrán que ser redefinidas en base a la posición legal de informante de esa persona (ex)trabajadora en base sobre todo a lo indicado en el art. 38.1 de la ley 2/2023²³.

Se entiende que estas personas en fase previa a la relación laboral o en periodo postcontractual también podrán utilizar el canal interno de comunicación, pero que, en caso contrario, tendrán a su disposición tanto el canal externo como la revelación pública.

Precisamente respecto a esta posible utilización del canal interno por personas no perteneciente a la plantilla de la empresa, y en relación a lo indicado en el apartado 3.1 d)²⁴, hay que entender que, además de la inclusión de las personas trabajadoras en el apartado a) de este art. 3.1 respecto a su empleadora contratista o subcontratista o proveedora, tales personas trabajadores estarán protegidas respecto a la información que comuniquen relacionada con la empresa principal, aunque no les una un contrato de trabajo. Tal comunicación, hay que entender, puede desarrollarse por los cauces internos de su empresario contratista o proveedora o, si es el caso, por las propias vías internas de la empresa principal, además evidentemente de los cauces externos o de revelación pública. En todo caso, no sólo ha de incluirse a los que prestan servicios para esas empresas contratistas, subcontratistas o proveedoras, sino también a los titulares de estas empresas si son personas físicas.

²² Sobre los requisitos en la jurisprudencia laboral sobre la naturaleza y efectos del precontrato o acuerdo precontractual, puede consultarse la STS 942/2019, de 26 de febrero de 2019.

²³ Artículo 38.1: “No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública...”.

²⁴ No indica este precepto que se incluye en la ley “cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores”.

El apartado 3 de este art. 3 se refiere a la representación legal de los trabajadores, pero no por ser informantes en el sentido de la ley en cuanto tal ente representativo – no lo pueden ser en cuanto órgano, como el comité de empresa, al no ser personas físicas-, sino que están protegidos en su papel de colaboradores – como asesores y de apoyo – a los informantes. Por tanto, se les aplica las medidas de protección de la ley en esa función de colaboración, pero no por ello se les abre los canales de información previstos en la misma en tanto que no pueden actuar como informantes “colegiadamente” en el sentido indicado, por ejemplo, en el art. 68 d) ET respecto a “expresar...con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación”. No obstante, hay que tener en cuenta que si miembros de tales entes representativos actúan como informantes a título personal, seguramente se le aplicará la “extra-protección” que los tribunales laborales les han reconocido a éstos en el ejercicio de su libertad de expresión y de información, siendo precisamente ese estatus representativo el que se ha tomado como referencia para aplicar más ampliamente esa libertad constitucional²⁵.

El art. 3.1 b) enumera en segundo lugar y de forma escueta a “los autónomos”, por lo cuales habrá que entender básicamente los definidos en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, esto es, a las “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”²⁶.

Aunque no exclusivamente, hay que entender que las principales personas afectadas por las comunicaciones sobre infracciones que estas personas autónomas puedan hacer – incluyendo desde luego y especialmente a los denominados Trades - serán aquellas para las cuales puedan realizar esas actividades económicas o

²⁵ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “Libertad de expresión e información en el contrato de trabajo”, en García Murcia, J. (Dir.), *La Constitución del Trabajo*, KRK ediciones, Oviedo, 2020, pgs. 291 ss. Más recientemente, Del Rey Guanter, S., “Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante (whistleblower): Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional”, *Labos*, 2/2023.

²⁶ Este art. 1 considera también expresamente como autónomos, y por tanto a incluir en ese apartado b) del art. 3.1 de la ley 2/2023, a: “1.1 ...los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores..... 2..... a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella... d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes..... e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley..... 4.....los trabajadores autónomos extranjeros...”

profesionales a las que se refiere el precepto, y a las que les unirá una relación de tipo civil o mercantil. Son, junto a algunas de las que citaremos a continuación, las principales personas que pueden ser incluidas en el calificativo de “profesional” que a veces se utiliza tanto por la Directiva como por la ley como diferente del “laboral” para referirse al contexto del cual pueden extraer información tales autónomos sobre posibles infracciones de los entes que contratan sus servicios.

En fin, respecto a las personas citadas a continuación en el art. 3.1 c) como “ accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos”, y no ligados, hay que añadir, por una relación laboral – caso contrario estarían ya comprendidos en el 3.1 a -, y para cuya concepción legal exacta habrá que acudir a la normativa civil y mercantil pertinente, es evidente que, especialmente por lo que se refiere a este último colectivo de miembros de los órganos societarios mencionados, su inclusión queda claramente justificada por tener un acceso incluso más privilegiado a informaciones sobre posibles infracciones o delitos en la empresa o ente que los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos o los contratistas.

