EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA INTERNA *WHISTLEBLOWING* Y SU REGULACIÓN POR LAS NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO

INTRODUCCIÓN..... 9

CAPÍTULO I. Antecedentes del denunciante o *whistleblowing* y su concepto..... 16

1. Los inicios y la internacionalización del *whistleblowing/ whistleblower* y del Gobierno Corporativo..... 16
2. Definición y relación acerca del denunciante/delator *whistleblower/ whistleblowing* en las normas de Gobierno Corporativo..... 25
3. La importancia del *whistleblower* en los escándalos financieros más importantes del siglo XXI..... 39
4. La exportación desde los Estados Unidos de América del *whistleblowing* y del Gobierno Corporativo..... 50

4.1. La regulación del *whistleblower/ whistleblowing* en la Unión Europa. Mención al Grupo de Trabajo creado por la Directiva 95/46/CE..... 57

4.2. Libro Verde "La normativa de Gobierno Corporativo de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011..... 59

4.3. El Reglamento de la Unión Europea (ESMA) n. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril del 2014, respecto a la normativa de protección del sistema financiero. La lucha contra la información privilegiada -*insider trading*- y la manipulación del mercado a través de los sistemas de *whistleblowing*. Un avance hacia la necesaria protección del *whistleblower* y la obligación de incentivar y recompensar a los *whistleblowers*..... 59

4.4. La regulación del *whistleblowing* en el ordenamiento jurídico español y en los códigos de Gobierno Corporativo de los principales países..... 61

4.4.1. El artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores..... 61

4.4.2. Los comienzos en España del *whistleblowing*. El Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas del año 2006 —*Código Co*nthe-..... 62

4.4.3. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y cómo el legislador desperdició

la situación para regular la protección y recompensa del denunciante –*whistleblower*-..... 73

4.4.4. El *whistleblowing*, un desconocido en la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. El informe de Comité de Expertos, mayo 2013. Escasa cultura del *whistleblowing* en el movimiento del Gobierno Corporativo en España..... 73

4.4.5. El *whistleblowing* como medio para denunciar irregularidades según la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo..... 96

4.4.6. El artículo 31 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal respecto a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El canal denuncia como elemento para eximir de responsabilidad a la empresa y sus administradores..... 97

4.4.7. El artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Una vía de escape para evitar ser sancionado..... 100

4.4.8. El artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales y su repercusión en el canal denuncia de las empresas. La obligada aceptación de las Normas y de la Política Privacidad..... 101

4.5. Estudio comparado de la regulación del *whistleblowing* en los ordenamientos jurídicos más representativos sobre la materia en el ámbito internacional..... 102

4.5.1. La regulación del *whistleblowing* en las normas de los Estados Unidos de América. Desde la *False Claim Act* hasta la *Whistleblower Protection Act*..... 102

4.5.2. El *Combined Code* y el deber de denunciar en el Reino Unido..... 109

4.5.3. Escasa cultura respecto al *whistleblowing* en Francia..... 111

4.5.4. La denuncia de hechos irregulares en el sector financiero en Holanda y su inclusión en el Código de Gobierno Corporativo..... 112

4.5.5. Deficiente tradición en Alemania en denunciar hechos irregualres cometidos en el seno de la empresa..... 113

4.5.6. Inexistencia del deber de denunciar en la empresa según la normativa italiana, belga y griega..... 113

4.5.7. Un cambio cultural desde la crisis y presiones internacionales respecto al *whistleblowing* en Suiza..... 114

4.5.8. El Código de Gobierno Corporativo en Sudáfrica, *King Report* y su influencia en el *whistleblowing*..... 116

4.5.9. La necesaria protección del *whistleblower* en Canadá. Una

aproximación a la Ley *Sarbanes-Oxley*..... 117
4.5.10. La no obligación de denunciar en China a excepción de hechos ilegales relacionados con el blanqueo de capitales..... 118
4.5.11. Australia y la influencia del *common Law* respecto al *whistleblowing*..... 118
4.5.12. El Gobierno Corporativo y el *whistleblowing*, una realidad creciente en ciertos países de América Latina..... 119

CAPITULO II. Las normas de funcionamiento del canal de denuncia o *whistleblowing* en las sociedades..... 124

1. El canal de denuncia. Procedimiento de actuación para la formulación de denuncias internas..... 125
1.1. Consideraciones generales que todo denunciante debe considerar antes de denunciar un hecho..... 125
1.2. Hechos denunciables, personas legitimadas para denunciar y personas físicas o jurídicas susceptibles de ser denunciadas..... 125
1.3. Procedimiento de tramitación de las denuncias en la empresa..... 127
1.3.1. Principio de prueba..... 127
1.3.2. Subsanación de defectos..... 127
1.3.3. Archivo..... 127
1.3.4. Apertura de expediente..... 127
1.3.5. Conclusión del expediente..... 127
1.3.6. Elevación del informe..... 128
1.3.7. Respuesta ante el fraude. Investigaciones internas..... 129
1.3.8. Notificación a la persona o personas denunciadas..... 129
1.3.9. Notificación a la persona o personas denunciadas..... 130
1.3.10. La denuncia anónima en detrimento de las denuncias confidenciales..... 130
1.3.11. Ausencia de represalias..... 133
1.3.12. Aceptación de las Normas y de la Política de Privacidad..... 133
1.3.13. Respecto a la Política de Privacidad..... 133
1.3.14. Principales características del canal de denuncia interna respecto a ley orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal..... 135

2. La necesaria protección del denunciante. Ausencia de represalias por parte del denunciado. Las Recomendaciones de la OCDE (2009) -*Anti Bribery Recommendation*- y la *Recommendations on improving ehical Conduct in the Public Service* (1998), recogen en su articulado conductas tendentes a proteger a los

whistleblowers..... 139
2.1. La normativa internacional de protección del denunciante. La ley *Whistleblower Protection Act* y la ley *Sarbanes-Oxley*..... 140
2.2. La normativa internacional y nacional respecto a la protección del denunciante –*whistleblower*-..... 144
2.2.1. Canadá: *Alberta Whistleblower Protection*..... 144
2.2.2. Australia: La *Public Service Act de 1999 (PSA*) y la Ley de Valores e Inversiones de la Comisión Australiana de 2001 (*ASIC*)..... 145
2.2.3. Sudáfrica: La *Protected Disclosure Act de 2000*..... 147
2.2.4. La Unión Europea y el compromiso en proteger a los *whistleblowers*..... 149

3. La prohibición expresa de represalias por parte del empleador..... 158
4. La recompensa (*reward*) al denunciante *whistleblower*. Una cuestión jurídica, cultural y/o necesaria..... 158
5. Los derechos de los trabajadores respecto al *whistleblowing* y el deber de control del empresario..... 161
5.1. Los límites al control ejercido de por parte del empresario..... 162
5.2. Los deberes de autoprotección de la víctima..... 164

CAPTÍTULO III. Los Principios del Gobierno Corporativo en relación con el *whistleblowing*..... 168

1. La Transparencia como técnica regulatoria *versus* el carácter imperativo de la Ley *Sarbanes – Oxley*. La prevalencia del principio de transparencia en detrimento de la creación del valor y calidad del producto. Los sistemas de organización monista y dualista respecto al *whistleblowing*..... 169
2. El *whistleblowing* y el principio de transparencia en el Gobierno Corporativo..... 176
2.1. El equilibrio de poder en las sociedades cotizadas. Medidas de control interno o societario y externo o de mercado del equipo directivo..... 176
2.2. Los Consejeros Independientes y el *whistleblowing*. La independencia e imparcialidad de los Consejeros Independientes, un deber de fidelidad para con la sociedad..... 191

2.2.1. La figura del Consejero Independiente como mecanismo de control del grupo directivo de la sociedad. Preferencia de la E*ffective Monitor Theory* frente a la *Management Hegemony Theory*..... 191

2.3. La relación entre los administradores y los accionistas. El *whistleblower* ante la falta de transparencia en la elección y cese de los distintos consejeros..... 201

2.4. Sometimiento de los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas de acatar, pese a su carácter voluntario, el Código de Buen Gobierno..... 206

2.5. Los inversores institucionales. Mayor exigencia por parte de los Inversores Institucionales respecto a las políticas de cumplimiento normativo –*compliance*- y del Gobierno Corporativo. 208

3. La responsabilidad del consejo de administración y de los administradores respecto al conocimiento, elaboración, difusión y cumplimiento de las políticas de *compliance* en general y en especial de la normativa del *whistleblowing*..... 213

4. El Principio de Transparencia. La Reforma legal respecto a los requisitos de transparencia de los emisores de valores, El Reglamento Europeo de Abuso de Mercado y la importante alusión al *whistleblowing,* la protección del *whistleblower* y la obligación de incentivar económicamente a los *whistleblowers*..... 228

4.1. El Deber de Transparencia en la difusión de la información. principio de cumplir o explicar, *comply or explain* respecto al Gobierno Corporativo y al *whistleblowing.* 231

4.2. La prevención de la manipulación de los mercados garantía de la transparencia, el *whistleblowing* como principio preventivo y la eficiencia de los mercados de valores. La información privilegiada: El secreto en la información privilegiada..... 248

4.2.1. ¿Quiénes son los *insiders*?..... 251

4.2.2. ¿Qué es la información privilegiada?. Supuestos en que el hecho puede considerarse información privilegiada y que da lugar a responsabilidad administrativa o penal..... 253

4.2.3. Las sanciones contenidas en la Ley del Mercado de Valores (LMV)..... 260

5. El *whistleblowing* en el Informe Anual de Gobierno Corporativo..... 271

6. El principio denominado Cumplimiento Normatico –*compliance-*. La publicación de la nueva **ISO-19600** sobre ***"Sistemas de Gestión de Compliance*** (cumplimiento normativo), directrices". El código ético de conducta en la empresa y los canales de denuncia –*whistleblowing-*..... 276

CAPITULO IV. El necesario control del empresario a través de los procedimientos de

los canales de cumplimiento normativo –*compliance*-..... 314
1. La figura del oficial de cumplimiento normativo -*Compliance Officer y Ombudsman*- en el Gobierno Corporativo y en el *whistleblowing*..... 314
2. El *whistleblowing* como medio para detectar, controlar y minimizar el riesgo. La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Diferencias entre la *Foreign Corrupt Practices Act* (EE.UU) y la *Bribery Act* (Reino Unido)..... 322
3. Comparativa de empresas cotizadas a nivel nacional e internacional respecto al *whistleblowing* 329
4. Los casos de *whistlebowers* más sonados en el siglo XX y XXI..... 340

CONCLUSIONES..... 344

FUENTES UTILIZADAS EN INTERNET

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ADC	= Anuario de Derecho Civil.
ABA	= *American Bar Association.*
AEPD	= Agencia Española de Protección de Datos.
AFEF	= Asociación Francesa de Empresas Privadas.
ALI	= *American Law Institute.*
AEMEC	= Asociación Española de accionistas Minoritarios.
AF	= Aranzadi fiscal.
AFEF	= Asociación francesa de empresas privadas.
AMIB	= Asociación Mejicana de Intermediarios bursátiles.
ACP	= Anteproyecto del Código Penal.
AmEx	= American Stock Exchange.
ASIC	Ley de Valores e Inversiones de la Comisión Australiana
BME	= Bolsas y Mercados Españoles.
BRT	= *Business Round Table.*
BCCI	= *Bank of Credit of Commerce.*
CC	= Código Civil.
CGC	= Consultores de Gobierno Corporativo.
CO	= Compliance Officer.
CCO	= *Chief Executive Officer.*
CFO	= *Chief Financial Officer.*
CLC	= *Chief legal Cunsel.*
CESR	= Comité de reguladores europeos.
CII	= *Council of Institucional Inverstors.*
CNPF	= Consejo Nacional del empresariado francés.
CNMV	= Comisión Nacional del Mercado de Valores.
COB	= *Comision des Operations de Bourse.*
CONSOB	= *Commisione Nazionale per la Societá e la Borsa.*
CP	= Código Penal.
CU	= Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo.
DAM	= Directiva de Abuso de Mercado.
DOJ	= Departamento de justicia de los EEUU.
DGCL	= *Delaware General Corporation Law.*
DTI	= *Department Trade Industry.*
ECGN	= *European Corporate Governance Network.*
ECO	= Empresa constituida por profesores y expertos en derecho y economía.
E I	= Equipo de Investigación.
ECGN	= *European Corporate Governance Network.*
FEF	= Fundación de estudios financieros.
FIDE	= Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa.
FMI	= Fondo Monetario Internacional.
GAAP	= Principios contables en EE.UU.
GAFI	=.El Grupo de Acción Financiera Internacional sbore Blanqueo.
GCCG	= *German Code of Corporate Governance.*
GRF	= Grupo de Respuesta ante el Fraude.
IAGC	= Informe Anual de Gobierno Corproativo.
IAR	= Informe Anual de Remuneraciones.

IOSCO	=Asociación Internacional de supervisores del Mercado de Valores.
ICAM	= Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
TAF	= *Taxpayers Against Fraud Education*
ISS	= *Institucional shareholders services.*
JCMS	= *Journal of Common Market Studies.*
LMV	= Ley del Mercado de Valores.
LOPD	= Ley *Protección de Datos de Carácter Personal*
LSA	= Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	= Ley de Sociedades de Capital
MBCA	= *Model Business Corporation Act.*
MEDEF	= Movimiento de empresas de Francia.
MSPB	= Merit Systems Protection Board.
NACD	= *National Association of Corporate Directors.*
NAPF	= *National Association of pension funds.*
NIA	= Normas internacionales de auditoria.
NYSE CG Rules	= *New York Stock Exchange Corporate Governance Rules.*
NWC	= *National Whistleblower Center.*
OCDE	= Organización para la cooperación y el desarrollo económico.
OAS	= Ley modelo para facilitar incentivar.
OPA	= Oferta pública de adquisición.
OPV	= Oferta pública de valores.
PDA	= *Protected Disclosures Act*
PSA	= *Public Service Act*
PASF	= Plan de acción de servicios financieros.
PCAOB	= *Public Company Accounting Oversight Board.*
PRONED,S	= *Guide to recommended practice in non-executive directors.*
RDBB	= Revista de derecho bancario y bursátil.
RDMV	= Revista de derecho del mercado de valores.
RDM	= Revista de derecho mercantil.
RDS	= Revista de derecho de sociedades.
RDLOPD	= *Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal.*
RMBCA	= *Revised Model Business Corporation Act.*
RRM	= Reglamento del Registro Mercantil.
RCNMV	=Reglamento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
SE	= Sociedad Europea.
SCE	= Sociedad Cooperativa Europea.
SOX	= Ley *Sarbanes-Oxley.*

EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA INTERNA *WHISTLEBLOWING* Y SU REGULACIÓN POR LAS NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO

"Necesitamos enviar un mensaje claro a los máximos representantes políticos, que los whistleblowers que denuncian fraudes cometidos al gobierno federal, deben de recibir recompensas no represalias"[1].

INTRODUCCIÓN

Debido a los numerosos escándalos financieros y fraudes cometidos contra el Estado, nació, en Estados Unidos a finales del siglo XVIII, el movimiento del *whistleblowin*g o "delator", con objeto de que, personas que tuvieran conocimiento de un fraude cometido al Estado de la Nación pudieran denunciar con la seguridad de no sufrir represalias por parte del mismo y, a su vez, recibir una recompensa por actuar de buena fe y en conciencia. Los escándalos empresariales, la crisis financiera y económica del siglo XXI -la más devastadora jamás conocida-, los resultados negativos del Gobierno Corporativo y la falta de control por parte del empresario en ciertos sectores de la empresa, dieron paso a otorgar un mayor protagonismo a la responsabilidad social corporativa, la ética en los negocios y a la implementación de las políticas de cumplimiento normativo –*compliance-,* los códigos éticos, los programas de prevención de distinta índole y los canales de denuncia en la empresa –*whistleblowing-,* adquiriendo, debido a los escándalos, una gran aceptación en la sociedad, organismos públicos e instituciones (entre ellas, La Casa Real) y siendo objeto de estudio por parte de los Organismos Internacionales de todo el mundo.

El presente trabajo ilustra al lector, acerca de la importancia de la figura del *whistleblowing* desde una perspectiva teórica y práctica. El propósito principal de la presente obra es dar a conocer a toda persona, trabajador, proveedor, empresario y consejero, que de buena fe haya decidido denunciar unos hechos irregulares o ilegales en los sectores

1 "*We need to send a clear message, from the very top of government, that whistleblowers who expose fraud against the federal government, will receive rewards, not reprisals.* **Senador Charles Grassley**

público y privado, el procedimiento, los distintos riesgos (laborales, personales, etc.), las normas especiales de protección, cómo, cuándo y ante quién se puede o debe denunciar, las consecuencias de denunciar de manera falsa, las investigaciones internas, sanciones, recompensas o incentivos a percibir, prohibición de represalias, etc. La obra, realiza un estudio de los canales de denuncia de numerosas empresas de corte continental y anglosajón, detalla la inclusión del *whistleblowing* en los códigos de Gobierno Corporativo de distintos países y cita casos reales de interposición de denuncias, los incentivos percibidos, la protección del *whistleblower* y los resultados satisfactorios por parte de los reguladores de distintos países.

El Reglamento de Abuso de Mercado de la Unión Europea 596/2014, establece que todas las compañías financieras europeas, a partir de la entrada en vigor del Reglamento mencionado (en España se produjo el 3 de Julio 2016) deberán de tener implantados internamente canales de denuncia, deberán de poder recompensar a los *whistleblowers*, y establecer los medios para proteger al *whistleblower* de posibles represalias. Por ello, es importante que tanto los asesores jurídicos como los directores de cumplimiento normativo de las empresas tengan conocimiento de la normativa nacional e internacional, así como del funcionamiento y procedimiento del canal de denuncia implantado en sus empresas. Por ello, intenta el presente trabajo, desde la perspectiva práctica, ilustrar con cierta claridad a los directivos y asesores externos e internos de las empresas acerca de los aspectos estudiados.

El *whistleblowing* aparece reflejado en la normativa legal de muy pocos países y de manera escasa en los códigos de Gobierno Corporativo y ello es debido a la escasa cultura del *whistleblowing* en Europa, a excepción del Reino Unido.

Debido al protagonismo y auge que, poco a poco, está adquiriendo la figura del *whistleblower* en Europa, Asia y América Latina, la figura mencionada, sin género de duda precisa de manera urgente de regulación interna en cada uno de los países en los que es visible y, en especial, la protección del *whistleblower* en la empresa pública y privada y los incentivos y recompensas a las personas que valientemente y, aun a riesgo de perderlo todo o casi todo, deciden valientemente tomar la decisión de poner en conocimiento de las autoridades públicas y/o privadas, a través de la persona encargada de tramitar las denuncias en la empresa, (Oficial o Director de Cumplimiento Normativo –*compliance officer*- o el *Ombudsman)*, un hecho irregular y en ocasiones incluso ilegal.

Poco a poco, las empresas cotizadas, grandes empresas y pymes están implantando, con el firme propósito de cumplir con la ley, por miedo a ser sancionado y/o condenado, y/o por el riesgo a la pérdida de

la reputación, sistemas preventivos en relación al cumplimiento con la norma para evitar riesgos innecesarios.

Distintos estudios realizados por las grandes consultoras internacionales y por asociaciones de la lucha contra el fraude y la corrupción han demostrado que el *whistleblowing* es uno de los medios más efectivos para descubrir y dar a conocer hechos contrarios a la ley, a la normativa interna de la empresa y/o al código ético. Otra cuestión a debatir, es, si realmente los empresarios tienen un verdadero o al menos cierto interés en que sus trabajadores y directivos denuncien hechos ilegales que se cometan en la empresa, en este aspecto, manifiesto serias dudas.

Queda mucho camino que recorrer, sobre todo en lo que respecta a la protección e incentivo al *whistleblower,* muchas normas que redactar y/o modificar, mucha literatura que escribir y, sobre todo, un cambio cultural en los países donde los procedimientos de control se implementan, no para evitar conductas irregulares, sino buscando más bien "cumplir con el expediente".

Gran parte de las personas que residen y trabajan en un país de corte continental, cuando escuchan la palabra *whistleblower*, piensan con un tinte peyorativo, el "chivato", el "delator", y, si se les pregunta si denunciarían, en la empresa en la que trabajan, un hecho ilegal o contrario a las normas corporativas, tajantemente dirían, en un porcentaje muy alto, que NO, contestando en modo de interrogante y muy sutilmente, que, ¿para qué?, ¿cuál sería el beneficio?, siendo el riesgo a ser despedido tan elevado que no les compensaría. Muy pocas personas asemejan la palabra *whistleblower* a una persona de conciencia, una persona de convicciones morales y éticas, una persona que, movida por sus principios, denuncia unos hechos contrarios a la ley, a la norma interna, a la ética y a la moral.

Por tanto, la palabra *whistleblower* obedece a un sentimiento cultural de repulsa a la mentira y al fraude, que en el mundo anglosajón, históricamente se premiaba y aplaudía en la mayoría de las ocasiones, si bien, recientemente la Cámara de Comercio de los EE.UU, con más de 40.000 miembros, comienza a cuestionar si, de acuerdo con la ley Dodd Frank, el *whistleblower,* para estar protegido, tendría que denunciar el hecho con carácter previo al regulador financiero y no a la empresa. En cualquier caso, no cabe duda de que el movimiento estudiado, está muy presente entre la inmensa mayoría de la sociedad anglosajona y, en el mundo continental, especialmente en el sur de Europa, esta percepción de actuar correctamente está cada vez más presente en la sociedad, fundamentalmente gracias a las instituciones europeas, a los medios de comunicación y al periodismo de investigación que, por desgracia y con mucha frecuencia (casi todos los días), informan de actos corruptos y

delitos económicos llevados a cabo tanto en el sector público y privado.

Los canales de denuncia han sido incorporados en las empresas de dos formas distintas: a través de los códigos éticos de conducta o a través de políticas específicas de *whistleblowing*. A su vez, el código ético y el canal de denuncia son visibles a través de la página web de la empresa, aunque cabe la posibilidad de que sean visibles sólo a los trabajadores y empleados a través de la intranet de la empresa.

Ciertos autores, a comienzos del siglo XX, entendieron que los accionistas eran los verdaderos propietarios de la sociedad, siendo los administradores los que tenían el poder, teniendo éstos una obligación de deber de buena fe con los distintos accionistas, considerados como propietarios pasivos, "*owner of passive property is helpless to do anything with it or about it. It leaves him entirely in the hands of the factual possesor or administrador of the massed wealth*". Por el otro lado, Dodds señaló en 1932, que los administradores tenían una obligación de responsabilidad para con la sociedad en general.

Después del *crack* de 1929, la idea de transparencia en los EEUU fue observada como un instrumento básico de regulación, considerando el intervencionismo como una técnica de no invasión, haciendo hincapié en una correcta difusión de la información fundamentalmente relacionada con la información contable y financiera.

Las palabras de Brandeis reflejaron la evidencia de la idea de transparencia al manifestar "*Sunlight is said to be the disinfectants; electric light the most efficient policeman" ("se dice que la luz del sol es el mejor desinfectante; y que la luz eléctrica es el policía más eficiente").*[2]

La transparencia requiere en todas sus actividades una información lo más completa y detallada posible de toda la política de la empresa, asegurando, así, seguridad para los accionistas minoritarios, para los *stakeholders,* para el mercado y para la economía de un país, evitando en la medida de lo posible los conflictos de interés entre directivos y accionistas. Debo recalcar la necesidad de protección de los accionistas minoritarios, muchas veces ignorados por cúpulas directivas hasta ahora manejadas en gran medida por consejeros que, si a veces ostentan un porcentaje insignificante- o ninguno- en la propiedad de la empresa, otras mantienen un porcentaje que, sin ser mayoritario es suficiente para ejercer el control absoluto sobre el gobierno societario, planteándose la lucha por el mejor gobierno fundamentalmente en tres frentes: estructura del Consejo, de los procesos de designación y nombramiento de consejeros tanto ejecutivos como no ejecutivos, transparencia y publicidad del sistema de remuneraciones y mejora de la calidad y veracidad de la información financiera.

En los años 80, se plantea en Europa una reforma del Derecho de Sociedades de capital impulsada por las Directivas comunitarias (fracaso

---

2 BRANDEIS L.D.: "Other People´s Money and how the bankers use it", New York, 1914, pág.92. GARRIDO GARCIA, J.M.: "El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea", en RDMV, núm.1, 2007. pág. 41.

absoluto de la V Directiva) en relación a la estructura de la sociedad, las cuentas de la sociedad, derecho de los socios, grupos de trabajo, incidiendo en la problemática existente entre la propiedad y control de la sociedad. Se produjo un debate entre los dos sistemas de organización de la sociedad, monista y dualista, entendiendo el debate más como una cuestión política que mercantil y corporativa. Los mercados europeos, que estaban compuestos por empresas de reducido tamaño y en su gran mayoría, empresas familiares, empresa industrial frente a la Bolsa, empiezan a sentir el empuje de los mercados norteamericanos. Comienzan las privatizaciones, naciendo la Ley del Mercado de Valores del año 1988, siendo esta Ley la más ambiciosa y renovadora de los últimos 30 años, pretendiendo la Ley citada lograr seguridad jurídica a los mercados.

El siguiente paso a esta renovación en el Derecho de Sociedades de Marco Continental europeo fue la creación de una serie de recomendaciones y directrices sobre normas de autogobierno en las empresas, surgiendo así el movimiento de Gobierno Corporativo en Europa de la mano de *Sir* Adrian Cadbury; ahora bien, el movimiento de Gobierno Corporativo no es producto de la inteligencia o imaginación de una serie de señores británicos que, movidos por la ciencia, redactaron un código de buenas prácticas empresariales. El *Corporate Governance* es un movimiento importado de los EE.UU. en un momento muy importante y decisivo en el mercado de valores europeo, tal y como ocurrió con la redacción y promulgación de ley *Sarbanes-Oxley*, si bien esta ley no ha influenciado a los distintos Códigos europeos como ha ocurrido en nuestro Código Unificado de Buen Gobierno, también llamado Código *Conthe*, ni tampoco recibió un gran seguimiento por parte del grupo de expertos que redactó el código de Gobierno Corporativo europeo llamado el Informe *Winter*.

Poco a poco, los mercados, se han ido introduciendo en las grandes compañías, siempre partiendo del autogobierno, pero sometiéndose a las leyes (Ley del Mercado de Valores, etc.) y a los Códigos de buen Gobierno Corporativo. El Gobierno Corporativo, durante los últimos 20 años, no ha dado el resultado esperado por la Comisión Europea: demasiados delitos económicos, demasiada corrupción política y lo más grave, una ausencia de transparencia y control por parte de los políticos y empresarios. Por todo ello, los expertos en la materia, decidieron con acierto, trasladar ciertas recomendaciones de buena gobernanza empresarial *(soft law*) en normas imperativas de obligado cumplimiento (*hard law*). Es evidente que no era ni es la fórmula ideal, pero la codicia de unos pocos ha obligado al poder legislativo a adoptar medidas exigiendo: más transparencia, más control y más ética en todas las sociedades de capital.

El nacimiento de los Códigos éticos, incidió no tanto en la estructura de la sociedad, sino más bien en la transparencia que toda

sociedad cotizada debe observar en el momento de presentar la información a los mercados, al Organismo Regulador, a los analistas y a los periódicos financieros. A raíz de la Ley *Sarbanes-Oxley*, de los Códigos europeos y de las legislaciones europeas, aparecen en Europa normas de obligado cumplimiento, que, a través del principio de *cumplir o explicar,* obligan a las sociedades a la elaboración de un Informe Anual de Gobierno Corporativo, en donde éstas deben presentar anualmente ante la CNMV un Informe contestando sobre la aplicación de un conjunto de recomendaciones contenidas en un código ético, debiendo, en todo caso, informar sobre el cumplimiento de éstas y, en caso de incumplimiento de alguna o algunas de las recomendaciones, han explicar el porqué de su incumplimiento.

Hasta comienzos de los años 90, los mercados financieros buscaban en todo momento dos situaciones: creación de valor para la empresa -y, por tanto, para el accionista-, y calidad en el producto. En la actualidad, se ha mantenido el objeto principal la creación de valor, si bien durante los años 90, desciende la importancia en relación a la calidad del producto, prevaleciendo, poco a poco, la transparencia en la información financiera presentada por la sociedad, y ello debido a la necesidad por parte de las empresas de crear seguridad financiera a los *stakeholders.*

Así es como nace en España, en el año 2003 y tras el Informe *Olivencia* y *Aldama*, la Ley de Transparencia, cuyos puntos fundamentales fueron la información sobre conflicto de intereses entre administradores, información a los mercados sobre la participación de los administradores en otras empresas competidoras y pactos parasociales que afecten al voto y a la transmisión de acciones, inversiones y desinversiones. Los mercados quieren conocer la estructura accionarial, creándose el mercado de control financiero, las *OPAS*. Se impone la creación de dos Reglamentos públicos, el Reglamento de la Junta General de Accionistas y el Reglamento del Consejo. Los Consejos de Administración pasan a ser Consejos de vigilancia y control del grupo ejecutivo, buscando en todo momento un autogobierno controlado que informe sobre la marcha de la sociedad.

Se pretende que los administradores, accionistas de control, colaboradores y familiares de administradores dejen de beneficiarse de la información privilegiada, buscando, entre todos los inversores, la igualdad, principio recogido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. La información financiera presentada por las empresas cotizadas ha de ser veraz, actual, periódica, completa, entendible y creíble, tratando de evitar la comisión de delitos por parte de los administradores; de ahí la reforma del sistema contable.

Se precisa saber cuáles son las estructuras de poder, quienes dirigen las empresas y si los administradores independientes realmente lo son. Se busca la transparencia para que no ocurran escándalos financieros como *Enron, Worldcom, Siemens, etc.* Los grandes bancos quieren controlar a los *nomminee*, quieren saber quienes está detrás de la gestión de la inversión colectiva, y su labor la hacen de una manera

oculta. Se requiere controlar a las grandes agencias de control de *rating*, saber por qué estas agencias reciben sus honorarios de las empresas que valoran y estudian, y, por tanto, se precisa que sean lo más transparentes posibles, al igual que ocurre con las empresas de auditoría.

Se busca, transparencia en la elección y la retribución de los administradores, uno de los mayores agujeros en las grandes sociedades, debiendo ser dicha retribución, individual, precisa y detallada a través del informe anual de Gobierno Corporativo, siendo éste a su vez, publicado en la página web de la sociedad.

Es necesario estudiar y comprender la causa de los delitos económicas y las crisis empresariales ocurridas en los últimos años, y, en especial, es decir, saber, cuál ha sido el papel y el medio utilizado por los gobiernos, instituciones, empresas, escuelas de negocios, y un largo etc, para mitigar y paliar los efectos de la crisis económica más importante de la historia; buscar respuestas a por qué no ha funcionado el Gobierno Corporativo; cambiar los pilares asentados desde los primeros códigos de buen Gobierno; incidir en el control al *Management* y al Consejo de Administración. Hemos de hacer lo imposible para que los pequeños ahorradores, trabajadores, proveedores que tienen depositados sus ahorros en una sociedad que cotiza en el mercado de valores no se vean perjudicados por la codicia de una serie de personas que, con el fin de enriquecerse, son capaces de convertir a la empresa que dirigen en un "castillo de naipes". Por ello, es necesario que las empresas estén debidamente controladas, si bien parcialmente por un Organismo Regulador eficiente, ágil y moderno; y, de no ser así, ser sancionadas incluso penalmente.

Los administradores y consejeros deben estar debidamente asesorados respecto al régimen de responsabilidad corporativa para evitar sorpresas innecesarias y que los Tribunales de Justicia, especialmente los penales, actúen en consecuencia ante actividades ilícitas, típicas y antijurídicas de los administradores de las grandes sociedades, implantando la Oficina Nacional de *whistleblower,* dependiente del Ministerio de Economía.

Sir Howard Davies, a través de una interesante obra, estableció hasta 38 factores que han determinado la crisis actual. [3] El señor Davies llevó a cabo una serie de interrogantes y reflexiones. *"¿Y qué ocurrido con las instituciones establecidas precisamente para regular los mercados?. Los auditores facilitaban procedimientos contables que ocultaban el apalancamiento. Los reguladores han tenido la facultad para exigir que los bancos tuvieran más capital y reservas más amplias y, sin embargo, no hicieron un uso adecuado de tal facultad. Permitieron la introducción de nuevos instrumentos de gestión de riesgos (…) Los reguladores rara vez han reconocido "que se han dormido al volante" (…) El Thacherismo se ha vuelto en contra de sus creadores. (…).El Presidente Sarkozy de Francia manifestó a sus partidarios en el año 2008, que la crisis actual debe incitarnos a refundar el capitalismo sobre los cimientos de la ética y el trabajo (…). La crisis reveló la ausencia de un regulador capaz de ver los*

3 DAVIS, H.: "The Finantial Crisis. Who is to Blame", 2011.

mercados financieros desde una perspectiva integral y por último, mencionar la evidente existencia de un desfase importante en cuanto a la eficacia de la protección al consumidor".

CAPÍTULO I. Antecedentes del denunciante o *whistleblowing* y su concepto.

1. Los inicios y la internacionalización del *whistleblowing/whistleblower* y del Gobierno Corporativo.

Los inicios del *whistleblowing* tienen su punto de partida en la declaración de Independencia de los EE.UU., concretamente con la aparición de la *False Claim Act* (*FCA*). Tras distintos escándalos políticos y empresariales, ocurridos a finales de los años 1970 en EE.UU, el legislador redactó la *Foreign Corrupt Practices Act* (*FCPA*). Años más tarde y tras nuevos e importantes escándalos financieros, el legislador norteamericano, con objeto de intentar atraer la confianza de los inversores en los mercados, elaboró la mundialmente conocida como la ley *Sarbanes – Oxley (SOX).* Tras la crisis económica y, especialmente, a partir del desplome de Lehman Brothers, el legislador americano, con Obama como Presidente, elaboró la ley *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.*

Mientras, en Europa, en plena crisis económica, de valores y de ética, las altas instituciones comienzan a fijarse en las normas norteamericanas, redactando el trascendental Reglamento de la Unión Europea sobre el Abuso del Mercado del 2014 al que me referiré con posterioridad.

Todas y cada una de las leyes mencionadas hacen mención en su articulado a los dos movimientos estudiados: el *whistleblowing* y el Gobierno Corporativo de las sociedades de capital.

La primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América estableció la necesaria protección de aquellos empleados que denunciaran conductas contrarias a la Primera Enmienda de los derechos de los trabajadores federales.

Tanto la primera Enmienda como la Ley de derechos civiles de 1871 permitían a los trabajadores del gobierno federal reclamar a la autoridad judicial una compensación económica si, como consecuencia de la denuncia, eran discriminados y/o despedidos de sus puestos de trabajo. Estamos ante la primera norma donde no solamente se hace referencia a la necesaria protección del "delator", sino también, a la posibilidad de solicitar y percibir una indemnización como consecuencia de las

represalias sufridas.

En 1777, año en el que se firmó la Declaración de Independencia, diez personas (marines y marineros), durante la guerra de la independencia contra los soldados británicos, decidieron denunciar (*«blow the whistle»*) ante los tribunales las torturas y el trato inhumano sufrido por parte de los soldados ingleses arrestados a manos del comandante norteamericano Esek Hopkins, capitaneando la nave *Warren*.

Los denunciantes, oficiales norteamericanos, antes de proceder a denunciar los hechos, tuvieron perfecto conocimiento de las posibles represalias de las que podían ser objeto si denunciaban, y ello por el poder que ostentaba el señor Hopkins, no solo por ser un oficial de reconocido prestigio, sino por sus contactos con los políticos de Rhode Island. A pesar de las adversidades y conociendo la realidad de los hechos, decidieron hacer lo que entendían era lo correcto: denunciar a los culpables.

El Capitán John Grannis fue el encargado y responsable de delatar/denunciar públicamente al señor Hopkins, informando al Congreso sobre los bárbaros hechos llevados a cabo contra los soldados ingleses, solicitando al Congreso, el 26 de marzo de 1777, la suspensión de empleo y sueldo, así como que se juzgara al señor Hopkins por los crímenes de guerra cometidos.

Ante la denuncia del capitán Grannis, el señor Hopkins fue suspendido de empleo y sueldo y expulsado del ejército. Enfadado y lleno de ira y odio, interpuso una denuncia en Rhode Island contra los diez soldados sublevados, siendo dos de ellos detenidos y enviados a prisión. El 23 de julio del año 1778, el Congreso se pronunció, manifestando que los señores Marven y Shaw fueron arrestados injustamente por hacer lo que debían y por lo que creían que era justo.

A los pocos días del comunicado, el Congreso de los Estados Unidos de América redactó y posteriormente firmó la primera ley de protección de los denunciantes –*whistleblowers*-, manifestando que *"esa es la obligación y el deber de toda persona militar o civil al servicio de los Estados Unidos de América, informar lo antes posible al Congreso o a cualquier otra autoridad gubernamental de toda conducta dolosa, fraudulenta, o relacionada con delitos menores de la que tengan conocimiento"*.

El Congreso no se limitó a redactar la Ley, sino que se encargó de que todo ciudadano que decidiera denunciar unos actos delictivos estuviera legalmente protegido y defendido de todo ataque o represalias provenientes del denunciado, así como de toda mentira difamatoria que se produjera en su contra.

Los denunciantes/delatores, después de una feroz batalla legal, obtuvieron una resolución favorable, abonando el Estado los gastos de la

defensa[4].

En el Reino Unido, la causa de que el legislador se interesara por la protección del *whistleblower* fue producto de una serie de desastres ocurridos en los que murieron un número importante de ciudadanos británicos (naufragio de un transbordador en el puerto de Zeebrugge, explosión en la planta petrolífera de Piper Alpha en Irlanda lo cual se podría haber evitado a través del establecimiento de políticas de información y denuncia[5].

Los distintos fraudes cometidos contra el Estado durante la guerra civil norteamericana provocaron que el ex presidente Lincoln convenciera al Congreso y al Senado acerca de la necesidad de implantar una ley que protegiera al Estado de distintos fraudes que ciertos ciudadanos estaban llevando a cabo contra el Estado. Así nació en el año 1868 la *False Claim Act* (*FCA*), también llamada –*Lincoln Law*- y que en la actualidad está vigente. Inicialmente, la *FCA* otorgaba al denunciante/delator el 50% de todo lo que el Estado recaudara producto de la denuncia. Como es lógico, la *FCA* ha sufrido numerosas modificaciones en el tiempo (1943, 1986, *Convering Taxes* 2006, *Securities Fraud* 2010), tanto en el procedimiento como en el porcentaje de la indemnización percibida por el *whistleblower*[6].

La Ley mencionada fomenta la denuncia de hechos fraudulentos cometidos al Gobierno Federal de los Estados Unidos, a través del sistema denominado *Qui Tam Action* [7], por el que, el denunciante ostenta personalmente legitimación para emprender una acción legal en defensa del gobierno y del país, teniendo derecho a percibir una recompensa.

Durante los últimos 50 años, la gran mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos han reconocido y reconocen, que la figura del denunciante/*whistleblower* ha contribuido de manera positiva al bienestar social y que la protección de los denunciantes es esencial, por lo que en todos y cada uno de los Estados de Estados Unidos, se han elaborado leyes estatales de protección del *whistleblower,* consistente dicha figura en la creación de canales o políticas en el seno de las

---

4 MARTIN KOHN, S.: "*The Whistleblower's Handbook*. Pp. 195-200. Lyons Press. 2011.

MESIA MARTINEZ, C.: "El procedimiento de denuncia interna o *whistleblowing* en los códigos de conducta", en MARTINEZ-ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (dir) "Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, págs. 1209 y ss. Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

5 MYERS, A.: "Whistleblowing, The UK Experience", en Calland y Dehn, Calland, Whistleblowing Around The World. Law, Culture and Practice. Open Democracy Advice Centre (ODAC), Cape Town, South Africa; Public Concern At Work (PCAW), The British Council, Londres, pág. 101

6 LAHMAN LARRY, D.: "Bad Mules, a primer of the Federal False Claim Act", *Oklahoma Bar Journal*, vol. 76, nº12. pág.. 901. 2005. PAGE WEST, R., "Advising the Qui Tam Whistleblower", págs. 1-9, 2009.

7 Acción que tiene su origen en el *Common Law* medieval en Inglaterra. *Qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* (Literalmente: quien con esta acción persigue tanto para sí mismo como para nuestro señor el rey).

empresas a través de las cuales los sujetos obligados por el código ético de la empresa (que en definitiva son los administradores, consejeros, directivos, trabajadores y distintos grupos de interés –*stakeholders*-), puedan de manera sencilla denunciar internamente, delitos, conductas irregulares, infracciones legales y de normas internas (códigos éticos, políticas de prevención contra el fraude, corrupción pública y privada, abuso de mercado, fiscalidad, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, políticas de entrega y recepción de regalos, de uso de los sistemas informáticos, falta de control, competencia, medio ambiente, protección de datos, confidencialidad, etc.) cometidas en la empresa, en la mayoría de los casos, por directivos y/o administradores en su ámbito de actuación y que, en ocasiones perjudica a la empresa y, en otras, la beneficia.

