

La directiva sobre protección de los informantes: nuevas obligaciones del *compliance* en el sector financiero

Reyes Palá Laguna

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La transposición del contenido de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, exige la reforma del régimen español de los canales de denuncia de infracciones reales o potenciales también en materia de servicios financieros

1. Introducción

La reciente Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre del 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (conocidas como *whistleblowers*), establece un marco de protección a los denunciantes de infracciones, reales o potenciales, del derecho de la Unión Europea en los más variados ámbitos, que se detallan en su artículo 2: desde la contratación pública a la seguridad del transporte, la protección del medio ambiente o de los consumidores. En este análisis estudiaremos la referida norma desde la perspectiva de los servicios financieros.

Como continuación al *Análisis GA_P* de Blanca Lozano «La “directiva de soplonés”» y aunque pudiera pensarse que nuestro derecho interno del sector financiero está adaptado casi en su totalidad a la Directiva (UE) 2019/1937, ello no es así en lo que respecta a los canales internos de denuncia que han de establecer las entidades financieras para la comunicación por su personal de infracciones, reales o potenciales, de la normativa europea en el sector financiero. Y lo mismo puede predicarse de lo que la directiva denomina *canales de denuncia externa*,

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

esto es, la comunicación de infracciones a los supervisores financieros. El plazo límite de transposición de la norma queda fijado por su artículo 26 en el 17 de diciembre del 2021.

Si bien, como veremos, la obligación de establecimiento de canales internos de denuncia ya existía, entre otras, para las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión o las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva armonizadas, dada la extensión de la normativa financiera a la que se refiere la nueva directiva, será necesario modificar nuestro derecho interno para imponer a otras entidades —como las sociedades de capital riesgo o incluso las sociedades cotizadas— el establecimiento de estos canales internos de denuncia de infracciones del derecho de la Unión en materias distintas de las del abuso de mercado o de los mercados de instrumentos financieros a los que se refiere la MiFID II.

2. Normativa afectada por la directiva de protección de los denunciantes en materia financiera

El ámbito de aplicación de la directiva de protección de los denunciantes se refiere, respecto al derecho del sistema financiero, a los incumplimientos de las normas de nivel I que «establecen un marco regulador y de supervisión y protección para los inversores y consumidores en los servicios financieros y mercados de capitales de la Unión, los productos bancarios, de crédito, de inversión, de seguro y reaseguro, de pensiones personales o de jubilación, servicios de valores, de fondos de inversión, de pago y las actividades enumeradas en el anexo I de la Directiva 2013/36/UE» (acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión); destacaremos de entre ellas el reglamento de mercados de instrumentos financieros (MiFIR), la directiva de transparencia, el reglamento sobre derivados extrabursátiles (EMIR), el reglamento sobre los índices de referencia, las directivas sobre entidades de dinero electrónico y sobre gestores de fondos de inversión alternativa, el reglamento de ventas en corto, el régimen de los fondos de capital riesgo y de los fondos de emprendimiento social europeo, la directiva de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, las normas sobre auditoría legal de las entidades de interés público y sobre servicios de pago, las directivas sobre ofertas públicas de adquisición y ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, la directiva sobre entidades aseguradoras y reaseguradoras, las de resolución y reestructuración de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, conglomerados financieros, sistemas de garantía de depósitos, de indemnización a los inversores, y el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio del 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y empresas de inversión [esta última norma ha sido modificada recientemente por el Reglamento (UE) 2019/2033, de 27 de noviembre del 2019].