El art. 3.4 también extiende esta protección propia del informante a una serie de personas que tienen en común ayudar o tener relación personal o profesional con aquél, de forma que pueden ser objeto de lo que la Directiva ya hemos señalado que denomina “represalias indirectas”²⁷. Esta asociación con el informante no les hace adquirir tal condición, a efectos por ejemplo de los procedimientos propios de los canales interno y externo, sino que pretenden evitar que medidas negativas contra tales personas disuadan o repriman las comunicaciones realizadas por aquél, de forma que el ámbito prioritario en el que se incluyen en la ley es en su título VII referente a las represalias.

En esta situación, nos indica inicialmente el art. 3.4 a), se encuentran las “personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso”. Esta figura es la que en la Directiva define como “facilitador”: una “persona física que asiste a un denunciante

²⁷ Considerando 41 : “Debe facilitarse protección frente a medidas de represalia tomadas no solo directamente contra el propio denunciante, sino también aquellas que puedan tomarse indirectamente, incluso contra facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante. Sin perjuicio de la protección de la que gozan los representantes sindicales o los representantes de los trabajadores en su condición de tales en virtud de otras normas de la Unión y nacionales, deben gozar de la protección prevista en la presente Directiva tanto si denuncian infracciones en su calidad de trabajadores como si han prestado asesoramiento y apoyo al denunciante. Las represalias indirectas incluyen asimismo acciones tomadas contra la entidad jurídica de la que el denunciante sea propietario, para la que trabaje o con la que esté relacionado de otra forma en un contexto laboral, como la denegación de prestación de servicios, la inclusión en listas negras o el boicot a su actividad empresarial”.

en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”. Es evidente que, a la luz de la Directiva, el término “proceso” no ha de ser equiparado exclusivamente al judicial, sino que abarca todas las fases en las que pueda verse incluido el informante desde que prepara o realiza efectivamente la comunicación de las infracciones.

Respecto al apartado 4 b) de este art. 3, la inclusión es notablemente más amplia, en tanto que extiende la protección a “personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias”. Nótese el abanico tan amplio de personas – físicas, no jurídicas, que se mencionan en el siguiente apartado - susceptibles de ser consideradas como “relacionadas” con el informante, aunque se pide una condición adicional que es que puedan ser objeto efectivamente de trato desfavorable o de daño en razón de esa relación. Como veremos, se perjuicio puede provenir tanto de las personas afectadas como de otros sujetos que estén en situación de infringir el mismo. El precepto cita algunas de estas personas que claramente están relacionadas con el informante, aunque es sólo a título enunciativo, refiriéndose a los “compañeros de trabajo” y a los “familiares del informante”.

El término de “compañeros de trabajo” seguramente debemos referirlo básicamente a personas que estén o han estado en el “contexto laboral o profesional” del informante en el inicio o desarrollo de la comunicación. Al ser un término de escaso contenido jurídico – social y personalmente designa al que “acompaña” -, y más allá de incluir indudablemente a los otros miembros de la plantilla de su empleadora, se puede plantear la duda de si, por ejemplo, personas trabajadoras de contratas o subcontratas o trabajadores autónomos en relación de contrata o subcontrata pueden considerarse efectivamente como “compañeros” a estos efectos. Dada la amplitud de este término y la pertenencia de los mismos a aquel contexto, parece que la respuesta ha de ser positiva, en tanto que tales “compañeros” puedan estar directa o indirectamente bajo las facultades directivas de la empleadora del informante y, por tanto, susceptibles de ser objeto de represalias.

Más complejo puede ser la articulación de posibles “tratos desfavorables” respecto del colectivo de “familiares” a los que se refiere ese precepto si los mismos no son parte de la plantilla o de prestadores de servicios por vía de contrata o subcontrata. Desde luego, puede expresarse en este caso, por ejemplo, respecto a decisiones negativas a ser contratados en la empresa del informante o a ser perjudicados en relación a personas jurídicas de las que formen parte y estén en relación con la empleadora del informante, como ahora veremos²⁸.

²⁸ Hay que tener en cuenta que hay empresas que tienen como regla general la no contratación en todos los ámbitos – laboral, civil, mercantil...- del ámbito familiar – al menos hasta un determinado grado –de las personas pertenecientes a las mismas, por lo que, en principio, la aplicación de esta denominada política contra el nepotismo no podría ser calificada de ilícita aplicada a un familiar de una persona informante. Distinto sería que esa política no fuera de

Sobre qué ha de entenderse por “familiares”, es un concepto que no deja de tener cierta ambigüedad legal. Así, a efectos laborales, el art. 1.3 e) va a considerar como familiares “siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”. Es un concepto más restringido que el que, por ejemplo, se manejaba en la proyectada y *non nata* Ley de Familias²⁹.

Respecto a personas jurídicas, y de acuerdo con el art. 4.4 c), la protección se les aplica cuando el informante trabaje para las mismas o mantenga cualquier tipo de relación con aquellas en un contexto laboral o profesional, especialmente si tal informante tiene una “participación significativa” en aquellas – como accionista y/o miembro de su consejo de administración, por ejemplo -, y entendiéndose como “significativa”, a efectos de esa participación, “cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada”.