En los países de corte anglosajón, especialmente en Estados Unidos, debido a la importancia y relevancia que, históricamente, obtuvieron los *whistleblowers* y a la aceptación de la sociedad y de los políticos norteamericanos, ciertos *whistleblowers* han sido nombrados por la prensa, en más de una ocasión, personajes del año. El legislador en EE.UU, en busca de transparencia y como fenómeno preventivo, en los últimos años ha redactado normas que incluyen al *whistleblowing*, como la Ley *Sarbanes-Oxley (SOX)* y la *Dodd Frank Consumers Act.*

El ex presidente Lincoln pensó que si una persona, un ciudadano norteamericano, actuando correctamente, en conciencia, con valores éticos, denunciaba unos hechos irregulares y/o ilegales en defensa de las arcas públicas, debía ser objeto de especial protección. Distintas leyes como la Ley *Lloyd-La Follette Act* de 1912, la actual *Whistleblower Protection Act* de 1989 y otras protegieron y protegen laboralmente a los *whistleblowers.*

La realidad actual es que el surgimiento del gobierno corporativo, la responsabilidad social corporativa, la ética, la transparencia -especialmente en el sector financiero-, la implantación de los sistemas de cumplimiento normativo y, sobre todo, la obligatoria implantación en la normativa penal de unos procedimientos o mecanismos de control para eximir una posible responsabilidad penal de las empresas, ha llevado a los administradores a implantar mecanismos de prevención y control a través de los canales de denuncia –*whistleblowing-,* así como de los códigos éticos de conducta.

La implantación de los canales de denuncia en las empresas obliga a éstas a establecer políticas compatibles con la normativa de protección de datos de carácter personal, lo que conlleva un esfuerzo extra a la empresa para evitar así una posible sanción por parte de las agencias de protección de datos. Lo mismo ocurre respecto a la normativa del blanqueo de capitales y ocurrirá el mismo escenario en un breve espacio de tiempo respecto a la norma de prevención contra la corrupción y abuso de mercado.

Conocedores los estados anglosajones de la importancia de la figura del *whistleblower* para descubrir, mitigar y responder ante el

fraude, han incorporado en sus normativas dos aspectos muy importantes: La Recompensa (*reward)* y la protección de los trabajadores (*protection)*. Estos aspectos en la actualidad están siendo demandados por ciertos colectivos en la Unión Europea para, fundamentalmente, detectar fraudes y actos irregulares cometidos por las personas jurídicas y las personas físicas. Estos dos componentes de importancia capital han sido regulados por la Unión Europea a través del Reglamento del Parlamento Europeo y la Comisión de abuso de mercado. Por poner un ejemplo, el gobierno de los Estados Unidos, desde el año 1989 hasta la fecha actual, ha recaudado a través de la *FCA* miles de millones de dólares, pagando recompensas a los denunciantes/*whistleblowers* por valor de cientos de millones de dólares[8].

En el año 2003, la *Securities and Exchange Commission (SEC*), gracias a la actuación de *whistleblowers*, llegó a una serie de acuerdos con las diez empresas más grandes de los Estados Unidos de América, por haber violado la Ley *Sarbanes-Oxley (SOX)*, iniciando contra ellas acciones penales y civiles, sancionándolas y recaudando, producto de dichas sanciones, la cantidad de 1.435.000.000 millones de dólares[9].

El *whistleblowing* está estrechamente relacionado con distintas leyes y normas internas de la empresa -*hard* y *soft law*-(laboral, medioambiental, bancaria, protección de datos, penal, mercantil, blanqueo de capitales, competencia, código ético de conducta, etc.), si bien, con la normas que más relación y conexión ostenta es con la normativa que regula el buen funcionamiento del Gobierno Corporativo de la sociedad cotizada.

Hasta los años 30 y a pesar de que comenzaba a ser frecuente que informes de consejeros de las grandes compañías reconocieran que no solo tenían deberes frente al accionista sino también hacia los empleados, clientes y hacia la comunidad en general, a los abogados expertos en la materia no se les había ocurrido, que tales deberes fueran parte del objeto del *company law.* No obstante, desde entonces y en parte provocado por los escritos de Berle y Means y el debate entre Berle y Dodds, aunque con alguna reticencia, han reconocido la existencia de tales deberes y el hecho de que las compañías hayan desarrollado una "conciencia social". A este aspecto, le acompaña directamente el reconocimiento de que las empresas cotizadas, en la práctica, no solamente buscaban una maximización del valor de la empresa y, por tanto, de beneficios para los propietarios de la misma, sino más bien un crecimiento en tamaño de facturación y en crecimiento corporativo y, por tanto, en importancia para poder así ostentar más poder e influencia.

Las empresas que cotizan en España (Ibex-35) han de someterse a la normativa española y a las recomendaciones contenidas en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo —*Código Conthe*—[10]. De no

---

8 SNIFFEN, M.: "Government's False Claims Recoveries Rise", *Associated Press,* Febrero de 2000.

9 DEVINE, T. y MAASSARANI, T.: "The Corporate Whistleblower's Survival Guide", Berret-Koehler, págs. 1-2, 2011.

10 Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo. Recomendación 49.d): «*Establecer y supervisar un*

cumplir las recomendaciones de Gobierno Corporativo, deberán, a través del Informe anual de buen gobierno, explicar los motivos del incumplimiento. Nuestro actual código de buen gobierno corporativo recomienda la aplicación del procedimiento de *whistleblower*, es decir, la existencia de un procedimiento (canal de denuncia, email, correo certificado, teléfono) de presentación de denuncias confidenciales o anónimas cuando el trabajador o directivo observe que se han producido irregularidades de cierta entidad, especialmente financieras y contables[11].

El escándalo *Watergate* destapó, en Estados Unido, [12] innumerables casos de corrupción política y entre particulares. *Deep Throat* fue el *whistleblower* que denunció las prácticas ilegales llevadas a cabo por el gabinete del presidente Nixon, poniéndose en contacto con los periodistas del *Washington Post* Bob Woodward y Carl Bernstain. La identidad de *Deep Throat* se mantuvo en secreto durante 30 años hasta que finalmente se supo la identidad del denunciante, el señor Mark Fet.

Estos hechos provocaron que la *Foreign Corrupt Practices Act* (*FCPA*), viera la luz, castigando con serias penas de cárcel y fuertes sanciones económicas a aquellas empresas o personas jurídicas que sobornaran a funcionarios públicos en el extranjero, y cuya característica fundamental era y es, su alcance extraterritorial.

La evolución histórica del gobierno corporativo tiene su punto de partida en Estados Unidos tras el análisis de Berle y Means. En Europa, a comienzos de los años 1990, fueron determinantes los informes de Gobierno, Corporativo elaborados por *Cadbury* y *Winter*, hasta la entrada en vigor de la ley *Sarbanes- Oxley*.

El origen de la doctrina sobre el llamado gobierno corporativo viene de los años 1904 y 1932,[13] si bien, los códigos de conducta, así como los innumerables informes y recomendaciones sobre los principios de gobierno corporativo y las distintas reformas legislativas llevadas a cabo, especialmente la Ley *Sarbanes-Oxley*, han contribuido a que un gran número de países, especialmente en la Unión Europea, hayan puesto

---

mecanismo que permita a los empleados comunicar de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa».

12 KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: "*Compliance y Teoría del Derecho Penal*". págs. 22-46. Marcial Pons, 2013.

12 Las compañías de los EE.UU., además de las corporaciones en Francia, el Reino Unido y Alemania, pagaron algo más de mil millones de dólares en multas o acuerdos por violaciones a la Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero (FCPA), tal y como recoge www.Fcpa-worldcompliance.com.

13 Vid. VEBLEN, T.: "*The theory of business enterprise*, New York, 1904, *Absentee Ownership and Business Enterprise in Modern Times"*, Nueva York, 1923. BERLE, A y MEANS, G.: "*The Modern Corporation and Private Property"*, Nueva York, 1932.

especial atención y dedicación a los códigos de conducta en el seno de las sociedades cotizadas. En los Estados Unidos de América, el movimiento de gobierno societario empieza a tener cierta importancia por el interés por parte de las empresas de atraer el capital de las grandes inversiones institucionales, siendo necesario demostrar ciertas garantías de control y supervisión en la gestión.

En el año 1962, Milton Friedman manifestó que el primer deber responsable de los administradores era trabajar en beneficio de los *stakeholders.* La doctrina entiende que fue el comienzo del movimiento de la responsabilidad social. La mayoría de los empresarios no se alinearon con su tesis, entre ellos el mismísimo Rockefeller[14].

El fenómeno del Gobierno Corporativo tiene su aparición, de una manera significativa, con el escándalo *Watergate* en 1973[15]. La *Security Exchange Act* (*SEC*), anunció un periodo de amnistía en la cual aquellas sociedades que realizaran una investigación interna sobre irregularidades cometidas en el seno de la sociedad no serían investigadas ni sancionadas. Hasta cuatrocientas sociedades admitieron una conducta fraudulenta, justificando su actuación, en que "*todo el mundo lo hacía"*[16].

El escándalo originó que el legislador federal creara la *Foreign Corrupt Practices Act,* estableciendo cambios en las medidas contables, modificando la *Securities Exchange Act* de 1934 en su sección 13(b)(2), apartados a y b. A su vez provocó que la *SEC*, para potenciar el control por parte de los consejeros, promoviera la creación de distintos Comités dirigidos por consejeros independientes. Consecuentemente, surgieron numerosos estudiosos en la materia que elaboraron una serie de recomendaciones, llegando a la denominación de gobierno corporativo -c*orporate governance-* [17].

El Código de buen Gobierno Corporativo que más relevancia ha tenido en Europa es el denominado Código *Cadbury.* Este Código está considerado como el documento de referencia de todos los Códigos de Buen Gobierno Corporativo. Fue elaborado en el año 1992 tras el escándalo del *Bank of Credit and Commerce Internacional* (*BCCI*) y fue

---

14 FRIEDMAN. M.: "Capitalism and Freedom 1962", University of Chicago Press 1962 and FRIEDMAN: "The Social Responsibility of Business it to increase Profits". *Times magazine*, Nueva york, Septiembre 1970.

15 GUERRA MARTÍN, G.: "*El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses...*", Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, núm. 20, pág. 186, Pamplona. 2003.

16 HAMILTON: "Corporations", pág. 569. Vid. EISENBERG, M. A.: "The modernization of Corporate law". An essay for Hill Cary, 37 *University of Miami Law Review*, págs. 209 – 210, 1983.

17 Vid. VEASY, N.: "The Emerge of Corporate Governance as a New Legal Discipline", 48 *The Business Lawyer*, págs. 1267 y ss, 1993.

obra de una Comisión instituida en el Reino Unido por parte del Consejo de Información Financiera de la Bolsa de Londres, así como por un grupo de entidades contables. El Código toma el nombre del presidente de la Comisión creada al efecto, *Sir Adrian Cadbury*, ex presidente del Banco de Inglaterra y presidente durante veinticuatro años del grupo de bebidas y alimentación *Cadbury Schweppes*; su misión fue el estudio de los aspectos financieros y de control de las sociedades (organización y responsabilidad de los accionistas, así como la regulación de las auditorias), a consecuencia de la preocupación que estaba suscitando la vaguedad de las normas contables de la época, las quiebras por sorpresa de algunas grandes empresas o la ausencia de normas claras sobre el funcionamiento de los órganos de control de las sociedades. El código *Cadbury* se centró en la enumeración de un conjunto de recomendaciones para llevar a cabo un adecuado y correcto gobierno de las empresas, así como de los mecanismos necesarios para garantizar el control de los Consejos de Administración y de los propios consejeros, en concreto sobre las empresas cotizadas en la Bolsa de valores[18].

En el año 1978, se elaboraron, a través del *American Law Institute (ALI)* los *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations,* que se publicaron en el año 1994. Ambos informes sobre Gobierno Corporativo (el Código *Cadbury* y los *principles of Corporate Governance*), se centraron en el estudio del funcionamiento del consejo de administración, preocupados por las posibles crisis financieras que pudieran llegar a sucederse, por lo que pusieron sus miradas en el control hacia los máximos directores en la gestión de las sociedades, buscando mediante *recomendaciones* atraer la confianza de los mercados, y solucionar los posibles conflictos de intereses entre el equipo directivo y los distintos grupos de accionistas[19].

La Comisión Europea desarrolló un proyecto legislativo que implicaba responsabilidades colectivas de los miembros de los consejos de administración con respecto a los accionistas y a los propietarios de las empresas basándose en el denominado Informe *Winter* (2002), documento que recogió los trabajos del grupo de expertos europeos dirigidos por el profesor holandés de la universidad de Rotterdam, Jaap Winter, sobre la mejora del gobierno corporativo en la Unión Europea. El citado informe fue determinante para la revisión de los estatutos de las

---

18 Vid. Artículo del Presidente del Comité, CADBURY, A.: "The UK code of best practice and issues. Common to other codes on Corporate Governance", Revue de la Banque, Septiembre, págs.479 y ss, 1997; "Corporate Governance and chairmanship" Oxford 2002. SHAW, JOHN C: "The Cadbury Report two years later", en HOPT y WYMEERSCH: "Comparative Corporate Governance", págs. 21 y ss.; SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., "El informe Cadbury y el derecho societario español", Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 53. enero-marzo 1994, págs. 266 y ss. ESTEBAN VELASCO, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas", págs. 767 y ss.

19 EISENBERG, M. A. V.: "The structure of corporate law", en *Columbia Law Review*", págs. 1461 y 1465 -1471, 1989. EISENBERG, M. A. V.: "An overview of the principles of corporate governance". *Bus Law*, págs. 15-55, 1993.

empresas, que debían estar sujetas a las nuevas normas contables internacionales orientadas hacia el objetivo de crear "*una democracia para el accionista"* que permitiera restablecer la confianza del inversor europeo en el adecuado uso del poder de los gestores de las empresas. Esta ley constituyó la reacción legislativa a los graves escándalos ocurridos en los últimos años en el mundo financiero y empresarial norteamericano.

La Unión Europea ha exigido y exige, respecto al derecho de sociedades, una tendencia liberalizadora de la actividad empresarial, que debe de estar en constante evolución debido a lo complejo de las sociedades mercantiles y a las distintas tradiciones jurídicas de los países europeos[20].

Hasta comienzos de los años 90, las sociedades anónimas de corte anglosajón, eran sociedades altamente concentradas, con capital disperso, tendencia que se invirtió en la última década del siglo XX, proliferando diversas teorías relacionadas todas ellas con la dispersión accionarial en detrimento del capital concentrado imperante en las sociedades de corte continental. Ahora bien, todos los autores coincidieron en que sólo aquellos sistemas legales que aportaban una importante protección a los accionistas minoritarios, devengarían en mercados activos, eficientes y, sobre todo, atractivos para el inversor[21].

---

20 GARRIDO, J.M.: "El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea", en RDS, núm.20 págs. 111, 112 y 113, 2003. PUYOL MARTÍNEZ – FERRANDO, B.: "Unión Europea y Gobierno Corporativo", en La Ley, 15 de junio de 2005. En septiembre del año 2001, la Comisión Europea encargó a Jaap Winter, "*un doble cometido con el objeto de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del derecho de sociedades en Europa: por un lado un informe sobre ofertas públicas de adquisición y, por otro, la elaboración de una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador sobre Derecho de sociedades en Europa, que abordaran, entre otros asuntos, el gobierno de las sociedades cotizadas*".

21 COFEE, J.C.: "Social Scene Research Network", en *Columbia Law School*, 1999. ROMANO, R.: *The genius of American corporate Law*, págs. 85 a 88. JOFFREY N. GORDON: "The international relation wedge in the corporate governance", págs.161-2000. El autor realiza una introducción entre los diversos sistemas de Gobierno Corporativo centrándose fundamentalmente en los EEUU y en Alemania, mencionando más brevemente a países como Bélgica, los Países Bajos, España y Portugal. K.J. HOPT, H. KANDA, M. J. ROE, E. WYMERSH y S. PRIGGE.: "Comparative Corporate Governance. The State of the art an emerging research", Oxford, 1998. El estudio colectivo hace un profundo análisis sobre el Gobierno Corporativo en el sistema anglosajón y continental incluyendo Japón. GORDON, J. N. y ROE, M. J.: "Corporate and persistent in corporate governance", págs. 1271 y ss. Cambridge, 1993. KENNETH, E. S: "*Corporation law and the American Law Institute of Corporate Governance*". *Stanford Law Review*, págs. 927 y ss. El autor centra como piedra angular del Gobierno Corporativo, la separación entre propiedad y control insistiendo en la necesidad de conseguir la maximización del valor. COATES, J: "The legals and promises of the Sarbanes-Oxley Act". Marzo 2007. Se refiere a que la primera reforma con la ley fue modificar el sistema de auditoria de las empresas públicas de los EE.UU., siendo decisiva la creación de un organismo semi público-privado (*PCAOB*) *Public Company Accounting Oversight Board*, a través del cual la auditoria externa dejaba de ser una realidad vaga y oscura para convertirse en una realidad regulada por Ley.

2. Definición y relación acerca del denunciante/delator *whistleblower/whistleblowing* en las normas de Gobierno Corporativo.

La figura del *whistleblower* o el *whistleblowing,* desde el comienzo de la crisis mundial, está en constante evolución en los cinco continentes, especialmente en lo que se refiere al reconocimiento de la sociedad, los gobiernos y los legisladores. Ahora bien, no existe uniformidad en lo que al marco jurídico se refiere, ni en lo que concierne a las expectativas de las empresas, especialmente las internacionales.

Lo que es indudable es que, la posibilidad de denunciar unos hechos en la empresa es una realidad, que trae consigo un complejo proceso de información, recepción, tramitación y resolución del proceso. Cada uno de los escenarios del *whistleblowing* tiene su importancia, su acomodación a una norma o varias, desde la recepción de la denuncia, la investigación externa y/o interna, la valoración de la prueba, los interrogatorios, la confidencialidad o anonimato de la denuncia y el secreto de la documentación de la empresa, personas involucradas en la investigación, la ley de protección de datos, los derechos de los trabajadores, la asunción de riesgos legales y reputacionales, acuerdos con los reguladores y/o tribunales y sanciones de la empresa. Todo el proceso, demanda, más que los necesarios recursos humanos, económicos, tecnológicos, etc., un cambio cultural, un cambio de concienciación y mentalidad respecto al cumplimiento de la norma, respeto al derecho y a los valores éticos de los administradores de las empresas, directivos, políticos y partidos políticos. No cabe duda que la aparición de nuevas leyes, provenientes de Estados Unidos, más tarde de la Unión Europea, de carácter extraterritorial, y el enfado monumental de la sociedad ante tanto acto corrupto y engañoso evidencia que estamos, poco a poco, ante un cambio normativo, al menos sobre el papel.

Partiendo de que el *whistleblowing* y el gobierno corporativo tienen su origen en los EE.UU, el país mencionado, sus instituciones y la sociedad, tienen un recorrido cultural y normativo que no se puede negar. Expertos en cumplimiento normativo –*compliance-,* ética, responsabilidad social corporativa, asociaciones, abogados, profesores de universidad, etc., han estudiado desde hace muchos años la figura del *whistleblowing*, y lo curioso es que todos ellos, confluyen hacia un mismo denominador común, la figura estudiada. Y es que constituye uno de los medios más eficaces para descubrir hechos fraudulentos (generalmente de naturaleza económica), malas prácticas empresariales y hechos contrarios a las leyes y a las normas internas de la empresa, protegiendo a la sociedad de personas que, movidas por la codicia, la mala fe, la corrupción, el desprecio absoluto a la ley y a los tribunales de justicia, etc., llevan a cabo actos, en los sectores privado y público, que deben ser puestos en conocimiento en la empresa y/o los reguladores y los tribunales de

justicia[22].

Es evidente que, para descubrir hechos contrarios a la ley, políticas y normativa interna, es imprescindible la cooperación de los empleados y de los distintos grupos de interés de la empresa. De lo contrario, es muy difícil que el regulador pueda llegar a tener conocimiento del hecho irregular. El regulador, en definitiva, no puede, no quiere y no debe convertirse "en el policía" de la empresa. A su vez, los reguladores de los distintos países deben colaborar estrechamente entre ellos, actuando y respetando en todo momento los tratados internacionales y las leyes nacionales y extraterritoriales.

Tradicionalmente, el *whistleblower*, ha sido identificado como el policía británico que, ante el conocimiento de un hecho irregular o incluso delictivo, soplaba su silbato con objeto de que las personas que estuvieran a su alrededor tuvieran conocimiento de que algo irregular estaba ocurriendo. En el presente trabajo, pongo en conocimiento del lector cómo personas que, actuando de buena fe, en consciencia y, sobre todo, valientemente, denunciaron hechos ilegales que se habían cometido, se estaban cometiendo o se iban a cometer en su empresa (p.ej. Cynthia Cooper y Sherron Watkins, denunciantes en las empresas WorldCom y Enron, sin dejar de mencionar a Harry Markopoulos, matemático de profesión que descubrió la estafa piramidal de Bernie Madoff).

El Instituto de auditores interno del Reino Unido define la figura del *whistleblowing* como la persona, empleado, proveedor o directivo que, bordeando los normales canales de gestión en la empresa, denuncia un hecho irregular cometido en el seno de la sociedad.

El *whistleblower,* ha sido considerado como el empleado, trabajador o directivo de una empresa que, ante el conocimiento de un hecho contrario a la ley o a cualquier norma interna de la empresa, y cuya acción pudiera llegar a ser constitutiva de un riesgo y/o un peligro inminente, denuncia tales hechos con el objetivo de impedir su comisión, y consecuentemente un posible desastre para la sociedad, el Estado o a la propia empresa en la que trabaja.

Cierto es que el concepto de *whistleblowing* podría a llegar a ser muy extenso, si bien y de manera sencilla, es definido como "*el acto de denunciar o reportar un hecho irregular, no correcto ocurrido en la empresa de manera interna o externa. La denuncia se produce internamente cuando se lleva a cabo a través de los cauces establecidos por la empresa y externamente, cuando los denunciados traspasan la frontera de la empresa ya sea a la policía, la prensa, la televisión, los organismos reguladores o los tribunales. Para definir correctamente la figura de*

22 LOMAS, P., KRAMMER J. D.: "Corporate Internal Investigation. An International Guide". Oxford, págs. 11 y 12, 2013.

whistleblowing sería preciso acudir a la políticas internas anti fraude llevadas a cabo por las empresas" [23].

La prensa ha desarrollado un papel muy importante en la investigación y descubrimiento de hechos delictivos (irregularidades contables, hechos corruptos, actos terroristas, grandes fraudes financieros, etc.). *Whistleblowers* como Sherron Watkins y Harry Markopoulus, utilizaron la prensa para comunicar los hechos fraudulentos de Enron y Madoff. La señora Watkins fue escuchada por la periodista Betany McLean, si bien, el señor Markopoulus, que descubrió el descomunal fraude de Bernie Madoff, por cuestiones dispares no logró que el regulador, la fiscalía, la prensa económica y la policía le creyeran. El resultado de la omisión e irresponsable acción, es conocido por todos.

Al denunciante/*whistleblower,* antes de proceder a denunciar un hecho o acto ilegal y/o contrario al código ético, es del todo lógico, humano y normal que le surjan enormes dudas, nervios y que se enfrente a dos dilemas fundamentales: conflictos entre lo personal —miedo a ser despedido, miedo a las represalias, miedo a no poder pagar las facturas, colegios de los menores y la hipoteca de la vivienda, miedo a no poder volver a trabajar, etc. y el deber de actuar correctamente –*Doing the right thing*-, el desconocimiento del proceso y un conflicto entre las obligaciones contraídas para con la empresa que le ha contratado y otras partes involucradas.

Las palabras *whistleblower* o *whistleblowing* no deben ser utilizadas con tintes despectivos, tipo "traidor", "chivato" o "delator", Nada más lejos de la realidad, el principio estudiado ha sido, desde hace muchos años, el camino, el método más práctico y eficiente para descubrir hechos graves, malas prácticas llevadas a cabo en las empresas y gobiernos, que, en su día, perjudicaron a los ciudadanos, clientes y/o trabajadores y que, en ocasiones, provocaron en la sociedad graves perjuicios y lesiones, malformaciones corporales, desastres ecológicos, riesgos contra la salud, la energía, la banca, la economía, el sector financiero, la industria, etc.

Una de las definiciones más utilizadas por la doctrina es la de «*revelar información acerca de las malas prácticas, ilegales o inmorales llevadas a cabo por un directivo de una empresa, o por empleados bajo el control de directivos sobre personas físicas o jurídicas y que dichas acciones pudieran provocar consecuencias negativas*» [24].

---

23 EATON, T., AEKERS, M.:"Whistleblowing and Good Governance", vol. 77, Junio 2007.

BROWN, A.J.: "International Handbook On Whistleblowing Research", págs. 10-30, 2014.

24 MICELI, NEAR, POLLEX, MOREHEAD, «Whistleblowing in organizations», Routledge/Psychpress. pág. 6 2008. JUBB, P.: "Whistleblowing: A restrictive Definition and Interpretation", *Journal of Business Ethics.* Nº 74. págs. 77-94. 1999.

Antes de reflejar mi definición personal respecto del *whistleblowing,*[25] voy a diferenciar dos personalidades del todo distintas: El *whistleblower* y el informante.

El informante es una persona que ha estado o está relacionada directa o indirectamente con hechos ilegales o poco éticos y que, debido a su posición activa en los hechos, revela otras actuaciones llevadas a cabo por terceras personas para poder atenuar o eximir su responsabilidad.

El *whistleblower* es la persona que, actuando de buena fe, de manera veraz, denuncia unos hechos contrarios a la ley y/o a las normas éticas de la empresa con objeto de hacer un bien a la sociedad, siendo necesaria una debida protección contra represalias del gobierno, empresarios y/o directivos o compañeros de trabajo, porque, de lo contrario, poco sentido práctico, humano y personal tendría la figura del *whistleblower.*

En el año 1992, ciertos autores definieron el *whistleblowing,* como "*la divulgación en el seno de la empresa de un acto ilegal, inmoral o ilegítimo realizado bajo el control del empresario sobre un empleado en la propia empresa y que por tanto pueda llegar a ser denunciable*".[26]

La definición mencionada ha sido utilizada por profesores, auditores, empresarios, ONGs e, incluso, funcionarios estatales de los Estados Unidos de América.

En cualquier caso, es importante distinguir entre denunciar unos hechos contrarios a la ley o a las normas internas en la empresa y unos hechos que, no siendo contrarios a la ley o a las normas internas de ésta, pudieran ser objeto de modificación o mejora, pensando siempre en el buen funcionamiento de la empresa. A su vez, toda persona que desee denunciar unos hechos internos debe asesorarse por un abogado o consultor experto o conocedor de la materia que le aconseje sobre cuándo, cómo, por qué y, sobre todo, le explique los riesgos, las ventajas y desventajas de denunciar un hecho en el sector público o privado [27].

---

25 El término anglosajón *«whistleblowing»* es una palabra compuesta por el nombre *«whistle»* (silbato) y el verbo *«to blow»* (soplar), y literalmente significa *«tocando el silbato»*, en referencia al silbato que utilizan los árbitros en las competiciones deportivas para advertir de la comisión de faltas o jugadas ilegales. Por lo tanto, parece bastante evidente que responde a la finalidad de dignificar la figura del denunciante o *«whistleblower»* frente a otras posibles definiciones tales como «soplón», «delator» o «chivato», que resultan manifiestamente peyorativas. KOHN, S.M.; "The Whistleblower Handbook." A step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting yourself", pág. 5, Lyon Press, 2011.

26 MICELI, M., NEAR, J.: "Blowing the whistle: the organizational and legal implication for companies and employees", Lexington Books, pág. 45, 1992.

27 MICELI, M., NEAR, J. MOREHEAD, T.: "Whistleblowing in Organizations". Routledge, pág. 6, 2008.

Definición personal del principio denominado *whistleblowing*.

El *whistleblowing* consiste en denunciar un hecho ilegal y/o contrario a la normativa interna de la empresa, de buena fe, a sabiendas de su veracidad, con el firme propósito de actuar correctamente. El denunciante/*whistleblower* puede ser cualquier trabajador, empleado, directivo de la empresa o terceras personas —física o jurídica— que, debido a su relación con la empresa, sea conocedor del hecho o acto denunciado, de manera anónima o confidencial y ante la persona o personas que más confianza le genere (superior en la empresa, oficial de cumplimiento normativo, director de recursos humanos, jurídico, director general).

La conexión entre el *whistleblowing* y el *Corporate Governance*, tiene su origen en la promulgación en Estados Unidos de la importante y conocida ley a nivel mundial llamada *Sarbanes-Oxley*. Tras el colapso de Enron, los políticos Sarbanes y Oxley decidieron incluir una serie de principios y normas imperativas de distinta naturaleza, entrelazando los principios de Gobierno Corporativo con el *whistleblowing.*

Querer definir de manera precisa el movimiento del Gobierno Corporativo o *Corporate Governance* en el contexto actual es una tarea difícil de realizar. Han tenido que devenir numerosos escándalos económicos (*Enron, Worldcom, Tyco, o Parmalat, crisis económica del siglo XXI, etc.*), para que los gobiernos, los mercados, los académicos, los empresarios y los accionistas se hayan puesto " el mono de trabajo" para conseguir un eficaz movimiento de Gobierno Corporativo, fundamentalmente desde la Ley *Sarbanes-Oxley* en Estados Unidos, el Informe *Winter* en Europa, las Directivas de Abuso de Mercado y la Ley de Transparencia en España y, sobre todo, desde los cambios normativos llevados a cabo en los últimos años en lo que se refiere a un obligado control del empresario en todas las instancias y sectores de la empresa. Queda un largo camino por recorrer, pero es innegable la mejoría alcanzada hasta la fecha. Es muy importante seguir trabajando para lograr la confianza en todos los sectores (político, societario y legal) y la máxima transparencia, lealtad y honestidad, especialmente en el mercado de valores y en el marco societario.

El Gobierno Corporativo es una serie de pautas que se dictan para una correcta administración y control de una sociedad, para permitir una mayor competitividad de las mismas, transparentando su administración y ofreciendo mayor confianza a los inversionistas nacionales y extranjeros.

Parte de la doctrina define el Gobierno Corporativo *como "un conjunto de principios de administración de la empresa dirigidos a garantizar la publicidad de su actividad y de sus resultados y el comportamiento ético de sus administradores y directivos con la finalidad*

de salvaguardar la subsistencia de la empresa a largo plazo. Principios que pueden resumirse en los siguientes:

- *Principio de transparencia informativa.*
- *Principio de ética empresarial.*

Transparencia y ética, son, en esta concepción, dos caras de la misma moneda. No se trata sólo, como antaño, de que la sociedad publique determinadas informaciones a través de sus cuentas y de su memoria anual o a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Tiene que haber un compromiso explícito en cuánto a la integridad y calidad de la información facilitada, de la que es responsable el Consejo de Administración, y en cuánto a la incorporación a la misma de las operaciones que puedan plantear un conflicto de interés entre la sociedad y el administrador"[28].

El Gobierno Corporativo es un medio para aumentar la confianza de los inversores en el mercado de valores al facilitar la relación entre los accionistas y los administradores de las grandes compañías. Se orienta a mejorar el funcionamiento de los órganos sociales. Por un lado, trata de mejorar la organización del Consejo de Administración con el fin de poder vigilar a los ejecutivos, buscando la transparencia de aquellas situaciones de conflicto entre el interés de los accionistas y el de los gestores. Por ejemplo, los administradores deberán informar de sus retribuciones y de aquéllas operaciones en las que los propios gestores se convierten en proveedores o clientes de la compañía. Por otro lado, también se ocupa de mejorar la organización y el funcionamiento de las juntas generales al "*facilitar el ejercicio del derecho de voto y el acceso a la información social por parte de los accionistas minoritarios*"[29].

El Gobierno Corporativo es la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos y la forma de hacer un seguimiento a sus operaciones así como a su desempeño en general.

El Código de buen Gobierno o Gobierno Corporativo debe verse como una demostración, a los interesados e inversionistas, de que las empresas son transparentes, eficaces, eficientes y, ante todo, de que tienen un alto sentido de compromiso, siendo más competitivas y mejores cada día.

Otro sector de la doctrina entiende que el Gobierno Corporativo debe considerarse como la solución real a la crisis de confianza y falta de

---

28 MATEU DE ROS CEREZO, R.: "La Ley de transparencia de las sociedades cotizadas Anónimas cotizadas", Thomson-Aranzadi, Navarra, pág. 27, 2004.

29 ZUNZUNEGUI, F.: *Expansión*, pág. 10, 8 de abril del año 2006.

credibilidad, que se percibe en las empresas públicas y privadas, las cuales reflejan los resultados de sus operaciones y gestión en estados financieros e informes muy cuestionados.

Por tanto, se podría definir el Gobierno Corporativo, como los medios utilizados por los accionistas para maximizar la rentabilidad de su inversión influyendo en los administradores de la sociedad[30].

Lo que pretende el Gobierno Corporativo es asegurar un buen manejo y administración de las sociedades, especialmente en aquellas que cotizan en bolsa, para proteger los derechos de los inversionistas y otros grupos de interés, promoviendo la transparencia, la productividad, la competitividad y la integridad de las instituciones.

El Gobierno de las sociedades, constituye el resultado de la distribución de poder en su interior[31].

La Sociedad Europea (SE) define el Gobierno Corporativo, en sentido amplio, como "*persona jurídica cuyos órganos de gobierno los miembros que lo integran representan no sólo a la propiedad de la empresa, sino también a los trabajadores*"[32].

---

30 Vid. SCHLEIFER, A y VISHNY, R.: "A survey of corporate governance", en JF, Vol. 52, núm. 2, 1997, págs.737 y ss.; K. LANOO: "A European perspective on corporate governance", en JCMS, Vol. 37, núm. 2, págs. 269 y ss, 1999.

31 REBERIOUX, A: "European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The role of Worker involvement", en JCMS, vol. 40, núm. 1, pág.111, 2002.

32 Vid.HOPT, K.J.:"Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Mark Überlegungen zu einem internationalen und interdiszinaren Thema", en HOMMELHOFF, P / ROWEDDER, H y ULMER, P. Págs 9 y ss. Max hachengurg, Dritte Gedächtnisvorlesung 1998, Heidelberg, 2000. FERNÁNDEZ NOVOA, C.: "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en RDM, núm.95, enero-marzo 1965, págs. 7 a 40. GIRON, J.: "Las grandes empresas", Valladolid, 1965; GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J.: "Acotaciones de un jurista sobre la reforma de la empresa". Artículos publicados en el diario *YA* en 1969, Madrid: GARRIGUES, J.: "Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas", Madrid 1933. MENÉNDEZ, A.: "Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima", Madrid 1974. PAZ-ARES, C. "Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima", "Revista de Derecho Mercantil, 1977, págs. 563 y ss. ; ESTEBAN DE VELASCO G.: " El poder de decisión en la sociedad anónima", Madrid 1982 y de las influencias, recomendaciones o imposiciones externas a las que se ven sometidas (entre los mejores exponentes de la tendencia doctrinal actual que vincula el desarrollo de las estructuras de gobierno corporativo con la historia social y política de cada país se encu.entra LAPORTA, R., LOPEZ DE SILANES F., SHLEIFER A. y VISHNY, R.W.: "Corporate ownership around the World" , *Journal of finance*, 1999, vol. 54, tomo 2, págs. 417-519. PÉREZ CARRILLO, E.F.: Artículo de la Universidad de Santiago de Compostela. Gobierno Corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método, agrupándose en las últimas décadas bajo la terminología de Gobierno Corporativo o *Corporate Governance.* Vid, BARBIERA, L.: "*Corporate Governance in Europa. Amministrazione e controlli nelle societá per azionis in Italia, Francia, Germania e Regno Unido*", Milano, 2000, págs. 19 y ss. El autor entiende que el Gobierno de las sociedades atiende, a la manera o modo en que se ejerce el poder dentro de la propia sociedad y los distintos mecanismos de control que se prevén para evitar el abuso de ese mismo poder. KENNETH A. KIM/JOHN R.NOFSINGER: "Corporate Governance". Pearson International edition. CHARMAN J.P.: "*Keeping better company Corporate Governance ten years on*" 2005 Oxford. GARRATT, B.: "*Thin on top: Why Corporate Governance matters and how to measure and*

El término adquiere relevancia en relación con las sociedades mercantiles a finales de los años 70, cuando los Estados Unidos conocen el escándalo *Watergate* y otros derivados[33].

En Europa, uno de los primeros textos donde se hace mención al Gobierno Corporativo es el Informe *Cadbury* o *Report of the Comitees on the Finantial aspects of Corporate Governance,* de 1992, que alcanza a cuestiones esenciales para el ordenamiento societario, como la transparencia, el interés social o la forma de presentar la información financiera y no financiera ante los socios, los potenciales inversores y la sociedad en general. El interés social se ve afectado por la revisión de los fundamentos de la sociedad anónima que provoca regularmente las crisis de mayor o menor dimensión producidas en los mercados y en las empresas más desarrolladas"[34].

En buena medida, puede afirmarse que el *Corporate Governance* responde a la necesidad de aportar soluciones a la separación entre propiedad y poder en el seno de las sociedades mercantiles. Esta concepción se refleja expresamente en el preámbulo del Código de conducta de los *Principles of Corporate Governance*, elaborados por la OCDE, en abril de 2004, hallándose recogidos algunos de estos principios en Códigos de la Unión Europea, como por ejemplo, en el de República Checa, tanto por lo que se refiere al distinto papel que ocupan los accionistas y los administradores, como respecto al diverso potencial de poder de los accionistas mayoritarios y minoritarios o a la estructura corporativa adoptada para alcanzar los fines de la empresa[35].

---

improve board performance", 2006. .MALLIN C.A. "Corporate Governance", Oxford, 2004. COLLEY J.L. y otros: "Corporate Governance". Mcgraw-Hill Professional, 2003.

33 J. W. SILACUSE: "Corporate Governance", en *European Business Review*, págs. 471 a 496, en particular la pág. 471. Queda consolidado con los principios del *American Law Institute*, "*Principles of Corporate Governance: analysis and recommendations*", Vol. 2, St. Paul, Minnesota, 1994.

34 Así lo expone SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 246, págs. 1653 a 1725. La obra expresa la definición del movimiento estudiado en distintos informes y Códigos éticos europeos. El Informe *Cadbury* define el Gobierno Corporativo *Report* 2.5, "*Corporate Governance is the system by wich companies are directed and controlled*". The *Cardon* Report, define el movimiento de Gobierno Corporativo, (2) "*Corporate Governance is the organization of the administration and management of companies…". "Corporate Governance, in the sense of the set of rules according to wich firms are managed and controlled, is the result of norms, traditions and patters of behavior developed by each economic and legal system …*" (*Breda* Report, (2) (Italia). "*The concept of Corporate Governance has been understood to mean a code of conduct off those associated with the company…consisting of a set of rules according to wich firms are managed and proper supervision and for a division of duties and responsabilities and powers effecting the satisfactory balance of influence of all the stakeholders*" *Peters* Report (1.2.) (Holanda). "*Corporate Governance is used to describe the system of rules and procedures employed in the conduct and control of listed companies*". *Securities Market Commision Recommendations, Instruction* (Portugal).

35 El Gobierno Corporativo, según J.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, consiste en implementar los mecanismos que asimilen los objetivos de los directivos-agentes con los accionistas-propietarios, a través

De entre todos los conceptos mencionados y estudiados, es de notable interés el mostrado por José María Garrido:

- "*El buen Gobierno societario es un sistema, lo cual implica que han de ser considerados numerosos elementos para llegar a un conocimiento y evaluación de un determinado modelo de gobierno de las sociedades.*

- *Dentro del concepto de buen gobierno, desempeña una fuente central la noción de dirección y la noción de control o supervisión. En líneas generales, la distribución y el control del poder dentro de las sociedades constituye la esencia del gobierno societario. Así pues, lo fundamental es que exista un correcto sistema que prevea los mecanismos adecuados para que la sociedad sea dirigida eficazmente, pero al mismo tiempo exista un equilibrio en el ejercicio de ese poder, gracias a la imposición de controles que eviten la excesiva concentración de poder y los potenciales abusos asociados a ella.*

- *Asimismo, es importante la noción de la existencia y consideración de relaciones entre los diversos participantes en la vida de la empresa, incluyendo también a los sujetos que no son accionistas, pero cuyos intereses son afectados por la actuación de la sociedad (stakeholders). Por ello se dice que el gobierno de las sociedades comprende " la relación entre los diversos participantes en la determinación de la dirección y rendimiento de las sociedades*[36].

El Banco Mundial se refiere al Gobierno Corporativo como "*las estructuras y procesos utilizados por las empresas para la dirección y control. Integra así relaciones entre los distintos agentes o grupos de interés: directivos, consejo de administración, accionistas de control, accionistas minoritarios y otros grupos de interés o stakeholders*"[37].

Una definición que considero acertada acerca del Gobierno Corporativo es "*el resultado de la distribución de poder en el interior de las sociedades*". Es un concepto todavía en fase dinámica y evolutiva en el que se tratan cuestiones fundamentales y conceptos esenciales como son

---

de una relación de agencia cuyos resultados se someten al juicio del mercado financiero como garante de la efectiva creación de valor. "El gobierno de la empresa. Un enfoque alternativo". *Akal economía actual*, págs. 24 y ss, 2003.