3. Los canales para la denuncia de infracciones reales o potenciales de la normativa bancaria, aseguradora y de los mercados de instrumentos financieros

Los canales de denuncia previstos en la directiva de 23 de octubre del 2019 han de establecerse en el ámbito interno de las entidades financieras y de las sociedades cotizadas (la directiva

se refiere a ellos como «canales de denuncia interna» en los artículos 7 a 9). La norma regula también los «canales de denuncia externa» (arts. 10 a 14) ante las autoridades supervisoras sectoriales; en España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

3.1. *Los canales de denuncia externa*

La posibilidad de notificar infracciones reales o potenciales a los supervisores nacionales la encontramos recogida en nuestro derecho en los artículos 276 bis a 276 sexies del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores; en los artículos 119 a 122 de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC), y en el artículo 211 de la Ley 20/2015, para las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

El artículo 276 bis del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores prevé que se podrán efectuar verbalmente o por escrito las comunicaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de posibles infracciones o infracciones reales por incumplimiento del derecho del mercado de valores, en concreto, del propio texto refundido; del régimen previsto en materia de abuso de mercado; del reglamento de los mercados de instrumentos financieros (MiFIR) y del dedicado a los documentos de datos fundamentales relativos a productos de inversión minorista vinculados y de inversión basados en seguros; del Reglamento (UE) núm. 575/2013, de 26 de junio, en lo que respecta a las empresas de servicios de inversión, y de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva.

Al respecto, tal y como expone la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su *Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2018* (pág. 218), durante ese año y hasta el 31 de diciembre el supervisor recibió setecientas cuatro comunicaciones de infracciones reales o potenciales, casi la mitad de ellas (trescientas veintiséis) por medio de la sección específica creada a tal efecto en la web del supervisor.

Llama la atención respecto a estos canales externos de comunicación de infracciones que, en el caso de denuncias ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se admite la denuncia anónima, a diferencia de las comunicaciones de infracciones al Banco de España, en las que el denunciante ha de identificarse (art. 120 LOSSEC). En esta Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, el conocimiento o sospecha fundada de incumplimiento de obligaciones en materia de supervisión prudencial ha de fundamentarse en las obligaciones previstas en la Directiva 2013/36/UE o en el Reglamento (UE) 575/2013. La directiva de protección de los denunciantes tiene un ámbito subjetivo más amplio en materia de entidades financieras sometidas a la supervisión del Banco de España (valga como ejemplo la referencia a los proveedores de servicios de pago), por lo que habrá de modificarse la normativa sectorial al no poder ampararse el régimen de denuncias en el sector financiero en el artículo 62 de la Ley 39/2015, por contener la directiva de protección de los denunciantes medidas específicas, por ejemplo, contra las represalias, que no se contemplan en la Ley del Procedimiento Administrativo Común.

3.2. Los canales de denuncia interna en el seno de la propia organización

La obligación de establecer canales de denuncia interna prevista en el artículo 8 de la directiva no se exceptúa en el ámbito de los mercados financieros para empresas con menos de cincuenta trabajadores, a diferencia de lo que sucede en otros sectores a los que les es de aplicación la directiva; la inaplicación de la excepción rige también para las infracciones reales o potenciales que se hayan podido producir o vayan a producirse en la empresa en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (art. 8.2 de la directiva).

En el derecho español, la regulación existente de los canales de denuncia interna es parca y no afecta a todas las entidades a las que se refiere la normativa citada en el apartado B de la parte I del anexo de la directiva del 2019: el artículo 197 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores obliga a las empresas de servicios, a los organismos rectores del mercado, a los proveedores de servicios de suministro de datos, a las entidades de crédito en relación con servicios o actividades de inversión y a las sucursales de empresas de terceros países a «disponer de procedimientos adecuados para que sus empleados puedan notificar infracciones potenciales o efectivas a nivel interno a través de un canal independiente, específico y autónomo». Los empleados que informen de las infracciones cometidas en la entidad habrán de ser protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto. En el mismo sentido, el artículo 48 bis de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, añadido por la disposición final primera de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

Para las entidades de crédito, la obligación de establecer un canal independiente, específico y autónomo a través del que sus empleados puedan notificar infracciones se prevé expresamente en el artículo 116 de la Ley 10/2014, con la precisión, al igual que sucede con respecto a los mercados de valores e instituciones de inversión colectiva, de que el procedimiento garantice la confidencialidad tanto de la persona que informa de las posibles infracciones como de los presuntos responsables de la infracción.