Como puede comprobarse, y en conclusión sobre el ámbito personal establecido por el art. 3 de la ley, hay que distinguir entre la persona (física) informante en sí, que es la que realiza la comunicación de la infracción por algunas de las vías previstas por la misma, y otras personas, que también puede incluir a las jurídicas, que por su relación con la informante, pueden experimentar represalias y, consiguientemente, necesitadas de tutela legal. Sin embargo, como ya avanzábamos en nuestra introducción y sin perjuicio del protagonismo esencial innegable de la persona informante, este art. 3 está lejos de agotar el ámbito subjetivo de la ley, como veremos en los próximos apartados.

aplicación en la práctica y excepcionalmente se aplicara a una persona informante. También en el sector público existe prohibición de contratar con determinados familiares, como dispone el art. 71 g) de la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: “g)...La prohibición (de contratar)... se extiende igualmente... a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores...”.

²⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2023. En efecto, disponía su art. 3.2 que como familiar había que comprender a : “a) Las personas unidas entre sí por matrimonio o que constituyan pareja de hecho, sus ascendientes, las que de ellas dependan por filiación, tutela, guarda o acogimiento o respecto de las que se ejerzan curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica análogas, siempre que formen un núcleo estable de convivencia b) Las personas individuales junto con sus ascendientes, las que de ellas dependan por filiación, tutela, guarda o acogimiento o respecto de las que se ejerzan curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica análogas, siempre que formen un núcleo estable de convivencia”.

3. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE LA LEY A LA PERSONA “AFECTADA”

En efecto, y por lo pronto, un sujeto de gran relevancia en la ley, tanto por las obligaciones que se le impone como por los derechos que se le garantiza, es el de la denominada “persona afectada”, término que contiene la Directiva y adoptado por nuestra ley - a veces también ésta lo califica de “sujeto afectado”, como en el art. 19.2 -, que es definida por la Directiva en su art. 5 como “una persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción”.

Aunque nuestra ley no define a esta persona afectada – adoptaremos pues el concepto de la Directiva -, y ni tan siquiera lo incluye en el ámbito personal delimitado en el art. 3, que sería el lugar adecuado, sí existe en aquella una continua referencia a la misma, especialmente para establecer también la protección de sus derechos- arts. 39, 33.2, 19. 2 y 3 o 9. 2 f) y h), entre otros–.

Ya inicialmente, es destacable de esa definición que nos proporciona la Directiva el que, a diferencia de la persona informante, la afectada puede ser tanto persona física como jurídica, pudiéndose predicar de esta última, con las necesarias adaptaciones en su caso, todos los derechos y obligaciones que hemos citado que contempla la ley al respecto. Sin embargo, hay ámbitos en los que es notable la diferencia de tratamiento jurídico entre ambas personas, como es el caso de las cuantías de las sanciones previstas en la ley – el art. 56.1 prevé la sanción máxima de 300.000 euros para las personas físicas por infracciones muy graves, mientras la cuantía es el 1 millón de euros para tales infracciones en el caso de las personas jurídicas -.

Pero lo que más delimita la condición de persona afectada es no solo que en la información comunicada se haga “referencia” a la misma, sino que esa referencia lo sea precisamente en calidad de persona “a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción”. Por tanto, puede ser que en la información comunicada aparezcan citadas personas físicas o jurídicas relacionadas con las circunstancias relatadas en la información, pero que ello no se haga en atribución a las mismas de la autoría de las infracciones o de su asociación con ellas.

Mientras que la referencia al sujeto infractor en sí no parece plantear especiales problemas más allá de los típicos de la determinación de la autoría, la calificación como persona afectada también a la que “se asocia con la infracción” dota a este ámbito de una gran amplitud, especialmente si consideramos que con esta última expresión se está incluyendo básicamente al “participe”, entendiendo por tal a la persona que interviene en el hecho ilícito ajeno favoreciendo su realización por parte del autor en cuanto inductor, cooperador necesario o cómplice. En este sentido, podría incluirse desde luego como asociados a personas trabajadoras, colaboradoras, contratistas, proveedores, colaboradores que, pudiendo haber

impedido o informado sobre la infracción o delito, por acción u omisión no lo hayan evitado o al menos procurado su efectiva comisión.

En este sentido, la determinación de esta persona afectada en cuanto autora o asociada a la comisión de una infracción grave o muy grave o a un delito, como se indica en el ámbito material de la ley 2/2023 delimitado en su art. 2, se deberá realizar consiguientemente en base a la normativa que se considera infringida desde la perspectiva administrativa o penal. Por tanto, para la determinación de esta persona afectada deberemos tener como referencia obligada toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial desarrollada en torno a los arts. 27 y ss del Código Penal, incluyendo la incorporación de las personas jurídicas, así como la relacionada con los sujetos responsables en las infracciones administrativas correspondientes.