36 GARRIDO GARCÍA, J. M.: "El Gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea", en RDMV, núm.1, págs. 43-45, 2007.

37 GUINDOS, L.: "La importancia del buen Gobierno Corporativo", *Expansión*, 2008. El artículo hace mención a un estudio realizado por la consultora *Mckinsey Global Investor Survey on Corporate Governance 2002*, en el que los Inversores Institucionales y demás empresas financieras a la hora de decidir en qué empresas invertir, están dispuestos a pagar una prima extra en aquellas que lleven a cabo una adecuada política de Gobierno Corporativo. Así en primer lugar tendríamos a Rusia y a los países de Europa del Este y África cuya prima llegaría hasta el 38% y 30% respectivamente, EE.UU., 14%, España, 14%, Latinoamérica, 22%, terminando con los países de Europa Occidental y América del Norte con un 14% y 12% respectivamente.

la transparencia, el interés social o la forma de presentar la información financiera y no financiera ante los socios.

En los modelos de Gobierno Corporativo encontramos dos tipos de normas de contenido jurídico: por un lado, "normas rígidas y detalladas (*hard law*)"; y, por otro lado, estándares generales de conducta, más flexibles (*Soft law*). Las primeras constituyen normas de carácter dispositivo, de intervención pública y, por ende, tienen carácter vinculante nacional o supranacional. Las segundas, son normas de conducta, de carácter extra legislativo, que no tienen carácter vinculante; estas normas se suelen denominar como Códigos éticos de conducta. Parte de la doctrina entiende que las normas de Gobierno Corporativo deben ser normas (*soft law*) sin carácter vinculante y otra parte entiende que el movimiento estudiado debe estar presidido por un sistema mixto, compuesto por normas (*hard law)* y por normas (*soft law)*[38].

Como hemos manifestado en la introducción del presente estudio, el movimiento del Gobierno Corporativo, comenzó a rodar a comienzos del siglo pasado, pero no fue hasta los años 90 cuando comenzaron a proliferar numerosos estudios sobre el *Corporate Governance* o Gobierno Corporativo llevados a cabo por expertos de gran parte del planeta en el derecho de sociedades, destacando los principios de Gobierno Corporativo que elaboró la Organización para la Cooperación y desarrollo económico (OCDE) aprobados en el año 1999. Estos principios, a iniciativa de ciertos organismos internacionales, entre los que está, el Banco Mundial, El Fondo Monetario Internacional (FMI) y la participación del Foro de Estabilidad Financiera, del Comité de Basilea y de IOSCO (Asociación Internacional de Supervisores de los Mercados de Valores) han sufrido una modificación debido a la constante evolución en el mundo de la empresa, así como en los distintos Mercados de Capitales.

La OCDE define los *Principles of Corporate Governance*, 1999, como las *"Relaciones entre la dirección de una empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y otras partes involucradas en sus actividades (…) determina también la estructura por la que se establecen objetivos de una empresa así como los medios para alcanzarlos, y se garantiza un seguimiento de los resultados obtenidos".*

En el año 2002, el Consejo de la OCDE decidió revisarlos Principios, siendo las nuevas recomendaciones implantadas con el fin de reestablecer la confianza de los accionistas inversores en los mercados financieros y en las sociedades. Ha de precisarse, no obstante, que las

38 PEREZ CARILLO, E.F.: "Gobierno Corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método", en RDM, núm. 257, pág. 1.038, 2005, Como bien dice la autora, el *Corporate Governance* "*responde a la necesidad de aportar soluciones a la separación entre propiedad y poder en el seno de las sociedades mercantiles, tanto por lo que se refiere al distinto papel que ocupan los accionistas y los administradores, como al diverso potencial de poder de los accionistas mayoritarios y minoritarios, o la estructura corporativa adoptada para alcanzar los fines de la empresa*".

recomendaciones de la OCDE no son vinculantes y lo que pretenden es que los países miembros apliquen las recomendaciones en materia societaria de manera uniforme.

El documento de la OCDE consta de dos partes: La primera parte hace referencia a los fundamentos del Gobierno de la empresa, funciones de los accionistas mayoritarios, trato igualitario de accionistas, función de las partes dentro del gobierno de la empresa, transparencia en la difusión de la información y responsabilidad de los administradores de la sociedad. La segunda parte, contiene una serie de notas informativas y explicativas de los distintos principios enunciados[39].

Los Principios de la OCDE son un conjunto de recomendaciones, sugerencias, directivas, dirigidos al conjunto de los miembros pertenecientes a la OCDE, en sus esfuerzos en la mejora de los marcos legal, institucional del Gobierno Corporativo, sin olvidarnos como punto central del Gobierno Corporativo de los Mercados de Valores, los inversionistas mayoritarios y minoritarios, las empresas cotizadas y sociedades anónimas que cotizan en la bolsa correspondiente pero que no son financieras. Todo ello con el afán de crear una economía mundial más transparente, proteger a los accionistas minoritarios, y mejorar el funcionamiento de los mercados financieros[40].

The American Law Institute´s (como se ha dicho, "ALI") es una organización sin ánimo de lucro, fundada en 1923 por los Estados Unidos, por jueces, abogados y estudiantes de derecho, cuyo interés primordial es la mejora en todos los ámbitos del derecho.

Desde sus orígenes, el *ALI* ha llevado a cabo una serie de estudios minuciosos, a través de dictámenes, informes y códigos, con el objetivo de promover la simplificación del derecho en la adaptación a las necesidades sociales, tratando de asegurar una correcta administración de justicia.

Los principios del Gobierno Corporativo han sido utilizados en innumerables ocasiones por los Tribunales de los Estados Unidos de América[41].

---

39 Vid. GONZALEZ PACHON, L.: "*Los nuevos principios de la OCDE relativos al gobierno corporativo*", en RDS, núm. 23, págs. 355-359, 2004.

40Vid. GONZÁLEZ PACHÓN, LAURA y HERRERO SUÁREZ, C.: "*Principios de la OECD relativos al Gobierno Corporativo*", en RDS, núm. 13, págs. 503 y ss, 1999. "Corporate Governance guidlines 2000" publicados por la Confederación de Asociaciones Europeas de Accionistas, *European Shareholders Group*, en el año 2000. Vid. GARCIA TUÑÓN, A.M.: "Gobierno Corporativo, información económica y registro mercantil", en Centro de estudios Registrales, pág. 59.

41 Vid. EINSENBERG, M.A.: "An Overview..." op. Cit. pág. 1272.

Los principios se dividen en siete partes, las cuales resumo brevemente:

La Parte I hace referencia a las definiciones sobre los términos fundamentales que engloba el Gobierno Corporativo.

La Parte II se refiere al objetivo primordial del Gobierno Corporativo, la animación del valor protegiendo en todo momento al accionista minoritario, siempre a través de los mecanismos legales y de la ética del empresario.

La Parte III engloba la estructura y funcionamiento del Consejo de Administración, los poderes del director ejecutivo y de los *officcers* de la sociedad, así como el derecho de información del Consejo y los Comités de auditoría.

La Parte IV menciona el deber de cuidado de los administradores y del Consejo, en relación a las distintas operaciones societarias llevadas a cabo por el equipo gestor de la sociedad, relaciones entre directivos ejecutivos, directores no ejecutivos, empleados, expertos y otras personas relacionadas con la sociedad.

La Parte V se refiere al deber de lealtad de los directores, máximos ejecutivos de la sociedad, a la información del Consejo hacia los accionistas, solución de conflictos de intereses, entre el equipo gestor y la sociedad.

La Parte VI se refiere al papel de los directores y accionistas en el contexto de transacciones bajo control.

La Parte VII hace referencia a la responsabilidad social e individual de los miembros del Consejo de Administración y del equipo directivo de la sociedad por el incumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia, política de indemnizaciones y seguros a los miembros directivos de la sociedad, así como las posibilidad por parte de los accionistas de acudir a los Tribunales para defender sus intereses como propietarios de la sociedad.[42]

La segunda organización más importante de juristas en los Estados Unidos de América, *The American Bar Association* (*ABA*), publicó en la

---

"*Symposium on the Ali Corporate Governance Proyect*" (*American Law Institute's Corporate Governance Proyect).*

42 THE AMERICAN LAW INSTITUTE (*ALI*): *"Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations"*.

CRESPO RODRÍGUEZ, M. y ZAFRA JIMÉNEZ, A.*: "La transparencia y buen gobierno. Su regulación en España"*. La Ley, pág. 1, 2005.

primavera del año 1978 el llamado *Corporate Director's Guidebook*. En el mencionado documento, se contienen las funciones, deberes y responsabilidades del administrador. El informe fue revisado en el año 1994.[43] Destacar el informe elaborado por el *Bussines Round Table*, (*BRT*), *The role and composition of the board of directors of the large publicly owned corporation*, en donde se enfatiza la misión de supervisión y control del *management* por lo miembros del órgano de administración. *The Bussines Roundtable* (*BRT*) publicó en, el año 1990, el texto *Corporate Governance and American Competitivines* y, en el año 1997, el *Statment on Corporate Governance*. Los informes llevados a cabo por el (*BRT*) tienen su importancia debido a que es una organización compuesta por los CEOs de las doscientas compañías más importantes de los Estados Unidos. Los informes elaborados establecían una serie de principios de Gobierno Corporativo, promoviendo la independencia del Consejo y de los Comités, insistiendo en la necesidad de un análisis anual por parte de los consejeros independientes al CEO.

Definición personal sobre el Gobierno Corporativo respecto al *whistleblowing*.

El Gobierno Corporativo o *Corporate Governance*, es un conjunto de normas éticas, recomendaciones y principios por los que la dirección de la empresa, partiendo del principio de separación entre propiedad y control, así como del cumplimiento de los principios de transparencia, interés social y responsabilidad social, adquiere un reconocimiento de imagen fiel y transparencia para que, así, los accionistas de distinta índole, inviertan sus activos con la tranquilidad y seguridad necesaria, consiguiendo, de este modo, la dirección y el Consejo su fin último, que es la maximización del valor, la seguridad de sus accionistas de control, institucionales y minoritarios y el reconocimiento de sus derechos, pudiendo los trabajadores y empleados de la empresa, denunciar a través de un canal denuncia de manera confidencial o anónima las distintas irregularidades y violaciones de la ley que se cometan en el seno de la empresa o institución pública.

3. La importancia del *whistleblower* en los escándalos financieros más importantes del siglo XXI.

Un hecho indiscutible y preocupante, es que las irregularidades en la empresa, los hechos fraudulentos, el blanqueo de capitales y la corrupción entre agentes privados y el Estado y entre particulares, desde finales del siglo pasado hasta el momento actual, vienen siendo una

43 Vid. Hamilton, *Corporations*, Op. Cit. pág. 189.

tónica habitual. Los numerosos escándalos financieros y de corrupción pública y privada ocurridos a principios del siglo XXI, conmocionaron al mundo e hicieron reflexionar a los políticos a ambos lados del Atlántico. Especialmente importantes por su gravedad fueron los casos Enron y WorldCom y años más tarde los casos Lehman Brothers, Siemens, UBS, AIG y otros[44].

---

44 TARANTINO, A.: "Governance, Risk, and Compliance Handbook", págs. 113-116, Wiley. 2008.

Comentarios de OLCESE SANTOJA, BROWING y WEIL, "Burden of Doubt: Stock of Doubt: Stocks take a beating as accounting worries spread beyond Enron", *Wall Street Journal*, January 30, 2002; AGRAWAL —University of Alabama— y CHADHA —HSBC New York—, "Corporate Governance and accounting scandals", en *Journal of Law and Economics*. Vol. XLVIII October 2005*;* COFFE, J.F.: "Gatekeepers. The professions and corporate governance", Oxford, 2006. págs. 4, 11, 15, 16, 18, 24; M. SCHWARTZ/S. WATKINS, *Power Failure:* The inside store of the collapse of Enron, New York, 2004; SALOMON y SALOMON, *Corporate Governance and accountability*, Londres, págs. 31-35, 2004.

Escándalos financieros en el Sector Bancario

El año 2012, se caracterizó principalmente por los escándalos financieros por parte del Sector Bancario. Esta vez, los protagonistas principales fueron: UBS, Barclays, Bank of America, HBSC, Morgan Stanley…

El banco suizo UBS declaró a finales de año, que iba a cerrar el cuarto trimestre con unas pérdidas que ascendía a 2.000 millones. Tal pérdida fue causada principalmente, por la falta de gestión del riesgo, y la falta de supervisión, de los mismos, por parte de los altos directivos.

Además, se comprometió con las autoridades de EE.UU, Inglaterra y Suiza a pagar 1.170 millones de euros, como consecuencia de la manipulación del índice interbancario, Libor; en concreto, se demostró que hubo una cooperación entre operadores de UBS con corredores de bolsa para manipular, tal tasa. Asimismo, la filial japonesa de la mayor entidad de Suiza ha aceptado, a propuesta del Departamento de Justicia de EE.UU declararse responsable de un fraude electrónico, relacionado con la manipulación de determinados índices de referencia incluyendo el Libor en yenes.

Las conductas que fueron sancionadas, se caracterizaron principalmente porque varios empleados de UBS manipularon la información enviada sobre varios indicadores de referencia, para sí beneficiarse de tal posición de negociación.

Por todo ello, UBS adelantó que iba a registrar en el cierre del cuarto trimestre unas pérdidas que ascenderían a 1.655 o 2.070 millones de euros. Este resultado negativo, se explica principalmente por los asuntos judiciales, incluyendo la investigación del Libor y denuncias por la comercialización de productos respaldados por hipotecas residenciales (son los préstamos que utilizan las propiedades inmobiliarias residenciales como soporte).

Los escándalos de UBS, no se cerraron aquí, sino que continuaron. El protagonista en este caso fue Kweku Adoboli, agente financiero de UBS, ya que fue declarado, por un tribunal británico, culpable de fraude. Dicho fraude se caracterizó principalmente por llevar a cabo una gestión de operaciones no autorizadas; tales actos fueron desarrollados, entre octubre de 2008 y septiembre de 2011.

Otro de los bancos que estuvo inmerso en la manipulación de la tasa Libor, fue el gigante bancario Barclays Capital. Dicho banco, tuvo que pagar 453 millones de dólares en un acuerdo extrajudicial con autoridades reguladores de EE.UU y el Reino Unido, como consecuencia de haber mentido en las cifras presentadas para establecer la tasa Libor.

Dicha actuación es parecida a la de utilizar información privilegiada en el mercado de valores, ya que si se tiene un conocimiento previo de información que afectará a un valor, se pueden realizar operaciones que redundarán en un

Sherron Watkins, empleada en el departamento financiero de Enron, reportó al presidente y al director financiero, acerca de la existencia de irregularidades en la contabilidad y finanzas de la empresa. Ante tal hecho, la dirección de la empresa decidió cambiarla de puesto de trabajo en lugar de llevar a cabo acciones de investigación que mitigaran el riesgo, así como depurar responsabilidades. El resultado fue el que todos conocemos, la destrucción y desaparición de una de las empresas gasistas más poderosa del planeta, de la cual la revista *Forbes* en más de una ocasión manifestó que toda persona o empresa que quisiera hacer negocios debía hacerlos con Enron. También supuso la desaparición de la empresa auditora Arthur Andersen, acusaciones y condenas penales a directivos, consejeros, banqueros, abogados, etc.[45].

Cynthia Cooper fue vicepresidenta en el departamento de auditoría de la empresa WorldCom. Sus investigaciones internas llevadas a cabo junto con parte de su equipo revelaron que en la empresa se estaban llevando a cabo acciones sospechosas. Ante la pasividad del *management* de la compañía, Cooper decidió trasladar sus sospechas al consejo de administración, sin que éste reaccionara y con el resultado, inevitable y

---

beneficio futuro. Esto se vio reflejado, entre finales de 2007 y principios de 2008, ya que presentó cifras del Libor artificialmente bajas; dicha situación ocurrió, en el apogeo de la crisis financiera; es por ello, que el banco temía que si sus cifras eran demasiado altas, sería castigado por el mercado, y los inversionistas procederían a cuestionar su propia estabilidad.

Al hilo de UBS y Barclays Capital, encontramos otra serie de bancos que se caracterizaron en 2012, por los escándalos financieros que ellos mismos producían.

Bank of America, también tuvo que ser investigado por las autoridades estadounidenses debido a la manipulación del tipo de referencia interbancario Libor. En otro de los asuntos, en los que estuvo presente dicho banco, fue por las hipotecas concedidas entre 2000 y 2008. Es por ello, que Bank of America tuvo que pagar a la entidad hipotecaria semipública Fanny Mae, una cantidad de dinero que ascendía a 10.000 millones de dólares.

Como consecuencia de la denuncia interpuesta por las autoridades de los Estados Unidos, el precio de la acción bajaba en un 0,17%.

En relación con los hechos anteriormente descritos, podemos encontrar la presencia de otro de los bancos, en este caso, estamos hablando de HBSC por contribuir al blanqueo de dinero de narcos mexicanos, además de proceder a la manipulación del Libor, desde de principios de 2005.

Asimismo, el banco a través de dos de sus filiales, ejecutó transacciones con EE.UU por un valor de 19.400 millones, sin dar a conocer que estaban vinculadas a Irán, para sí de esta forma evitar los filtros de la OFAC (Oficina de control de bienes extranjeros).

Por último, me gustaría hacer referencia a la multa que tuvo que pagar Morgan Stanley por influencia indebida en el debut bursátil de Facebook; ya que dicho banco se caracterizó principalmente por influir indebidamente en la OPV, lanzada en mayo de 2012, y con la que Facebook recaudó una cantidad total que ascendía a 16.000 millones de dólares.

45 CLARK, C.: "Los cambios en el Gobierno Corporativo tras la Sarbanes-Oxley Act: una historia con moraleja también para el legislador", en *Gobierno Corporativo y crisis empresariales*. II seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, Marcial Pons, págs. 16-18.

evidente ante tales prácticas ilegales, del colapso y la desaparición de la empresa. Este hecho provocó que se empezara a cuestionar y discutir, entre otros muchos aspectos del Buen Gobierno en la empresa, lo que respecta a la independencia de los miembros de los comités de la empresa, especialmente el comité de auditoría[46].

Watkins y Coopers realizaron lo que consideraron que tenían que hacer, en pocas palabras, actuar correcta y éticamente, como dice la frase en inglés *«Doing the right thing»*. Ambas denunciaron a sabiendas del riesgo que corrían (la pérdida del puesto de trabajo, pérdida de amistades, pérdida de la reputación personal y hasta la posibilidad de perder a su propia familia). A pesar de todo, decidieron actuar no sólo éticamente, sino, sobre todo, valientemente, y con el convencimiento de actuar en beneficio de la empresa, sus trabajadores y la sociedad. Lo que en algunos países podría haber sido considerado como un acto traidor, y a las denunciantes como traidoras o chivatas, en Estados Unidos constituye todo un mérito. Así, Coopers y el agente del FBI Coleen Rowley (abogado del Estado, asignado al FBI, que envió una carta al Director del FBI, Robert Mueller, manifestándole que la cúpula directiva del FBI no entendió necesario investigar a Zacarias Moussaoui, una de las personas que conspiraron en los atentados del 11 de septiembre en Nueva York[49]) fueron considerados por la revista *TIME* personajes del año 2002.

Los dos escándalos mencionados, junto a otros muchos, provocaron que el sector político despertara con objeto de evitar mayores escándalos financieros.

A su vez, en el descubrimiento del fraude de Enron tuvo un importante papel la periodista de la revista *Fortun* Bethany McLean, publicando el famoso artículo *¿Exactamente cómo gana dinero Enron?* [47].

La caída de Lehman Brothers no fue exclusivamente un escándalo financiero. Su desplome provocó un desastre económico y financiero a nivel mundial y que los mercados no habían sufrido desde la gran depresión.

Paradójicamente, el que fuera vicepresidente del banco, señor Lee, envió una carta en el mes de mayo del año 2008 al *management*, (mientras la entidad recibía de las agencias de *rating* casi la máxima calificación crediticia, al igual que ocurrió con los bancos islandeses), en la que comunicaba y describía las distintas irregularidades contables que estaban ocurriendo en el banco. Consecuentemente, el banco ordenó a

---

46 DEVINE, T. and MAASSARANI.: "The Corporate Whistleblower's Survival Guide". Berret-Koehler. págs. 1-4, 2011.

47 MCLEAN, B. y ELKIND, P.: "The smartest guys in the room. The amazing rise and scandals fall of Enron", pág. 46-48, New York.

su auditora externa, Ernst & Young, que investigara los hechos. El propio señor Lee se puso en contacto con la auditora explicándole las deficiencias e irregularidades existentes en el sistema contable del banco, manifestando la auditora que las manifestaciones del señor Lee no habían sido suficientemente probadas. En el mes de junio, el señor Lee fue despedido del banco[48].

Aproximadamente en el año 2008, de manera sorpresiva, entró en escena un señor llamado Bernie Madoff, persona con excelente reputación en el mundo de las finanzas, que años atrás del colapso de Enron ya había comenzado a tejer su red fraudulenta. La bola de nieve creada por este señor fue tan grande que ni la promulgación de la *Sarbanes - Oxley Act* pudo evitar que Madoff dejara a un lado su codicia y pensara en las previsibles consecuencias que podría llegar a provocar su multimillonario fraude.

A diferencia del caso Enron, en donde fueron una periodista financiera, Bethany McLean, y una empleada del departamento financiero de la empresa, Sharon Watkins, las que descubrieron el montaje de los señores Skiling, Lay y demás personas, en el caso Madoff fue una persona sencilla y estudiosa, matemático de profesión, llamado Harry Markopoulus, que trabajó hasta que fue despedido para una empresa competidora del señor Madoff, quien descubrió, en al año 1999, el descomunal fraude.

El señor Markopoulus fue del todo ignorado por la *SEC* de Boston y Nueva York, por el diario *Wall Street Journal* y, lo que es más grave, por la Fiscalía General de los EE.UU. Ante esta circunstancia, muchos norteamericanos se preguntaron por qué la *SEC,* la fiscalía y el periódico económico más importante de los EE.UU. cerraron los ojos hacia algo tan evidente y fácil de entender como la comisión de una estafa piramidal al estilo *Ponzi*. Dos datos significativos: la familia del ex Fiscal General del Estado, Eliot Splitter, a través del holding Splitter trust, tenía invertida gran cantidad de dinero en la empresa de Madoff, y la pareja sentimental de la hija de Madoff trabajaba en la SEC cuando se estaba produciendo el fraude. Y otro dato significativo: ¿por qué la SEC permitió que empresas como la de Madoff fueran auditadas por una auditora compuesta por tres miembros, teniendo uno de sus miembros 79 años de edad, dedicando la mayoría de su tiempo a pescar en Florida?[49].

---

48 DEVINE, T. y MAASSARANI: "*The Corporate Whistleblower's Survival Guide*", Berret-Koehler, 2011. CLARK, A.: "Lehman whistleblower lost his job weeks after raising alarm". *The Guardian*, Marzo 2010. MCDONALD, LARRY, ROBINSON, PATRICK: "A colosal failure of common sense". *Ebury press*, 2009.

49 FISHER , D.: "No one would listen. The Madoff Whistleblower". Wiley.

Después de lo ocurrido, las instituciones, los políticos, empresarios, economistas, abogados, agencias de calificación, jueces y las escuelas de negocios se preguntaron: realmente el movimiento denominado gobierno corporativo, los códigos éticos y la responsabilidad social corporativa en las empresas (Código Cadbury, *the Combined Code* británico, *The Analysis and recomendations* del *American Law Institute,* la *NYSE Corporate Governance Rules*, los códigos españoles: Olivencia, Aldama, Conthe, los principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, etc., habían sido efectivos, logrado su fin último, concienciado a los empresarios y políticos y, lo que es más importante, si una vez superada la presente crisis económica, volveremos a cometer los mismos errores. Casi a diario, leemos en la prensa económica que es necesario fortalecer los valores éticos empresariales, que es necesario crear organismos reguladores eficientes, que es necesario más control, menos corrupción, etc., y yo me pregunto ¿cuál es el objetivo y el valor que los empresarios otorgan en sus empresas al implementar el principio de responsabilidad social corporativa, la ética, las políticas de prevención de riesgos y el buen gobierno?, ¿qué es lo que pretenden los empresarios con las políticas de *compliance*? Mayor reputación, evitar imputaciones, evitar delitos/fraudes, concienciar a los empleados de la importancia de la ética y responsabilidad social corporativa, o por el contrario buscan, cumplir con la letra de la ley pero no con el espíritu?.

La respuesta más acertada o menos desafortunada sería: depende de la cultura, de la nacionalidad de la empresa, del CEO, del país, sector, número de empleados, pero sobre todo de los valores éticos y compromiso cultural con cumplir la norma del *management* de la empresa. ¿Y cuál sería una solución acertada? Las respuestas en la busca de la solución para lograr la transparencia en el gobierno de las sociedades cotizadas y la ética en las empresas son a mi juicio dos: La primera, considerar a los procesos de *compliance* una importancia capital, teniendo como punto de partida, el ejemplo, el control, la supervisión, la formación y la concienciación de los grupos de interés de la empresa. Y la segunda, una mejora en el sistema judicial en lo que se refiere a un proceso debido con todas las garantías, sin interferencias políticas, ágil y sin dilaciones indebidas. Hasta que el sistema judicial de nuestro país no mejore, y cuando me refiero a mejoría, me estoy refiriendo a una justicia que resuelva los procedimientos en un tiempo razonable, la confianza de los ciudadanos en invertir sus ahorros en el mercado de capitales no será una realidad efectiva. Y como segundo aspecto, la prohibición de la mentira en los procesos judiciales. Hasta que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional prohíba la mentira respecto a todos los actores en los procedimientos: mercantiles, laborales, penales y civiles, no podremos hablar de "un debido proceso", la integridad, la transparencia y la ética deben de ser los protagonistas de todo proceso judicial, ya que en la actualidad, en los procesos judiciales reina, el poco o nulo respeto de ciertas personas hacia el derecho, la ley, la verdad y a la justicia. Deberíamos hacernos la siguiente pregunta: ¿Necesitamos que los administradores de las empresas y los políticos sientan respeto a un

procedimiento judicial civil, mercantil y/o penal, o necesitamos formar, enseñar a la sociedad, comportamientos éticos y sinceros, para que no tengan que sufrir un proceso judicial. Mi parecer al respecto es claro, necesitamos cambiar la cultura de valores y ética en los negocios y en la vida política y este cambio más temprano que tarde llegará[50].

El sistema de la superpotencia norteamericana tampoco ha funcionado, y lo peor de todo, en el caso Madoff, España fue el tercer país más afectado por la actuación fraudulenta del citado señor, llevando a la quiebra a numerosas gestoras de fondos y haciendo perder mucho dinero a personas que confiaban en el sistema financiero mundial.

Con posterioridad al caso Madoff, y en plena crisis económica, la denuncia de un ex banquero del mayor banco suizo UBS instalado en Estados Unidos, Bradley Birkenfeld, provocó que el país con más cuentas bancarias no regularizadas en el mundo, Suiza, temblara ante la presión de los Estados Unidos de América.

Bradley Birkenfeld fue condenado por un Tribunal de los Estados Unidos a 40 meses de prisión por haber conspirado para defraudar a los Estados Unidos mientras trabajaba en el banco suizo; este denunció ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*DoJ)*, y ante el *Institute Revenue Services (IRS)*, equivalente a la Agencia Tributaria española, las prácticas llevadas a cabo por parte del banco en el que trabajó, rompiendo así el secreto bancario suizo, cometiendo un delito en Suiza y otro en los Estados Unidos, delito por el que ha sido condenado y ha cumplido condena en EE.UU.

Sus alegaciones provocaron que el fisco americano recuperara una cantidad superior a los 3.000 millones de dólares, convirtiéndose en uno de los «personajes del año», imponiendo la *SEC* al banco en cuestión una multa superior a los 750 millones de dólares.

La denuncia de Birkenfeld provocó que los Presidentes y Jefes de Estado de Estados Unidos y Europa con cierto peso en el panorama político (Obama, Brown, Merkel y Sarkozy), se reunieran para tratar un tema tan delicado como el de la banca suiza y las cuentas no declaradas -*Off Shore-,* firmándose, después de un año de negociaciones, dos acuerdos bilaterales entre los gobiernos de Alemania e Inglaterra con las autoridades suizas por el que Suiza dejaría de ser un lugar en donde personas residentes en países europeos depositaran su dinero o parte de él en sus bancos sin pagar los correspondientes impuestos en sus países de residencia fiscal. En otros Estados se aprobaron Decretos Leyes, la

---

50 GOÑI SEIN, J.L.: "Sistemas de denuncia interna de irregularidades (whistleblowing)» en *id*. (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, págs. 319-350.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Criminalidad de empresa y Compliance", págs. 13-29, 2013.

BACIGALUPO, B.: "Compliance y Derecho Penal", págs. 17-60, Aranzadi. 2011.
MESIA MARTINEZ, C*:* "Mclean, Enron, Markopoulus y la SEC". *Expansión, 23 de junio del 2009.*

amnistía fiscal, que junto a otras medidas legislativas no daban opción a las personas que tenían dinero en el extranjero no declarado a regularizar su situación tributaria irregular.

Respecto al caso Olympus, los accionistas de la empresa, exigieron en el año 2011 la renuncia de todo el Consejo en bloque. Michael Woodford, ejecutivo de la empresa, al descubrir los distintos fraudes contables que se estaban cometiendo en la empresa, decidió denunciar los hechos a las autoridades competentes. Este acto provocó que los accionistas conocieran el estado financiero de la sociedad, obligando al consejo a que presentara su dimisión.

Los norteamericanos han celebrado el 150 aniversario de la ley *False Claim Act* (*FCA*), y nadie duda que la ley mencionada ha sido el instrumento más eficaz en la lucha contra el fraude, y que los *whistleblowers* han contribuido muy positivamente a la sociedad norteamericana.

En el año 2012, dos de los mayores casos de aplicación de la *FCPA* se ha resuelto satisfactoriamente para las arcas del Estado norteamericano. Me estoy refiriendo a las empresas Amgen y Well Care. El primero de ellos fue descubierto por el *whistleblower* Kassie Westmoreland contra la empresa de biotecnología más grande de los EE.UU., Amgen Inc. El acuerdo alcanzado entre la empresa y la SEC fue de 780 millones de dólares. De la misma manera, y gracias a la denuncia de un *whistleblower,* la empresa Well Care llegó en el mes de abril del año 2012 a un acuerdo con el gobierno abonando la cantidad de 137,50 millones de dólares.

El Instituto *Taxpayers Against Fraud Education (TAF*), ha elaborado un listado en el que relaciona las empresas sancionadas económicas por violar la ley *False Claim Act.*

Empresa	**Multa Civil ($)**
GlaxoSmithKline*	2,000,000,000
Johnson & Johnson*	1,720,000,000
Pfizer*	1,000,000,000
Bank of America	1,000,000,000
Tenet	900,000,000
Abbott*	800,000,000
HCA*	731,400,000

Merck	650,000,000
HCA*	631,000,000
Merck*	628,000,000
JPMorgan Chase	614,000,000
Amgen*	612,000,000
GlaxoSmithKilne*	600,000,000
Serono Group*	567,000,000
TAP Pharmaceuticals	559,483,560
New York State and NYC	540,000,000
Astra Zeneca	520,000,000
Pfizer*	491,000,000
Schering Plough	435,000,000
Eli Lilly	438,000,000
Abbott Labs*	400,000,000

Fuente obtenida por TAF.org. (Las empresas con asterisco, han sido acusadas a su vez en un procedimiento judicial penal).

Lo que es indudable e indiscutible es que la figura del *whistleblower,* siempre que la denuncia sea veraz, es uno de los métodos más eficaces para descubrir irregularidades, conductas contrarias al código ético de conducta de la empresa y delitos tan graves como corrupción, fraude y blanqueo de capitales[51].

Esta acción valiente de personas que deciden denunciar puede llegar a salvar vidas, a descubrir fraudes en grandes, medianas y pequeñas empresas, evitar la liquidación y concurso de la empresa, la destrucción de puestos de trabajo, la pérdida del dinero de los inversores,

51 *ACFE Association Certificate Fraud Examiners.*

proteger la salud de los ciudadanos, proteger el medioambiente y, en general, permitir que la sociedad conviva en un mundo mejor, en donde las personas que incumplen las normas, políticas y leyes no tienen cabida.

Estamos ante un acontecimiento en el que los mundos anglosajón y continental confluyen juntos hacia un fin común: prevenir, evitar, descubrir y actuar frente a los fraudes empresariales y la corrupción nacional e internacional[52].

Uno de los debates más interesantes acerca de la figura del *whistleblower* es si la figura mencionada debe ser recompensada, como ocurre en Estados Unidos y en ciertos países asiáticos, ya que ello podría hacer variar su postura respecto al principio de «actuar correctamente», utilizando la denuncia en beneficio propio, en detrimento del cumplimiento de la ley, provocando en países con poco sentido de la ética que los ciudadanos realicen denuncias falsas con objeto de obtener del Estado una retribución económica. Y me hago la siguiente pregunta: ¿La recompensa otorgada al *whistleblower* por denunciar unos hechos contrarios a la ley o al código ético, en donde el Estado, producto de dicha denuncia, obtenga una cantidad de dinero, podría ser no económica? ¿Existe la posibilidad de recompensar a una persona a través de más vacaciones, aumento de sueldo, mejora de su estatus en la empresa, por denunciar unos hechos ilegales?[53].

Hechos como los de Enron, Madoff, bancos internacionales, cajas de ahorro españolas, *ERE's, Gürtel,* sobornos, corrupción, etc., destruyen el sistema financiero mundial, que tan debilitado está, y la confianza de los ciudadanos en los dirigentes y políticos de los Estados.

El caso Renault en Francia supone la otra cara de la moneda y uno de los motivos por los que el legislador en los países continentales no ha querido dotar al *whistleblowing* del protagonismo que tiene en el mundo anglosajón. En el mes de agosto del año 2010, numerosos directivos de la empresa Renault recibieron una denuncia anónima. Los hechos denunciados apuntaron a un ejecutivo de la empresa, acusándole de llevar a cabo actos de corrupción privada, concretamente, espionaje industrial, entregando información secreta respecto el coste del coche eléctrico a la competencia. Este acto, provocó que la empresa iniciara una investigación que duró varios meses e involucró a varios comités de la empresa siendo ésta liderada por el comité de auditoría. La empresa presentó querella criminal ante los juzgados franceses y despidió a tres directivos que trabajaban en el programa de coches eléctricos.

La investigación llevada a cabo por la fiscalía dio un giro al considerar ésta, que no existían pruebas acerca del denunciado espionaje

52 FRED ALFORD, C.: "Whistleblowers, Broken lives and Organizational Power", *Cornell University Press*, 2002.
53 JOHNSON, R.A.: "Whistleblowing. When it Works and why" págs. 20-52.

industrial y que los tres imputados no habían cometido ninguna actuación ilegal.

El señor Ghosn, presidente de la empresa, se disculpó públicamente y las tres personas volvieron a sus puestos de trabajo, siendo recompensados por los graves perjuicios sufridos, tanto económicos como personales y familiares.

El Consejo ordenó que las personas que llevaron a cabo la investigación fueran despedidas y que se creara un nuevo comité, llamado de ética interno[54].

Uno de los aspectos más discutidos por parte de la doctrina es si la implantación de los canales de denuncia debería constituir un medio para lograr una cultura de valores en la empresa o, por el contrario, debe entenderse como un control y vigilancia de los trabajadores y Consejo de Administración a todos los niveles, es decir, desde la alta cúpula directiva, hasta el trabajador con menores responsabilidades.

Parte de la doctrina entiende que debe primar la teoría de la cultura de valores, ya que la tradición europea de fomentar los derechos de los trabajadores ha de prevalecer por encima del deber de vigilancia y control del empresario sobre aquéllos. En la misma línea, manifiesta que las sanciones deben de ser la "última ratio" y que deben prevalecer las sanciones con un contenido resocializador (programas de formación), dejando a un lado el despido. A su vez, defienden que la confidencialidad debe prevalecer sobre el anonimato, ya que la confidencialidad es el resultado del fomento de los valores y el anonimato es el resultado de control.

Mi parecer al respecto, después de haber implantado numerosos códigos éticos y canales de denuncia en empresas de distintos tamaños, es la siguiente: los códigos éticos y los canales de denuncia, son una novedad y, como tal, a los trabajadores les es prácticamente indiferente,

---

54 ROBBINS S., COULTER, M.: "Management". Pearson, págs.154-156. 2014

FREDIN, A.: "The Unexpected Cost of staying Silent", Strategic Finance, págs. 53-57. 2012.

MEINERT, D.: "Whistle-Blowers: Threat or Asset", *HR magazine*, págs. 27-31, 2011.

MOFFET, S: "Renault´s, nº.2 Exeutive Quits: Pelata to take lesser Post at Nissan Alliance as He Others Absorb Blame for Bogus Espionage Debacle", *Wall Street Journal*, 2011.

THOMSON, J AND REED: "Renault Pelata to go over Spy Scandal", Finantial Times Online, 11 de Abril 2011.

JONES, A AND LUBLIN, S.: "Firms revisit whistleblowing", marzo 2011.

el código ético y el canal de denuncia, a no ser que estemos hablando de una empresa anglosajona con tradición en cumplimiento normativo –*compliance*- o una entidad financiera (Bancos). Los trabajadores de las empresas, son reacios a normas que son vistas como un modelo y medio de control. Será difícil que algún día consideren el canal de denuncia como un medio de afianzar los valores de la empresa, y como es natural y así se debe explicar, se equivocan. El canal de denuncia es una herramienta muy útil que permite a la empresa conocer y descubrir, si se está cometiendo algún tipo de irregularidad, y si es así, mitigar el hecho irregular y establecer sanciones. Sólo por esta serie de motivos, el *whistleblowing* es positivo para todos los actores, empresa, empresario, trabajador, regulador, accionista, inversor, tribunal, etc. El compromiso de acatar la norma interna, afianza a la empresa en una posición de prestigio y de reputación ante los reguladores, proveedores y clientes en el mundo entero. Así, los inversores, los proveedores, los clientes, mirarán a la empresa con distintos ojos. En definitiva, lo que se busca es un entorno de prevención contra el riesgo, que está presente en todas y cada una de las esquinas de la empresa, valores y de control, intentando lograr que todos los trabajadores se conviertan en oficiales de cumplimiento normativo, aceptando y aplaudiendo el código ético de conducta que sólo beneficiará a los que actúen de buena fe y castigará a los que incumplan las normas.

La realidad es que, en el entorno continental, especialmente los países con un sistema monista de organización, los representantes de los trabajadores y muchos directivos ven con malos ojos, la implementación del canal de denuncia y el código ético en la empresa, así como la aparición de una persona externa o interna con funciones de control respecto al cumplimiento de la normativa, políticas y leyes. La manera de solucionar el conflicto que pudiera surgir fundamentalmente con los sindicatos es sentarse en una mesa a dialogar acerca de la importancia del código ético y, si se diera el supuesto o necesidad de modificar algún punto del código de conducta, modificarlo siempre y cuando no contravenga otra norma o ley. Por tanto, el CEO de la empresa lo que debe buscar es que los grupos de interés de la empresa aplaudan el código ético y, por tanto, lograr la percepción interna de que el código es una norma de todos y para todos, y no un capricho del CEO o presidente de la empresa.

Posteriormente me referiré a los sistemas de organización monista y dualista en la empresa respecto al *whistleblowing,* ocupando, en el sistema dual de organización del Consejo de Administración, los sindicatos un puesto en el consejo de vigilancia y, por tanto, teniendo mucho que decir.

4. La exportación desde los Estados Unidos de América del Gobierno Corporativo y del *whistleblowing*.

Los dos movimientos estudiados, sin ningún género de duda, han sido exportados desde los Estados Unidos de América a Europa, Australia, Canadá, Sudáfrica, Japón, Latinoamérica, Centro América, China y a los países islámicos.

El presente apartado pretende detallar la importancia que ha tenido el Gobierno Corporativo en Estados Unidos y parte de Europa a finales del siglo XX, y los motivos por los que el *whistleblowing* comienza a tener su importancia dentro de la cultura de los países a los que previamente se exportó el Gobierno Corporativo.

Como punto de partida, me parece interesante y oportuno hacer alusión a las palabras de la persona que redactó el primer código de Gobierno Corporativo en Europa en el año 1992 respecto al Génesis del Consejo de Administración:

"*Al comienzo había un Consejo de Administración.*

El primer día creó la Junta General de accionistas y se hizo reconocer por ella como el Maestro de todas las cosas.

El segundo día nombró al presidente.

El tercer día nombró al secretario.

El cuarto día repartió los honorarios.

El quinto día repartió las fichas de asistencia.

El sexto día, escogió a un hombre y le nombró director general. Después le dijo: "Tú trabajarás con el sudor de la frente".

El séptimo día, el octavo día y los siguientes, el Consejo, habiendo completado su labor, descansó.

E hizo bien: el director general fue un buen hallazgo"[55].