Pero no se recoge en el derecho interno esta obligación de contar con canales internos de denuncia en la propia entidad financiera para las entidades de capital riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado ni para las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado a las que se refiere la Ley 22/2014. Ni tampoco, por ejemplo, para las sociedades cotizadas en materias distintas del abuso de mercado, en la medida en que en la Directiva relativa a las ofertas públicas de adquisición o en la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, se establecen una serie de obligaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones administrativas. Recuérdese que el artículo 4 de la directiva del 2019 se refiere, además de a los trabajadores de la empresa, a los accionistas y administradores como denunciantes que han de gozar de la protección que les brinda la norma por su delación.

En España, las sociedades cotizadas cuentan con canales internos de denuncia en aplicación de la normativa de abuso de mercado (art. 32.3 del Reglamento de abuso de mercado) y de la recomendación 42 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (2015), que atribuye a la comisión de auditoría del consejo de la cotizada la función de establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar de forma confidencial y —si resulta posible y se considera apropiado— anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa.

Permítasenos dudar de la eficacia de estos canales internos de denuncia en la medida en que no es fácil que un empleado de la entidad denuncie internamente determinadas conductas, por mucho que se pretenda garantizar su confidencialidad y la ausencia de represalias, y no digamos cuando los denunciados son personal de alta dirección o consejeros de la entidad financiera o de la cotizada; por ello, no puede compartirse la afirmación de la directiva en el sentido de que «en general, los denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos, a menos que tengan motivos para denunciar por canales externos. Estudios empíricos demuestran que la mayoría de los denunciantes tienden a denunciar por canales internos, dentro de la organización en la que trabajan». Ello pudiera ser cierto en el caso de infracciones leves o incluso graves de la normativa financiera contenida en el derecho de la Unión, pero cuesta creer que infracciones muy graves se denuncien por medio de canales internos de la empresa: baste recordar los casos «LuxLeaks» o los «papeles de Panamá». De ahí que —en nuestra opinión, con más acierto— en el expositivo 62 se reconozca que, cuando los denunciantes tienen razones válidas para pensar que podrían sufrir represalias por la denuncia de infracciones, en particular como resultado de una vulneración de su confidencialidad, «las autoridades competentes estarían mejor situadas para adoptar medidas eficaces para ocuparse de la infracción [...], por ejemplo, cuando el responsable último en el contexto laboral está implicado en la infracción o existe el riesgo de que se oculten o destruyan la información o las pruebas conexas...».

Más eficaz parece delegar en un tercero la gestión de los canales de denuncia interna —de acuerdo con lo establecido del artículo 8.5 de la directiva— con las mismas garantías previstas para los canales internos en el seno de la empresa. O bien, acogerse a la posibilidad que ofrece el artículo 8.6 a las entidades jurídicas del sector privado que tienen entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores de «compartir recursos para la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo», lo que se entiende «sin perjuicio de las obligaciones impuestas a dichas entidades por la presente directiva de mantener la confidencialidad, de dar respuesta al denunciante y de tratar la infracción denunciada». Puesto que la obligación de establecimiento de canales de denuncia interna ya existe en España para determinadas entidades financieras —con independencia del número de trabajadores de la empresa—, es previsible que también para entidades financieras con un número de trabajadores inferior a cincuenta el legislador español permita compartir recursos para la recepción de las denuncias y la tramitación, en su caso, de los expedientes.

Pese a que parece que la pretensión del legislador europeo es que el denunciante acuda en primer lugar a los canales de denuncia interna y después a la autoridad administrativa competente —y en este sentido obliga a los Estados miembros a promover la primera vía—, ello es así siempre y cuando la infracción se pueda tratar de forma efectiva y el denunciante considere que no hay riesgo de represalias (art. 7.2).