Ello nos hace ver, por cierto, que, a diferencia de la persona informante, que se entiende que desde la perspectiva de la ley respecto a los canales de comunicación ha de considerarse en su individualidad – desde luego respecto a su tutela y a su posición subjetiva en el desarrollo procedimental del canal interno o externo o en su condición de revelador-, puede haber una pluralidad de personas afectadas por haber sido “referidas” como infractoras en la comunicación. En tanto se mantengan la protección individualizada respecto a cada persona afectada – incluyendo la importante protección derivada de la normativa de protección de datos a la que se refiere el Título VI de la ley 2/2023 -, no parece que deba haber inconveniente en que un mismo canal interno o externo – y desde luego una revelación pública – incluya una pluralidad de las mismas.

Desde la perspectiva laboral, por ejemplo, personas afectadas pueden ser la empleadora – sea persona física, jurídica o comunidades de bienes (art.1.2 ET) - y/o personas que ostenten facultades de representación, asesoramiento o directivas, y/o, en fin, personas empleadas o relacionadas con aquélla –autónomos y empresas contratistas o proveedores-.

La cuestión que puede plantearse al hilo de las personas referidas como afectadas en una comunicación es si, en el ámbito laboral, la información sobre infracciones cometida por un directivo de la empresa implica por definición la implicación también como afectada de la empleadora de ese directivo. Desde luego, este será el caso cuando la persona informante considere expresamente a directivo y empresa como sujetos afectados, en el sentido de considerar que la infracción comunicada ha sido responsabilidad directa, por “acción u omisión”, de ambos. También será el caso cuando, aun considerando que el sujeto activo de la infracción es exclusivamente el directivo, se “asocia” a tal infracción de forma expresa a la empleadora.

La cuestión puede ser más compleja cuando la persona informante sólo tiene como “referencia” en su comunicación a uno de estos sujetos, esto es, o a la parte empleadora o a un directivo. En el primer caso es evidente que, junto a la responsabilidad de la empleadora persona física o persona jurídica y de sus órganos

de gobierno o control, la infracción puede ser de tal tipo que exija la implicación de un directivo en cuanto persona física – por ejemplo, una situación de acoso -. En el segundo caso, que se haga referencia exclusivamente al directivo, también parece que en el ámbito del contrato de trabajo, la empleadora, aunque sin citarse expresamente en la comunicación, puede tener una responsabilidad derivada sea por acción sea, más frecuentemente, por omisión – por ejemplo, no haber actuado contra el directivo a pesar de existir informaciones previas sobre su conducta infractora -.

En ambos casos, la pregunta que se plantea es la posición que ha de darse a ambos sujetos durante el procedimiento de tramitación de la comunicación en el canal interno o en el externo, esto es, si, incluso cuando la persona informante no se refiera como persona afectada al otro de esos dos posibles sujetos, en ambos canales ha de considerarse que esta otra persona está también acreditada como sujeto afectado y, en consecuencia, ha de aplicársele tanto las obligaciones como, sobre todo, los derechos y garantías que la ley 2/2023 prevé al respecto.

En principio, y aunque habrá que examinar las circunstancias concretas en cada caso, parece que la respuesta ha de ser afirmativa, especialmente porque en ambos casos, sea cuando la persona informante omite a la persona directiva presuntamente responsable, sea cuando omite a la persona empleadora, lo cierto es que se pueden derivar graves responsabilidades como consecuencia de la infracción informada y, consiguientemente, debería dársele por el Responsable del Sistema o la AAI la oportunidad de ejercitar todos sus derechos de defensa en los canales de comunicación interno y externo que utilice la persona informante – en la revelación pública no se da un procedimiento en cuanto tal³⁰.

Lo relevante a efectos laborales, considerando el protagonismo que pueden tener personas empleadoras o directivos o incluso también “compañeros de trabajo” en las infracciones, es que los sujetos afectados por una información sobre las mismas pueden ser plurales, incluso con distintos grados de protagonismo.

³⁰ Lo cual parece en consonancia con lo enunciado en el prólogo de la ley respecto a las personas afectadas: “...Pero las medidas de protección no se dirigen sólo a favor de los informantes. También aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar. Estas personas mantienen todos sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos que goza el informante”.

4. SOBRE LOS SUJETOS SOMETIDOS AL RÉGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA LEY 2/2013

El art. 62 de la ley, bajo el título de “sujetos responsables”, va a identificar a una nueva categoría de personas – coincidentes o no con las “afectadas” por la comunicación de la infracción – que entran en el ámbito subjetivo de la ley desde una perspectiva legal diferente, pero no menos relevante, a la de la persona informante o a la de la persona afectada.

En efecto, se trata de aquellas personas físicas o jurídicas que van a poder ser sometidas al régimen sancionador de la ley contemplado en sus arts. 65 ss por realizar “cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el art. 63, y muy especialmente por ejercer represalias sobre la persona informante”.