Tras los escándalos corporativos estadounidenses, especialmente los casos Enron y Worldcom a comienzos del siglo XXI, con objeto de atraer de nuevo la confianza de los inversores, el senador Paul Sarbanes (demócrata) y el congresista, Michael Oxley (Republicano), redactaron la ley *Sarbanes-Oxley Act* (*SOX)*, siendo ésta aprobada el 30 de julio del 2002

55 En su libro *The Company Chairman*, Sir ADRIAN CADBURY hace referencia a un párrafo publicado hace cincuenta años por AUGUST DOTOEF. Sus palabras son elocuentes.

por una amplia mayoría del Congreso y el Senado, produciendo un giro radical en lo relacionado al Gobierno de las empresas cotizadas.

La ley mencionada, tiene una característica fundamental: la imperatividad, frente a la postura tradicional de la autorregulación. Todas las sociedades cotizadas deben acatar la *SOX*, centrando fundamentalmente su actuación en la independencia de los auditores, regulándose los comités de auditoría para mejorar la responsabilidad societaria, la certificación de las cuentas anuales, la inclusión de normas especiales para la mejorar la información financiera y la implantación de canales de denu*ncia o whistleblowing,* instando a la *Securities Exchange Comission,* (*SEC*) a adoptar medidas para poner en práctica los principios y reglas de Gobierno Corporativo. La influencia que ha tenido la *Ley Sarbanes-Oxley* (*SOX*) en los sistemas de Gobierno Corporativo europeos en relación a los principios más relevantes del Gobierno Corporativo (Consejeros no ejecutivos, independientes, Comisiones dentro del Consejo en especial la Comisión de auditoría, y la regulación de los auditores externos e internos) es evidente por el hecho de que la mayor parte de las sociedades cotizadas en los países de Europa cotizan en los mercados de EE.UU[56].

En definitiva, con esta ley se pretendió erradicar futuros fraudes como los ocurridos (Enron, WorldCom, Tyco, Disney, Parmalat, BCCI, etc.), intentando por todos los medios evitar crisis financieras y recobrar la confianza de los inversionistas y accionistas, tan dañada por la codicia de unos pocos[57]. Por desgracia, la *SOX* no pudo evitar la mayor crisis económica de los últimos tiempos, y a su vez, nos ha demostrado que la aparición de la mencionada *SOX,* no asustó a algunos empresarios, y especialmente a banqueros que, atraídos por la codicia y el enriquecimiento rápido y desproporcionado, cometieron hechos ilícitos, provocando la mayor crisis financiera de los últimos 80 años, que incluso ha sido trasladada al mundo del cine con películas y reportajes como *Insider* e *Inside Job* [58].

La norma está organizada en once títulos, si bien, las secciones 302, 404, 401, 409, 802 y 906 son las más significativas según la doctrina y la jurisprudencia y, por tanto, las que mayor atención

---

56 MOBERLY, R.: "Sarbanes-Oxley's Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowe*rs*", *Byu Law Review*. págs. 1107-1180, 2006.

57 Vid. Resolución judicial de los tribunales de Delaware al respecto: Caso *Oracle Corp. Derivative Litigation*, 824 A 2d 917. Caso *Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A d 275. Del Ch. 2003, respecto a la indemnización por el despido de Michael Ovita, máximo ejecutivo de la compañía. La agencia más influyente e importante es la *Institucional Shareholders Services (ISS,* junto con la *Governance Metrics Internacional (GMI), The Corporate Library, Moody's* y *Standard* & *Poor's.*

58 CHAMBERS, A.: "*Corporate Governance Handbook"*, IDDAS, 5ª , págs, 547-559, 2012.

requieren por parte de las empresas con respecto al cumplimiento e implantación de un marco estandarizado de control.

En esencia, las secciones citadas persiguen cambiar la forma de operar en los negocios, la forma de presentar las cuentas de la sociedad, el régimen de la responsabilidad del *CEO* y la importante figura del *CFO* y el *Chieff Information Officer CIO* (que se convierte en el principal responsable de que la información financiera sea certera y fiable).

Cierto sector doctrinal entiende que la *SOX* adolece de un cierto sistema debido a que su promulgación se llevó a cabo por parte del legislador de los Estados Unidos, digamos que "a gran velocidad", por los escándalos ocurridos en los años 2001 y 2002, fundamentalmente a raíz del descalabro de *Enron.* No todos los congresistas vieron con buenos ojos la promulgación de la *SOX*. Concretamente, el congresista Ron Paul y otros como el Gobernador de Arkansas, Mike Huckabee, entendieron que la ley mencionada era innecesaria y que suponía una desventaja respecto a sus competidores de la Unión Europea; además su cumplimiento implicaba un coste económico muy elevado, costando a las empresas del *Fortune 500* cumplir con la norma en el año 2004, la cantidad de 5.1 millones de dólares[59].

Diversos países en el mundo entero han seguido la estela y los principios de la *SOX*. Las características más importantes de la *Ley Sarbanes-Oxley* son:

a) Con el objeto de controlar a los auditores, se crea el *Public Company Accounting Oversight Borrad* (*PCAOB).*

b) El apartado (201) de la Ley se refiere a la necesidad de la independencia de los auditores. El apartado (203) obliga a que los auditores roten después de un cierto tiempo y el (303) prohíbe la injerencia de los ejecutivos en la labor de la auditoria interna y externa.

c) Obliga a la creación de un comité de auditoría, compuesto por consejeros independientes, estableciendo la necesidad de que, al menos, un miembro del consejo tenga amplios conocimientos en contabilidad financiera.

d) Se endurece el régimen de responsabilidad del consejero delegado (CEO) y del director financiero (CFO), al tener ambos que certificar las cuentas anuales de la sociedad (apartado 302 *certification section*). (*corporate responsability).* El *CEO* (*Chief Executive Officer*) y el *CFO* (*Chief Financial Officer*) deberán emitir una certificación, acompañado con las cuentas anuales el siguiente contenido:

- Que el directivo que firma ha revisado la documentación.

59 http://paul.house.gov/index.

- Que la documentación certificada por el directivo es veraz, la información no ha sido falseada y no se ha omitido información societaria.

- Que el Directivo tiene conocimiento de que la información aportada refleja fielmente la situación financiera de la sociedad, respecto a los periodos sociales afectos.

- Que los firmantes:

  - Son responsables de establecer una serie de controles internos y que estos controles sean efectivos.
  - Han diseñado canales de denuncia –*whistleblowing*- entre los distintos departamentos de la sociedad y sus filiales.
  - Han verificado periódicamente (90 días) la eficacia de los controles internos.
  - Han realizado un escrito de conclusiones respecto a los puntos anteriores.

- Que han comunicado a la auditora externa y al comité de auditoría:

  - Las deficiencias y errores detectados en el diseño y/o funcionamiento de los controles internos.
  - Posibles operaciones fraudulentas de órganos de dirección y/o consejeros de la sociedad respecto a los controles internos.

El incumplimiento relativo a la certificación llevaba consigo la correspondiente sanción. La sección 906, Título IX, de claro contenido penal, tipifica penalmente ciertos comportamientos llevados a cabo por los administradores (CEO y CFO). La sección 301 sanciona con una multa de hasta 1.000.000 $ y una pena de hasta 20 años de prisión, al administrador que es conocedor de que la certificación realizada no cumple con los requisitos legales[60].

e) La sociedad deberá someter a estrictos controles la auditoría interna de la sociedad, a través de la correspondiente auditoría externa. (Apartado 404).

f) Respecto a los administradores, la *SOX* los obliga a que hagan públicas las distintas operaciones que realicen (apartado 403), prohíbe que les sean concedidos préstamos y, en relación a la promulgación de las cuentas, si éstas se modifican a la baja, quedan obligados a devolver las retribuciones variables percibidas, *restatement*.

La *Securities and Exchange Comisión* (*SEC*) y la Comisión Europea trabajan conjuntamente para maquillar y resolver las situaciones más

60 RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: *"Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas"*, págs. 6 y 7. Derecho de los Negocios, 2002.

complejas en la relación al carácter extraterritorial de la *SOX*, al aplicarse tanto en todo el territorio de los Estados Unidos como a toda sociedad nacional o extranjera que cotice en el mercado estadounidense[61].

La *SOX* llevó a cabo el cambio legislativo más significativo respecto a la seguridad desde el *New Real* de FDR de los años 30. Desde el escándalo *Enron*, la mayor parte de los países en Europa han elaborado códigos de Gobierno Corporativo para prevenir este tipo de escándalos financieros, si bien, en mi opinión, el escándalo Enron fue producto de la codicia de unos cuantos en colaboración con la empresa *Arthur Andersen*, despachos de abogados, analistas y bancos de inversión de la talla de *Merril Lynch, Citi Group, J.P. Morgan Chase,* y no creo que ningún código ético de buen gobierno hubiera parado la bola de nieve que comenzó a rodar en los años 90.

Como digo, el escándalo generó importantes cambios en las reglas de Gobierno Corporativo. Las cuatro grandes fases del proceso fueron:

a) La *SOX* supuso cambios importantes en el movimiento de Gobierno Corporativo e instó a la *Securities Exchange Comisión* (*SEC)* a adoptar medidas y procedimientos en diversas cuestiones para ponerlos en práctica.
b) El *New York Stock Exchange NYSE* impuso nuevas reglas de Gobierno Corporativo, a través de *NYSE CG rules*.
c) La influencia de las empresas privadas de calificación de Gobierno Corporativo, a través de exigentes índices privados de calificación de Gobierno corporativo y *praxis advisers*. Las empresas de evaluación, son en su mayor parte entidades privadas con ánimo de lucro, que proporcionan a sus clientes consejo y/o servicios de consultoría. La más importante es la *ISS*. Es la agencia más grande e influyente, también está la *Governance Metrics Internacional* (*GMI*), *The Corporate Library, Moody,s & Estándar and Poor*. Sus detallados índices de valoración se supone que resultan valiosos para el accionista, tales como inversores institucionales, a la hora de decidir si compran o venden valores relacionados con la sociedad, así como para otros inversores, como los titulares de bonos o las mismas compañías. En España, son importantes el observatorio de Gobierno Corporativo del Instituto de Estudios Financieros y la empresa CGC.
d) Un cambio en el sentido de las resoluciones judiciales, fundamentalmente en los juzgados de Delaware, a los que se someten más de la mitad de las sociedades cotizadas estadounidenses [62].

---

61 GARRIDO GARCÍA, J. M.: "El Gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea". Revista de Derecho del Mercado de Valores, núm.1, págs 47-50, 2007.

62 (Comentarios de ALDO OLCESE SANTOJA). E. S. BROWING AND WEIL, J: "*Burden of Doubt: Stock of Doubt: Stocks take a beating as accounting worries spread beyond Enron*", Wall Street Journal, January 30, 2002. ANUP AGRAWAL, University of Alabama y SAHIBA CHADHA, HSBC New York.

Así, la *New York Stock Exchange NYSE* y la *SEC* impusieron nuevas reglas de Gobierno Corporativo, aprobadas el 30 de junio del año 2003, fecha a partir de la que las agencias privadas de calificación del Gobierno Corporativo comenzaron a desarrollar exigentes y detallados índices de evaluación de Gobierno Corporativo y *Proxy advisers*, llevando a cabo los tribunales norteamericanos un cambio en el sentido y en el tono de las resoluciones judiciales, fundamentalmente en los juzgados de Delaware[63].

La característica fundamental del Gobierno Corporativo es que se dirige a atajar los conflictos de intereses entre directivos, administradores, auditores y asesores de las sociedades cotizadas en la bolsa. Las medidas que plantea se organizan en tres grandes conjuntos de actuaciones que afectan a la responsabilidad de las sociedades, a la transparencia informativa y al régimen jurídico de la auditoria de las cuentas. En los distintos países de la Unión Europea existen más de 35 Códigos de Buen Gobierno, si bien, muy pocos códigos hacen mención en su articulado a la figura del *whistleblower.*

La globalización, la internacionalización de las empresas, la cultura y la conciencia social en lo que respecta a la ética y a la integridad de las empresas y los Estados, junto con el Gobierno Corporativo, la Responsabilidad Social Corporativa y las políticas de prevención contra los distintos riesgos, la corrupción y el acoso, se han convertido en el caballo de batalla de todas las empresas de cierto tamaño. Valorando el contexto mundial de las sociedades mercantiles, se demuestra que la palabra "cumplimiento normativo" -*compliance*- está de moda. Desde hace algunos años, las empresas, cotizadas, grandes y pymes están desarrollado o tienen previsto desarrollar internamente políticas de *whistleblowing* o de *self reporting,* y ello sin que la normativa de la gran mayoría de los países obligue a los administradores a establecer políticas

---

"Corporate Governance and accounting sc*andals*", en *Journal of Law and Economics. Vol. XLVIII* October 2005. . MCLEAN, B and ELKIND, P: The smartest guys in the room. The amazing rise and scandals fall of Enron, New York. COFFE, J.F.: "Gatekeepers. The professions and corporate governance", Oxford, págs, 4,11,15,16,18,24, 2006. M.SCHWARTZ/S.WATKINS, *Power Failure:* The inside store of the collapse of Enron, New York, 2004. SALOMON J AND SALOMON: "Corporate Governance and accountability, págs. 31-35, Londres, 2004.

63 Vid. resolución judicial de los tribunales de Delaware respecto al caso *Oracle Corp. Derivative Litigation*, 824 A 2d 917. Caso *Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A d 275. Del Ch. 2003, respecto a la indemnización por el despido de Michael Ovita, máximo ejecutivo de la compañía. La agencia más influyente es la *Institucional Shareholders Services (ISS*), constituye la agencia más influyente e importante, junto con la *Governance Metrics Internacional (GMI), The Corporate Library, Moody,s y Standard* & *Poor,s.*

CLARK, ROBERT, C.: "Los cambios en el Gobierno Corporativo tras la Sarbanes-Oxley Act: una historia con moraleja también para el legislador", en Gobierno Corporativo y crisis empresariales. II seminario Harvard – Complutense de derecho mercantil, Marcial Pons, págs. 16-18.

de *self reporting*[64].

4.1. La regulación del *whistleblower/Whistleblowing* en la Unión Europa.

- **Especial referencia al Grupo de Trabajo creado por la Directiva 95/46/CE.**

La ley *SOX* norteamericana del año 2002, en relación a la privacidad y protección de datos, exige a todas y cada una de las organizaciones que quieran operar en el alguno de sus Mercados de valores y, por ende, hacer negocios en Estados Unidos, que tengan implantados «… *procedimientos para la recepción, retención y tratamiento de quejas recibidas por el causante en relación con la contabilidad, controles contables internos o cuestiones de auditoría; y la presentación confidencial y anónima por parte de los empleados de la persona causante de preocupación en relación con cuestiones contables o de auditoría cuestionables*[65].

El día 1 de febrero de 2006, a través del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre Protección de Datos (órgano consultivo europeo e independiente sobre protección de datos creado en virtud de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos) emitió su Dictamen sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncia de irregularidades en los campos de la contabilidad, controles contables internos, asuntos de auditoría, lucha contra el soborno, delitos bancarios y financieros, en el que analiza (i) la cuestión de la legitimidad de los sistemas de denuncia de irregularidades; (ii) la aplicación de los principios de calidad de datos y proporcionalidad; (iii) la provisión de una información clara y completa sobre el programa; (iv) los derechos de la persona incriminada; (v) la seguridad de las operaciones de tratamiento; (vi) la gestión de los programas de denuncia de irregularidades internos; (vii) las cuestiones relativas a la transferencia de datos internacionales; y

---

64 HARTMAN, DELM, RADIB, RICHMOND POPE, "Translating Corporate Culture around the World: a cross-cultural analysis of whistleblowing as an example of how and do the right thing". *Notizie di politela*, XXV. págs. 255-260, 1993; CALLAHAN, E.S.: "*Integrating Trends in Whistleblowing and Corporate Governance: Promoting Organizational Effectiness, Societal Responsability, and Employee Empowerment*", American Business Law Journal, 40, págs. 177-215.

65 SOX. Section 301 (4): "Complaints. Each audit committee shall establish procedures for (A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and '(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters".
LOMAS, P. y KRAMER J. D.: "Corporate Internal Investigations. An International Guide". 2ª ed. págs.7, 47-181, 323-326, 2013.
HARTMAN, L., ELM, D. y RADIN, T.: "*Translating Corporate Culture around the World: a cross-cultural analysis of whistleblowing as an example of how to say and do the right thing,* págs. 255-266.

(viii) los requisitos de comprobación previa y notificación.

El Grupo de Trabajo, con objeto de cumplir con la norma de protección de datos y, especialmente, con la Directiva 7 sobre protección de datos personales, limita exclusivamente su informe a 1os programas en los que se denuncien irregularidades en ciertas áreas o departamentos, como son la contabilidad y auditoría, la lucha contra el soborno y la prevención de los delitos bancarios y financieros, y entiende que para que la política de denuncia cumpla con el articulado de la norma, el tratamiento de los datos personales debe ser legítimo.

El Dictamen, en correlación con la calidad de los datos obtenidos a través del canal de denuncia, plantea la posible limitación del número de personas autorizadas para informar de posibles irregularidades o mala conducta y, fundamentalmente, respecto a la promoción de informes identificados y confidenciales, frente a los informes anónimos.

Respecto a la transparencia en la información, que deberá ser clara y completa, el Grupo de Trabajo entiende que, en aplicación del artículo 10 de la Directiva sobre protección de Datos, el responsable del tratamiento tiene el deber de informar a los interesados (a) sobre la existencia, objetivo y funcionamiento del programa; (b) los destinatarios de los informes, y (c) los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de las personas de quienes se informa. Los responsables del tratamiento, según el Dictamen, deberán ofrecer información sobre el hecho de que la identidad del denunciante se mantendrá confidencial durante todo el proceso, que el abuso del sistema podría tener como consecuencia acciones contra el autor del abuso y, por último, que podrá informarse a los usuarios del sistema de que no se enfrentarán a ninguna sanción si utilizan el sistema de buena fe.

El Dictamen del Grupo de Trabajo, en relación a los derechos de la persona incriminada, incide en el derecho de información, reseñando que, conforme al artículo 11 de la Directiva 95/46/CE, es obligatorio informar a las personas siempre que los datos se recaben de un tercero —en este caso el denunciante— y no de ellas directamente. Más concretamente, indica que *«… el empleado en cuestión deberá ser informado de: [1] la entidad responsable del programa de denuncia de irregularidades, [2] los hechos de los que se le acusa, [3] los departamentos y servicios que podrían recibir el informe dentro de su propia sociedad o en otras entidades o sociedades del grupo del que forma parte su sociedad, y [4] cómo ejercer sus derechos de acceso y rectificación».* Por otro lado, y entiendo que este aspecto es de los más importantes en relación al funcionamiento del canal de denuncia, el Grupo de Trabajo Grupo entiende y lo refleja con meridiana claridad que, bajo ninguna circunstancia y concepto, el denunciado en el informe de denuncia, por haber cometido irregularidades en la empresa, podrá obtener información sobre la identidad del denunciante por parte del programa basándose en el ejercicio de su derecho de acceso, salvo cuando el denunciante realice

una manifestación falsa de mala fe.

El Dictamen, respecto a la seguridad de la información, se remite directamente a los reglamentos de seguridad establecidos en los diferentes Estados Miembros, indicando que se deberán tomar todas las precauciones técnicas con el fin de garantizar la seguridad de los datos en el momento de su recopilación, circulación y conservación, e incidiendo en la necesaria confidencialidad de los informes realizados en los programas[66].

4.2. Libro Verde "La normativa de Gobierno Corporativo de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011".

Durante los años 2010 y 2011, la Unión Europea (UE) precisaba de dotar de seguridad y transparencia a los Mercados Financieros, para así atraer inversión extranjera.

De esta manera, a través del libro Verde de Gobierno Corporativo del año 2011, la UE se centró fundamentalmente en cumplir o explicar el contenido del Informe Anual de Gobierno Corporativo de las empresas. La Comisión Europea, conocedora de la poca transparencia llevada a cabo en la redacción del *IAGB* respecto al cumplimiento de las recomendaciones contenidas, a través del "libro Verde", concretamente de su artículo 3.1, evidencia la necesidad de establecer requisitos claros y precisos en los supuestos en que las empresas no cumplieran con las recomendaciones, imponiendo sanciones para los supuestos en que las manifestaciones expresadas en el *IAGC* fueran insuficientes, de la misma manera que lleva a cabo el artículo 116 LMV[67].

4.3. El Reglamento de la Unión Europea (ESMA) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril del 2014 respecto a la normativa de protección del sistema financiero. La lucha contra el *insider trading* y la manipulación del mercado a través de los sistemas de *whistleblowing*. Un avance hacia la necesaria protección del *whistleblower* y la obligación de incentivar y recompensar a los *whistleblowers*.

El Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el Abuso de Mercado y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del

66 MESIA, MARTINEZ, C.: "El procedimiento de denuncia interna o *whistleblowing* en los códigos de conducta", en MARTINEZ- ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (dir) "Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, págs. 1225 y ss. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

67 HERNANDEZ PEÑASCO, R.: "La información societaria: El informe de Gobierno Corporativo (artículo 538 de la Ley de Sociedades de Capital), en en MARTINEZ-ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (dir) "Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores, págs.: 922-923, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión.

El Reglamento Europeo, en lo que se refiere a las políticas de *whistleblowing,* "da un giro de 360 grados". La UE, necesitada de un mercado financiero integrado, eficiente y transparente, se impuso, como uno de sus objetivos principales, la integridad y la transparencia del Mercado de Valores, su buen funcionamiento y la confianza del público en los mercados, y ello por ser requisitos imprescindibles para el crecimiento económico y la riqueza.

Tanto la Comisión como diversos expertos en Mercado de Capitales, son conscientes de los numerosos actos irregulares y fraudes que se comenten en dicho mercado, información privilegiada -*insider trading*-, manipulación del Mercado (sector bancario respecto al fraude del Libor y Euribor), etc. Por ello, a través del Reglamento 596/14, la Comisión pretende controlar y erradicar dicho abuso regulando con meridiana claridad el funcionamiento de los agentes en el Mercado. De esta manera:
a.- **Anima a que todos los actores, que conozcan o hayan conocido acerca de un fraude relacionado con el mercado de valores, lo denuncien,** debiendo ser dicha denuncia "**nueva"** y "**relevante",** es decir, que el regulador no sea conocedor con anterioridad del hecho cometido y que la información contenida en la denuncia sea de especial interés para el regulador.
b.- El hecho o los hechos denunciados deben estar relacionados con la información privilegiada *insider trading* o/y con la manipulación del mercado.
Siendo consciente el Parlamento Europeo de que el *whistleblower*, pueda verse inmerso en una posición complicada, peligrosa dentro de la empresa y que por ello decida no denunciar por miedo a represalias o por una falta de incentivo, **exige a los Estados que adopten medidas para proteger a los *whistleblowers*** y que se respeten sus derechos como personas y empleados de la empresa.
c.- **Los Estados miembros han de incentivar económicamente a los *whistleblowers.***
d.- Los datos personales del *whistleblower* han de estar debidamente protegidos.
e- El denunciante tiene derecho a defenderse, **a ser oído** antes de adoptar cualquier decisión y a poder **recurrir** ante los tribunales de justicia.

Los Estados miembros exigirán a los empresarios y administradores dedicados a actividades reguladas de servicios financieros que dispongan de procedimientos internos adecuados para que sus empleados puedan notificar las infracciones del presente Reglamento[68].

---

68 El *Artículo 32 del Reglamento en lo que respecta a la comunicación.*

4.4. La regulación del *whistleblowing* en el ordenamiento jurídico español y en los códigos de Gobierno Corporativo de los principales países.

Respecto a la regulación del *whistleblowing* en España, debo mencionar la escasa regulación del movimiento estudiado en la normativa española.

4.4.1. El artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, **del Mercado de Valores**, en su redacción dada por el artículo 6.3 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre (en vigor hasta el 21 de diciembre de 2007), al referirse a la obligación de establecer un cierto control, mencionando la palabra "oportunos", un poco ambigua a mi juicio, constituyó el inicio de un proceso que debido, no a las ansias de control, sino a la necesidad de los reguladores de exigir a los actores "tolerancia cero al fraude", condujo a que este necesario control ser viera traducido en una obligación para las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y las personas o entidades que actuasen en el Mercado de Valores de «*… tener establecidos los **controles internos oportunos** para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone*». Puede ser considerado como una primera previsión dentro del ordenamiento jurídico español en la que podrían haber quedado amparados los mecanismos de *whistleblowing*, aunque limitado a las empresas mencionadas por la citada norma.

4.4.2. El Código Unificado de Gobierno Corporativo (*CUBG*). Código Conthe. Mayor intervencionismo en detrimento de la autorregulación societaria con el fin de alcanzar mayor transparencia y conciencia social. La influencia de la Ley *Sarbanes-Oxley*. Primera aparición del *whistleblower/whistleblowing*.

El **Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas** (también conocido como Código *Conthe*), publicado en fecha 22 de mayo de 2006, es la primera norma que refleja en sus recomendaciones (un total de 74) la figura del *whistleblowing*. Este hecho, a mi juicio, fue debido al interés de Manuel Conthe, ex Presidente de la CNMV, cuyo conocimiento del Gobierno Corporativo anglosajón, en especial del norteamericano, y su preocupación por la transparencia en el mercado de valores, hizo que el CUB, recogiera, a mi juicio, con ciertos errores y aciertos, el canal de denuncia en las empresas cotizadas. Dicho Código, siguiendo la línea de la *SOX* y el *Combined Code,* establece entre sus recomendaciones que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de cauces internos para que los empleados puedan denunciar irregularidades –*whistleblowing*- quedando la identidad del denunciante protegida e incluso, si se considera oportuno, en el anonimato (influencia

anglosajona). El Código, como toda regla, norma o materia que se desarrolla, limita las materias o supuestos irregulares o delictivos (irregularidades financieras y contables) -si bien, y siguiendo la estela de los código anglosajones, menciona la expresión *"de potencial trascendencia"*- limitaciones que, escrupulosamente, respetan la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Y, por ello, entre otras recomendaciones, establece *(…) 50. Que corresponde al Comité de Auditoría: (…) d) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa».*

El Consejo de la CNMV dio, el citado 22 de mayo de 2006, luz verde al Documento Unificado, entrando en vigor en el año 2007 y quedando, desde entonces, las sociedades cotizadas obligadas a presentar ante el organismo regulador y de manera forzosa un informe anual de Gobierno Corporativo.

Fueron no pocas las modificaciones que sufrió el proyecto inicial. Ante la gran cantidad de alegaciones realizadas por la gran mayoría de las sociedades cotizadas (especialmente por las del IBEX-35), la CNMV hubo de ampliar el periodo para inicialmente conferido.

A través de Antonio Zoido, Presidente de la Bolsa y Mercados Españoles (BME), las grandes compañías sugirieron al órgano regulador la supresión de algunas o, mejor dicho, de muchas de

las recomendaciones del Código, así como la modificación de algunas de ellas, intentando minimizar el carácter intervencionista que, según las compañías, tenía el Código Unificado[69].

El Consejo de la CNMV, junto con el grupo de expertos que elaboró el proyecto, modificó y suprimió algunas de las recomendaciones reflejadas.

Como los dos anteriores Códigos de buen Gobierno, *Olivencia* y

---

69 *El Economista*: 22/05/06 *Punto de debate: Denunciar irregularidades*. *Cinco días* 25/02/2006. Arantxa Corella. *El Confidencial.com* Jueves 16 de febrero de 2006 *las empresas del ibex se rebelan contra el Código Conthe y preparan una respuesta colectiva contra el mismo*. Aníbal González. *El País* 28/03/2007. *Ex Presidentes de la CNMV se suman a las críticas al Código Conthe*.

Expansión: 15 de febrero de 2006. Ángel Ron (Banco Popular). "Los bancos representan el bloque opositor más beligerante frente al proyecto. ¿Bienvenido Mr. Conthe?". *"El Código Conthe es excesivamente reglamentista y, en ocasiones, pretende sustituir la voluntad del Consejo"*. Emilio Botín (Banco Santander) "*El texto debería centrarse en criterios o pautas generales que las sociedades puedan adaptar a sus características*". Institutos de Consejeros "*El ejecutivo debería plantearse que determinadas recomendaciones tengan un desarrollo legislativo propio*".

Aldama es el Código Unificado de cumplimiento voluntario. Debido al interés que las sociedades que cotizan en Bolsa tienen por mostrar su carácter transparente de cara al mercado, a los analistas y a los accionistas en general, realizan grandes esfuerzos de diversa índole para acatar todas y cada una de las recomendaciones del Código, ya que son conocedoras que, de incumplir las mismas, tendrán que explicar públicamente los motivos del porqué de su incumplimiento.

Las recomendaciones que engloban el Código *Conthe*, al igual que ocurrió con los dos códigos anteriores, fundamentalmente con el Código *Aldama*, lo que pretenden es una transparencia total y absoluta en el seno del Consejo de Administración, debiendo por tanto las sociedades cotizadas *cumplir o explicar* en el informe anual de Gobierno Corporativo, aprobado por el Consejo de Administración, las recomendaciones del Código.

Gran número de compañías de menor tamaño deberán acometer una serie de modificaciones en el seno del Consejo de Administración, para cumplir así con las recomendaciones del Código Unificado.

El Código hace referencia a puntos clave del Código Unificado, fundamentalmente en relación a los blindajes estatutarios, los poderes de la Junta General de accionistas en relación a la votación separada de asuntos y al fraccionamiento de votos para los intermediarios legitimados. Los consejeros independientes, los consejeros dominicales, el nombramiento de un vicepresidente ejecutivo, la composición del Consejo, haciendo especial hincapié en la diversidad de género,[70] así como las Comisiones de retribución y nombramiento del Comité de auditoría y, cómo no, de la recomendación que menciona el *whistleblowing,* la denuncia por parte de cualquier miembro, ejecutivo, directivo o consejero de la sociedad, anónima o no, por incumplimiento de sus obligaciones.

Como los dos anteriores Códigos de buen Gobierno, *Olivencia* y *Aldama*, el Código Unificado es de cumplimiento voluntario. Debido al interés que las sociedades que cotizan en Bolsa, tienen por mostrar su carácter transparente de cara al mercado, a los analistas y a los accionistas en general, realizan grandes esfuerzos de diversa índole para acatar todas y cada una de las recomendaciones del Código, ya que son

[70] Comentarios de GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Mesa redonda sobre Gobierno Corporativo. Universidad San Pablo, CEU. La Recomendación 19, se refiere a que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo deberá explicar las iniciativas adoptadas para corregir tal situación, y deberá explicar, los motivos. Es evidente que el Código Conthe en esta particular Recomendación tiene un carácter imperativo innegable. Es evidente y así lo manifiesta el profesor Esteban Velasco, diciendo que, en absoluto hay que discriminar a las mujeres, si bien, estas adquirirán la condición de consejeras del Consejo o primeras ejecutivas de la sociedad, cuando la sociedad lo requiera en base a una serie de valores, prestigio profesional y conocimientos, pero nunca por el simple hecho de ostentar la condición de mujer. ARMANDO DE TORRENT: "Reflexiones sobre el gobierno corporativo...". pág. 223. RDS, núm. 26, 2006.

conocedoras que, de incumplir las recomendaciones del Código, tendrán que explicar públicamente los motivos del porqué de su incumplimiento.

Las recomendaciones que engloban el Código *Conthe* al igual que ocurrió con los dos códigos anteriores, fundamentalmente en el Código *Aldama*, lo que pretenden es una transparencia total y absoluta en el seno del Consejo de Administración, debiendo por tanto las sociedades cotizadas *cumplir o explicar* en el informe anual de Gobierno Corporativo, aprobado por el Consejo de Administración, las recomendaciones del Código. El informe anual deberá presentarse en el primer semestre del año 2008 y será sometido a control por el órgano regulador.

Gran número de compañías de menor tamaño, deberán acometer una serie de modificaciones en el seno del Consejo de Administración, para cumplir así con las recomendaciones del Código Unificado.

Estructura del Código Unificado.

El Código se divide en cuatro capítulos:

- Mayores competencias atribuidas a la Junta General de accionistas.
- Funciones del Consejo de Administración. Contiene recomendaciones sobre competencias, miembros del Consejo (ejecutivos e independientes). Favorece la diversidad de género según lo establecido en la Constitución Española y en Ley de igualdad de género.
- Regulación de los Consejeros Independientes, haciendo especial énfasis en la Responsabilidad Corporativa y en la Transparencia en la información aportada y en la publicidad concreta y detallada de las retribuciones de ejecutivos y consejeros.
- Comisiones del Consejo. Se refiere a la creación de las Comisiones, incidiendo en la Comisión de auditoría. Es en el presente capítulo dónde se incluye la recomendación relativa a la "denuncia" al *whistleblowing.*

El *whistleblowing* fue altamente criticado en Europa a partir de la promulgación de la *SOX* por gran parte de los presidentes y directivos de las sociedades cotizadas, con los que en el año 2007 me sentí alineado. El motivo de mi postura respecto a la figura del delator era que, independientemente de que hubiéramos *importado* de los Estados Unidos de América, concretamente de la Ley *Sarbanes - Oxley*, la figura del *whistleblower* en nuestro ordenamiento jurídico nunca prosperó, ni siquiera en los pensadores del derecho del siglo XIX, por ello entendí que no era acertada. En su momento critiqué acerca de las severas penas que impone la *SOX* a los miembros ejecutivos de la sociedad, cuando un empleado es despedido o sancionado por haberse "chivado" de directores o consejeros de la sociedad. La realidad y mi manera de pensar siete años después y tras una crisis económica mundial demoledora producto de la codicia de muchos, la falta de ética y el desprecio a la justicia, han hecho que mi pensamiento hacia la figura del *whistleblower* haya cambiado. El

Estado no puede convertirse en el policía de las empresas, está demostrado que el regulador no es ni mucho menos tan eficiente como el *whistleblowing*, y es preciso establecer canales de comunicación para que cualquier persona que tenga conocimiento de que se están cometiendo hechos ilegales o contrarios a la norma interna de la empresa o de los propios partidos políticos, hasta la propia Jefatura del Estado, Familias Reales, se pongan en conocimiento de las distintas maneras que las normas internas de las empresas brindan a sus empleados. Por tanto, es necesario, incentivar y proteger a las personas a que actúen en conciencia, para que desastres financieros, medioambientales, salud, etc. puedan ser conocidos y mitigados antes de que el desastre se convierta nuevamente en un problema para la economía mundial.

Lo que pretendió en última instancia el Código *Conthe*, - de influencia anglosajona- es proteger a los accionistas minoritarios frente a los accionistas de control, buscando como fin último la maximización del valor para el accionista, siendo de vital importancia la figura del Consejo de Administración como órgano colegiado en la empresa, cuya función principal es la de control y por tanto debe de ser conocedor de los distintos sistemas de control a su alcance y de resolución de riesgos y conflictos de interés de la empresa, entendiendo necesaria la figura del *whistleblowing* para que cualquier persona conocedora de una actuación irregular en la empresa pudiera poner en conocimiento de la empresa dicho acto irregular y/o ilegal.

4.4.3. La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno 2013, de 9 de diciembre.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, tiene como objetivo reforzar la transparencia en la información, evitar fraudes en la Administración Pública y establecer sanciones, constituyendo uno de sus principios de actuación **denunciar irregularidades** –*whistleblowing- «Estarán obligados a poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cuál tengan conocimiento».*

La falta de transparencia respecto al sector financiero, la elevada corrupción pública y privada, el colapso del Gobierno Corporativo, los estudios de la OCDE, etc., todos estos factores hicieron que el legislador redactara, una ley que supone un gran avance en lo que a transparencia y gobierno de las sociedades se refiere. El contenido de la norma hace mención al *whistleblowing*, si bien, tengo que criticar que se olvida de lo más trascendente como es, la protección y recompensa a los denunciantes. El Gobierno, abrió un periodo de consulta a la ciudadanía y este autor consideró a través de una carta dirigida a Presidencia del gobierno acerca de la importancia del *whistleblowing* para detectar fraudes e irregularidades en los sectores público y privado.

4.4.4. El *whistleblowing*, un desconocido en la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. El informe de Comité de Expertos, mayo 2013. La modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. El informe de Comité de Expertos, mayo 2013, mayor protagonismo al *hard law* que al *soft law*.

La reforma de la Ley de sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo,[71] fue redactada por el legislador con un objetivo prioritario, alcanzar unas mayores cotas de transparencia, confianza y buenas prácticas corporativas. Ante el nefasto resultado del Gobierno Corporativo en las sociedades cotizadas, el legislador optó por la decisión que este autor defendió en la defensa ante el Tribunal de la tesina en el año 2008 en la Universidad San Pablo CEU, pocos días antes del suceso de Lehman Brothers, convertir las meras recomendaciones -*soft law*- que presidían los principios del buen gobierno de las empresas, relativas a la junta general y el órgano de administración en las sociedades de capital en norma legal –*hard law*-. Es decir, mayor imperatividad frente al poco productivo autogobierno de las sociedades[72].

El origen de la reforma proviene del acuerdo adoptado en el Consejo de Ministros el 10 de mayo de 2010, en el que se aprobó la creación de una Comisión de Expertos en materia de buen Gobierno Corporativo. De esta Comisión surgió la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo.

Tras la reforma mencionada, nuestro país comienza a adaptarse a la estrategia "Europea 2020", que tiene entre sus objetivos la mejora del buen Gobierno Corporativo. En este sentido es importante señalar que el gobierno español consciente de la importancia que supone la transparencia y la confianza de los inversores en el mercado de capitales y en el gobierno de las sociedades cotizadas, tras la sesión celebrada en el mes de mayo del año 2014, el Consejo de Ministros aprobó en el Anteproyecto de Ley del Código de Comercio, una reforma que afectará a cuestiones tan importantes como el derecho a conocer la identidad de los accionistas, los conflictos de intereses, el derecho de información, el cargo y cualificación de los consejeros, comisiones, retribución, etc.

---

71 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en materia de Buen Gobierno Corporativo.

72 Artículo 540 LSC*:* "Se deberá incluir el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones, dentro del Informe Anual de Gobierno Corporativo".

Reforma llevada a cabo respecto a la Ley de Sociedades de Capital.

A.- Modificaciones que afectan a la Junta General

El objetivo de la reforma fue asignar un mayor control a la Junta General sobre decisiones que afectaban de manera relevante al funcionamiento de la empresa (operaciones societarias no reguladas por la Ley de Modificaciones Estructurales).

Dicho precepto se concretó en que la Junta General, tendría competencia en la adquisición, enajenación o aportación de activos a otra sociedad cuando el valor de los activos supere el 25% del valor de los activos del último balance aprobado.

La reforma otorgó a la Junta un mayor protagonismo en el control de las operaciones societarias, permitiéndole ampliar sus competencias y permitiendo, en el caso de las sociedades anónimas, que la propia Junta adoptara decisiones que vincularan a los administradores en la gestión de la sociedad.

Lo manifestado no tendría sentido sin la modificación respectiva en materia de votación de los accionistas. Así, para evitar influencias indebidas en los accionistas, la reforma previó el voto por separado del accionista en toda materia considerada esencial en el funcionamiento de la sociedad (nombramiento de administradores, modificación de estatutos..).

¿Qué ocurriría en las situaciones en las que el accionista se ve implicado en un conflicto de intereses? La reforma de la LSC menciona que, para las situaciones más graves, se prohíba el voto tales como la exclusión, transmisión de acciones sujetas a restricción, dispensa del deber de lealtad. Como excepción a esta prohibición, en el caso de las Sociedades Anónimas, nos encontrábamos en que para que operara la prohibición en asuntos relativos a exclusión y transmisión de acciones, tenía que, obligatoriamente estar recogido en los estatutos de la sociedad.

La reforma también afectó a la Sociedades Anónimas en materia de adopción de acuerdos estableciendo el artículo 201 de la LSC de forma expresa:

- Acuerdos ordinarios: más votos a favor que en contra de entre los accionistas presentes o representados.
- Acuerdos especiales (art. 194 LSC): mayoría de 2/3 cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen al menos el 25% del capital social. En el caso de que estuviera presente más de un 50%, se necesitará la mayoría absoluta.

Todo ello sin perjuicio de que los estatutos contemplen mayorías cualificadas.

Con respecto al derecho de información del accionista, hay que decir que su incumplimiento otorga al accionista el derecho a exigir daños y perjuicios. Sin embargo, con la finalidad de evitar un uso abusivo de tal derecho, la reforma contemplaba la posibilidad de denegar la información en el caso de que la misma fuera considerada innecesaria o su publicidad fuera a perjudicar a la compañía, siempre bajo el requisito de que los accionistas que solicitan la información no representen más del 25% del capital social.

Hay que decir que una de las mayores reformas de la LSC, afectó a la materia de impugnación de los acuerdos societarios, eliminando la distinción entre nulidad y anulabilidad de dichos acuerdos. A las causas ya contempladas por la LSC para impugnar acuerdos societarios, la reforma por un lado añadió la posibilidad de impugnar aquellos que fueran contrarios al reglamento de la junta de la sociedad; y por otro lado prohibía la impugnación de acuerdos societarios por la mera infracción de requisitos procedimentales, insuficiencia de información, participación de personas no legitimadas o invalidez de votos. Con respecto a la legitimación, se exigía contar con al menos un 1% del capital social. El plazo para interponer el recurso es de 1 año, salvo que los acuerdos adoptados sean contrarios al orden público (causa imprescriptible).

b.- Modificaciones que afectan a la administración.

La nueva reforma, en la regulación del cargo de los administradores, hacía un especial hincapié en la importancia del deber de diligencia, exigiendo a los administradores actuaciones conducidas bajo el principio de buena fe. También con la reforma queda reforzado el deber de lealtad, obligando a los administradores a abstenerse de intervenir en situaciones en la que esté presente un conflicto de intereses o se vea comprometida su independencia. Infringir el deber de lealtad supondría una infracción muy grave, debiendo resarcir a los perjudicados de los daños y perjuicios causados y obligando a la devolución de lo obtenido injustamente.

Con respecto al **régimen de responsabilidad**, mencionar que los administradores son los responsables cuando en su actuación intervenga culpa o dolo. La reforma introdujo en el art. 241 bis un plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de cuatro años. Además, la Ley extendía la responsabilidad a la persona física representante de la persona jurídica.

En las sociedades que cuenten con Consejo de Administración, estos son los cambios que se sucedieron tras la reforma:

- Art. 245 LSC: exigía reuniones como mínimo una vez al trimestre.
- Retribución de administradores: debe constar expresamente la modalidad en estatutos.

Es importante decir que el art. 529 duodecies, recoge una clasificación de categorías de consejeros:

- **Ejecutivos**: aquellos que desempeñan funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea su relación con la sociedad.

- **No ejecutivos** (todos los restantes):
    - **Dominicales:** aquellos que poseen una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa (en torno al 3%), los designados por su condición de accionistas o los que hubieran sido nombrados por ellos.

- **Independientes:** aquellos designados por sus condiciones personales y profesionales y que pueden desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad.

c. Respecto a las sociedades cotizadas.

Sin duda, las reformas más importantes afectarán a las sociedades cotizadas. Esto responde a la importancia que la actividad de estas sociedades despliegan en los mercados y por tanto la necesidad ineludible de que la actuación de sus órganos rectores sea la más transparente posible. A continuación, se recoge un gráfico con las modificaciones más importantes:

Por tanto, los 10 puntos clave sobre la Reforma de Buen Gobierno son los que aparecen abajo referenciados y como se podrá apreciar, ni el Comité de expertos, ni el legislador han incluido en la reforma ningún precepto que proteja de posibles represalias y recompense a los *whistleblowers* por haber actuado correctamente, valientemente y en defensa de los intereses de la empresa y la sociedad en general. Otra oportunidad que ha dejado escapar el legislador, pese a estar presente en el Comité de Expertos, el ex presidente de la CNMV, Manuel Conthe, defensor de la figura del *whistleblower*.

1. La obligatoriedad de contar con una Comisión de Nombramientos y Retribuciones, evaluando el desempeño del Consejo anualmente.
2. Reducir a 4 años el mandato de los consejeros y limitar a 12 años el mandato de los independientes en las sociedades cotizadas.
3. Existencias de un *lead director*, en aquellos casos en los que sea el presidente y el *CEO* sean la misma persona.
4. Votación en la retribución del Consejo.
5. Transparencia en la información tanto en la documentación que se da a los consejeros como en la información que debe facilitarse a los accionistas.
6. Reducir a 1.000 acciones la limitación al derecho de asistencia.
7. Votación separada de los nombramientos y reelecciones de cada consejero.
8. Determinación de los deberes fiduciarios de los administradores.
9. Se facilita la impugnación de las Juntas (3% del capital en las no cotizadas y 0,1% del capital en las cotizadas).
10. Determinación de facultades indelegables del Consejo como son la política de control y gestión del riesgo.

4.4.5. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, siguiendo las instrucciones del GAFI, establece la obligación de los sujetos obligados de analizar los riesgos principales en función del tipo de negocio, de productos y de clientes con los que establezcan relaciones de negocio.

La norma mencionada, no refleja cuáles son los canales o medios para identificar los posibles riesgos existentes, sino que obliga a los sujetos obligados a analizar e identificar los principales riesgos. Por tanto, estamos ante un avance importante, en dónde la norma obliga a identificar riesgos y si no son identificados, te castigo, poniéndose de moda entre las empresas las siglas (*KYC*), "*know Your Client, Know Your Customer*" –"Conoce a tu cliente"-.

La Ley 10/2010, reguló expresamente la exigencia de establecer

canales de *whistleblowing*, aunque sin mencionarlos expresamente, lamentablemente no habla de canales de denuncia —la ley habla de «obligaciones de información» y de «comunicación por indicio»—, y limitando tal exigencia a los sujetos obligados por ella. En cualquier caso, por lo que aquí interesa, el artículo 32 de la citada ley contempla importantes especialidades en materia de protección de datos. En primer lugar, establece una excepción expresa a la necesidad del consentimiento del interesado, tanto para el tratamiento de sus datos de carácter personal como para las comunicaciones de estos previstas en la citada ley. En segundo lugar, la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales suprime el deber de información regulado en el artículo 5 LOPD en relación con las obligaciones reguladas en aquélla. En tercer lugar, establece que no serán de aplicación a los ficheros y tratamientos regulados en la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales las normas de la LOPD relativas a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Y, por último, indica que las medidas de seguridad a adoptar en relación con estos ficheros y tratamientos serán las correspondientes a un nivel alto.

4.4.6. Normativa penal. El artículo 31 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal respecto a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Con la entrada en vigor, el día 23 de diciembre del año 2010, de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se añadió un nuevo artículo al referido Código Penal, el artículo 31 bis, estableciendo un estatuto de responsabilidad penal de los entes jurídicos de carácter autónomo e independiente del de sus representantes legales, administradores de hecho o de derecho, y de las personas físicas sometidas a la autoridad de éstos y de aquéllos cuando hubiesen *«… podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso»*. Asimismo, en el apartado 4 de ese mismo artículo, el Código Penal establece como atenuante, entre otros, *«… haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica»*. Por lo tanto, el Código Penal constituye hoy en día una cobertura legal en España para la implantación de sistemas de denuncias internas dentro de las empresas de cualquier ámbito como una medida de control sobre los empleados y como una medida eficaz para prevenir y descubrir delitos[73].

El Proyecto de Ley, aprobado por el Consejo de Ministros en la sesión de 20 de septiembre del año 2013, amplía la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles públicas y prevé,

73 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal", Civitas, págs. 20-44, Pamplona 2010.

además, la sanción de los directivos de las entidades en las que se cometan delitos por falta de adopción de medidas de prevención en la comisión de delitos.

El gobierno apostó de manera tajante y decidida por la autorregulación, pero con ciertos tintes imperativos. Las empresas que desempeñen una actividad de cualquier tipo, de la misma manera que tienen obligaciones fiscales y contables tienen la obligación de ejercer un debido control, y una vigilancia al equipo gestor y a sus empleados para evitar que la empresa sea investigada y en su caso condenada penalmente a importantes y elevadas multas económicas.

Esta manifestación aparecía reflejada en la norma, concretamente en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código penal, que previó un nuevo delito consistente en la omisión de medidas de control destinadas a evitar los delitos de empresa.

El artículo 286.6 del Código Penal que recogió el Anteproyecto de Ley de reforma del código penal y que debido a las enmiendas de diversos grupos parlamentarios, no fue, por motivos obvios incluido en el Proyecto de reforma definitivo, estableció un castigo de tres meses de prisión a un año y una multa de doce a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso en que el administrador de la sociedad omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito.

Dentro de las medidas que la norma exigía estaba la contratación, la selección cuidadosa y responsable y la vigilancia de la persona encargada de la inspección y control, recibiendo ésta el nombre anglosajón de *Compliance Officer* o *Chief Compliance Officer,* y a la postre dependiendo del control exigido se denomina, criminal *compliance officer, data compliance officer* o incluso se ha llegado a denominar a esta persona como *controller.* Esta persona o personas dependiendo del departamento que deben de supervisar o controlar, son los responsables de que la norma se cumpla y que se adopten los mecanismos de control, vigilancia e investigación en la empresa y sus filiales, responsabilidad que como garantes ostentan en el departamento, llega incluso a la penal y civil derivada del supuesto delito. Por ello, las personas encargadas del cumplimiento normativo deben de hacerse respetar internamente, los empleados deben de notar su presencia y lo más importante, deben de poder acceder al presidente o CEO de la empresa.

El Anteproyecto de reforma en lo que se refiere al artículo 286,6 del código penal, como he manifestado no pasó el corte parlamentario, si bien, los empresarios cada vez más se están tomando en serio lo recogido en la norma respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los administradores, el control exigido y la responsabilidad solidaria.

Por ello, la palabra "*compliance*" ha adquirido mucha importancia y relevancia entre los empresarios, abogados, consultores y auditores, intentando los administradores responsables cumplir con las normas, elaborando distintas políticas y programas a los efectos de evitar sanciones administrativas, civiles y/o penales.

De esta manera, el Anteproyecto de Ley que no ha visto la luz, exigía que para que la empresa estuviera exenta de responsabilidad penal era necesario que:

- El *Management* estableciera antes de la comisión del delito medidas de vigilancia y control del equipo directivo y de los trabajadores y empleados. Estas medidas de manera específica se traducían en: un mapa de posibles riesgos penales, un código ético de conducta que estableciera los distintos comportamientos de todos los trabajadores en la empresa, sanciones por incumplir el código ético y un canal de denuncia para que cualquier persona pudiera comunicar o denunciar actos y hechos contrarios a la ley y/o a las normas internas de la empresa.
- Que la supervisión del funcionamiento se haya atribuido a un órgano competente con poderes autónomos de iniciativa y control. Este punto concreto, seguía los fundamentos de la ley de prevención del blanqueo de capitales y represión del terrorismo.
- Los autores materiales del hecho delictivo hayan distraído y burlado las medidas de control impuestas.
- El órgano directivo y el *compliance officer, criminal compliance officer* o cualquier otro nombre que se le haya atribuido al personal de control, no hayan omitido deliberadamente sus funciones de vigilancia y control.

La reforma del Código Penal del año 2015, obliga a tener en cuenta y hacer hincapié en la **concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, manifestando en los artículos 31 bis, ter, quater y quinquies, lo siguiente:

- *Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de delitos cometidos por sus dependientes cuando existe una infracción del deber de supervisión sobre los mismos sólo a los supuestos en los que el* ***incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter <<grave>>.***
  La existencia de ***un programa de prevención*** *(programa de compliance penal), que conlleve una reducción significativa del riesgo de comisión de delitos, es una* ***causa de exención*** *de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se prevén, además, de forma más detallada, cuáles son los requisitos que deberá cumplir ese modelo.*

- *Se prevé* ***la existencia de un órgano de supervisión y control*** *(compliance officer) del modelo de prevención implantado.*

- *Se extiende el régimen de responsabilidad penal a las* ***sociedades mercantiles estatales*** *que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*[74]

La Circular 1/16 de la Fiscalía, respecto a la responsabilidad penal de la empresa.

El día 26 de febrero del 2015, la Asociación de Compliance Officers (ASCOM) a la que pertenezco, organizó una interesante conferencia, cuyo ponente fue una de las fiscales encargadas de la redacción de la Circular 1/16, Doña Elena Prieto.

Dada la extensión de la conferencia, me voy a referir únicamente a los puntos más importantes de su exposición, dando las gracias a la Secretaría Técnica de la Fiscalía por el brillante trabajo realizado y por ir más allá del espíritu y contenido del artículo 31 bis y siguientes del código penal. También agradecer a ASCOM, su granito de arena.

La ponencia, comenzó con un relato conocido por todos y aprovechado por unos pocos como es, la imposibilidad de poder evitar delitos en la empresa al no poder estar presentes en el interior de las empresas y por tanto, llegar tarde, si es que se logra llegar, las dificultados de la investigación de los delitos cometidos por directivos y/o empleados de las empresas en España y no digamos en el exterior, la imposibilidad como Institución (fiscalía) de investigar al no dirigir la instrucción, entiende la figura del *compliance* como una oportunidad para que las empresas éticas, ejerzan su actividad de manera honrada y las peores o menos organizadas, cambien su cultura hacia un modelo de la autorregulación autorregulada.

Como no podía ser de otra manera, el modelo vicarial de transferencia de la responsabilidad es importado de EEUU, y que desde hace muchos años lleva llevando a cabo, si bien, y dada la experiencia, a diferencia de nuestro entorno, el Departamento de Justicia de los EEUU, ha tenido tiempo y a dedicado esfuerzo para estudiar los pros y contras del proceso de *criminal compliance*. En el año 1991, las *Sentencing Guidelines*, regularon una serie de pautas para el establecimiento de las penas, fijándose para la determinación del grado de implementación de los

74 Cfr. Artículo 31 ter y quinquies de Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por el que se modifica el Código Penal.

programas de cumplimiento de los modelos, del el tipo de acción ejercida, etc. En aquél entonces, la empresa siempre era responsable, por tanto, el aliciente para que las empresas implantaran los programas de compliance era escaso. Este hecho ocurrió también en España en el año 2010, al contemplar la reforma del código penal español una atenuante si la empresa ejercía un control sobre sus directivos ex ante del delito y con posterioridad al mismo, por tanto, no había premio para la empresa que se esforzara en implantar con carácter preventivo, una cultura de cumplimiento de prevención penal.

En el año 1999, y tras el escándalo de Enron, el Departamento de Justicia Norteamericano (DoJ) modificó su estrategia, y ello con objeto de minorar el riesgo reputacional de las empresas ante un posible incumplimiento de las normas, alcanzando acuerdos en los inicios de la investigación, a través de los DPA y MPA y sin esperar a una sentencia firme de la empresa.

Esta circunstancia que el DoJ llevó a cabo de manera inteligente, es imposible que ocurra en España, y ello por el diseño de nuestra norma procesal penal y administrativa. Veremos en el futuro, pero por ahora, los fiscales no pueden negociar una condena de la empresa en el inicio de la investigación. Por tanto, el sistema de los EE.UU, lo que buscó y logró en cierta medida fue, que la claridad regulatoria incentivara la aplicación de la norma, que existieran pocas diferencias entre la fiscalía y los Tribunales en la valoración de los programas de prevención y el predominio del principio llamado *Check the Box*.

El sistema español, desde la reforma del mes de julio del año 2015, permite eximir a la empresa de responsabilidad penal, teniendo ésta que probar una cultura de cumplimiento a través de la documentación existente y de las aplicaciones informáticas utilizadas, estableciendo como requisitos para apreciar la eximente:

- La existencia de un modelo de organización y gestión efectivo que incluya medidas para prevenir delitos.
- La implantación de la figura del *Compliance Officer.*
- Que los autores materiales del hecho hayan eludido fraudulentamente el modelo de supervisión y control.
- Que el *Compliance Officer* no haya omitido o ejercido ineficientemente su función de supervisión, vigilancia y control.

Por tanto, lo realmente importante para la fiscalía es la cultura de cumplimiento de la empresa, en dónde la comisión de un delito sea un accidente.

Contenido que todo protocolo de prevención de delitos debe contener para apreciar una eximente:

- La existencia de un mapa de riesgos penales. En España, el abanico de delitos que una empresa puede llegar a cometer es muy amplio, mucho más que el de los países anglosajones y europeos.
- Protocolos de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones, preocupándole a la fiscalía, no sólo la corrupción pública y privada sino también el delito de abuso de mercado e información privilegiada de acciones.
- Modelos de gestión de recursos financieros.
- Canal de denuncia. Respecto a la prohibición de la denuncia anónima y la confidencialidad de la denuncia exigida por la Agencia Española de protección de Datos, la fiscalía entiende que, después de haber mantenido distintas conversaciones y reuniones con la Agencia Española de protección de datos, aquella no entiende del porqué de tal exigencia, diciendo que espera sea modificada, ya que, no es lógica la postura, ni la Unión Europea ni los países de nuestro entorno exigen que las denuncias se interpongan de forma confidencial, y más aún, la fiscalía entiende que al propio sistema de –*whistleblowing*- hay que dotarlo de eficacia y seguridad y que no es coherente que la fiscalía y la Agencia Tributaria permitan la recepción de denuncias anónimas y que en las empresas no se permita el anonimato de las denuncias.
- Sistema disciplinario. La fiscalía es consciente de los problemas que tiene el empresario con los sindicatos en esta materia, si bien, entiende que es preciso establecer sanciones ante el incumplimiento de la norma, no especificando el método idóneo.
- Verificación periódica a través de las herramientas informáticas de cumplimiento normativo del modelo de prevención que dejen constancia del esfuerzo llevado a cabo por la empresa por cumplir la ley.
- Implantación en la alta dirección de una cultura de cumplimiento de la norma donde el delito sea un accidente.
- Favorecimiento de las investigaciones internas llevadas a cabo por la empresa. Estas darán lugar a la eximente de la responsabilidad de la empresa.

De la ponencia yo destacaría los siguientes aspectos:
Para que la fiscalía aprecie la eximente de la responsabilidad penal de la empresa en fase de instrucción y la empresa se libre de sentarse en "el banquillo de los acusados", la empresa deberá de demostrar, no sólo que su modelo de prevención penal cumple con los requisitos que exige el código penal, sino que la empresa,
cumple con la norma interna y la ley de manera amplia. Por tanto, la empresa no estará exenta de responsabilidad si por ejemplo una fábrica ha sido sancionada en vía administrativa por haber incumplido la norma medioambiental y posteriormente por un hecho distinto es investigada por la comisión de un delito, en este caso, tendrá que ser un juez el que decida, las personas de la empresa que han participado en el delito, si el protocolo de prevención penal es completo o incompleto, si los trabajadores lo conocen o lo desconocen, si se cumple en todo o en parte, y tras esta valoración del juez o Magistrado, decidirá en consecuencia. La cuestión está en determinar, si estamos en derecho penal o en derecho de cumplimiento, que, por ahora en España, esta especialidad del derecho no existe. Por tanto, la fiscalía entiende que ante la ausencia de cumplir con el derecho en general, la empresa es probable que sea acusada. A mi juicio me parece una barbaridad, en muchas ocasiones, la fiscalía no termina de entender los tremendos perjuicios que lleva consigo la imputación de la empresa, y especialmente si es investigada o acusada de un delito de blanqueo de capitales (bloqueo de cuentas, pérdida de la reputación, problemas en la financiación, problemas con inversores, socios y resto de *stackeholders*).

Respecto a la recompensa y protección de los denunciantes o *whistleblowers*, la fiscalía se hace tiempo que se puesto en contacto con la CNMV para valorar la aplicación del contenido del Reglamento de la UE 596/14 contra el Abuso del Mercado, sin que hasta la fecha tengamos nada concreto. Pues bien, si se le quiere dotar al principio estudiado de cierto recorrido es imprescindible que el *whistleblower* sea recompensado, más allá de los beneficios que la ley otorga (exención de responsabilidad penal) a aquéllas personas que denuncian hechos ilegales o irregulares en el seno de la empresa, es decir, es fundamental recompensar al delator con dinero, siempre y cuando el Estado perciba objeto del procedimiento sancionador una cantidad de dinero superior a los 300.000 euros.

Continuando con el Código Penal, el artículo 426 de la norma mencionada establece la excepción de la pena para el particular que

habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o promesa u otra retribución realizada por autoridad pública, colabore denunciando los hechos a la autoridad competente, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

4.4.7. El artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

De acuerdo con el artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia, **cualquier persona, física o jurídica, interesada o no, puede formular una denuncia de las infracciones de las conductas descritas en los artículos 1 a 3 de la Ley de Defensa de la Competencia**. Por tanto, el *whistleblower* constituye una de las principales fuentes de información para detectar infracciones de la normativa de la competencia.

El artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece que las denuncias deberán incluir, como mínimo, la siguiente información:

- Nombre o razón social, domicilio, teléfono y número de fax del /los denunciante/s y, en el caso de que éstos actúen por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efectos de notificaciones.
- Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, número de teléfono y de fax o cualquier otro medio electrónico pertinente de los denunciados.
- Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de estos así como definición y estructura del mercado relevante.
- En su caso, justificación de los intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

En relación a la exención del pago de la multa, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o persona física del pago de la multa que hubiere podido imponerle cuando: "*a) Sea la primera en aportar elementos de prueba, siempre y cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en el momento de aportarse aquellos, no disponga de elementos suficientes para ordenar la misma*"[75].

---

75 Artículo 65 de la LDC. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en la norma, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional

4.4.8. El artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales.

"La Agencia Española de Protección de Datos había tenido ya la ocasión de pronunciarse con respecto a la creación de sistemas de denuncias internas en las empresas en su Informe 128/2007, que fue emitido en respuesta a una consulta planteada por una empresa del ámbito farmacéutico que tenía la intención de implantar un sistema de *whistleblowing* en su seno. En este importante Informe, entre otras cuestiones, la Agencia analiza la habilitación o legitimación de la empresa para el concreto tratamiento de datos de carácter personal que implica el canal de denuncias y estima que, a falta de un consentimiento inequívoco del afectado o de una norma legal habilitadora —invoca la Ley del mercado de Valores como ejemplo no aplicable al supuesto analizado—, puede entenderse que existe habilitación para el tratamiento sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6.2 LOPD, donde se establece que no será necesario el consentimiento, entre otros supuestos, *«… cuando los datos de carácter personal (…) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento…»*. Por lo tanto, estima que podrán establecerse canales de denuncia con respecto a personas con los que la sociedad mantenga un **vínculo contractual de derecho laboral, civil o mercantil** y siempre que existiera pleno conocimiento por parte de las personas cuyos datos pudieran ser tratados. Además, la Agencia entiende que en todo caso sería preciso que el sistema *«… se circunscriba a las denuncias referidas a materias o normas internas o externas cuyo incumplimiento tiene una consecuencia efectiva sobre el mantenimiento de la relación contractual entre la empresa y el denunciado…»*, sin que resulte suficiente su establecimiento en relación con incumplimientos genéricos.

Especial mención merece la exigencia, según el Informe, de que se identifique siempre al denunciante (**prohibición de denuncias anónimas**), permitiendo sólo procedimientos confidenciales de denuncias, sobre la base de la exactitud e integridad de la información contenida en los sistemas. De esta manera, la Agencia Española de Protección de Datos va más allá, incluso contradice lo que había opinado el Grupo de Trabajo del artículo 29 en su Dictamen 1/2006 puesto que, pese a la preferencia por la confidencialidad, éste entendía que *«si la persona que informa al programa sigue queriendo permanecer en el anonimato, el informe se aceptará en el programa»*.

---

de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

En cuanto al derecho de acceso del denunciado y en relación con el tratamiento confidencial de la denuncia presentada, el Informe de la Agencia concluye que queda prohibido el acceso por parte del denunciado a los datos del denunciante, porque sería una comunicación o cesión de datos no amparada en los supuestos del artículo 11 LOPD.

Respecto al deber de información al afectado sobre la existencia del tratamiento de sus datos y sobre la posibilidad de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, la Agencia entiende que no deberá sobrepasarse en ningún caso el plazo de tres meses previsto en el artículo 5.4 LOPD, por tratarse de un supuesto en el que los datos no han sido recabados por el titular de los mismos".
En el **Anexo II,** presento fichero de canal de denuncia y como **Anexo III modelo** de contrato en materia de confidencialidad y protección de datos de carácter personal respecto al canal de denuncias de la empresa.

4.5. Estudio comparado de la regulación del *whistleblowing* en los ordenamientos jurídicos más representativos sobre la materia en el ámbito internacional.

4.5.1. La regulación del *whistleblowing* en las normas de los Estados Unidos de América. Desde la *False Claim Act* hasta la *Whistleblower Protection Act.*

Debido al sistema legislativo en los Estados Unidos de América, existen numerosas leyes estatales y federales que regulan la figura del *whistleblower,* su ámbito de aplicación, su protección y las recompensas que éstos perciben por denunciar hechos ilícitos en perjuicio del Estado, si bien, todas ellas persiguen un fin primordial, a saber, proteger la seguridad, la salud, las relaciones laborales, el medioambiente, los ahorros de los ciudadanos y las arcas públicas del país.

En los últimos 35 años, el Congreso de los Estados Unidos de América, con objeto de proteger a los *whistleblowers* y testigos de posibles represalias llevadas a cabo por parte del empleador o del Estado, incluyó esta figura, estudiada en 57 leyes federales y estatales de 18 Estados.

Los ciudadanos de los Estados Unidos de América son conscientes de la importancia que ha tenido en la lucha contra el fraude la *False Claim Act* y sus distintas modificaciones. Desde 1987 hasta el año 2010, el gobierno federal ha abonado en indemnizaciones la cantidad de 2.877.000 millones de dólares.

Las cuatro leyes *Qui Tam*, que regulan la entrega de incentivos económicos a los *whistleblowers*, son:

— La *False Claim Act*. La *FCA* es la más antigua de las leyes *Qui Tam*. Regula la posibilidad de entregar incentivos a los *whistleblowers* por la comisión de fraudes al Estado. Desde la promulgación de la ley mencionada en el año 1863, la norma ha sufrido dos modificaciones en los años 1943 y 1986. El motivo del porqué denunciar un hecho contrario a la *FCA* es el siguiente: todo ciudadano que tenga conocimiento de cualquier fraude cometido a las arcas del Estado, de buena fe y en consciencia –*doing the right thing*- podrá interponer una denuncia según el espíritu de la norma, debiendo estar el denunciante debidamente protegido y remunerado.

El alcance de la *FCA* es muy amplio, siendo el objetivo de la ley, evitar fraudes en cada uno de los Estados, protegiendo los servicios sociales, la educación, la defensa de la Nación, la justicia, etc.

Entre los años 2009 y 2010 el Congreso amplió el alcance de la ley hasta las empresas subcontratistas y empresas de *sponsor* que negociaran un contrato con cualquiera de los Estados. Lo que pretendió la ley es que todos los escenarios posibles estuvieran incluidos en la *FCA* para evitar que ni tan siquiera un céntimo de dólar fuera estafado al Gobierno.[76]

La sección 3729 (a)1 de la *FCA*, regula la responsabilidad de toda persona que, "siendo conocedor presente a un político o trabajador de los Estados Unidos de América o miembro de las fuerzas armadas del país mencionado una reclamación económica falsa. La sección 3729 (a)2 regula la responsabilidad de cualquier persona que siendo conocedor, falsifica estados financieros con objeto de reclamar al Estado una devolución o pago económico y la sección 3729 (a)3 regula la responsabilidad de cualquier persona que conspirando con objeto de cometer un fraude al gobierno llevando a cabo una fraudulenta reclamación permitida y abonada por el Estado.[77]

Inicialmente (1896), la *FCA* estableció que toda persona que supiera de un fraude cometido al Estado, con objeto de proteger los intereses de los Estados Unidos de América, podía interponer una denuncia explicando detalladamente los hechos fraudulentos. Si los hechos resultaban ser probados, el denunciado debía abonar el doble de lo defraudado al Estado, percibiendo el *whistleblower,* la mitad de lo que el Estado recaudara. Hasta que en el año 1940 el senador Howard, defendiera la *FCA* como "*el medio más seguro y expeditivo para que el defraudador sea llevado ante la justicia y responda por sus actos".*

---

76 KOHN, S.: "The whistleblower´s a step by step Guide to Doing What´s Right and protecting your Self". *Lyons Press*, págs. 63 y 64, 2011.

77 PAGE WEST, R.: "Advising the Qui Tam Whistleblower". GP Solo, pág. 2, 2009.

En 1940, el senador Howard calificó la *FCA* como "*el medio más seguro y expeditivo para que el defraudador sea llevado ante la justicia y responda por sus actos",* pero lo cierto es que durante los años 1940 a 1943, muy pocos procedimientos judiciales respecto a violaciones de la *FCA*, fueron tramitados por los tribunales de justicia de los Estados Unidos (menos de 50), lo que provocó que en la etapa del ex Presidente Ronald Reagan, un joven Senador llamado Chuck Grassely, liderara el cambio de la *FCA,* reestableciendo los derechos de los *whistleblowers* para interponer denuncias *Qui Tam.* La reforma llevada a cabo en el año 1986, introdujo una importante modificación en lo que se refiere a la recompensa recibida por el *whistleblower,* siendo ésta entre el 15 y el 25% de la cantidad recaudada por el Estado. A su vez, la reforma permitía que el denunciante "delator" pudiera, si el Estado renunciaba a su legitimidad para interponer denuncia ante los tribunales, interponer, ante la pasividad del Estado, denuncia en nombre de los Estados Unidos de América. En este supuesto, si los tribunales daban la razón al *whistleblower*, éste tenía derecho a percibir entre el 20 y el 30% de la cantidad recaudada por el Estado.[78]

La *FCA* también protege, frente a despidos y represalias, a todo trabajador que haya denunciado un hecho cometido en la empresa. Si el delator, fuera despedido por la empresa, (en Estados Unidos el despido es libre, por lo que la legislación laboral no diferencia entre despido procedente o improcedente), el trabajador amparado por la norma, tendría derecho a percibir el doble del salario dejado de percibir durante la tramitación del procedimiento, a ser reintegrado en su puesto de trabajo, daños y perjuicios y a los honorarios del letrado.

Los denunciantes que tuvieran conocimiento de cualquier fraude cometido al Estado percibirían entre el 10 y el 30% del dinero recaudado por el Estado, indemnización por daños y perjuicios y los honorarios profesionales del abogado.

— La Sección 406 del *Internal Revenue Services* (*IRS*). La *Qui Tam IRS Payment for Detection of Fraud*, incentiva y recompensa a los ciudadanos a que denuncien fraudes fiscales cometidos al Estado, violando el *Internal Revenue Code* (26 U.S.C. / 7263).
  La ley mencionada recompensa de la misma manera que la FCA, permitiendo que los *whistleblowers* obtengan una remuneración de entre el 10 y el 30% de todo el dinero recaudado producto de la sanción a los defraudadores.
— La Sección 21F de la *Securities Exchange Act* 15 U.S.C 78 u-6 La *SEC Qui Tam* incentiva a los ciudadanos a que denuncien fraudes relacionados con el sector financiero y con la normativa del

78 vid. Senador JACOB HOWARD: Discurso ante el Congreso de los Estados Unidos en 1940 respecto a la *FCA* qui tam: The safest and most expedition way I have ever discovered of bringing rogues to justice".

mercado de valores. A su vez, otorga incentivos por violar la *FCPA* ***(Foreign Corrupt Practices Act)***. Si gracias a la denuncia presentada, el Estado percibe, producto de la sanción impuesta, más de un millón de dólares, el *whistleblower* percibe, asimismo, un porcentaje de entre el 10 y el 30% del dinero recaudado por el Estado.

— La Sección 23 de la *Commodity Exchange Act Qui Tam 7U.S.C./23.* La Norma mencionada, otorga recompensas pecuniarias a toda persona cualificada que, a través de la denuncia, aporte información relacionada con una violación de la *Commodity Exchange Act* respecto a Comodities y futuros, siempre que el Estado cobre del defraudador una cantidad producto de la sanción superior a un millón de dólares, si es así, el *whistleblower* percibirá entre el 10 y el 30% de la cantidad recaudada.

— La *Dodd Frank Consumers Act.* El 22 de julio del año 2010, el por entonces Presidente de los EE.UU., Don Barack Obama, firmó una ley que prometía elevadas **recompensas** a personas individuales que informaran acerca de las violaciones de las leyes federales del mercado de valores, incluida la FCPA, a las autoridades (SEC, *Securities Exchange Commission*). Esta ley se denominó ***Dodd Frank Wall Street and Consumer Protection Act,*** y establece la posibilidad de obtener cuantiosas cantidades de dinero —entre el 10% y el 30% de la sanción impuesta—, siempre que la cantidad recaudada por el gobierno supere el millón de dólares americanos, y ello por reportar conductas fraudulentas, tales como información privilegiada, blanqueo de capitales, infracciones fiscales, así como otras violaciones de la *FCPA*, por empleados y competidores.

— La Sección 922 de la Ley *Sarbanes-Oxley* del 2003. La *SOX* establece procedimientos que permiten a los empleados de las grandes empresas denunciar hechos ilícitos, estableciendo mecanismos de protección del *whistleblower*, siendo las denuncias recibidas por el *compliance officer* (*CO*) o el *Ombudsman*, remitiendo el informe del *CO* al comité de auditoría. Es decir, desde el colapso de Enron se produjo, a través de la ley mencionada *SOX*, una criminalización del sector, obligando a toda compañía que cotizara en el mercado norteamericano a implementar internamente un canal de denuncia interna y/o externa que detectara fraudes en la empresa[79].

En el mismo sentido, la Sección 301 de la *SOX,* obliga a toda empresa que cotice en el mercado norteamericano, a implantar un procedimiento o canal de denuncias, a través del que los empleados puedan denunciar

79 MOBERLY, R.: "Sarbanes-Oxley's Structural Model to Encourage Corporate Whistleblower's". *Byu Law Review*. págs. 1107-1180, 2006.

anónimamente toda actuación irregular relacionada con la auditoría y la contabilidad de la empresa.[80]

La Sección 307 de la *SOX* obliga a la *SEC* a que adopte reglas con objeto de requerir a los abogados a que denuncien hechos contrarios a las leyes relacionadas con el mercado de valores, así como incumplimientos de las obligaciones fiduciarias que ostentan tanto el *CEO* de la empresa como el *Chief legal Counsel (CLC).*

La sección 401 de la *SOX*, exige a toda empresa que cotice en el mercado bursátil norteamericano, la publicación de la información relacionada directamente con la responsabilidad social y con el Buen Gobierno, concretamente obliga a informar:

- Acerca de la existencia o no de un código ético de conducta y,
- si dicho código ético es de aplicación no sólo a los trabajadores sino también a los directores de la sociedad, y en caso de no ser aplicable a éstos últimos, se precisa de una explicación por escrito de las razones o motivos de su no aplicación al *management d*e la empresa (*comply or explain*).
- A su vez, la *SEC*, en sintonía con la *SOX*, estable una serie de requisitos que los códigos éticos de conducta deben cumplir, siendo estos los siguientes:
  - Las compañías que tengan internamente un código ético, han de difundirlo y comunicarlo al director financiero y al resto del comité de dirección.
  - Las empresas deben explicar la importancia y el significado del código ético y a su vez, motivar a los empleados a cumplir el código ético y denunciar todo hecho ilícito e irregular ocurrido en la empresa.
  - Las compañías deben difundir su código ético a través de su propia página web, a través de las cuentas anuales o bien entregarlo en mano a todo empleado que lo requiera, sin coste alguno.

La NYSE, el NASDAQ y la AmEx (*American Stock Exchange*), se alinearon con la *SEC* y la *SOX*, en el sentido de exigir que toda empresa que quiera cotizar en el mercado bursátil, la publicación, en su página web, de su código ético. A su vez, el código ha de ser comunicado a todos los empleados (trabajadores y directivos) y reflejar que las denuncias han de realizarse de buena fe y serán recibidas y tramitadas por la persona

80 (15 U.S.C. SEC 78F(M)(4).

adecuada, quedando prohibidas las represalias en respuesta a las denuncias.[81]

Como he mencionado anteriormente, el denunciante de UBS en EE.UU. que delató a más de 4.500 personas de nacionalidad norteamericana con cuentas en la entidad bancaria, provocó una sanción al banco de 780 millones de dólares por parte de la *SEC* Norteamérica, y la entrada en vigor de acuerdos internaciones en materia fiscal entre el Reino Unido y Suiza, y entre ésta y Alemania, así como amnistías fiscales en diversos países europeos, obligando así al contribuyente irregular a regularizar su situación tributaria.

La *FCPA* prohíbe la toma de represalias en contra de los delatores. Los empleadores en ningún caso podrán despedir, amenazar o discriminar a los que aporten información a las autoridades. La ley permite a los delatores que las informaciones que aporten a las autoridades sean anónimas.

Desde la entrada en vigor de la *FCPA,* debido al escándalo *Watergate*, EE.UU. observó un incremento notable de denunciantes, obligando a las empresas a llegar a acuerdos con el Estado por valor de muchos millones de euros.

Como ejemplos, en el mes de junio del año 2010 el gobierno de los EE.UU. anunció acuerdos con distintas empresas por violación de la Ley; es el caso de Snamprogetti, empresa holandesa, por 365 millones de dólares, y Technip S.A., por valor de 338 millones de dólares.

La empresa Siemens pagó alrededor de 1.600 millones de euros a los gobiernos de EE.UU. y Alemania, como parte de un acuerdo llevado a cabo por la compañía con los dos países por violaciones de la *FCPA*. Si la denuncia la hubiera realizado un denunciante, habría percibido el 30% de la cantidad recaudada por los estados, que ascendió a 496 millones de dólares.

Respecto a la protección de los denunciantes, la ***Occupational Safety and Health Act*** (*OSH ACT)* es una de las numerosas leyes que protegen a los trabajadores contra las represalias por las denuncias presentadas por los trabajadores, y establece que las denuncias por discriminación deberán resolverse en un breve espacio de tiempo limitando el mismo a 30 días.

La norma hace incide en la obligatorio y necesaria comunicación a todos y cada uno de los trabajadores, así como del espíritu y la letra de la norma respecto a la protección y recompensa de las personas que

81 LEWIS & VANDEKERCKHOVE: "The content of whistleblowing procedures: a critical review of recent official", *Journal of Business Ethics*, págs 1-5, 2011.

actuando de buena fe y a sabiendas de los riesgos, denuncian a la empresa, a su superior directo, o al propio Estado por cometer un fraude.

La ley *OSHA*, con objeto de cumplir con uno de los principios elementales de las leyes, la transparencia, incluye o eleva los distintos programas explicativos a su página web, en la que los trabajadores de las empresas podrán obtener información respecto a sus derechos, así como del programa del *whistleblower.*

Códigos de Gobierno Corporativo en EE.UU.

- *Corporate Directors Guidebook. (ABA) (1978).*
- *Statement on Corporate Governance (BRT) (1997).*
- *Global Corporate Governance Principles (1999).*
- *Principles of Corporate Governance (2002).*
- *Ley para la protección de los inversores mediante la mejora de la exactitud y veracidad de las informaciones societarias realizadas conforme a las Leyes del mercado de Valores, y para otros propósitos. Ley Sarbanes - Oxley (SOX*).
- *Final NYSE Corporate Governance Rules (NYSE CG) (2003).*

Si bien existen códigos de Gobierno Corporativo en la gran mayoría de los países desarrollados y en algunos con tradición desde hace más de 20 años como es el caso del Reino Unido, lo cierto es que son pocos los códigos de Gobierno Corporativo en Europa que recogen o mencionan la figura del *whistleblowing*.

He realizado un estudio de los principales códigos de Gobierno Corporativo y el resultado es el siguiente:

4.5.2. El *Combined Code* y el deber de denunciar en el Reino Unido.

En Europa a excepción del Reino Unido, ha predominado la escasa incorporación del *whistleblowing* a las principales normas jurídicas y Códigos sobre Buen Gobierno Corporativo.

En el Reino Unido, los distintos códigos de Gobierno Corporativo son los siguientes:

- *Cadbury Report*: Report of the *Financial Aspects of Corporate Governance* (1992), elaborado por Sir Adrian *Cadbury*, a instancia del Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y las principales firmas de auditoría.
- *Greenbury Report*: *Study Group on Directors Remuneration,* elaborado por Sir Richard *Greenbury* (1995).
- *Final Report*, conocido como *Hampel Report*, publicado por el *Comittee on Corporate Governance*, presidido por Sir Ronnie (Enero de 1998).

- *The Combined Code*: *Principles of Good Governance and Code of best practice*, elaborado por el *Committee on Corporate Governance* de la Bolsa de Londres (1998).
- *Hermes Investments Management* (*Statement on Corporate and Voting policy*), (Julio 1998).
- *Código Turnbull. Institute of Chartered Accountants in England and Wales: Internal Control: Guidance for Directors on the Combined Code,* (conocido Como *Turnbull Report*; Septiembre 1999).
- *The National Association of pension funds*, (*NAPF*) *(Corporate Governance Pocket Manual*, 1999).
- *Higgs Review* (20 de Enero 2003).
- *Smith Report, Audit Committiees: Combined Code Guidance*. (20 de Enero 2003).
- *The Stewardship Code* (2011).

La Ley *PIDA* de 1998 usa las expresiones *qualifying disclosure, relevant failures y protected disclosure.* La primera se refiere a toda información legal revelada respecto a la que el trabajador tiene el perfecto conocimiento de querer informar en relación a fallos relevantes cometidos dentro de la empresa como:

a) Que el delito criminal se va a cometer, se está cometiendo o se va a cometer.
b) Que la persona en cuestión está a punto de cometer una infracción legal, que la está cometiendo o que la ha cometido.
c) Que por la denuncia falsa presentada, es posible que pueda producirse un error judicial, que se esté produciendo o que se haya producido.
d) Que la salud o la seguridad de cualquier ciudadano esté en peligro, pueda estar en peligro o que haya estado en peligro.
e) Que el medioambiente esté o pueda estar en peligro.

La Ley se refiere a una información otorgada por un trabajador en relación a un hecho contrario a la ley cometido por su jefe u otro empleador de la compañía siempre que:

- El trabajador realiza la denuncia de buena fe.
- El trabajador tiene perfecto conocimiento de que el contenido de la denuncia presentada es cierta en su totalidad.
- Que no presenta la denuncia por revanchas o envidias personales.
- Tiene conocimiento de las condiciones de la presentación de la denuncia y,
- entiende razonable y necesaria la presentación de la denuncia.