Si examinamos las represalias enunciadas en el art. 36.3³¹, podemos concluir que la mayoría de estas represalias pueden tener como sujetos activos principales a personas afectadas, y muy principalmente, desde la perspectiva laboral, a personas empleadoras y/o directivas del informante, como es el caso de todas las acciones negativas respecto al contrato de trabajo que se enumera en el apartado a) de ese art. 36.3. No obstante, puede ocurrir o bien que una de estas personas no sea afectada por la comunicación del informante pero sí ejecutora de la represalia, o bien que esta represalia provenga de una tercera persona que normalmente estará directa o indirectamente relacionada con la persona afectada, pero sin relación contractual con el informante, como pueden ser los casos también enumerados en el art. 36.3 de inclusión en “listas negras”, de daños en la reputación de la persona informante, o de denegación de un permiso o licencia.

Por tanto, lo esencial a señalar es que el sujeto responsable sobre el que se imponga las sanciones previstas en la ley puede ser que sea diferente al considerado

³¹ A los efectos de lo previsto en esta ley, y a título enunciativo, en el art. 36.3 se consideran represalias las que se adopten en forma de: “a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) Denegación o anulación de una licencia o permiso. f) Denegación de formación. g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto”.

como afectado por la comunicación de la persona informante, en cuanto que no sea el sujeto identificado como responsable por acción u omisión de la infracción comunicada, pero que por ejercer acciones de represalia contra la persona afectada, en estadios previos, simultáneos o posteriores a tal comunicación, sea imputable de las infracciones sancionadas en la ley³².

En relación a esta inclusión a efectos sancionadores, téngase en cuenta, y ello debemos subrayarlo, que lo que la ley 2/2023 sanciona no es la comisión por acción u omisión de una infracción susceptible de inclusión en el ámbito material de la ley según su art. 2 – ello se hará según el régimen sancionador de la normativa incumplida -, sino el ejercicio de una conducta ilícita contra la personas informantes o las indicadas en su art. 3 relacionadas con las mismas, principalmente mediante tratos desfavorables, que es la esencia de la represalia según nos indica la definición de ésta en el art. 36.2 de la ley³³.

5. LA PERSONA RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO

Aunque no citado expresamente en el art. 3 por no ser persona informante o persona afectada, ni ser tampoco en principio sujeto responsable a efectos sancionadores, debemos hacer referencia por el protagonismo que puede tener en la vía interna de comunicación de infracciones a otro sujeto al que la ley denomina como “Responsable del Sistema interno”, que el art. 8.1 considera que es “la persona física responsable de la gestión de dicho sistema”, y que ha de existir tanto en el sector público como privado obligados a la implementación de ese Sistema interno.

En tanto que el canal interno de comunicación de ese Sistema se considera como “preferente” para informar sobre infracciones y que, desde la perspectiva organizacional, es claro que los entes o empresas eventualmente afectadas por las mismas preferirán su utilización a las otras previstas en la ley – la externa o la revelación pública -, no cabe la menor duda de la importancia de esta figura

³² El art. 62 tiene otras dos disposiciones relevantes respecto a estos sujetos responsables. Por un lado, se establece que “cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado la responsabilidad será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora”. No obstante, va a eximir de responsabilidad a aquellos miembros “que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo”. Puede ser importante determinar si entre esas causas justificadas de ausencia está precisamente el mantener por el ausente una posición contraria a la adopción de decisiones por considerar precisamente su ilegalidad. Por otro lado, se establece la responsabilidad de estos sujetos” incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva”.

³³ No indica dicho precepto: “Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública”.

del Responsable del Sistema, en cuanto sujeto esencial para lograr el adecuado funcionamiento prioritario de aquel canal interno.

Nos indica el art. 8.2 de la ley que dicho Responsable no sólo puede ser una persona individual, sino también un órgano colegiado, pero en este caso se exige – “deberá” - que este órgano delegue en unos de sus miembros la gestión del sistema interno y la tramitación de los expedientes de información. Tanto en un caso como en otro, nos indica el art. 8.1, la elección, así como la destitución o cese, del Responsable del Sistema ha de hacerse directamente por el órgano de administración o de gobierno de la entidad u organismo.

Trascendente laboralmente es que, según nos continúa indicando la norma, esta persona Responsable o en la que se delegue por el órgano colegiado responsable – no los otros miembros de este órgano-, en el ámbito del sector privado, ha de ser un “directivo” de la entidad³⁴. Qué sea “directivo” habrá que interpretarlo en sentido amplio, esto es, como todo aquel unido por contrato de trabajo que ostente por delegación facultades propias del empleador a las que se refiere el art. 20.1 ET.

En principio, nos dice el art. 8.5, se exige que esta responsabilidad del sistema se desarrolle por el directivo de forma exclusiva, aunque este requisito se flexibiliza cuando, dada la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad, esta exclusividad no se justifique o permita. En caso de que se compatibilice con otras funciones, se va a recomendar que se trate de evitar posibles situaciones de conflicto de interés, situaciones que pueden ser muy diferentes, pero en esencia se refiere a que el responsable pueda entender de comunicaciones de personas que sean sus subordinados o de materias en la que este directivo haya podido tener o tenga algún tipo de competencia o implicación.