Por tanto, los empleados estarán protegidos en todo el momento y en todo el proceso siempre y cuando actúen de buena fe.

Otros trabajadores como, subcontratistas, también deberán de pasar el test obligatorio de que la denuncia presentada ha sido basada en la confianza y certeza de que lo denunciado es del todo cierto.

El Código de Gobierno Corporativo "*Combined Code"* establece, en su recomendación C.3.5., que el Comité de Auditoría deberá revisar los procedimientos a través de los que los empleados de la empresa podrán de manera secreta, denunciar todo acto irregular, todo acto contrario a la norma financiera y otros actos. El Comité de auditoría deberá verificar que los procedimientos y controles se han ejecutado para que en el supuesto de que se produzca un acto irregular, las investigaciones se lleven a cabo de manera proporcionada e independiente. [82]

4.5.3. La escasa cultura respecto al *whistleblowing* en Francia.

Los códigos de Gobierno Corporativo en Francia con respecto a la cultura del *whistleblowing* han sido muy escasos, siendo los principales :

- *Le Conseil d´Administration des Societés Cottés* conocido por *Informe Vienot I* (1995), elaborado a solicitud de la Asociación Francesa de Empresas Privadas (*AFEF*) y del Consejo Nacional del Empresariado Francés (*CNPF*), presidido por Marc Vienot. La Asociación Francesa de Empresas Privadas y del Movimiento de Empresas de Francia (*MEDEF*), encargó nuevamente al profesor VIENOT la redacción del *Informe Rapport du Comité sur le Gouvernement d´enterprise,* Informe del Comité sobre el gobierno de empresas conocido por Informe Vienot II (1999).
- *Le Code de Gouvernement D`enterprise des Sociétés Cotées* aprobado en el año 2003 por la *Association Française des Enterprises Privés* (*AFEP*) y por *Mouvement des Enterprises de France* (*MEDEF*).
- *Recomendations sur le gouvernement d´enterprise* aprobadas en el año 2004 por la *Association Française de la Gestion Financière (AFG).*

En Francia la figura del *whistleblower* es regulada y reconocida por la *Commission nationale de l'informatique des libertes* (*CNIL*), que sería como nuestra ley de Protección de Datos de Carácter Personal. La *CNIL,* regula la figura del *whitleblowing*, en el seno de las empresas y corporaciones que operan exclusivamente en Francia. Las empresas que establezcan canales de denuncia interno deberán: - Comunicarlo y recibir autorización de la *CNIL*, a través del formulario AU-004. Inicialmente, la *CNIL* únicamente autorizaba la implementación de los canales de denuncia a los casos de contabilidad fraudulenta, auditoría, irregularidades financieras y prácticas de corrupción como sobornos y conflictos de interés. El 30 de enero del año 2010, la *CNIL,* amplió las restricciones iniciales, permitiendo denunciar por hechos de acoso,

82 *Financial Reporting Council, 2010.*

abuso, salud e higiene, seguridad y protección del medioambiente, mencionando la ley la expresión "motivos legítimos" para la presentación de la denuncia.

Respecto a la confidencialidad de la denuncia, históricamente la *CNIL*, ha entendido que, el anonimato de la denuncia podía ser un elemento peligroso en las empresas. Desde el 30 de enero del año 2010, su postura ha sido modificada, manifestando que las organizaciones no pueden prohibir a las empresas, recibir denuncias de manera anónima si bien, deberán recomendar a sus empleados que la denuncia se lleve a cabo de manera confidencial.[83]

4.5.4. La denuncia de hechos irregulares en el sector financiero en Holanda y su inclusión en el Código de Gobierno Corporativo.

Los informes o Códigos de Gobierno Corporativo en Holanda son:

- *Informe Peters: Informe sobre el Gobierno Corporativo: recomendaciones para el Gobierno Corporativo*" Junio 1997.
- *Principios de buen Gobierno Corporativo y disposiciones de mejor práctica.* 2003.

La sección II.1.7 del *Código Tabaksblat, Código de Gobierno Corporativo del año 2003*, recomienda a las empresas cotizadas que incorporen procedimientos de denuncia interna –*whistleblowing*- con objeto de que cualquier trabajador pueda denunciar unos hechos ilegales o contrarios al código ético. El Presidente del Consejo de Administración o a una persona experta en la materia con funciones delegadas, será la persona encargada de tramitar la denuncia.

4.5.5. Deficiente tradición en Alemania en denunciar hechos irregualres cometidos en el seno de la empresa.

Los distintos códigos de Gobierno Corporativo en Alemania no hacen mención a la figura del *whistleblowing,* siendo éstos los siguientes:

- *Die Corporate Governance Grundsatze für börsennotierte Gesellschaften (2000).*
- *Bericht der Regierungskomission Corporate Governance* (2001). *Baums Comisión* report, elaborado por Theodor Baums.
- *German Code of Corporate Governance (GCCG; 2002), elaborado por el Berliner Initiativkreis*
- *Informe Cromme* (2002 y 2003), elaborado por Gerhard Cromme (Presidente del Consejo de Vigilancia de ThyssenKrupp AG. Producto del Informe *Cromme*; destacamos la Ley para la Reforma del Derecho de sociedades anónimas y contable, a favor de la

83 PROUST, O.: "CNIL Amends legal framework for whistleblowing schemes in France", pág. 3, 2014.

Transparencia y publicidad en la información *Gesetz zur reiteren Reform des Aktien und Bilanzrechts zu Transparenz und Publizität o TransPug* de 19 de julio de 2002).

En el ordenamiento jurídico alemán, no aparece un deber específico de denunciar hechos contrarios a la ley, excepto en el sector financiero y bancario donde sí que se establece una especial obligación de denunciar hechos de información privilegiada -*insider trading*- que afecten a la manipulación del mercado. De la misma manera la ley de represión el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, recoge una obligación legal a los sujetos obligados, de denunciar al regulador hechos sospechosos relacionados con el blanqueo de capitales.

4.5.6. Inexistencia del deber de denunciar en la empresa según la normativa italiana, belga y griega.

Italia. Los códigos de Gobierno Corporativo son:

- *Rapporto sulla societá aperta*, elaborado por la Asociación Disiano Preite (1997).
- *Testo unico* delle *disposizioni in materia di* intermediazione financiaría. 1998. Revisado en el 2003.
- *Rapporto e Codice di autodisciplina* (1999), elaborado por el *Comitato per la Corporate Governance delle Societá Quítate,* informe presidido por el Presidente de la Bolsa italiana, Stefano Preda.
- *The Draghi Law.*

Las normas y recomendaciones de los distintos códigos de Gobierno Corporativo, no hacen mención al *whistleblowing.* Poca literatura se ha escrito sobre esta figura y no existe norma específica que se refiera al *whistleblower* y a su protección, si bien, el Decreto 161/2001 hace referencia de manera indirecta a la protección del denunciante cuando en su articulado manifiesta que todo trabajador que denuncie unos hechos irregulares en la empresa, no podrá ser despedido, ni ser objeto de represalias ni sufrir discriminación directa o indirecta.

Si un acto de los mencionados ocurriera, la persona agraviada deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades (*Public Service Department*).

A su vez, el artículo 54 del Decreto 161/2001, regula la confidencialidad de la denuncia respecto a la identidad y secreto del denunciante, a no ser que el mismo preste su consentimiento, estableciendo la excepción en los casos en los que el proceso de denuncia exceda del ámbito de la empresa.[84]

84 CARINCI M. T.: "Whistleblowing in Italy: rights and protection for employees". http://csdle.lex. Unict.it

Bélgica. En Bélgica, el Código de Gobierno Corporativo para las sociedades cotizadas se denomina Informe *Cardón* (1998) y no incorpora en sus recomendaciones la figura del *whistleblowing*, que a su vez no es una figura con largo, medio ni corto recorrido. La figura estudiada no ha sido regulada de manera específica, si bien, la persona que quiera denunciar unos hechos deberá de atenerse a la legislación de protección de Datos y a los principios relativos a la privacidad y secreto de los datos personales.

Grecia. En Grecia, el código de Gobierno Corporativo se denomina Informe *Mertzanis* (1999). El mencionado Código no hace referencia alguna al *whistleblowing,* que tiene una nula aceptación por parte de los poderes legislativo y político, a pesar de los graves escándalos de corrupción existentes en el pasado. Sin embargo, la ciudadanía está dispuesta a denunciar a sabiendas de los riesgos y posibles represalias.[85]

Comisión Europea

- *Informe Winter I: Marco regulatorio moderno para el derecho de sociedades europeas (2002).*
- *Informe Winter II (2002).*
- *Libro Verde "La normativa de Gobierno Corporativo de la Unión Europea, de 5 de abril de 2011.*

4.5.7. Un cambio cultural desde la crisis y presiones internacionales respecto al *whistleblowing* en Suiza.

El siglo XXI viene caracterizado por el crecimiento de manera significativa de escándalos financieros a nivel internacional.

Debido al desarrollo de la crisis financiera en el año 2008, se han dejado entrever un abanico de malas prácticas en las organizaciones y en el sector público. Poco control y muy escaso seguimiento de las políticas de cumplimiento normativo han sido una de las consecuencias de la crisis económica.

Como consecuencia de la pérdida de confianza de los inversores debido a la ausencia de un código de buenas prácticas, el gobierno suizo empezó a tomar ciertas medidas de calado impositivo, siendo una de ellas la implantación de un mecanismo mediante el que puedan denunciarse hechos sobre violaciones del código ético y las leyes.

No podemos dejar de mencionar, el elevado número de entidades financieras a las que se les ha impuesto importantes sumas de dinero

85 www.Transparency.org/2013/05/08/ whistleblowing-in-Greece-an-alternative-to-silence.

por quebrantar la ley, especialmente la ley de prevención del blanqueo de capitales.

Casos como los de Rudolf Elmer, ex empleado del banco Julius Bär en las Islas Caymán, Bradley Birkenfeld, ex UBS en los EE.UU, o uno menos conocido como Hervé Falciani, ex HBSC, han provocado una nueva reflexión legislativa sobre la problemática inherente al sistema financiero suizo. En el primer caso, Rudolf Elmer fue condenado por el Tribunal de Zúrich por violación del secreto bancario, ya que dicho Tribunal consideró, que él formó parte del sistema bancario durante varios años, y que el móvil de su denuncia fue su despido más que la lucha contra la evasión fiscal de su institución. Del otro lado del Atlántico, Bradley Birkenfeld fue investigado por el *Internal Revenue Service,* con el cual decidió colaborar a cambio de importantes beneficios.

La resolución de los dos casos fue totalmente opuesta. En Suiza, Rudolf Elmer obtuvo una condena y multa por su denuncia, mientras que Birkenfeld, en los EE.UU, obtuvo una condena de 40 meses de prisión, que terminó con arresto domiciliario y con una recompensa de 104 millones de dólares.

Proyecto legislativo en Suiza

Suiza se caracteriza por ser uno de los países en los que todavía no se ha regulado legislativamente la necesaria protección de los denunciantes. El proyecto comenzó a finales de 2003 por medio de los políticos Remo Gysin y Dick Marty. Su misión consistía en presentar al Consejo Federal un proyecto de ley que garantizara la protección de los denunciantes contra los despidos injustificados y otras discriminaciones. La moción fue aprobada por las dos Cámaras en 2005 y 2007, respectivamente y el Consejo Federal empezó a trabajar en el proyecto de ley. El periodo de consultas finalizó el 14 de enero de 2011.

En la actualidad, no existe ninguna norma que regule el *whistleblowing* si bien, es importante recalcar que a través del *Swiss Labour Code*, toda persona que sea despedida a causa de una denuncia interpuesta, tendrá derecho a que la empresa le abone su salario completo durante un periodo de seís meses desde su despido hasta la sentencia.

En el sector público, y siguiendo la normativa del *Federal Personel Act*, todo empleado de la empresa pública, podrá denunciar internamente a través de correo electrónico, llamada de teléfono o ante la autoridad, la *Swiss Federal Audit Office* (*SFAO*), de manera confidencial o anónima, ante la propia empresa o ante los tribunales de justicia.[86]

---

86 http://www.efk.admin.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=223&Itemid=238&lang=en

La vía media que se ha encontrado entre el interés de la colectividad a que los actos ilícitos fueran denunciados y el deber de fidelidad con el empleador. Así, según el proyecto de ley, el denunciante será protegido, siempre que informe primero a su empleador. Esto significa que una vez conocido el ilícito, el denunciante debe dirigirse única y exclusivamente a los niveles jerárquicos de su institución. En segundo lugar, en caso de inacción del empleador durante el plazo razonable, el denunciante puede dirigirse a las autoridades competentes. Finalmente, si la autoridad no actúa en un plazo razonable, el denunciante puede hacer pública su denuncia a través de los medios de comunicación. [87]

De esta manera, el proyecto de ley trata de prevenir el despido injustificado, y otras formas de discriminación contra el denunciante. Además, de examinar si la sanción existente contra el empleador que despide abusivamente a su empleado es suficiente, en caso contrario, considera la posibilidad de fortalecer las sanciones.

4.5.8. El Código de Gobierno Corporativo en Sudáfrica, *King Report* y su influencia en el *whistleblowing*.

El movimiento del Gobierno Corporativo en Sudáfrica tiene un largo recorrido y gran importancia, sobre todo tras la promulgación de la *SOX* en EE.UU y la crisis financiera mundial. Los expertos en la materia y el propio gobierno de la nación, han considerado imprescindible regular a través del principio "*apply or explain*" el movimiento estudiado, incorporando el Código de Gobierno Corporativo -*King Report III*-, una cultura ética en el Consejo a través de la aparición de la figura denominada *Lead Independent.*

Los Códigos de Gobierno Corporativo son los siguientes:

- *King Report on Corporate Governance 2002.*
- *South African Corporate Governance Code King II Report.*
- *King Report III on Governance 2009.*

El *Whistleblowing e*n Sudáfrica:

El *whistleblowing* en Sudáfrica, hace su aparición en 2009 a través del *King Report III,*[88] y de manera más específica se encuentra regulado en la "*Protected Disclosues Act"* (*PDA*), vigente desde febrero del 2001. El preámbulo de la *"Protected Disclosues Act*" manifiesta intención e interés por afianzar la cultura del *whistleblowing* por parte de los empleados de la empresa y respecto a posibles conductas criminales e irregulares que puedan ocasionarse en el centro de trabajo, utilizando como medio, la formación continua y con el objetivo de que toda persona que decida denunciar hechos contrarios a la ley o al código ético, está protegida de represalias internas o externas. El legislador entendió que el

87 Vid. Informe acerca del *whistleblowing* KPMG 2013.

88. *King Report III*, Principle 3.5, 2009.

whistleblowing era el mejor medio posible para luchar contra las conductas irregulares en los órganos del Estado y en empresas privadas.

Por ello, la Sección 1 de la ley mencionada recoge la protección del empleado ante los abusos que pudiera llegar a cometer el empleador a causa de haber denunciado a través de un canal denuncia o a través de cualquier otro método una conducta irregular.

Entidades responsables:

En Sudáfrica, las entidades principales encargadas del tratamiento de las denuncias internas son: el "*Public Protector*" y el "*Auditor-General*". Ambos, se caracterizan por ser órganos nacionales con amplias funciones y responsabilidades. El "*Public Protector*" se caracteriza por ser independiente del gobierno y es designado por el Parlamento. Entre sus facultades están las de investigar, recomendar acciones sancionatorias, emitir informes, deficiente administración, deslealtad en relación con fondos públicos, etc.

El *Auditor General*, es un cargo de carácter independiente al gobierno, designado por el Presidente y cuyo objetivo principal consiste en llevar a cabo una gestión controladora de las instituciones con objeto de evitar la corrupción.

Conductas denunciables:

La sección 1(i) de la *PDA* describe la mala conducta, como cualquier conducta de un empleador o de un empleado que demuestre o tienda a demostrar de forma real o probable alguno de los siguientes hechos: 1. Ilícito o criminal. 2. El incumplimiento de una obligación legal; 3. Error judicial; 4. Peligro a la salud o seguridad de las personas; 5. Daño al medio ambiente; 6. Discriminación injusta; o 7. El ocultamiento deliberado de información relevante.

La sección 1(IV) de la *PDA* define estas conductas como "incorrecciones" y serán consideradas como independientes de si ocurren dentro del territorio de la República de Sudáfrica o en otro país, estableciéndose así la aplicación extraterritorial de esta ley. Además la conducta como incorrección aún si con respecto a ella es aplicable la legislación extranjera.

Tramitación de la denuncia.

La *PDA* señala cinco clases de personas o entidades ante las que presentar una denuncia y cinco vías diferentes para interponerla denuncia, cada una de ellas con sus requisitos sustanciales y procedimentales.

4.5.9. La necesaria protección del *whistleblower* en Canadá. Una aproximación a la Ley *Sarbanes-Oxley*.

Canadá ha seguido la estela de la *SOX*, hasta tal extremo que el código de Gobierno Corporativo se denomina *C-SOX*.

La Ley que regula el *whistleblowing e*n Canadá es la *Public Servants Disclosure Act (PSDPA*). A través de la oficina de Integridad del Sector Público, *Office of the Public Sector Integrity Commissioner of Canada* (*PSIC*), toda persona que trabaje en el mismo puede denunciar hechos irregulares cometidos en el puesto de trabajo. A su vez, establece mecanismos de protección a los denunciantes y a aquellas personas que hayan colaborado en la investigación. Lo novedoso de la norma es que establece un Tribunal específico para juzgar hechos contrarios a la *PSDPA.*

4.5.10. La no obligación de denunciar en China a excepción de hechos ilegales relacionados con el blanqueo de capitales.

Como consecuencia de los serios problemas que tuvo China por los diversos casos de corrupción -contrarios a la normativa anti soborno internacional y, especialmente, contrarios a la norma *FCPA*- el régimen chino se vio obligado a legislar y regular, en las empresas y en el sector público, el procedimiento de *whistleblowing* con objeto de prevenir hechos corruptos e irregulares.[89]

China está modificando su sistema global de Mercado, en el sentido de que, en los últimos años podemos observar un interés en adaptar su sistema societario y de Gobierno Corporativo a los sistemas estadounidense y británico, entendiendo como muy positivo el hecho de que las sociedades que operen en el mercado chino lleven a cabo importantes estándares de Gobierno Corporativo, con el fin de atraer inversores institucionales e inversores extranjeros. Para ello parten de la necesidad de realizar una adecuada elección de administradores y consejeros de las grandes sociedades, así como de reforzar el control de los derechos de los accionistas minoritarios. Siguiendo el sistema societario Anglo-Americano entiende necesario reducir la participación accionarial que ostenta en las grandes empresas, ya que las acciones de las sociedades cotizadas deben estar en manos de accionistas interesados en un buen funcionamiento de la empresa y por tanto en un alta rentabilidad.. Entendemos que la reforma operada por China es acertada, abandonando los estrictos estándares comunistas en aras a la transformación en una economía de mercado.[90]

4.5.11. Australia y la influencia del *Common Law* respecto al *whistleblowing.*

En Australia, el Gobierno Corporativo y el cumplimiento normativo – *compliance-,* han sido dos movimientos con una fuerte tradición, a cuyo estudio han dedicado mucho tiempo y esfuerzo numerosos profesores universitarios.

Los códigos de Gobierno Corporativo son:

---

89 LOMAS, P. and KRAMER, D.: “Corporate Internal Investigations”. Oxford, págs: 494-495, 2013.

90 MILES, L.: "The implications of the state´s majority shareholder on corporate governance in China". pág. 1/4. Sweet & Mawwells company law newsletter

- *Corporate Law Economic Reform Program Act 2004.*
- *Corporate Reporting and Disclosure Law.*
- *ASX Corporate Governance Council 2014.*

El *whistleblowing* en Australia viene recogido en las recomendaciones de la *Australian Securities Investments Commission*, conteniendo el índice del documento: "Denunciar hechos importantes, cómo nos pondremos en contacto contigo, quién es un *whistleblower*, la protección del *whistleblower* reconocida por ley y qué tratamiento se le da a la información y documentos recibidos".[91]

4.5.12. El Gobierno Corporativo y el *whistleblowing*, una realidad creciente en ciertos países de América Latina.

En la actualidad, el Gobierno Corporativo en Sudamérica está en constante evolución y tiene vital importancia en la eficiencia del sistema financiero. Los inversores entienden que el grado de impulso del movimiento del Gobierno Corporativo en la empresa es determinante para invertir o no invertir en una sociedad cotizada.

Alrededor del 80% de los inversores, entienden que el Gobierno Corporativo es un dato a tener muy en cuenta en sus políticas y criterios de inversión, principalmente por la transparencia y seguridad en la inversión a nivel nacional e internacional. Cuánta más transparencia en la información y seguridad en el accionista demuestre la sociedad cotizada, mayor será la confianza de los inversores en el mercado, siendo el Gobierno Corporativo, fundamental para la sostenibilidad y crecimiento de las empresas.

El Gobierno Corporativo está presente en la gran mayoría de los países de América Central y Sudamérica. El Banco de Desarrollo de América Latina (*CAF*), es uno de los mayores promotores del Gobierno Corporativo en la empresa pública estatal junto con la OCDE.

Respecto a la figura del *whistleblower* y bajo recomendación de la OCDE -concretamente por la OCDE *Anti Bribery Convention* del año 2013- Colombia organizó, el citado año, *The Latin American meeting on private sector against the fight against corruption.* El objetivo fundamental de la convención fue establecer políticas de *whistleblower* y la protección de éste en el sector privado, la promoción de las políticas de cumplimiento de la norma –*compliance*- en la empresa, la ética, los códigos de conducta y la integridad. A su vez, se discutió acerca de la responsabilidad de la empresa en casos de corrupción internacional, el establecimiento de sanciones consistentes en multas pecuniarias y comiso, pérdida de beneficios fiscales, suspensión de licencias, así como inhabilitaciones para poder ser nombrado administrador, llegando incluso hasta la disolución de la empresa.

Por tanto, países como Argentina, Brasil, Chile, Méjico y Colombia, siguiendo a la OCDE, se han comprometido a luchar contra la corrupción a través de la implantación de programas de prevención, instaurando una

91 http://asic.gov.au/for-business/running-a-company-officeholder-duties/whistleblowers-and-protection

cultura de cumplimiento normativo en el sector privado, así como sanciones en caso de incumplimiento[92].

En Sudamérica pueden diferenciarse dos rangos respecto al Gobierno Corporativo y al *whistleblowing*, si bien, respecto al último, el estudio se va a centrar en Brasil.

Países de primer rango.

Brasil. Tercer posicionamiento en materia de Gobierno Corporativo, si bien es vanguardista en lo referente a exigir prácticas corporativas escalonadas a sus emisores. En el año 2002, se promulgó el código denominado *"Recomendaciones da CVM sobre Governanza Corporativa".*

Méjico. Cuarto posicionamiento en materia de Gobierno Corporativo. Posee un Código ético de valores.

Argentina. Mayor desempeño de Latinoamérica en materia de Gobierno Corporativo. El Instituto Argentino para el Gobierno Corporativo (IAGO) promueve el Gobierno Corporativo a través de programas de formación para directivos en relación a los principios del Gobierno Corporativo. El IAGO trabaja con las 300 empresas más importantes de Argentina.

Chile. Segundo posicionamiento en materia de Gobierno Corporativo en Latinoamérica. La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) elaboró, en 2012 y movida por la autorregulación en las empresas, la Norma de Carácter General N° 341, de mejora del Gobierno Corporativo en Chile. El objetivo principal de esta normativa fue mejorar la transparencia y la

---

92 OCDE. *Good practice, guidance in internal control, ethics and compliance.*

CAF, banco de desarrollo de América Latina. Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado, 2010.

La OCDE en su informe "Gobierno Corporativo en América Latina. La importancia para las empresas de propiedad estatal, 2010.", manifiesta textualmente que el movimiento del Gobierno Corporativo en las empresas en Latino América lo que pretende es: "*Maximizar la posición de liderazgo de la Empresa Pública Estatal, mantenimiento de la perspectiva empresarial de largo plazo, alcanzar los objetivos de la empresa de forma eficiente, procesos y estructuras para la toma de decisiones más claras, una mayor transparencia y administración más estables, una eficiente administración de los conflictos de interés y de la auto-contratación, mejora de las prácticas sociales y ambientales, Balance entre los resultados económicos y sociales, mejora de las relaciones públicas y con medios de comunicación, Reducción de la presión tanto del interés público como de las organizaciones de supervisión, mejor desempeño económico a largo plazo, Aumento de la competitividad, mejor acceso al mercado de capitales, acceso a capital global, atraer todo tipo de inversionistas, facilita el cumplimiento normativo, mejora de las relaciones con los accionistas minoritarios, fortalece la comunicación con los grupos de Interés*".

El informe de la consultora Mckinsey detalla cómo de involucrados están los países de Latino América respecto al Gobierno Corporativo, dividiendo el informe en países de primer rango y en países de segundo rango.

información respecto a las prácticas de gobierno corporativo con que cuentan las sociedades, permitiendo a los diversos actores del mercado conocer y evaluar cómo dichas sociedades están abordando distintos aspectos relacionados con la gobernanza de las sociedades. [93]

Uruguay. El país mencionado defiende que la difusión y el fortalecimiento de los principios de Gobierno Corporativo, son prioritarios para el sector privado y público. Utilizan como Código ético, los principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.

Perú. Ha otorgado una enorme importancia al buen gobierno de las empresas a través de los "Principios de Buen Gobierno de las sociedades peruanas. 2002".

Colombia. Desde 2009, viene realizando grandes esfuerzos por implantar el Gobierno Corporativo y las prácticas éticas. Posee un Código Ético de Valores.

Venezuela. El país con menos desarrollo ha llevado a cabo en lo concerniente a Gobierno Corporativo.

Panamá. En Panamá, el movimiento de Gobierno Corporativo está en vías de desarrollo, habiéndose creado, en 2008, el Instituto de Gobierno Corporativo (*IGCP*).[94]

Países de segundo rango.

Costa Rica. La implementación del Gobierno Corporativo en Costa Rica es muy reciente. El Instituto de *Gobierno Corporativo (IGC),* realiza importantes esfuerzos en la lucha por la transparencia y lleva a cabo procesos para controlar al *Management.*[95]

Bolivia. El *CAF* (Banco de Desarrollo de América Latina) está trabajando para implantar unos principios sólidos en materia de Gobierno Corporativo.

Honduras. Está poco desarrollado, limitándose a las Políticas y procedimientos de Gobierno Corporativo.

Paraguay. Poco implementado, no tiene código ético de buenas prácticas.

Guatemala. Poco implementado, no tiene código ético de Gobierno Corporativo.

---

93 Vid. Norma de Información sobre Prácticas de Gobierno Corporativo en Chile, RODRIGO GARCÍA, Enero 2014.
94 *www.**caf**.com/es/lineamientos-**gobierno-corporativo***
95 *www.igc-costarica.org/*

Rep. Dominicana. No tiene Código de buen gobierno corporativo[96].

Respecto al *whistleblowing* y la protección del *whistleblower* en Latino América, La ley *OAS Model Law*, con objeto de regular la protección de los *whistleblowers* y testigos, respecto a actos corruptos, establece una serie de parámetros para intentar conseguir que el *whistleblowing* sea un proceso efectivo.

Países como Perú poseen leyes específicas de protección a los *whistleblowers*. Otros como Méjico no poseen específicas normas de protección si bien, ciertos estándares de protección vienen recogidos en la ley laboral y penal. Países con menos desarrollo, como Bahamas, Trinidad y Tobago y Nicaragua, no poseen ninguna norma que proteja a los *whistleblowers*.[97]

El *Whistleblowing* en Brasil.

a.- Organismos reguladores.

Brasil cuenta con un número importante de autoridades administrativas que se encargan de controlar e investigar tanto a las compañías como a sus empleados y directivos.

Los organismos oficiales más relevantes son la BACEN (Banco Central Do Brasil) y la CVM (Comissao de Valores Mobiliarios).

El BACEN, tiene como misión principal, por un lado asegurar la estabilidad de la moneda de Brasil, el Real Brasileño y por otro, establecer un sistema financiero nacional totalmente sólido.

Las corporaciones supervisadas por el BACEN son: entidades bancarias, sociedades de inversión, sociedades de ahorro e inversión, etc.

La CVM es una agencia administrativa, dependiente del Ministerio de Finanzas y cuya misión principal es regular, desarrollar, controlar las acciones y los bonos que se encuentran en el mercado de valores.

Por otro lado, existen otros Organismos oficiales administrativos que han adquirido mucha relevancia como el Conselho de Controle de Actividades Financeiras (COAF), cuyo función es controlar e investigar actividades sospechosas reportadas por el mercado -BM&FBOVESPA y BM&F-.

Otro organismo que hay que tener en cuenta y que forma parte de los cuerpos de control de las autoridades administrativas de Brasil es el CADE (Superintendencia General del Conselho Administrativo de

96 *Investors Opinión Survey*. Mckinsey & Co. Ed. 2002.

97 *Summary Report of the Latin America Meeting on private Sector Responsibility in the Fight against Corruption*, Bogotá, 7-8 marzo 2013.

Defensa Econômica), equivalente a nuestra CNMC, cuya misión principal es controlar e investigar cuestiones de competencia, sancionando los cárteles que puedan surgir en la manipulación de los precios y del Mercado.

Aparte de las autoridades administrativas mencionadas, Brasil cuenta con un número muy elevado de organismos que controlan el buen funcionamiento, el desarrollo, la estrategia y el gobierno tanto de las compañías privadas como las públicas.

En la última década, Brasil ha trabajado de manera intensa con un número importante de organismos internacionales, encargados de supervisar, controlar y sancionar el blanqueo de capitales y las actividades y/o operaciones relacionadas con inversiones y valores negociables, lo que denominados información privilegiada *Insider Trading*.

b.- *Whistleblowing*/denuncias corporativas/Protección de datos

La normativa penal, mercantil y administrativa de Brasil, no establece la obligatoriedad de denunciar hechos contrarios a las leyes, si bien, las leyes administrativas recogen una serie de beneficios en aquéllos casos en los que una persona jurídica o física denuncie unos hechos contrarios a la ley, siendo estos beneficios la reducción en la multa administrativa impuesta.

La práctica reciente en las empresas es colaborar con el *management* de la sociedad en el descubrimiento e investigación de un posible hecho delictivo o contrario a las normas éticas, lo que evidencia un cambio radical en la actuación de los trabajadores con respecto al siglo XX.

La protección de los datos de carácter personal en Brasil, está regulada en la propia Constitución Federal Brasileña de 1988, la cual garantiza y protege la privacidad de cualquier ciudadano brasileño o extranjero residente en Brasil, además de su intimidad y su vida personal. Cualquier ciudadano que perciba la violación de alguno de estos derechos, podrá reclamar, tanto los daños morales como materiales que entienda haber sufrido.

El gobierno central, a través de los canales de denuncia, intenta controlar al máximo los hechos contrarios a la normativa medioambiental brasileña.

Los códigos éticos en las grandes compañías están siendo un buen instrumento para mostrar las reglas del juego, sancionando a las personas que los incumplen. [98]

98 TARANTINO, A.: "Governance, Risk, and Compliance Handbook". Wiley, 2008.
LOMAS, P., KRAMER, D.J.: "Corporate Internal Investigations. An International Guide". Oxford, págs. 561 y ss, 2013.

CAPITULO II. Las normas de funcionamiento del canal de denuncia o *whistleblowing* en las sociedades.

1. El canal de denuncia. Procedimiento de actuación para la formulación de denuncias internas.

1.1. Consideraciones generales que todo denunciante debe considerar antes de denunciar un hecho irregular o ilegal.

Después de estudiar numerosos canales de denuncia existentes en empresas que cotizan en mercados de distintas partes del mundo, a través del presente trabajo, expreso, cuáles serían los principios básicos que todo canal denuncia debería recoger.

En este sentido, y como principio nuclear y prioritario, las personas que decidan presentar una denuncia interna deben ser conocedoras de que sólo cabe su presentación respecto a irregularidades detectadas en la empresa, realizadas en consciencia, de buena fe, con un respeto escrupuloso a la verdad, con el convencimiento de estar actuando correctamente y única y exclusivamente en beneficio de la empresa, del Estado y de la sociedad en general.

Por tanto, queda del todo prohibida la formulación de denuncias falsas, por resultar contrarias a la ley y a los principios y valores éticos de la empresa.

Ahora bien, antes de presentar una denuncia, el *whistleblower* debería de hacerse una serie de preguntas y si, devinieran dudas acerca de las respuestas, antes de nada, debería de asesorarse a través de un profesional experto en la materia.

Preguntas que se debe hacer todo *whistleblower* antes de formular una denuncia*:*

a) ¿Es el hecho que se pretende denunciar lo suficientemente grave como para correr el riesgo de poder sufrir represalias por parte del denunciado o directivo de la empresa?.
b) ¿Cuándo se ha cometido el hecho irregular, cuándo se va a cometer, cuántas veces se ha cometido, o si se está cometiendo?.
c) ¿Las pruebas que se van a aportar, son sólidas, veraces y no meros indicios difíciles de probar ante un regulador o un juez?.
d) ¿Cuáles podrían llegar a ser las consecuencias si no se denunciaran los hechos irregulares o ilegales?.
e) ¿Qué tipo de protección o respaldo voy a recibir de la empresa si denuncio a un directivo?.
f) ¿Qué tipo de políticas tiene establecidos la empresa para prevenir situaciones de riesgo y sancionables por el regulador. Qué grado de importancia ejerce la empresa respecto a las políticas preventivas?.
g) ¿Existe algún tipo de legislación nacional o internacional de protección del *whistleblower*?.

h) ¿Existen otras alternativas a denunciar el hecho internamente o externamente?.
i) ¿Cómo va a ser tratada la denuncia por parte del Comité de Auditoría, *compliance officer* o el *Ombudsman*?.

Denunciar en la empresa es un acto, en muchas ocasiones, nada fácil de ejecutar. Lo primero es tener conocimiento de la posibilidad de denunciar internamente un hecho contrario al código ético de empresa y/o contrario a la ley. El siguiente paso es saber cómo poder denunciar. Muchas son las empresas que prefieren por distintas razones, que los trabajadores no denuncien e intentan poner todo tipo de trabas para que el denunciante no sepa o no encuentre el modo y lugar para poder denunciar internamente, Y, si al final, la decisión del empleado o directivo de la empresa fuera denunciar, lo cierto es que, su vida personal y profesional, sufrirá consecuencias varias, no se desarrollará de la misma manera que antes de presentar la denuncia, pensemos en el caso de Jeffrey Wigand, al denunciar prácticas irregulares en el caso Tobacco. El Sr. Wigand tuvo que vivir incluso armado por miedo a las represalias sufridas. El señor Wigand actuó siguiendo su conciencia y criterio, con convicción y sabiendo los riesgos que iba a correr.

La empresa es posible que lleve a cabo actos que al denunciante no le parezcan correctas, como, por ejemplo, despedirlo, marginarlo en su puesto de trabajo, acosarlo para que cause baja voluntaria, etc. Por ese motivo, es importante que, si las empresas tienen implantados de manera interna canales de denuncia, los potenciales denunciantes estén debidamente protegidos, incluso recompensados, o de lo contrario, pocas denuncias serán tramitadas por parte de la empresa y el proceso será poco efectivo.

1.2. Hechos denunciables, personas legitimadas para denunciar y personas físicas o jurídicas susceptibles de ser denunciadas.

Hechos denunciables: A través del Canal de Denuncia sólo se podrá denunciar la comisión de actos contrarios a la ley en el seno de la empresa o en perjuicio de éstas y las infracciones de su Código Ético de Conducta u norma interna.

Personas denunciables: Hay que atender a distintos factores:

- Si el canal de denuncia está publicado en la página web de la empresa o si el mismo está en la intranet de la empresa.
- Si los administradores de la empresa se han preocupado de que los distintos grupos de interés de la empresa sean conocedores de las normas internas y de la existencia de un canal de denuncia.

Son **personas susceptibles de ser denunciadas** por medio del Canal de Denuncia los administradores, el Consejo de Administración, los

directivos, los empleados, los asesores, los subcontratistas, los distribuidores y los proveedores de la empresa, así como, en general, cualquier persona o entidad que cometa un hecho denunciable.

Personas que pueden denunciar: Todo sujeto obligado por el Código Ético de Conducta de la empresa, tiene la obligación moral inexcusable de denunciar internamente cualquier Hecho Denunciable del que tenga conocimiento. Cuando hablamos de obligación moral, nos referimos a deber "actuar correctamente".

Sin perjuicio de lo anterior, también podrá formular una denuncia interna cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho denunciable, sin que resulte necesario que ostente la condición de Persona Sujeta. Por poner un ejemplo, la esposa de un alto directivo de una sociedad que tiene conocimiento de que su marido está vendiendo información confidencial a la competencia.

1.3. Procedimiento de tramitación de las denuncias en la empresa.

Debido al carácter confidencial de la denuncia interna en los países continentales, ésta deberá contener como mínimo, (i) el nombre de la empresa a la que se refiere; (ii) los datos identificativos del denunciante —nombre, apellidos y número de Documento Nacional de Identidad, Número de Identificación de Extranjeros o Número de Pasaporte y nacionalidad—; y (iii) los hechos denunciados, concretando, en la medida de lo posible, la infracción presuntamente cometida.

Respecto a la lengua en que se pueden presentar denuncias internas y ante quién se pueden o se deben presentar, el canal de denuncia debe reflejar que sólo se pueden formular denuncias en las lenguas en las que la empresa lleve a cabo negocios, de manera presencial, por vía telefónica, fax o por escrito, bien mediante la cumplimentación del formulario on-line habilitado al efecto o bien por correo postal, preferiblemente certificado y con acuse de recibo, dirigido al Oficial de cumplimiento de la empresa –*Compliance Officer*-, al *Ombudsman* o a la Comisión de Auditoría, dependiendo si la empresa cotiza o no en el mercado de valores.

A su vez, la normativa del canal de denuncia debe expresar que no se pueden formular denuncias internas por cauces distintos a los establecidos en la misma. Ahora bien, si cualquier directivo tuviera conocimiento de una denuncia presentada verbalmente por un trabajador, el primero, deberá poner los hechos en conocimiento de la empresa a través del canal de denuncia, siendo ésta tramitada según la normativa interna.

1.3.1. Principio de prueba.

Respecto a la prueba que se debe aportar a través del formulario del canal denuncia, la normativa interna del canal debe manifestar que

toda persona que formule una denuncia ha de tener indicios racionales que la sustenten por lo que su denuncia deberá ir acompañada por un principio de prueba que acredite los hechos, al menos indiciariamente.

A su vez, el canal debe dejar muy claro que será considerado principio de prueba válido cualquier material probatorio permitido en derecho, preferiblemente en soporte documental, aunque también serán admisibles pruebas testificales —incluido el testimonio del propio denunciante— e instrumentos de reproducción de palabras, imágenes y sonidos.

En todo caso, cualquier prueba deberá haber sido obtenida por el denunciante de forma lícita, es decir, con respeto a la ley y los derechos y las garantías constitucionales.

1.3.2. Admisión a trámite de la denuncia.

Las denuncias sólo serán admitidas a trámite en el supuesto de que cumplan con lo establecido en la norma de *whistleblowing*.

1.3.3. Subsanación de defectos.

En el supuesto de que la denuncia contenga defectos, éstos podrán ser subsanables, otorgándole al denunciante un plazo de diez (10) días hábiles para que subsane el defecto, advirtiéndole en este caso de que se podrá proceder al archivo de la denuncia en el supuesto de que el defecto no sea debidamente subsanado dentro del plazo concedido.

1.3.4. Archivo.

Si la denuncia no cumpliera con lo establecido en la presente norma, por el motivo que fuera, o bien si no se hubiera procedido a la subsanación de los defectos advertidos en la denuncia, se procederá a su archivo.

1.3.5. Apertura de expediente.

Si la denuncia resultase admitida a trámite, el Oficial de Cumplimiento Normativo o la persona designada al efecto por el administrador de la empresa, procederá a la apertura de un expediente en el que podrán llevarse a cabo cuantas actuaciones resulten oportunas y practicarse las pruebas que se estimen necesarias para el debido esclarecimiento y determinación de los hechos.

El plazo para la tramitación del expediente no podrá exceder de dos (2) meses a contar desde la fecha de su apertura.

1.3.6. Conclusión del expediente.

La tramitación del expediente concluirá con un informe del Oficial de Cumplimiento Normativo en el que dará cuenta de las actuaciones llevadas a cabo, de la prueba practicada y de los hechos que puedan

considerarse acreditados, dejando constancia de las recomendaciones que crea oportuno realizar.

1.3.7. Elevación del informe.

El Oficial de Cumplimiento Normativo o, en su caso, el *Ombudsman*, elevará su informe al Presidente del Comité de Auditoría, si fuera cotizada, o en su caso, dependiendo de la empresa, al Director de la Asesoría Jurídica de la empresa o al Director de Recursos Humanos o de Riesgos, que dará traslado de éste al Presidente y/o al Consejero delegado, con el fin de que cualquiera de ellos, indistintamente, pueda adoptar las medidas de investigación a través del Grupo de Respuesta ante el Fraude y legales que consideren oportunas.

1.3.8. Respuesta ante el fraude. Investigaciones internas.

Cada empresa deberá establecer un protoclo-políticas de investigaciones internas ante la recepción de una denuncia. Mi recomendación -por cuanto las alegaciones, denuncias o incidentes, pueden llegar a implicar a distintos departamentos de la empresa (*Compliance*, Legal, Auditoría, Recursos Humanos, Riesgos, etc.)- es que la misma establezca un plan de respuesta ante las conductas irregulares y que las investigaciones ante la recepción de una denuncia por la comisión de un hecho delictivo las lleve a cabo la persona especialista en la materia investigada, estando todos los departamentos coordinados entre sí, a través del Oficial de Cumplimiento Normativo quien, previa comunicación al Grupo de Respuesta ante el Fraude (*GRF)*, remitirá la denuncia al equipo de investigación (*EI*) para que realice la investigación oportuna, enviando una vez finalizada la investigación un informe al Grupo de Respuesta ante el Fraude (*GRF*).

El GRF deberá de estar compuesto por los siguientes directores:

— Oficial de Cumplimiento Normativo.

— Director de Auditoría Interna.

— Director de la Asesoría Jurídica.

— Director de Recursos Humanos.

Equipo de Investigación (*EI*)**:** El equipo de investigación ante la comisión de un hecho grave o muy grave deberá gestionar la investigación del hecho delictivo.

El Equipo de Investigación (*EI*) será nombrado por el (*GRF*) y, dependiendo de la materia objeto de investigación, estará compuesto por personal interno de la empresa o por personal externo (consultora, despacho de abogados, etc.).

La investigación interna llevada a cabo en la empresa deberá mantenerse en todo caso de manera confidencial y deberá trascender lo menos posible. El equipo de investigación (*EI*) podrá utilizar todos los medios posibles humanos y materiales que precise y deberá involucrar a la persona o personas que entienda necesario para la averiguación de los hechos y del responsable o responsables de la comisión de aquellos.

Una vez concluida la investigación, el equipo de investigación (*EI)* remitirá el informe al Grupo de Respuesta ente el Fraude (*GRF*), quien decidirá si actuar o no actuar, establecer medidas disciplinarias, de despido procedente o improcedente o en su caso ejercitar acciones penales y/o civiles.

La decisión adoptada por el *GRF,* respecto a la denuncia e informe recibido del EI, si la ley así lo exigiera, deberá ser comunicada al representante de los trabajadores.

El expediente completo deberá ser custodiado por el director de Recursos Humanos o por la persona que éste designe.

1.3.9. Notificación a la persona o personas denunciadas.

La persona o las personas denunciadas tendrán derecho a conocer que han sido denunciadas y deberán recibir notificación de la existencia de la denuncia y de un resumen de los hechos denunciados con la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de tres (1) mese a contar desde que se recibió la denuncia.

La notificación que se dirija a la persona o personas denunciadas no incluirá los datos del denunciante.

1.3.10. La denuncia anónima en detrimento de las denuncias confidenciales.

Siempre que las denuncias se realicen de buena fe y cumpliendo con el código ético de la empresa, la tramitación de éstas se realizará, en España, con carácter confidencial, es decir, guardando estricto secreto y reserva sobre la identidad del denunciante. Si la denuncia se interpone a través de una empresa en la que se permite la denuncia anónima, el denunciante podrá denunciar los hechos sin necesidad de aportar su identidad.

Los datos del denunciante sólo podrán ser revelados, en su caso, a la autoridad pública competente para la investigación de los hechos, ya sea el regulador y/o un tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, si como consecuencia de la investigación de una denuncia resultase evidente que esta es falsa, o si el denunciante hubiera actuado con mala fe o infringiendo de manera flagrante la presente norma, al margen de las medidas legales que pudiera adoptar la empresa al respecto, los datos del denunciante podrán

ser revelados a la persona denunciada para que, si éste lo estima oportuno, pueda, a su vez, iniciar las acciones legales oportunas. Respecto a las **denuncias anónimas,** no se admitirán a trámite las denuncias anónimas a no ser que la normativa de *whistleblowing* de la empresa lo permita.

Respecto al anonimato o confidencialidad de la denuncia, mi parecer es el siguiente. La denuncia confidencial, me parece poco práctica y ello porque toda empresa española que quiera operar en el mercado norteamericano o anglosajón, tendrá por imperativo legal que implantar un canal de denuncia en dónde las personas puedan denunciar anónimamente. La Agencia Española de Protección de Datos, bajo ningún concepto permite el anonimato de la denuncia. Esta obligación ha llevado a las empresas españolas con intereses comerciales y económicos en Estados Unidos a:

1.- Implantar internamente más de un canal de denuncia, en dónde se permita denunciar de manera anónima.

2.- Incurrir en más gastos de personal y técnicos.

El anonimato y la confidencialidad de la denuncia, aparecen regulados en la Sección 301 de la *SOX,* pero no en la *SEC,* y tampoco resulta un requisito indispensable establecido por los distintos Mercados de Valores. [99]

En Derecho español, no existe hoy por hoy una obligación legal o de otro tipo que imponga que el receptor de la denuncia haya de ser un determinado cargo o departamento dentro de la empresa. Solo a título de recomendación en el *Código Unificado de Buen Gobierno* de la CNMV se sugiere a las sociedades cotizadas que encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de procedimientos de *whistleblowing interno*. Por su parte, el Dictamen 1/2006 del Grupo de Trabajo establece algunas directrices para el Derecho de protección de datos que parecen también plenamente trasladables al ámbito jurídico-penal. Se recomienda, en concreto, que las empresas establezcan una organización específica dentro de la sociedad o del grupo dedicada a tratar los informes de los denunciantes y que dirija la investigación añadiendo que esta organización deberá estar compuesta de personal especialmente formado y dedicado, limitado en su número y vinculado contractualmente por obligaciones. Asimismo se señala que este sistema de denuncia de irregularidades debería estar estrictamente separado de otros departamentos de la sociedad, tales como el departamento de recursos humanos. Estas previsiones se inspiran en la denominada política de puerta abierta con la que se busca crear canales de comunicación que permitan que el empleado se dirija directamente a la dirección sin pasar por sus superiores jerárquicos.

---

99 SILVA SÁNCHEZ J.M. y MONTANER R.: "Criminalidad de empresa y Compliance", Atelier, págs. 25-40, 2014.

En cambio, el *Code of Practice* elaborado por la *Public Concern at Work y la British Standards Institutions* (apt. 3.2) recomienda, que en el procedimiento estén implicados los departamentos de auditoría interna, cumplimiento normativo y recursos humanos, con la finalidad en este último caso de garantizar la intervención en la investigación interna de las personas más capacitadas, para de este modo no perder independencia a la hora de tomar decisiones. Este texto, por cierto, recomienda asimismo que en la información que se dé a los empleados sobre los procedimientos de denuncia se les aconseje que, en primera instancia, denuncien ante sus superiores inmediatos, como recurso más sencillo y natural dentro de la propia organización de la empresa.

Tomando los anteriores ejemplos como referencia, pueden proponerse algunas directrices en el diseño de este aspecto del procedimiento interno de denuncia al efecto de poder hacerlo valer como medida eficaz de descubrimiento y prevención del delito ante un tribunal. En primer lugar, parece aconsejable que el receptor de la denuncia sea una persona con conocimientos jurídicos suficientes para discriminar de entrada aquellas informaciones que pueden tener interés de aquellas otras que carecen de total relevancia ya no solos jurídico-penal, sino legal. En muchos casos es posible que la persona denunciante no solo quiera revelar determinados hechos, sino también pedir consejo sobre cómo proceder: una razón más para asegurar que la persona que le asesore cuente con conocimientos fiables acerca de las consecuencias futuras del comportamiento del *whistleblower.*

En segundo término debe tratarse de una persona o grupo de personas que, dentro de la estructura empresarial, gocen de **independencia** respecto de aquellos departamentos con mayor riesgo de realización de prácticas ilícitas, ya sea por comisión activa o en comisión por omisión y estén en condiciones reales de garantizar la confidencialidad a la persona denunciante. Como afirma en Estados Unidos la *Federal Deposit Insurance Corporation* "cuanta más independencia se utilice para administrar un canal de denuncia, mayor confianza tendrán los denunciantes para informar de irregularidades".

Además, los citados sujetos deben tener capacidad de **impulsar**, como se expondrá en el apartado siguiente, **la correspondiente investigación interna y también posibilidad de acceso directo al Presidente y no solo a los órganos de control o a los socios.**[100]

En aras de garantizar la máxima confidencialidad e independencia, en la práctica algunas empresas han optado por externalizar los sistemas de recepción y tratamiento de denuncias, que pasan a depender de otra

100 Con esta última previsión se pretende dotar al cargo en cuestión de autonomía suficiente en caso de que las denuncias recibidas informen de posibles irregularidades cometidas por los más altos cargos de la empresa.

sociedad cuyos servicios se contratan. En unos casos la externalización solo alcanza a la implantación y mantenimiento del aplicativo *on line* y a la recepción de la información, que inmediatamente es canalizada hacia el departamento competente para investigarla. En otros casos, en cambio, el servicio incluye la realización por parte del proveedor externo de la investigación interna que se efectúa para comprobar la veracidad de la denuncia. Algunas empresas multinacionales han recurrido a este sistema porque les permite extender su ámbito de aplicación a todos los países en los que operan sus filiales y resolver posibles problemas idiomáticos, ya que estos proveedores suelen garantizar el funcionamiento del procedimiento en numerosas lenguas. En Alemania, por ejemplo, es frecuente distinguir entre dos grandes clases de receptores de denuncias: el *Compliance Officer* interno y el *Ombudsman externo,* que lo normal es que tengan la acreditación de juristas, si bien, no es una condición.

Esta forma de organización puede tener especial sentido en el caso de empresas pequeñas o medianas, a las que por regla general resultará costoso el mantenimiento de una estructura *ad hoc* de recepción e investigación de denuncias y tendrán dificultades para garantizar independencia a los cargos responsables de dicha actividad. Sin embargo, desde un punto de vista penal, la externalización no debe ser considerada, un método más adecuado de gestión de las denuncias pues, al fin y al cabo, la empresa externa tendrá también un interés económico evidente en satisfacer las expectativas de la compañía que haya decidido contratarle y ello la expone a presiones no muy distintas a las que pueden sufrir ciertos cargos ad hoc situados en la propia estructura empresarial. Por otra parte, aunque la empresa contratada pueda recibir denuncias, e investigar incluso si se la faculta para ello, la toma de decisiones a partir del resultado de dicho procedimiento (posibles despedidos o denuncias penales, por ejemplo) seguirá correspondiendo a los responsables de la empresa contratante, de tal manera que si, llegado el caso, éstos tienen interés en tratar de ocultar las irregularidades podrán igualmente hacerlo.

Por último cabe, señalar que otra forma válida de externalización de denuncias es aquella en la que la recepción de la información y las posteriores potestades de investigación y decisión se encuentran en manos de un órgano externo del que, en virtud de su voluntad de autorregularse, se hayan dotado las empresas de un determinado sector.

1.3.11. Ausencia de represalias.

La normativa interna del canal de denuncia y el propio código ético de la empresa deben expresamente prohibir tajantemente las represalias, las amenazas y las coacciones contra las personas que formulen denuncias internas de buena fe.

Con el fin de garantizar lo anterior, todo denunciante tendrá derecho a acudir al Oficial de Cumplimiento Normativo y/o al Director de

la Asesoría Jurídica o Director de Recursos Humanos con el fin de obtener orientación y protección frente a las posibles represalias que pudiera estar padeciendo por el mero hecho de haber formulado una denuncia interna.

1.3.12. Aceptación de las Normas y de la Política de Privacidad.

La formulación de una denuncia interna supone la aceptación íntegra y sin reservas de ninguna clase de esta norma de funcionamiento del Canal de Denuncia, así como de la correspondiente Política de Privacidad.

1.3.13. Respecto a la Política de Privacidad.

La Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la empresa informará a los usuarios del Canal de Denuncia (en lo sucesivo, los «usuarios») de la existencia de un fichero de datos de carácter personal debidamente inscrito en el Registro General de Protección de Datos, creado con los datos que le sean facilitados a través de dicho Canal de Denuncia, por y para la empresa, y bajo su responsabilidad, con la finalidad de gestionar las denuncias que se formulen internamente por la presunta comisión de actos contrarios a la Ley en el seno de la empresa o en perjuicio de ésta y las infracciones del Código Ético de Conducta de la empresa.

Los usuarios que formulen una denuncia interna aceptan expresamente la inclusión de los datos que faciliten a través del Canal de Denuncia en el fichero automatizado de datos de carácter personal referido en el apartado anterior.

Asimismo, los usuarios prestan su consentimiento para que sus datos de carácter personal puedan ser cedidos o comunicados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a otros órganos de la Administración Pública con competencias en la investigación de los hechos denunciados y a los Tribunales de Justicia y demás órganos jurisdiccionales.

La empresa se compromete a respetar la confidencialidad de los datos incluidos en el fichero y a utilizarlos de acuerdo con su finalidad, así como a dar cumplimiento a su obligación de guardarlos y adaptar todas las medidas para evitar la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente. La empresa mantendrá la confidencialidad de los datos de los usuarios que formulen denuncias internas, impidiendo el acceso a los mismos por parte de las personas denunciadas.

Los titulares de datos de carácter personal incluidos en el referido fichero podrán ejercitar, con respecto a ellos los derechos reconocidos en la citada Ley de Protección de Datos de Carácter Personal y, en particular, los derechos de acceso, rectificación y cancelación; así como el derecho de oposición, siempre que resulte pertinente.

Los derechos referidos en el párrafo precedente podrán ejercitarse por cada titular mediante solicitud por correo electrónico dirigido a privacidad@xxxxxx.com o por correo postal ordinario dirigido a:

- Consultora o despacho jurídico

Se informa tanto a los usuarios como al resto de titulares de datos de carácter personal incluidos en el fichero «Canal de Denuncia» que xxxxx es una consultoría legal externa de la empresa que ostenta la condición de encargada del tratamiento de los datos del citado fichero y que tiene encomendado atender, por cuenta de la empresa, las solicitudes de ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

En todo caso, según lo establecido en el artículo 25 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se informa a los titulares de datos de carácter personal incluidos en el fichero de que para el ejercicio de los derechos referidos deberán indicar al menos lo siguiente:

a. Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente; así como el documento acreditativo de tal representación.

b. Petición en que se concreta la solicitud.

c. Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante.

d. Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso.

1.3.14. Principales características del canal de denuncia interna respecto a ley orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La normativa española y por tanto la Agencia Española de Protección de Datos son muy estrictos respecto al tratamiento de los recibidos a través de un canal de denuncias, deviniendo, por ello, imprescindible, que el canal de denuncias implantado en la sociedad para no ser sancionada cumpla escrupulosamente con la norma.

A grandes rasgos, la empresa, para cumplir con la normativa sobre protección de datos de carácter personal deberá de seguir las siguientes instrucciones:

1. Formulación de denuncias internas.

Las denuncias internas que se formulen a través del canal de denuncia se podrán cursar tanto (i) por correo postal a la dirección de consultora externa, despacho de abogados externo o empresa matriz, (ii) como *on-line,* a través del formulario de denuncias al que podrá accederse

a través de la siguiente URL: https://canaldedenuncia.es/empresa/ como (iii) mediante fax oh llamada telefónica.

Por lo tanto, el tratamiento de las denuncias será mixto, es decir, tanto automatizado como no automatizado.

2. Ficheros de datos de carácter personal.

La existencia del canal de denuncias internas implicará la realización de un tratamiento de datos de carácter personal, que quedarán registrados en los correspondientes ficheros.

Será necesario crear un fichero distinto por cada una de las empresas del Grupo, si es que existieran y el tratamiento de los datos será separado según la concreta empresa del Grupo a la que vayan referidas las denuncias. Cada empresa del Grupo tiene personalidad jurídica propia e independiente y la legitimación para el tratamiento de las denuncias como responsable del fichero será exclusiva de cada empresa con respecto a las denuncias a la que vayan referidas.

De conformidad con lo establecido en el norma,[101]con carácter previo a la puesta en funcionamiento del canal de denuncias deberá procederse a la notificación de la creación de cada fichero a la Agencia Española de Protección de Datos AEPD para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos o a la autoridad competente en materia de protección de datos con respecto a las empresas del Grupo situadas en países distintos de España.

3. Alojamiento de los ficheros.

Las denuncias y, en su caso, los documentos que se envíen por correo postal se conservarán, por motivos de seguridad, en un archivo privado de la empresa, la consultora o el despacho jurídico externo situado en la ciudad de xxx, calle xxxxx –localización no pública y distinta de las oficinas de la consultora externa o despacho jurídico.

Las denuncias y, en su caso, los documentos que se envíen *on-line* serán almacenadas en un servidor informático alojado por la entidad especializada en servicios de *hosting* xxx, S.L., entidad con la que la consultora externa o el despacho jurídico tiene la correspondiente relación contractual. El servidor está situado en el *data center* propiedad de la empresa xxx, en el domicilio xxx. El detalle de las características del centro de datos de la empresa xxx se puede conocer a través del siguiente enlace: http://www.xxx/xx

En cualquier caso, todas las denuncias causarán la correspondiente entrada en el servidor alojado por la empresa xxx, con el correspondiente orden cronológico. Las denuncias recibidas por correo postal serán registradas mediante el alta por el personal de la consultora externa o

101 Vid. Artículo 26 de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* ("LOPD") y en el artículo 55 del *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*. ("RDLOPD"),

despacho jurídico y las recibidas *on-line* serán dadas de alta de forma automática por el sistema informático diseñado para la consultora externa o despacho jurídico.

4. Responsables de los ficheros y encargados de tratamiento.

Los responsables de cada uno de los ficheros creados serán cada una de las empresas del grupo.

A su vez, las empresas del grupo establecerán relaciones de prestaciones de servicios con la empresa matriz en virtud de los cuales aquéllas le encomendarán a ésta la gestión del canal de denuncias. De este modo, la matriz será, además de responsable de su propio fichero, encargada de tratamiento con respecto a los ficheros de sus filiales y, en última instancia, la empresa matriz xxx S.A. será encargada de tratamiento con respecto a la totalidad de los ficheros.

La empresa firmará un contrato con el proveedor del canal de denuncia en el que éste se compromete a acceder únicamente a la información y datos de la empresa que fuesen necesarios para cumplir sus obligaciones contractuales, tratándolos exclusivamente con esta finalidad.

El contrato deberá recoger que el proveedor en relación con los datos, se obliga a:

- Tratarlos de acuerdo con las instrucciones que, en cada momento reciba de la empresa.
- No comunicarlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas.
- Custodiarlos y establecer las medidas de seguridad, de índole técnica y organizativa, acorde al nivel de los datos objeto del contrato de prestación de servicios, según regula el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, que garanticen la seguridad de los mismos, eviten su alteración, pérdida, deterioro, tratamiento o acceso no autorizados y los posibles riesgos a que pudieran estar expuestos. A estos efectos, viene obligado a establecer las medidas de nivel alto.
- Cumplir y hacer cumplir a sus empleados y, en su caso, subcontratistas, los deberes de confidencialidad y secreto.
- Restringir el acceso a los datos a aquellos empleados y, en su caso, subcontratistas, que sean absolutamente imprescindibles para el cumplimiento del presente contrato.

En estos dos últimos supuestos, los subcontratistas solamente podrán acceder a los datos cuando previamente hubiesen sido autorizados, por escrito y por la empresa.

- Admitir los controles y auditorias, internas o externas, que la empresa pueda llevar a cabo a efectos de comprobar las obligaciones asumidas en materia de confidencialidad y protección de datos.

- Una vez finalizada las prestaciones contratadas, destruir o devolver a la empresa, según ésta le indique, los datos así como los soportes o documentos en que los mismos consten, sin posibilidad de realizar copia alguna.
- Responder de los daños y perjuicios directos que él mismo, sus empleados o subcontratistas, como encargado del tratamiento, pudieran causar a la empresa obligándose a mantenerla indemne frente a cualquier reclamación que pudiera ser interpuesta (incluyendo cualquier expediente sancionador que pudiera ser incoado por la Agencia de Protección de Datos) por el incumplimiento por el proveedor de la normativa vigente en materia de Protección de Datos, Derecho al honor, a la intimidad y propia imagen, así como de las obligaciones contenidas en esta cláusula, aceptando pagar las cantidades a las que, en concepto de sanción, multa, indemnización, daños, perjuicios o intereses pueda venir obligada a satisfacer a la empresa a resultas del mencionado incumplimiento.

5. Medidas de seguridad y documento de seguridad.

Por la propia naturaleza de los datos que puedan ser tratados por medio del canal de denuncias internas, las medidas de seguridad adoptadas con respecto a los ficheros serán las correspondientes al nivel alto –siguiendo lo señalado por la *AEPD* en el informe de su gabinete jurídico 128/2007–, que vienen descritas en los artículos 79 y ss del *RDLOPD*.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 88 *RDLOPD* deberán redactarse los correspondientes documentos de seguridad en los que se recogerán las medidas de índole técnica y organizativa acordes a la normativa de seguridad vigente que serán de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información. Estos documentos tienen en la empresa el carácter de interno.

Todas las empresas deberán contar con su propio documento de seguridad con respecto a los ficheros de los que sean responsables y, en el caso de la matriz, en dicho documento se incorporarán también los distintos tratamientos efectuados por encargo de sus filiales. Por su parte, la consultora jurídica también deberá contar con su propio documento de seguridad.

6. Información a denunciantes y afectados

En cumplimiento de lo previsto en la norma, [102] será necesario informar a denunciantes y afectados de los extremos que se indican en el citado precepto.

El deber de información para con los denunciantes se cumplirá mediante la publicación de la correspondiente política de privacidad en

102 Vid. Artículo 5 LOPD

la web del Grupo y en el formulario accesible *on-line* del canal de denuncia. En concreto, se les deberá informar de lo siguiente:

- De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Con respecto a los afectados, es decir, aquellas personas distintas de los denunciantes cuyos datos sean incorporados en los ficheros como consecuencia de una denuncia, la norma, impone la obligación de cumplir con el deber de información dentro de un plazo de tres (3) meses al momento de registro de sus datos. En este caso se les deberá informar acerca del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos y de lo indicado más arriba en los números 1, 4, y 5.

Respecto a los derechos de los titulares de los datos y trámites con las autoridades competentes en materia de protección de datos, la empresa gestionará todas las cuestiones relativas a los mismos, conforme al Título III de la *LOPD*, incluidos los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y se encargará de todos los trámites que puedan suscitarse en materia de protección de datos de carácter personal con la *AEPD*.

Los trámites que deban ser realizados ante las autoridades competentes en materia de protección de datos en países distintos de España serán coordinados con las empresas extranjeras de la empresa matriz y sus asesores en materia de protección de datos de carácter personal.

2.La necesaria protección del denunciante. Ausencia de represalias por parte del denunciado. Las Recomendaciones de la OCDE (2009) -*Anti Bribery Recommendation*- y la *Recommendations on improving ehical Conduct in the Public Service* (1998), recogen en su articulado conductas tendentes a proteger a los *whistleblowers*.

El Organismo Internacional *G20*, en el año 2010 estableció como medida necesaria para prevenir la corrupción pública y privada, el establecimiento de políticas de protección del *whistleblower*.

Cuando el Presidente de los Estados Unidos Abraham Lincoln pensó

en la figura del delator, como mecanismo para detectar y delatar fraudes al gobierno de los Estados Unidos de América, también pensó en la protección de estas personas frente a posibles represalias, y ello porque era justo y necesario para personas que, actuando según su conciencia y de manera correcta, pudieran verse perjudicados (tanto ellos como sus familias) por un previsible despido.

La ***Occupational Safety and Health Act*** (*OSH ACT)* 2007, es una de las numerosas leyes que protegen a los trabajadores contra las represalias por las denuncias presentadas por los trabajadores, y establece, que las denuncias por discriminación deberán resolverse en el plazo de 30 días. El personal apropiado deberá informar a los trabajadores acerca de su protección, así como de las leyes que existen en relación al *whistleblower.* Para ello la Ley *OSHA* ha creado programas a través de su página web, en la que los trabajadores de las empresas podrán obtener información respecto a sus derechos, así como del programa del *whistleblower.*

Al igual que la *OSHA*, en Estados Unidos existen otras leyes que protegen al empleado que denuncia hechos irregulares contrarios a la Ley, como la *Corporate and Criminal Fraud Accountability Act 2002 (CCFA), la Sarbanes-Oxley Act (Sección 806 SOX), la Consumer Finantial Protection Act 2010, la Whistleblower Protection Under Federal Law: First Amendment «Freedom of Speech Constitutional protection: First Amendment «Freedom of speech», Consumer Product Safety Whistleblower Protections, Corporate Whistleblower Protection, Criminal Prohibition Against Retaliation, Environmental Protection, Federal Contractor Fraud, Federal Whistleblower Reward and qui tam statutes, Federal Court Witness Protection,* la *No Fear Act* y otras.

2.1. La normativa internacional de protección del denunciante. La ley *Whistleblower Protection Act* y la ley *Sarbanes Oxley.*La ley *Whistleblower Protection Act* de 1989 y la ley *Sarbanes Oxley.*

Los Estados Unidos de América son, sin ninguna duda, el país que dio origen a la protección de la figura del *whistleblower.*

En el año 1978 se promulgó la primera versión de la ley *whistleblower protection Act (WPA),* con tantas deficiencias que hasta el propio Abogado Especial del Estado protector de la ley recomendó su no aplicación. En el año 1988 la *WPA* fue revisada, aprobando una nueva versión, si bien, recibió el veto del Presidente Ronald Reagan, siendo finalmente firmada por el Presidente George W. Bush en el año 1989. La *WPA,* es la ley paradigma en materia de protección de denunciantes[103].

137http://www.americanbar.org/content/newsletter/groups/labor_law/ll_flash/1212_abalel_flash/lel_flash12_2012spec.html

https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33918.pdf

La *WPA* es aplicable a todos los Estados Federales de EE.UU y tiene por objeto proteger a los denunciantes de malas prácticas cometidas en el Gobierno y en el seno de las organizaciones.

Un funcionario público o un empleador, directivo, estaría violando la *WPA* si llevara a cabo represalias contra el denunciante (siempre y cuando la causa de dicha represalia fuera precisamente el objeto de la denuncia).

La *WPA* protege a toda persona que denuncie hechos *(protected* disclosures*)* contrarios a cualquier ley o norma estadounidense, incluyendo la deficiente administración en la empresa o de un organismo público, el abuso en el gasto público, el abuso de mercado, el peligro para la seguridad o la salud pública, etc.

La *WPA* establece una serie de organismos competentes para conocer de este tipo de denuncias:

- ***The Office of Special Counsel*** (*OSC*)**:** investiga las denuncias que tienen una especial relevancia para el orden social de los EE.UU.
- ***The Merit Systems Protection Board*** (*MSPB*)**:** La *MSPB* tiene un carácter eminentemente judicial, compuesto por jueces especialistas en Derecho Administrativo.
- ***The Court of Appeals for the Federal Circuit*****:** Es el Tribunal de apelaciones encargado de resolver los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de *The Merit System Protection Board.*

El 27 de noviembre de 2012, la *WPA*, por iniciativa del Presidente Obama, fue reformada y modificada por la ley ***Whistleblower Protection Enhancement Act*** (*WPEA*). La ley refuerza la protección a los denunciantes, reconociendo la importancia de su papel a la hora de "sacar a la luz" el despilfarro de recursos en los gobiernos, fraudes, abusos, mala gestión y las amenazas a la salud y la seguridad pública en todo el gobierno federal.

Un estudio publicado en 2011 por *the Merit Systems Protection Board* (*MSPB*) titulado, *"Blowing the Whistle: Barriers to Federal Employees Making Disclosures",*[104] puso de manifiesto que tras la aprobación en 1989 de la *WPA* y hasta la promulgación de la *WPEA*, un tercio de los denunciantes, tenían miedo de las represalias que pudieran sufrir por denunciar un hecho ilegal. La *WPEA* nace con un objetivo evidente de protección: eliminar el temor existente en la sociedad, mejorando los sistemas de protección de los denunciantes y fortaleciendo la capacidad de la Oficina de Asesoría Especial (*OSC*).

Una de las novedades más importantes de la *WPEA* es que acota el término *"cualquier infracción*" que recogía la *WPA* de 1989.

104 www.mspb.gov/netsearch/viewdocs

Así, la nueva regulación no protege al denunciante que:

- Presente la denuncia al propio empleador y a la postre denunciado (caso *Horton vs Ministerio de la Armada*).
- Denuncie hechos que por su cargo y posición en la empresa tenga deber de denunciar (caso *Willis vs. Departamento de Agricultura*).
- Denuncie unos hechos que sean notoriamente conocidos (caso *Meuwissen vs. Departamento del Interior*).

Estas excepciones vienen recogidas en las Secciones 101 y 102 de la *WPEA*, estableciendo la necesidad de examinar caso por caso para valorar y determinar la necesaria protección del denunciante que dada las circunstancias del caso se encuentre en una situación "*límite*" con respecto a las excepciones mencionadas: denuncias que revelan información que anteriormente se había dado a conocer, motivos de la denuncia, el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos expuestos en la denuncia hasta la presentación de la misma, etc.

La realidad actual ha demostrado, fundamentalmente en los países de corte continental, que los empleados de las empresas son en la mayoría de los casos reacios y temerosos a denunciar conductas irregulares que se pudieran cometer en la empresa. A menudo, este temor impide a las empresas y a los reguladores descubrir fraudes. Por poner un ejemplo, hace años, la Universidad de Nueva York sufrió una estafa valorada en 2.000.000 de dólares, cometida por varios de sus empleados. Dicho fraude tardó siete años en descubrirse y fue gracias a un *whistleblower* [105].

Ernest Fitzgerald, analista financiero del Ministerio de Defensa Norteamericano, denunció un fraude llevado a cabo en el Ministerio respecto al coste de la construcción del avión de carga denominado C-5A. Ciertos congresistas se opusieron a que el gobierno firmara el contrato de construcción con la empresa *The Lockheed Corporation*, debido a los graves problemas económicos por los que atravesaba la empresa. En el mes octubre de 1968, Fitzgerald declaró ante el Comité Económico de los EE.UU, explicando el fraude millonario llevado a cabo de manera conjunta entre la empresa mencionada y el Ministerio de Defensa. El procedimiento administrativo y judicial tardó diez años en resolverse, presentándose demandas judiciales contra el propio Presidente Richard Nixon. Fitzgerald llegó a manifestar públicamente todos los avatares y desgracias que sufrió durante el proceso, manifestando la necesidad de protección de cualquier persona que movido por la buena fe, denunciara unos hechos contrarios a la ley.[106]

Los ejemplos que menciono, demuestran la importancia en materia de control del empresario, de sus trabajadores y de los propios

---

105 Vid. *www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-sanchez_f/pdfAmont/de-sanchez_f.pdf*

106 JOHNSON, R.: Whistleblowing when it Works and why". Lynne Rienner, págs. 91-93, 2003.

consumidores, de establecer internamente en ambos sectores privado y público, políticas de control, canales de denuncia y métodos, canales que protejan a los denunciantes [107]. Estas deberán de ser claras, transparentes y contundentes para que proporcione a los empleados, la seguridad y la tranquilidad necesaria para que como ocurre en las empresas de corte anglosajón, los denunciantes que denuncian hechos contrarios a la ley o a las normas internas de la empresa al creer firmemente que están haciendo un bien a la empresa, a los directivos, trabajadores y a la sociedad en general. Uno de los problemas que surgen respecto a la denuncia interna es, la falsa denuncia que trataremos con posterioridad.

Las necesarias y trascendentes políticas de protección del *whistleblower* alentarán la pronta notificación al empresario y facilitarán el descubrimiento temprano del delito y hechos poco éticos, reduciendo así las posibles pérdidas económicas que pudieran sucederse, así como el temido riesgo a la pérdida de la reputación de la empresa. A su vez, los empleados serán menos propensos a realizar denuncias externamente, por ejemplo, a los medios de comunicación, si son conscientes del destino, tramitación, investigación y resolución de su denuncia y que por ello, su queja será tomada en serio por el empresario y, lo más importante, que no será objeto de represalias, sanciones, abusos y/o despidos.

La realidad, incluso en países como Estados Unidos, que lleva tantos años protegiendo e incentivando a los *whistleblowers*, es que, lamentablemente siempre existirá un riesgo y temor para la persona que actuando en conciencia decida denunciar unos hechos contrarios al código ético de la empresa o del organismo público. Por ello, queda mucho camino por recorrer, es necesario conocer, saber, cómo y ante quién se debe denunciar, y lo más importante, el legislador ha de ser consciente de todo ello, y por tanto, debe, tiene la obligación de mejorar el sistema judicial, en una palabra, la justicia, que tantos disgustos e inseguridad provoca a la ciudadanía y que reclama a voces un cambio. Esta reflexión, que por otra parte llevo muchos años planteándola, me lleva a la siguiente conclusión, preguntándome: ¿Por qué los jueces otorgan muchas más garantías al denunciado, querellado, que a la propia víctima?. ¿Por qué el legislador no se acerca un poco a la corriente anglosajona en el sentido de prohibir la mentira en los procedimientos judiciales?. Estas reflexiones serán resultas algún día no muy lejano, no cabe la menor duda, si bien, hasta que llegue el día, muchas personas que consideran que se han vulnerado sus derechos y que han sido objeto de abuso por parte de terceros, se preguntan, ¿Por qué no he recibido la tutela judicial efectiva?. Hasta que los partidos políticos, no modifiquen su postura respecto a esta espinosa materia, los ciudadanos seguirán desconfiando de la justicia y por ende no creo que nunca o casi nunca, se atrevan, les

107 Vid. *www.whistleblowers.gov/*

merezca la pena, denunciar unos hechos contrarios a la ley en sus empresas, ayuntamientos, ministerios, etc.., y ello a pesar de que, reciban recompensas por parte del Estado, de que se promulguen leyes que les protejan ante represalias del empleador, directivo, etc. Por ello, en mi opinión, el mayor problema que tiene España y muchos países de su entorno, es el sistema judicial y este problema se soluciona comenzando "no por el tejado, sino por los cimientos, por la raíz", y esta es, la erradicación de la mentira en los procesos judiciales.

Algunos países, fundamentalmente de corte anglosajón, contienen en su legislación y jurisprudencia leyes que protegen a los *whistleblowers*. La Ley Sarbanes-Oxley recoge en su articulado sanciones, incluso penales, para aquéllos que lleven a cabo represalias contra los empleados que informan y denuncian hechos contrarios a la ley y al código ético. Además, otorga a los empleados el derecho de iniciar acciones civiles contra las personas denunciadas, siempre y cuando puedan demostrar que han sufrido acoso o abuso.

En 2010, pocos meses después de ser elegido el ex Presidente Obama, se promulgó la Dodd-Frank Act. Dicha norma va un paso más allá, y ello porque recompensa y protege a los empleados y directivos que denuncien a la SEC y al Departamento de Justicia -*DoJ*- la comisión de un delito relacionado con la información privilegiada y/o el abuso de mercado.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos deberá pronunciarse en un breve espacio de tiempo sobre el caso *Digital Realty Trust*, contra el que fuera su Vicepresidente, *Somers*.

El caso mencionado podría poner en la cuerda floja la protección que la Dodd-Frank Act, la reforma legal más importante como en Wall Street en años, proporciona a los empleados de las empresas que denuncien internamente ilícitos producidos en el seno de la sociedad, es decir, los *whistleblowers* y su protección.

A pesar de una primera sentencia del juzgado de Instancia (*lower Court)*, donde la razón se le otorga al empleado Paul Somers (quien, como represalia por denunciar violaciones de la Securities Exchange Comission Act por parte de su empresa, es despedido de la misma), los tribunales, después de analizar distintas normas como la importante ley nacida tras el escándalo Enron (Sarbanes – Oxley), la Securities Exchange Act y la Dodd Frank, y a pesar de una quizás restrictiva y ambigua definición del término *whistleblower*, deciden pronunciarse finalmente en favor del claro espíritu de las distintas normas, donde lo que se busca es crear un entorno donde los empleados se vean animados, incentivados, preparados y, sobre todo, protegidos frente a posibles represalias por denunciar cualquier posible mala conducta en la empresa.

El problema surge de la definición de *whistleblower* que da la Dodd Frank y que la empresa *Digital* utiliza para argumentar que, para poder beneficiarse de las protecciones que la ley establece, hay que denunciar

directamente a la SEC y que, por tanto, el empleado que denuncie internamente podría de manera legal ser despedido por la empresa. Esto, como es evidente, choca frontalmente con los programas de *compliance* que las empresas vienen desarrollando durante tiempo, que quedarían seriamente "dañados", y con el espíritu de conducta ética que finalmente se busca infundir en el quehacer de las empresas. Los resultados serían catastróficos, como indica el prestigioso abogado norteamericano Stephen Kohn: los trabajadores perderían toda la protección por hacer lo correcto *"doing the right thing"*; los inversores, cuyas decisiones se toman en función de la exactitud de la información proporcionada por la empresa, también se verían seriamente perjudicados; y, como hemos mencionado antes, los importantes programas de *compliance* desarrollados para luchar de manera proactiva contra el fraude quedarían "tocados".

Resulta paradójico que tanto numerosas empresas como la Cámara de Comercio de EE.UU que, en el momento del desarrollo y aprobación de las distintas normas que venían a regular la figura del *whistleblower*, abogaron fuertemente por incentivar que el empleado denunciara primero siempre internamente (siendo este uno de los aspectos más preocupantes para las mismas) estén ahora luchando por dejar a los empleados desprovistos de esta protección si así lo hicieran.

Aquella preocupación por que los empleados no se "saltasen" y acudieran a los mecanismos de denuncia interna antes de acudir a las autoridades, que se traducía en importantes recompensas económicas para aquellos, se ha convertido hoy en numerosos pleitos en los que las empresas pretenden que la protección que ampara a los empleados que denuncian desaparezca y que por lo tanto medidas como el despedido, claramente represalias, puedan adoptarse sin consecuencias.

En el caso que nos ocupa, personalmente me satisface que el tribunal competente en esta instancia se haya firmemente pronunciado en contra de las aspiraciones de la empresa y ratificado los derechos que asisten al empleado que actúa en línea con los programas de ética y cumplimiento de la propia empresa.

No obstante, no deja de ser preocupante que la empresa *Digital* insista en su posición al recurrir al Tribunal Supremo y que además esta postura se vea reforzada por la reacción de la Cámara de Comercio que aboga por que el Alto Tribunal admita y resuelva favorablemente a favor de Digital, desprotegiendo a los trabajadores de la mencionada y necesaria protección frente a represalias.

Confío en que el Tribunal Supremo venga a ratificar y reforzar la necesaria protección al empleado *Somers* frente a la empresa. Los empleados y directivos deben de tener ciertas garantías de que si deciden denunciar todas aquellas violaciones de la ley y/o normas internas estén protegidos por el *Management* de la empresa. El canal de denuncia corporativo es uno de los pilares básicos de la lucha contra el fraude y la corrupción, y las normas éticas internas ayudan a consolidar las

importantes iniciativas de cumplimiento normativo y comportamiento ético en los negocios que se están intentando implantar en los tiempos recientes.

Tanto la primera Enmienda como la Ley de derechos civiles de 1871 permitían a los trabajadores del gobierno federal reclamar a la autoridad judicial una compensación económica si, como consecuencia de la denuncia eran discriminados y/o despedidos de sus puestos de trabajo. Estamos ante la primera norma en dónde no solamente se hace referencia a la necesaria protección del "delator", sino también, a la posibilidad de solicitar y percibir una indemnización como consecuencia de las represalias sufridas. Por tanto, la figura del "whistleblower", su necesaria protección y recompensa viene siendo una realidad desde hace muchos años, por ello, no acabamos de comprender la postura de la Cámara de Comercio de los EE.UU, al pretender que los delatores, para estar debidamente protegidos, deban de presentar las denuncias ante el regulador (SEC) y no ante la propia empresa. Esta postura haría inútiles los canales de denuncia internos y los programas de compliance de las empresa, haciéndome por tanto las siguientes preguntas ¿pará qué sirven entonces los programas de compliance en las empresas financieras en EE.UU, cuál es el objetivo y el fin último de estos programas? y, ¿ no debería suprimirse el canal de denuncia en las empresas financieras al no tener éste eficacia alguna?. Confiamos en que la justicia norteamericana aclare este aspecto, para que los programas de compliance y sobre todo las personas que decidan denunciar hechos ilegales o irregulares, se vea debidamente protegidos ante los ataques y represalias de las empresas.

2.2. La normativa internacional y nacional respecto a la protección del denunciante –*whistleblower*.

2.2.1. Canadá: *Alberta Whistleblower Protection.*

En Canadá, la legislación acerca de la protección de los denunciantes es escasa, si bien existe una tendencia hacia una mayor protección, siguiendo la corriente norteamericana.

La Ley *Alberta Whistleblower Protection*[108] tiene por objeto proteger a las personas que reportan malas conductas relacionadas con el buen gobierno corporativo de las empresas (incluyendo colegios, universidades y organizaciones de salud). Los miembros del sector público también se hallan protegidos por dicha norma.