El otro requisito que se exige respecto a este sujeto, más trascendente y de complejidad jurídica acentuada, es el referido en el art. 8.4 al indicar que el Responsable ha de actuar con “independencia” y “autonomía” en el desarrollo de sus funciones, que se manifiesta en que “no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio”. Tal independencia y autonomía hay que predicarla, en general, en relación a la organización en la que se integra – pública o privada - o a terceros externos – por ejemplo, la AAI -, pero en especial, hay que entender, respecto al órgano de administración o de gobierno de la entidad que no sólo lo ha nombrado, sino que puede destituirlo o cesarlo. No cabe duda que, especialmente esta última facultad, puede representar un obstáculo para tal independencia y autonomía.

³⁴ Afortunadamente se ha corregido la redacción existente en versiones de anteproyectos de ley que exigía que este responsable fuera una “alto directivo”, lo cual se hubiera traducido en una enorme complejidad si se interpretara esta expresión en sentido estricto como persona con relación laboral especial de esta naturaleza. No parece que un director general, al menos en empresas de ciertas dimensiones, sea la persona más adecuada para responsabilizarse de un sistema interno de comunicación tan trascendente, a acumular a las diversas y generales funciones que le son propias de ese cargo por definición.

Así, por referirnos a un claro ejemplo de esa dificultad en el ámbito del sector privado, es muy importante determinar la coexistencia que puede establecerse entre esa independencia del Responsable y las posibles facultades disciplinarias de la empresa respecto al cometido de sus otras funciones laborales, si no hay exclusividad, o incluso respecto a sus funciones en sí como Responsable del Sistema, dado que dentro de aquellas facultades disciplinarias hay que entender que se incluyen, junto a las ligadas al desempeño laboral, las derivadas del control y la exigencia de la debida ejecución de esas funciones, facultades que incluyen desde luego entre las sanciones a aplicar la mencionada posibilidad de destitución o cese como Responsable. Podemos concluir que, en ambos casos, sea respecto a incumplimientos laborales o a incumplimientos como Responsable, ese sometimiento a la potestad disciplinaria ordinaria del empleador puede representar todo un desafío a esa independencia y autonomía de éste.

Así, por ejemplo, ausencias reiteradas e injustificadas por el directivo o su bajo rendimiento laboral pueden ser sancionadas en base al cuadro de infracciones “normales” que se contenga en el convenio colectivo aplicable. Pero también ha de entenderse que una deficiente actuación en cuanto Responsable para tramitar diligentemente las comunicaciones presentadas en el canal interno podría llevar, en caso de gravedad, a su destitución. La pregunta es si tal deficiencia existiera pero no revistiera esa gravedad podría dar lugar a sanciones menores, tal como una suspensión temporal de empleo y sueldo.

Dada la aplicación generalizada al régimen disciplinario del principio sancionador de proporcionalidad y gradualidad, la respuesta debería ser positiva, pero, por otra, podría plantarse una dificultad respecto al principio de tipicidad tanto de la infracción como de la sanción al no preverse expresamente en la Ley 2/2023, a no ser que acudamos a la regulación general que los convenios colectivos contienen respecto a las faltas y sanciones y apliquemos, en ausencia de una regulación expresa respecto al Responsable, los incumplimientos genéricos tales como faltas por rendimiento indebido, por desobediencia, o contra las obligaciones de buena fe o lealtad.

Pero lo cierto es que esta aplicación del régimen disciplinario al directivo, con las dificultades de delimitación y fundamentación señaladas, no debe dificultar la independencia y autonomía del cargo de Responsable, de forma que habrá que entender, en base a la preservación de las mismas, que ha de justificarse exhaustivamente las razones de la sanción que se le quiera imponer, sea en el ámbito laboral - cuando desempeñe simultáneamente tareas propias de su trabajo -, sea en su capacidad como tal Responsable.

En todo caso, la dificultad anterior puede fundamentar lo indicado por la ley en su art. 8.3 de que se le deba comunicar a la AAI por parte del órgano de administración u órgano de gobierno no sólo el nombramiento de la persona física individualmente designada como responsable y, en su caso, de los componentes del

órgano colegiado, sino también su cese, requiriéndose en este último caso según aquel precepto que se especifiquen “las razones que han justificado el mismo”.

Una última precisión realiza la ley en su art. 8.6 que tiene su importancia en la práctica para evitar, especialmente en empresas o entes de menores dimensiones, la proliferación de cargos y los costes anexos a los mismos, al indicarnos que cuando exista ya una persona responsable del cumplimiento normativo o de políticas de integridad – el denominado frecuentemente “compliance officer” o responsable del cumplimiento normativo -, su titular también podrá ser designado como Responsable del Sistema interno, siempre que cumpla los requisitos exigidos por la ley al respecto, y especialmente que sea directivo del ente u organismo en el caso del sector privado³⁵.

6. OTROS SUJETOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 2/2013: LAS ENTIDADES OBLIGADAS A ESTABLECER UN SISTEMA INTERNO, LAS AUTORIDADES PUBLICAS RESPONSABLES DEL CANAL EXTERNO Y DEL RÉGIMEN SANCIONADOR, Y LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA EN LA REVELACIÓN PÚBLICA

Para completar este análisis del ámbito subjetivo de la Ley 2/2023, debemos hacer aunque sea una breve referencia a los entes obligados a establecer un Sistema interno, al responsable del canal externo que coincide con la autoridad competente para aplicar el régimen sancionador previsto en la ley y, por último, en el ámbito de la revelación pública, a la trascendencia que pueda tener aquella ley para los profesionales de la prensa que se hagan eco de la revelación directa que les pueda realizar la persona informante.

Así, tenemos en primer lugar a las denominadas por el art. 10 de la ley como “entidades obligadas del sector privado”, entre las que, desde la perspectiva laboral y siguiendo en ello a la Directiva, debemos destacar “las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratados cincuenta o más trabajadores”.

A destacar, por tanto, dos notas de este precepto. Por un lado, que se haya extendido de tal manera la obligatoriedad de tener un Sistema interno que alcance a lo que podríamos considerar como mediana empresa, solo eximiéndose consiguientemente a las de menor tamaño, aunque el apartado 2 de este precepto dispone que las personas jurídicas de menos de 50 trabajadores podrán disponer

³⁵ Hay que tener en cuenta que la posible gestión por un tercero externo del Sistema que permite la ley en sus arts. 6 y 15, tanto respecto al sector privado como al público, lo es básicamente para la “recepción de informaciones”, gestión ésta que ha de realizarse sin menoscabo de las funciones esenciales de ese Responsable del Sistema o de las obligaciones últimas de los órganos de gobierno que lo designan.

también de estos sistemas internos siempre que en ese caso cumplan con los requisitos de la ley. Nótese que lo anterior no se aplica a las personas físicas que empleen a un número menor de 50 trabajadores, lo que implica seguramente que de establecerse tal sistema por esos empleadores no se le aplicaría la ley.

Por otro lado, hay que señalar que la ley – y la Directiva – siguen adoptando el número de trabajadores contratados para establecer obligaciones según la dimensión de la empresa, criterio cuantitativo que, como es sabido, es progresivamente insuficiente para estimar la trascendencia de la empresa como agente económico, por no guardar en un número creciente de casos una correlación adecuada con criterios tan relevantes para dicha estimación como los de facturación o ingresos de aquélla.

A señalar también que tanto asociaciones empresariales como sindicatos – y las fundaciones creadas por unos y otros - deberán establecer este sistema interno con independencia del número de trabajadores que empleen, pero solo en el supuesto de que “reciban o gestionen fondos públicos”, lo cual va a ser frecuentemente el caso en nuestro sistema de relaciones laborales y la causa esencial de que la ley considere esta obligatoriedad como forma de asegurar más estrictamente el uso regular de tales fondos por aquellos sujetos.

Aunque como se ha visto la referencia que adopta la ley en este ámbito es el de la “empresa” y su número de trabajadores, en su art. 11 también va a considerar al “grupo de sociedades” - según lo define el art. 42 del Código de Comercio – a efectos tanto de que dicho grupo pueda establecer una política general respecto a los Sistemas internos de las empresas del mismo como a la posibilidad de que exista un único Responsable del Sistema interno para todo el grupo. Hemos de señalar que esta regulación, vista desde la perspectiva laboral, ha de interpretarse en el sentido de que la existencia de una política general sobre los Sistemas internos de las empresas del grupo o de un solo Responsable para el mismo no ha de ser considerado por sí como indicio o prueba de que estamos ante un grupo laboral “patológico”, confirmado por la declaración adicional de ese art. 11 de la ley de que incluso con esa política general no se ha de impedir la independencia y autonomía de cada sociedad del grupo. También debemos señalar que esta norma no se introduce en el complejo tema de empresas multinacionales que, como ocurre ya en la práctica, establecen canales internos unitarios de reclamaciones o denuncias transnacionales³⁶.

Respecto al sector público, el art. 13 va a disponer que todas las entidades que lo integran “estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información

³⁶ Es importante tener en cuenta que ni la Directiva ni, desde luego, nuestra ley contemplan la posibilidad de desarrollar un único Sistema interno centralizado transnacional de comunicación de infracciones en empresas multinacionales, posibilidad que fue expresamente rechazada por la Comisión Europea en respuestas de 2 de junio y 29 de junio de 2021 a peticiones expresas

en los términos previstos en esta ley”, considerando de una forma muy amplia a continuación qué entidades se consideran como integrantes de tal sector, siendo la nota más relevante, junto a esa amplitud, el que tal obligación no depende del personal funcional o laboral que empleen. Esta “universalización” del sistema interno de información en el sector público se debe desde luego a facilitar la comunicación de infracciones en el mismo dado el interés general en asegurar su funcionamiento regular.

En segundo lugar, otro sujeto muy relevante en la ley 2/2023 es la autoridad pública a cargo del canal externo, que es la AAI o autoridad autonómica correspondiente. A destacar de dicha Autoridad son sus extensas facultades para gestionar dicho canal – al que la persona informante puede acudir directamente sin ir previamente al canal interno -, que se ven reforzadas por el hecho de ser también la autoridad competente para sancionar las infracciones tipificadas en la ley – art. 61.2 -³⁷. El Título VIII de la ley contempla tanto las funciones como el régimen jurídico y la organización de este importante ente³⁸.

Por último, y en tercer lugar, podemos considerar la relevancia para los sujetos en la ley 2/2023 de la comunicación que puede desarrollar la persona informante,

al respecto por parte de determinadas empresas multinacionales y asociaciones empresariales. La Comisión considera que la Directiva establece que cualquier ente privado con cincuenta o más trabajadores está obligado a implementar el Sistema interno, con independencia de si dicho ente es o no parte de un grupo mercantil de empresas. No obstante, es importante destacar que ni la Directiva ni nuestra ley prohíben la implementación de Sistemas internos centralizados de información de infracciones de carácter transnacional para todo el grupo, pero siempre que estos existan en paralelo y simultáneamente a los Sistemas internos a nivel de las empresas individuales que han de implementarse según la normativa de cada país, considerando la Comisión que esta individualización hará más eficiente los objetivos de la Directiva y de esa normativa.

³⁷ Considérese al respecto que no sólo las multas pueden llegar, como ya hemos señalado, hasta el millón de euros para las personas jurídicas y que a ello se pueden unir unas importantes sanciones anexas tales como la prohibición de obtener subvenciones públicas o de contratar con el sector público, sino también que, según dispone el art. 36.6, la AAI podrá, en el marco de los procedimientos sancionadores que instruya, adoptar medidas provisionales tan trascendentes como las establecidas en el artículo 56.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entre otras: la suspensión temporal de actividades; la prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes productivos; el cierre temporal del establecimiento; el embargo preventivo de bienes; el depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; o la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.

³⁸ La Disposición final undécima establece que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, el Consejo de Ministros aprobará mediante real decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública, el Estatuto de esta Autoridad Independiente de Protección del Informante. Es evidente que, al menos a nivel estatal, hasta que esta AAI no esté establecida no podrá implementarse el canal externo, lo cual, hay que entender, no obstaculizará el funcionamiento tanto del canal interno como de la revelación pública, aunque sí deja en suspenso hasta aquel establecimiento de la AAI el régimen sancionador contra las represalias previsto en ese Título VIII de la ley del que dicha autoridad es responsable. No obstante,

según dispone su art. 28.2, de acudir “directamente a la prensa” informando de posibles infracciones sin acudir previamente al canal interno o al externo³⁹.

Esa revelación pública directa, cuando se realiza en el ejercicio de la libertad de información, hace que la persona informante-reveladora también este protegida por la ley 2/2023. Pero la cuestión que ahora nos podemos formular en aras de determinar más exactamente el ámbito subjetivo de esa ley es si tal protección se extiende también a los profesionales de la prensa por el mero hecho de haber recibido y hecho público en sus medios de comunicación esa revelación.

Desde luego, esos profesionales van a recibir la protección reforzada que la libertad de información implica para la prensa en el ámbito del art. 20 CE, especialmente y precisamente en su apartado 1 d), y que cuenta con importante desarrollo en la doctrina constitucional.⁴⁰ No obstante, la inclusión de los profesionales de la prensa en cuanto recojan revelaciones públicas en el ámbito personal de la ley 2/2023 no vendría tanto en su calidad de persona informante, al no reunir los requisitos del art. 3.1 en sí, sino en todo caso en cuanto personas “relacionadas” con ésta – la que les ha revelado directamente la infracción- según nos indica el art. 3.4 b) - “personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias”-, entendiendo, como hemos tenido ocasión de señalar, que este apartado establece una referencia abierta a esas personas relacionadas y cuyos enunciadados de “familiares” o “compañeros de trabajo” son meramente a títulos de ejemplo. Lo anterior es, lógicamente, con independencia de que los profesionales de la prensa puedan constituirse en personas informantes en sentido estricto respecto a infracciones cometidas en el contexto laboral o profesional en el que trabajan a raíz de publicar tales revelaciones.

ello no impediría que determinadas conductas de trato desfavorable contra las personas informantes puedan ser sancionadas según otras normas, como sería el caso de la LISOS.

³⁹ Al respecto, Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023...”, op. cit., especialmente pgs. 19 ss.

⁴⁰ Véase, por ejemplo y más recientemente, la STC 30/2022, de 7 de marzo de 2022.