Como dato distintivo, mencionar que la citada ley sanciona con una

108www.pic.alberta.ca/files/PIDA.pdf

multa de hasta 25.000 dólares al empresario que, tras una denuncia, lleva a cabo acciones de represalia contra el denunciante.

Con anterioridad a la aprobación de la ley *Alberta Whistleblower Protection*, la protección de denunciantes en el sector privado se regía principalmente por el Código Penal. En concreto, su Sección 425. prohíbe a los empleadores *tomar represalias o amenazas de represalias contra los empleados que proporcionan información a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.* El incumplimiento del precepto penal tiene consecuencias graves, ya que establece una pena de prisión de hasta 5 años. Sin embargo, el alcance de esta disposición es limitado, ya que sólo se aplica a las malas acciones del empleador que constituyan una infracción penal.

Ciertos estados de Canadá regulan de manera independiente la figura del *whistleblower*. En Ontario, por ejemplo, los denunciantes están legalmente protegidos por la Ley de Seguridad, la Ley de Protección Ambiental y/ la Ley de Normas Laborales y Salud Laboral.

La jurisprudencia del Alto Tribunal canadiense obliga a los denunciantes a agotar los medios y canales de denuncia internos de la empresa antes de acudir a los tribunales de justicia o a los organismos públicos. Dicho principio apareció por primera vez en el caso Anderson vs. IMTT-Quebec Inc.: *"el fracaso de los empleados para tratar de resolver estos asuntos internamente se califica como conducta desleal e inapropiada. Tener por lo tanto, una política de protección del denunciante transparente protegerá el empresario tanto en términos de descubrimiento temprano de la mala conducta de sus empleados como para justificar la adopción de medidas disciplinarias contra los empleados que incumplan las obligaciones de confidencialidad y de su deber de lealtad."*[109].

La *Public Servants Disclosure Protection Act*, promulgada en 2005 y vigente 2007, protege a los denunciantes a nivel federal. Tras la promulgación de la ley, se creó el cargo de Comisionado de Integridad del Sector Público para investigar las denuncias recibidas.

2.2.2. Australia: La *Public Service Act de 1999 (PSA)* y la Ley de Valores e Inversiones de la Comisión Australiana de 2001 (*ASIC*).

En Australia, no existe ninguna norma federal que, de manera específica, regule la protección del *whistleblowing*. Sin embargo, la *Public Service Act de 1999 (PSA)* -ley reguladora del Servicio Público Australiano- contiene una disposición (Sección 16) que prohíbe la "victimización" o discriminación de un empleado público que denuncie infracciones del Código de Conducta recogido en la propia *Public Service Act* (Sección 13).

Dichas infracciones constituyen una violación de los deberes de conducta del Código, tales como la obligación de actuar con honestidad,

109 Caso Anderson vs. IMTT-Quebec Inc: http://www.labourandemploymentlaw.com/2014/11/state-of-whistleblowing-legislation-in-canada/

integridad, diligencia, con sujeción a la legalidad, etc.

La *PSA* es, por tanto, la norma que regula la figura del *whistleblower,* su protección y el funcionamiento del canal de denuncia.

La segunda Ley por importancia en Australia respecto a la protección de la figura del *whistleblower* es la Ley de Valores e Inversiones de la Comisión Australiana de 2001 (Ley *ASIC*), la cual define como "*una persona, generalmente un empleado, contratista o miembro de una organización, que reporta la mala conducta o actividad deshonesta o ilegal que se ha producido dentro de esa misma organización". (Sección Primera: Interpretación).*

La norma establece, en su Sección 4ª *("Requirements to disclose information")* que, para que una persona pueda ser considerado '*delator*', debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Aportar sus datos personales, no cabiendo por tanto las denuncias anónimas.

2. El denunciante debe ser, en todo caso:

• Un alto directivo o el Secretario de la empresa.

• Un empleado.

• Un contratista, o el empleado de un contratista, que tenga un contrato vigente de suministro de bienes o servicios.

La denuncia se debe interponer ante:

• El director de auditoría de la empresa, o ante un miembro del departamento de auditoría de la sociedad.

• Un directivo o Secretario general de la empresa.

• Una persona autorizada por la empresa para recibir las denuncias internas a través del canal de denuncia u otro medio designado por la empresa.

La Ley *ASIC*, respecto a las denuncias realizadas por los denunciantes, regula:

-La **Protección de la información proporcionada por los denunciantes.** Establece la confidencialidad frente al anonimato en la información que el denunciante proporciona, que recibe el calificativo jurídico de *"revelación protegida*". Según la *ASIC*, ni la información ni la identidad del denunciante pueden ser reveladas, a menos que un juez lo autorice.

-La **Protecciones de los denunciantes.** La norma recoge dos principales medios de protección. El primero de ellos protege al denunciante en procedimientos civiles y penales (por ejemplo, ante el incumplimiento de

un contrato), permitiéndole reportar en su denuncia información sensible de la empresa. Si el denunciante ha sufrido o está sufriendo represalias por parte de su empleador, entraría en juego el segundo mecanismo de protección, consistente en el derecho por parte del denunciante de solicitar al Juez regresar a su puesto de trabajo o a otro puesto de categoría semejante.

- La **protección de los denunciantes respecto a los abusos llevados a cabo por el empleador, lo que se denomina "victimización".** Si un denunciante sufre represalias o daños morales como consecuencia de la denuncia presentada (la ley lo denomina *"victimization"*), la ley mencionada le ampara y le da derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios. El requisito que la *ASIC* exige para otorgar la indemnización solicitada es que debe existir un nexo causal entre la denuncia presentada y el daño moral ocasionado, es decir, que el daño causado al denunciante sea consecuencia de la denuncia. En estos casos, la carga de la prueba corresponderá al denunciante.

2.2.3. Sudáfrica: *Protected Disclosure Act de 2000.*

En Sudáfrica, la figura del *whistleblower* se encuentra regulada principalmente en la Constitución de la República de Sudáfrica, la Ley de Divulgación Protegida (*Protected Disclosures Act –PDA-* del año 2001)[110] y la Ley de Sociedades de 2008, existiendo numerosa jurisprudencia en relación al *whistleblowing*.

Las leyes mencionadas establecen cuatro escenarios posibles en lo que al denunciante y protección del mismo se refiere:

a. Denuncia realizada por un ciudadano que, debido a su condición de persona privada, que no trabaja para el Gobierno ni para una empresa privada, no se halla protegido por la *PDA* ni por la Ley de Sociedades.

b. Denuncia realizada por un empleado del Sector Público y que, por ende, está protegido por la *PDA*.

c. Denuncias realizadas por directivos y empleados del sector privado, independientemente del puesto laboral que ocupen y el tipo de empresa en donde desarrollan su actividad laboral y que, debido a su condición, se hallan protegidos por la Ley de Sociedades.

El marco legal, como he dicho, lo encontramos en primer lugar en la Constitución de Sudáfrica. Su artículo primero establece que Sudáfrica es un *"País basado en los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales y en la voluntad del pueblo, estando cada persona debidamente protegida por igual por la ley".*

La denuncia presentada por prácticas irregulares o ilegales está presente en el corazón de estos principios constitucionales: la conducta

110 www.justice.gov.za/legislation/notices/2011/20110831_gg34572_n702-disclosure-guidelines.pdf

irregular es perjudicial para la sociedad y la transparencia, así como para la gobernabilidad de las instituciones del Estado y el Gobierno Corporativo.

La situación económica de Sudáfrica y la corrupción han sido el detonante y han propiciado el clima idóneo para que el poder político y legislativo del país hayan decidido regular la figura del *whistleblower.*

De hecho, *International Index* sitúa a Sudáfrica como uno de los países con más altas tasas de corrupción, aunque bien es cierto que, desde el año 2007, ha conseguido rebajar su puesto en el ranking.

La *PDA* reconoce esta situación: la Declaración de Derechos de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 consagra que toda conducta irregular es perjudicial para la eficaz, responsable y transparente gobernanza en los órganos del Estado y del Gobierno Corporativo.

Así, la *PDA* tiene, como uno de sus objetivos prioritarios, crear entre la ciudadanía una cultura de ética y transparencia que facilite a los trabajadores en sus puestos de trabajo denunciar hechos irregularidades y/ o ilegales que puedan llegar incluso a ser constitutivos de delito; a la vez la ley mencionada ha buscado, proteger a los denunciantes de posibles represalias llevadas a cabo por parte de los directivos de las empresas.

Este objetivo de la *PDA* está inspirado por las distintas convenciones en las que Sudáfrica ha formado y en la actualidad forma parte. De forma resumida son:

- **La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción en 2003:** Sudáfrica ratificó la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la corrupción.[111] La Convención de la Unión Africana prevé la denuncia de irregularidades como un elemento esencial para la transparencia en la gestión pública y el desarrollo socio-económico del continente. El artículo 5 de la Convención exige a los Estados miembros adoptar medidas legislativas para proteger a los denunciantes y testigos en casos de corrupción y delitos conexos.
- **El Protocolo de la *SADC* contra la Corrupción**: La Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (*SADC*) proclama que la denuncia de irregularidades es un elemento clave para combatir la corrupción.

De manera especial, el articulado de la *PDA* gira en torno a la protección del denunciante en el ámbito laboral. Así, la *PDA* prohíbe de manera expresa el denominado *"perjuicio ocupacional*" (*occupational detritment*), que se entiende producido cuando un empleado es:

111 www.justice.gov.za/legislation/notices/2011/20110831_gg34572_n702-disclosure-guidelines.pdf

- Sometido a alguna acción disciplinaria.
- Despedido, suspendido o degradado de su puesto de trabajo.
- Trasladado de su puesto de trabajo en contra de su voluntad.
- Sometido a un término o condición de empleo o jubilación que le ocasione una situación de desventaja con respecto a sus compañeros.
- Amenazado con cualquiera de las acciones antes mencionadas.

En cuanto a las conductas denunciables, la Sección 1 de la *PDA* describe la mala conducta como cualquier conducta de un empleador o de un empleado que demuestre o tienda a demostrar en forma real o probable alguno de los siguientes hechos:

- Ilícito penal.
- Incumplimiento de una obligación legal.
- Error judicial.
- Peligro para la salud o seguridad de un individuo.
- Daño al medio ambiente.
- Discriminación.

La Sección 1 de la *PDA* define estas conductas como *"incorrecciones"* (*impropierties*) y son consideradas como tales, independientemente de si ocurren dentro del territorio de la República de Sudáfrica o en un país extranjero, estableciéndose así el principio de la aplicación extraterritorial de la ley.

2.2.4. La Unión Europea y el compromiso en proteger a los *whistleblowers.*

A diferencia de los países anglosajones o del *Common Law*, en Europa son pocos los países cuyas leyes protegen de manera cierta a los *whistleblowers*.

Actualmente, sólo seis países de Europa tienen legislación específica. Estos países son: Reino Unido (RU), Noruega, Países Bajos, Hungría, Rumanía y Suiza.

De estos seis países, sólo dos, Reino Unido y Noruega, extienden la protección de los denunciantes a todos los trabajadores y directivos que trabajen en los ámbitos público y privado, incluyendo a contratistas y consultores.[112]

112www.whistleblower.org/sites/default/files/TheCurrentStateofWhistleblowerLawinEurope.pdf.

www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/Linklaters-Whistleblowing-Listen-Up.pdf

www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf

A mi juicio, una de las razones más poderosas por la que los países de corte continental, a diferencia de EE.UU., no han desarrollado, en su normativa interna, la debida protección del denunciante, es porque en EE.UU a diferencia de lo que ocurre en Europa, existe una amplia cultura social y jurídica en denunciar hechos irregulares o ilegales cometidos en el sector público y privado. Otra de las razones es la terminación de la relación laboral del trabajador con el empresario. Así, en EE.UU., un empleado puede ser despedido fulminantemente y por cualquier razón o sin motivo alguno, a menos que una ley lo regule específicamente, de forma opuesta a lo que ocurre en la mayoría de países europeos, en los que un empleado sólo puede ser despedido por causas tasadas en la ley laboral.

Por otro lado, los organismos públicos europeos se muestran cada vez más favorables a la regulación de la figura del *whistleblowing,* la protección del denunciante y a incentivar a quien valientemente adopta una postura tan arriesgada. A su vez, la globalización de los mercados y la internacionalización de las empresas ha obligado a las sociedades europeas a cumplir con la normativa internacional, especialmente con la *SOX*, la *FCA*, *FCPA* y la *Bribery Act*.

Alemania, como sede del poder financiero y bancario en el antiguo continente, es el país que más esfuerzos está llevando a cabo con objeto de adaptar su legislación a la figura de *whistleblower*. Esta labor, como no podía ser de otra manera, ha sido impulsada por el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, a nivel comunitario los denunciantes residentes en la Unión Europea cuentan hoy con dos mecanismos legales que respaldan su valiente iniciativa:

- El Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas cuyos artículos 22 y 22 bis mencionan: *"los funcionarios de la UE tienen el deber de reportar cierta información y hacer ciertas revelaciones de actividad ilegal, el fraude, la corrupción, etc."*
- El segundo mecanismo para la protección de los denunciantes en Europa es el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Si analizamos país por país, estas son las distintas legislaciones.

a. <u>Reino Unido.</u>

- **<u>La *Protection Disclosure Act* de 1998</u>**

Reino Unido es claramente el líder europeo en lo que a protección de los denunciantes se refiere, habiendo sido pionero en legislar la protección de los denunciantes, incidiendo especialmente en las denuncias por prácticas irregulares, siendo su norma descrita como *la ley de denunciantes de mayor alcance en el mundo.*

En 1998, se promulgó la *Ley de Divulgación de Interés* (*PIDA*) enmendada por la *Ley de Derechos de Empleo de 1996.* [113]

- **La *Public Interest Disclosure Act* de 1998**. Desde la reforma, la *PIDA* abarca los sectores privado y público, incluyendo el híbrido de las funciones del sector público en régimen de subcontratación.

El denunciante debe demostrar que:

1) Su denuncia se basa en una *"revelación protegida"*

2) Ha seguido el procedimiento correcto.

El régimen legal establece que:

- El empleado ha de tener pruebas sólidas y razonables que demuestren que la actitud del empleador le ha provocado un perjuicio grave.
- El trabajador ha de contar con fundamentos razonables de que las pruebas en las que basa su denuncia podrían ser ocultadas o destruidas.
- El empleador o el regulador no han hecho nada para investigar o corregir la mala conducta.

A diferencia del régimen predominante en los Estados Unidos, donde el Gobierno Federal y los distintos Estados han creado organismos especializados para investigar quejas y denuncias anónimas o confidenciales, la *PIDA* obliga a los denunciantes a que presenten su reclamación o denuncia directamente ante el Tribunal de Empleo.

La decisión final del Tribunal de Empleo es revisable por los tribunales superiores del Reino Unido, si bien la existencia de tribunales de trabajo permite que los casos puedan ser objeto de litigios mucho más rápidos.

La indemnización por la reparación del daño incluye normalmente: daños morales, privación o reducción de salarios, recolocación en un puesto de trabajo de inferior categoría, etc.

Como dato, manifestar que el número de reclamaciones de denunciantes tras la aprobación de la ley *PIDA* ha aumentado considerablemente en el Reino Unido. En los primeros diez años de entrada en vigor de la *PIDA*, el número de reclamaciones aumentó de 157 en el 1999 a 1.761 en el 2009.

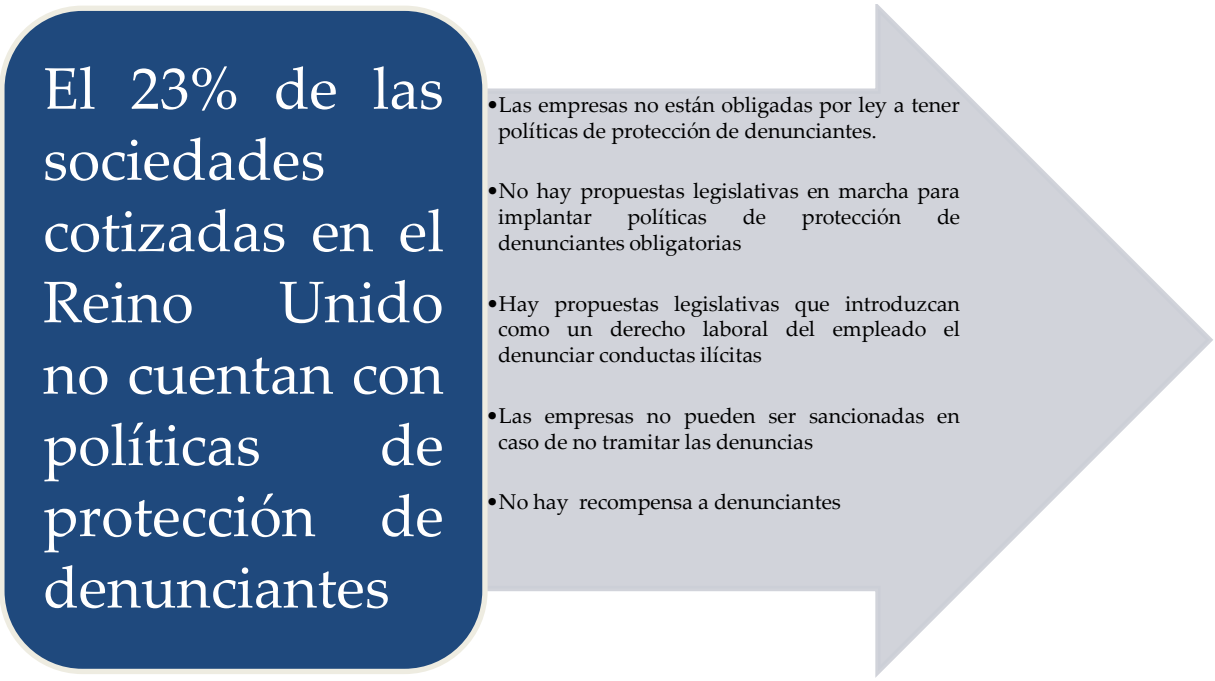
La indemnización media percibida por parte de los denunciantes en los primeros diez años, fue de £ 113.000, siendo la indemnización total percibida de 9,5 millones de libras.[114]

---

113 www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/notes/division/5/2/7

114 http://www.whistleblowers.org/

Este gráfico ilustra esos datos[115]:



5.2 Francia.

Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (*CNIL*)[116]

La ONG *Transparencia International*, sostiene que Francia no tiene una específica ley de protección de los denunciantes. Sin embargo, un informe del G-20 afirma que la aprobación en 2007 de la ley contra la corrupción proporciona protecciones básicas para los denunciantes públicos y privados a través de una amplia variedad de sanciones.

Por tanto, aunque Francia no tiene un régimen específico de protección de denunciantes, cuenta con diferentes leyes que proporcionan protección para los denunciantes.

El Gobierno francés entiende que los comités de empresa, delegados de personal y los sindicatos cumplen con acierto la función de escuchar a los trabajadores y transmitir la información pertinente. En cualquier momento, pueden solicitar explicaciones a la dirección de la actividad de la empresa.

---

115 F. PETERSON, Nikolas: THE CURRENT STATE OF WHISTLEBLOWER LAW IN EUROPE: *A REPORT BY THE GOVERNMENT ACCOUNTABILITY PROJECT*

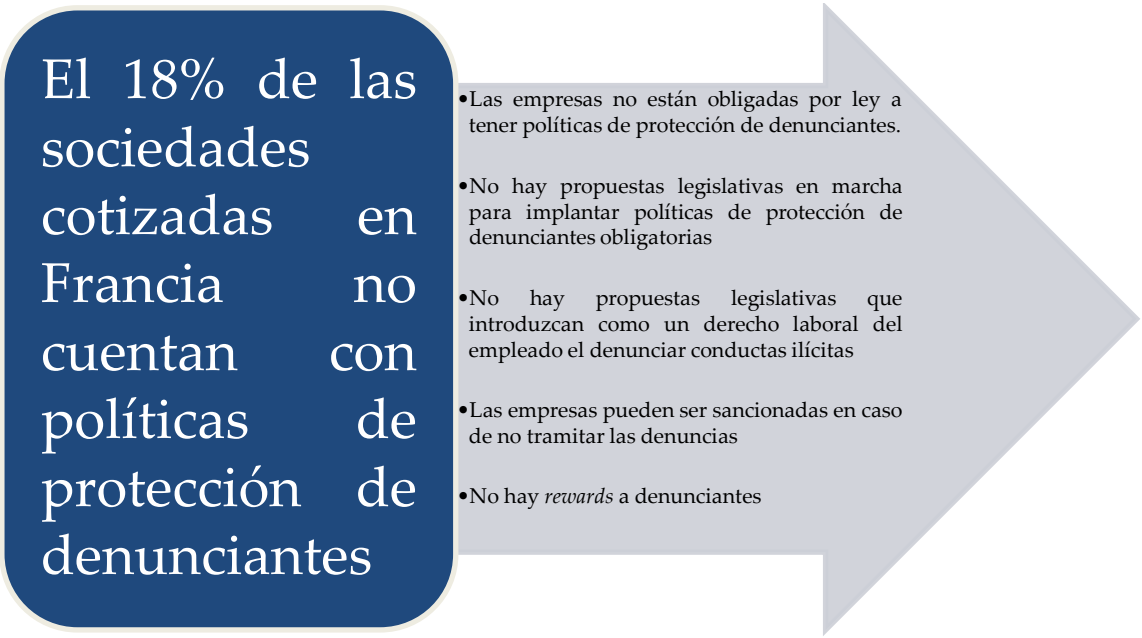
116 ***www.cnil.fr/fileadmin/documents/es/La_ley_francesa_de_proteccion_de_datos.pdf***

Por ejemplo el *Estatuto Général des Fonctionnaires* ofrece cierta protección a los funcionarios públicos que denuncien conductas ilícitas en su puesto de trabajo. El Código del Trabajo establece, medidas de protección para los empleados que denuncian delitos contra la salud, la seguridad o el acoso sexual.

Pero si hay una norma de referencia en esta materia esta es la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (*CNIL*).[117] El ámbito de aplicación de la *CNIL* es muy amplio ya que cubre la totalidad de los sectores de la actividad, incluso los ficheros en el campo de la seguridad pública, la defensa, y en materia penal. Se aplica a los tratamientos automatizados tanto como a los ficheros manuales. No es de aplicación a los ficheros mantenidos en el ejercicio de actividades exclusivamente personales.

La Ley de 6 de agosto de 2004, ha otorgado a la *CNIL* una potestad sancionadora propia: la facultad de imponer multas por un importe de hasta 300.000 € en caso de reincidencia. En el caso de situaciones excepcionales, la norma permite incluso la interrupción del tratamiento o el bloqueo de los datos.

De forma gráfica estos son los datos:[118]



5.3 Alemania

---

117 ***http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/es/La_ley_francesa_de_proteccion_de_datos.pdf***

118 *http://www.linklaters.com. Informe Whistleblowing: The European Landscape*

La sociedad alemana y sus valores son la antítesis de la promoción de la figura del delator que venimos analizando. En este país rige la máxima: *"el mayor pícaro en toda la tierra es, y seguirá siendo, el delator."* [119]

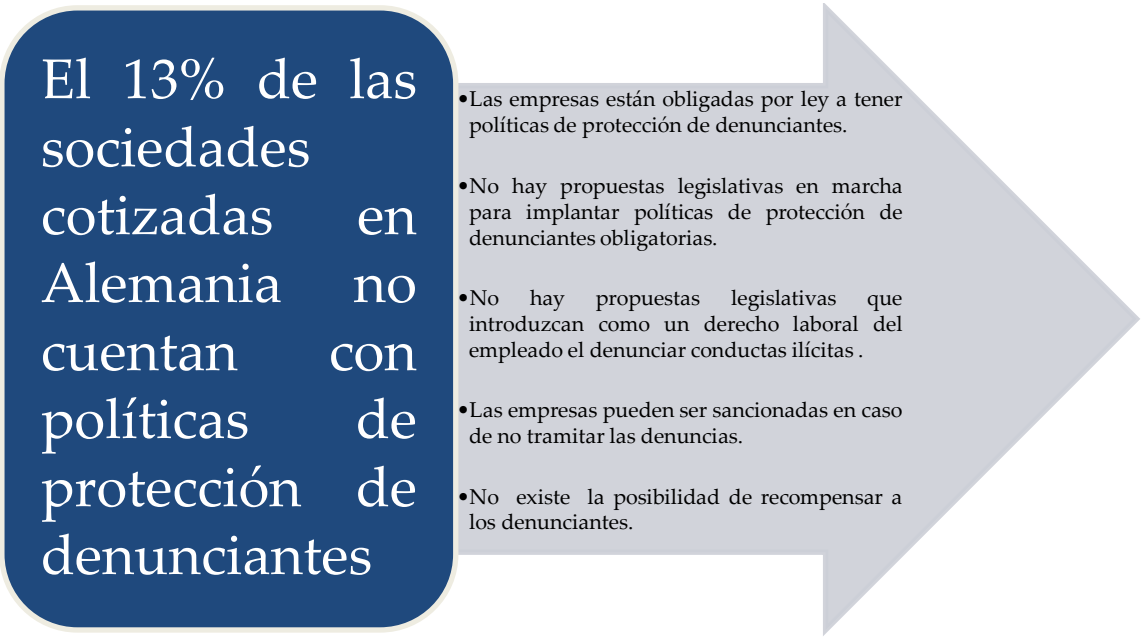
Si bien la Canciller, Angela Merkel se ha comprometido a promulgar y aplicar legislaciones específicas para la protección del denunciante (compromiso asumido en el año 2012 en la Cumbre de Seúl). La normativa alemana, hasta la fecha no contiene leyes específicas de protección del denunciante.

Así, los denunciantes alemanes cuentan con una protección indirecta a través de los artículos 4 y 5 de la propia Constitución alemana. El art. 4 de la Constitución, garantiza *la libertad de conciencia, de la información y expresión, y el derecho de petición, que incluye el derecho a llevar a cabo solicitudes o quejas a las agencias del gobierno, así como la libertad general de acción y el derecho a denunciar los delitos ante el fiscal.*

A su vez, la ley laboral prohíbe la discriminación o el acoso por parte del empleador como consecuencia de una denuncia realizada por el empleado.

La jurisprudencia de los tribunales Alemanes prohíbe el despido por causa de la denuncia de un empleado.

De forma gráfica, estos son los datos en Alemania: [120]



119 ***www.whistleblower-net.de/pdf/WB_in_Germany.pdf***

120 *http://www.linklaters.com. Informe Whistleblowing: The European Landscape*

5.4 Italia: *Bill Anticorruption*

Aunque existen normas y disposiciones fragmentadas en varios Códigos Legislativos Sectoriales, Italia no tiene leyes específicas de protección de denunciantes tal y como ocurre en el caso de Alemania.

En el sector privado, algunas grandes empresas han establecido procedimientos internos de denuncia de irregularidades y hechos contrarios a la ley y/o norma interna, a menudo con el fin de cumplir con la Ley *Sarbanes-Oxley*.

Italia ha reforzado su *normativa respecto a la protección del denunciante en casos de blanqueo de capitales*, prohibiendo el despido, la sanción o cualquier otra medida a toda persona que denuncie unos hechos de corrupción pública.

La ley sin embargo, deja mucho que desear ya que no recoge en su articulado la protección a los empleados del sector privado.

Actualmente, los denunciantes italianos deben esperar y confiar en el legislador en el sentido de reformar su Código de Procedimiento Penal y la ley laboral.

A pesar de ello, importantes es mencionar, que la norma italiana establece cauces de protección de la figura del *'Informatori',* en el artículo 203 del Código Penal y en la ley de 13 de febrero de 2001 sobre 'colaboradores de justicia "y" arrepentidos (ley aplicable a delitos de crimen organizado).

El código penal español regula desde el mes de diciembre del año 2010, la responsabilidad penal de las empresas, un dato relevante es que cinco años después de la entrada en vigor del principio *societas delinquere potest* todavía el Tribunal Supremo no ha resuelto ningún Recurso de Casación, respecto a la figura enunciada.

En cualquier caso, el artículo 31 bis del código penal, obliga a los empresarios a controlar y vigilar a los directivos y trabajadores. De no hacerlo, la empresa será penalmente responsable por no haber ejercido sobre ellos el debido control.

Según la doctrina, uno de los medios más eficaces para controlar a los directivos y trabajadores, es el establecimiento de políticas de prevención contra el fraude consistentes en el establecimiento de un código ético que establezca las reglas y principios éticos en la empresa, un test de prevención contra el fraude, que haga ver al empresario cómo de protegida está su empresa, un canal denuncia para que cualquier miembro de la empresa pueda denunciar cualquier hecho delictivo que se haya producido en la empresa, que se esté llevando a cabo o que se vaya a cometer y la incorporación en la empresa de la figura del oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*, que tenga carácter

autónomo con el resto de los directivos de la empresa y que tenga como misión, canalizar las denuncias recibidas, darles el trámite oportuno, investigar los hechos delictivos y asesorar al *Management* y el Consejo de Administración acerca de la responsabilidad penal y civil de la empresa.

La reforma del código penal que está llevando a cabo el gobierno actual en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las empresas va más allá, El gobierno, entiende que, las empresas que desempeñen y se esfuercen a través de medios materiales y personales en controlar y vigilarán a los trabajadores, deben de estar exentas de responsabilidad penal, ahora bien, todo empresario que no controle a los trabajadores y directivos, serán penalmente responsables, la empresa y el empresario por haber omitido el deber de prevenir delitos y controlar en el seno de la empresa, siempre que el delito cometido haya beneficiado a la empresa. Nos encontramos ante un cambio de perspectiva, en el que el carácter preventivo es anterior al principio reactivo, un camio cultural que necesita afianzarse en los empresarios y políticos.

Los medios eficaces de prevención de delitos que la norma mencionan y que hasta el Anteproyecto de Ley poco sabían los magistrados, jueces y fiscales, algo más los abogados especialistas en la materia, serían los llamados *compliance programs* o programas de cumplimiento normativo.

Ahora bien, en ningún caso, para eximir de responsabilidad a la empresa, administradores y directivos, será suficiente el manual del código ético guardado "con telarañas" en la estantería de los directores, sino que es necesario que tanto el código ético de conducta como el resto de las normas internas de la empresa se den a conocer entre todos los empleados, directivos y de interés, a través de la entrega de los mismos, de cursos de formación y de un seguimiento al menos anual del contenido de las normas.

A su vez, será necesario, el establecimiento de la figura del oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* o *Chief compliance officer*, con carácter autónomo del resto de los departamentos y con una función delegada específica por parte del Presidente de la compañía, como es velar porque las normas internas se cumplan, recibir y tramitar las denuncias recibidas y llevar a cabo la investigación oportuna en relación al hecho concreto denunciado. Podemos decir que se convierte en el "fiscal interno o externo de la compañía". Por ello es conveniente que el *Compliance Officer* (*CO*), tenga conocimientos importantes del procedimiento y principios del derecho penal y regulatorio y si hablamos de una empresa multinacional, conozca "al dedillo", los principios del derecho penal y regulatorio de todos y cada uno de los países en dónde la empresa posee actividad de negocio.

Debido a la relevancia que pasan a protagonizar con la nueva regulación los empleados de las empresas, éstos mismos deben estar debidamente formados e informados sobre los principios de actuación que deben llegar a cabo en el seno de su propia empresa, los cuales no

consisten solo en no cometer fraudes, sino además en prevenir su comisión mediante la denuncia de las prácticas ilícitas que detecten en la entidad por parte de sus compañeros. Menudo cambio llevado a cabo por el legislador. El derecho penal de la empresa pasa a ser un derecho con carácter preventivo en lugar de reactivo. Recomiendo la lectura de la sentencia del caso CAPRABO, para que el lector, ya sea abogado, empresario o empleado, conozca la nueva mentalidad e importancia del control necesario de empleados y directivos.

Si realmente entendemos que el canal denuncia en la empresa, es una medida para prevenir y detectar delitos y hechos contrarios a la norma interna, y si realmente el empresario anima a los empleados a denunciar, ¿no creen ustedes que sería necesario establecer medidas legales de protección del denunciante como ocurre en los países anglosajones?. ¿No creen ustedes que los programas de *compliance*, deberían incorporar medidas de protección de los denunciantes?.

El sistema de *Whistleblower Protection* tiene una importancia significativa ya que la persona que detecte que dentro de la compañía se está realizando un hecho ilícito, ha de tener la posibilidad de realizar tales actuaciones sin temor ante posibles represalias derivadas de su denuncia.

El objeto del presente artículo estudio es, explicar las normas internacionales de protección del denunciante.

Tras analizar las normas de protección de los denunciantes en países como EE.UU, Reino Unido, Canadá, Australia, nos damos cuenta que todas ellas tienen un denominador común, la prohibición de represalias hacia los denunciantes.

3. La prohibición expresa de represalias por parte del empleador.

La gran mayoría de las empresas garantizan a través de los códigos éticos u otras normas internas, el compromiso de no emprender ningún tipo de represalias contra el denunciante.

Ahora bien, curiosamente, pocas son las empresas que imponen sanciones específicas a través de su código ético y de conducta, a aquellas personas que lleven a cabo represalias contra el denunciante. Dentro de este apartado nos gustaría hacer referencia a un punto que, a nuestro parecer, consideramos fundamental a la hora de interponer una denuncia. Se trata del principio de buena fe mencionado con anterioridad como requisito exigido por parte de la gran mayoría de los códigos éticos, si bien, no en la totalidad.

Existen una serie de cuestiones importantes que no están nada claras en los principios contenidos en los códigos éticos de conducta en las empresas, en lo que respecta al anonimato, confidencialidad y

privacidad de la denuncia, concretamente las dudas son: ¿Que "armas legales", tienen las personas denunciadas, cuya denuncia ha sido realizada sin soportarla prueba alguna y faltando a la verdad?. ¿Tiene la empresa la posibilidad o la obligación de entregar copia de la denuncia al denunciado, expresando los datos del denunciante? Y por último ¿Qué derechos tiene el denunciado ante la denuncia falsa?.

La respuesta a las tres preguntas, dependerá de la política de privacidad contenida en el propio formulario de denuncia de la empresa, por lo que recomiendo su lectura antes de denunciar hecho alguno.

4. La recompensa *(reward)* al denunciante *whistleblower*. Una cuestión jurídica, cultural y/o necesaria.

Uno de los temas más controvertidos en la regulación del *whistleblowing,* es la posibilidad de que el denunciante/delator perciba una recompensa (*reward*) [121] como "*premio o incetivo*" a la denuncia realizada.

Si bien es cierto que las recompensas, sobre todo las económicas, tradicionalmente han estado mal vistas en los países de corte continental, ya que la ciudadanía entiende que denunciar las malas prácticas en el seno de las empresas debería ser una obligación moral sin necesidad de incentivo o recompensa alguna. La realidad práctica es del todo distinta, y si hiciéramos un cuestionario o una simple pregunta a la ciudadanía, como por ejemplo ¿Cuál sería el motivo por el que un trabajador denunciara a su director o consejero delegado por cometer un delito fiscal, construir y comercializar un fármaco nocivo para la salud, se produjera un acoso sexual a una compañera en el lugar de trabajo, se falsearan las cuentas de una sociedad cotizada, se produjera un hecho corrupto público o privado, etc?, la respuesta sería muy distinta dependiendo de si la persona preguntada residiera en la Unión Europea o en países del *Common Law.*

Mi parecer es que, incluso en reuniones organizadas por una conocida asociación de *Compliance Officers* en España, en dónde muchos de ellos manifestaron que ellos mismos no denunciarían, y preguntando simplemente, que cuál sería el beneficio, que no iban a obtener nada a cambio por poner en conocimiento de la empresa un hecho irregular, que el riesgo de despido sería muy elevado, que para qué, etc.., me puedo imaginar cuál sería el resultado si se realizara una encuesta a la ciudadanía española.

Si no se incentiva al denunciante y se le protege, el *whistleblowing* es del todo inefectivo, poco práctico, inútil. La realidad práctica es que

---

121 ***http://www.irs.gov/uac/Whistleblower-Informant-Award***

la existencia de recompensas en el lugar de trabajo es el complemento idóneo a la protección de denunciantes y ello con el fin de que el procedimiento de *whistleblowing* sea ante todo eficaz, rentable y productivo.

Sistemas de recompensa percibida por los denunciantes en las distintas legislaciones.

- En EE.UU., como norma principal, tengo que mencionar la *False Claim Act* (*FCA*) (que forma parte de las leyes *Qui Tam).* En dicha regulación se contemplan recompensas de entre el 10-30% para los denunciantes de fraudes cometidos al Gobierno de los EE.UU.
- La Ley *Dodd Frank Act* contempla recompensas de entre el 10-30% de la multa impuesta a los delatores de delitos cometidos contra las leyes del mercado de valores (denuncias que abarcan desde el blanqueo de capitales al uso de información privilegiada). Para que el delator pueda percibir la recompensa, la *SEC* establece un requisito adicional, que la sanción aplicable a la conducta denunciada supere el millón de dólares y que el hecho denunciado sea desconocido para el regulador. Dependiendo de la participación del denunciante en la investigación de los hechos percibirá un porcentaje superior respecto de la sanción impuesta por la *SEC* y por la *IRS*.

- En el Reino Unido, sin embargo, *The Serious Fraud Office* que es el órgano competente para la aplicación de la legislación en materia de denunciantes, no contempla la recompensa a los delatores. Hay una excepción en materia de Derecho de la Competencia: *la Oficina Británica de Comercio (OFT)*, incentiva la denuncia de irregularidades en el ámbito de la competencia ofreciendo recompensas de hasta 100.000 libras esterlinas a las empresas y personas que denuncian la actividad ilícita de los *cárteles.*

- En la Unión Europea, el Reglamento (UE) Nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, establece que los Estados miembros deben de poder prever incentivos financieros a las personas que ofrezcan información relevante sobre posibles infracciones del Reglamento.

Por tanto, la UE, conocedora de los graves fraudes que se cometen en el sector financiero europeo (OPAS, Información Privilegiada, manipulación del mercado, etc.), se alinea con la tradición y normativa norteamericana, al decir "deben de poder incentivar". A mi juicio, la frase de deber de poder incentivar, es una imposición, una obligación futura a los Estados de la UE, ahora bien, si el Reglamento obliga a que existan canales de denuncia, que se proteja y remunere al denunciante, el

legislador español debe de regular el procedimiento de denuncia, que hemos explicado en el capítulo de la presente obra. El Reglamento a los *whistleblowers,* los denomina, "**personas que ofrezcan información**", calificando a los denunciantes de una manera muy "educada" y "diplomática". Ahora bien, como toda norma principiante, que hace referencia a una materia tan sensible como es el *whistleblowing,* el Reglamento debería de haber profundizado más en la materia regulada. La norma menciona el verbo "**Relevante**" y a mi juicio dicha palabra, podría llegar a crear un problema de interpretación, siendo ésta imprecisa y que difícilmente podría llegar a responder a la pregunta ¿cómo de relevante debe de ser la información. ¿Quién debe de valorar la relevancia de la información?, Sinceramente no tengo respuesta y por tanto tendremos que esperar a que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos ilustre de cómo y cuánto de relevante debe de ser la infracción para ser ésta objeto de incentivo.

A su vez, el Reglamento no nos dice qué cantidad de dinero se debe de indemnizar o incentivar económicamente a los *whistleblowers,* se nos dice únicamente que la indemnización tiene que ser financiera y, me pregunto a si se refiere a ¿dinero, bonus, acciones, etc?.

Entiendo que el Reglamento una vez adoptada la postura valiente de obligar a los Estados a que incentiven a los informantes, debería hacer ido más allá, al igual que las leyes internacionales como la, *FCA*, la *FCPA*, la *SOX* y la *Dodd Frank*, reflejan en su articulado la cuantía a indemnizar, porcentajes, estableciendo las condiciones manifestadas en puntos anteriores, de esa manera el *whistleblower* podrá valorar si realmente puede llegar a tener sentido denunciar hechos relevantes, muy relevantes o poco relevantes.[122]

---

122 Vid. Reglamento de la Unión Europea (UE) Nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el Abuso de Mercado (Reglamento sobre abuso de mercado). "La comunicación de las infracciones del presente Reglamento es necesaria para que las autoridades competentes puedan detectar y sancionar los abusos de mercado. Son necesarias medidas sobre los confidentes para facilitar la detección de los abusos de mercado y asegurar la protección y el respeto de los derechos de los confidentes y de los acusados. Por tanto, el presente Reglamento debe garantizar la implantación de mecanismos adecuados para que los confidentes puedan alertar a las autoridades competentes acerca de posibles infracciones y protegerles de represalias. Los Estados miembros deben poder prever incentivos financieros para las personas que ofrecen información relevante sobre posibles infracciones del presente Reglamento. Sin embargo, han de tener derecho a tales incentivos únicamente los confidentes que saquen a la luz nueva información que no estuviera ya sujeta al deber de notificación y que dé lugar a la imposición de sanciones por infracción del presente Reglamento. Los Estados miembros deben velar asimismo por que los programas de incentivos establecidos para los confidentes incluyan

5.Los derechos de los trabajadores y el deber de control del empresario.

5.1. Los límites al control de los medios de producción por parte del empresario.

Cuando una empresa-empresario decide poner en marcha los programas de preventivos, de cumplimiento con la norma y en especial el código ético de conducta y un canal de denuncia, lo lógico es que el administrador o CEO de la empresa se haga una serie de preguntas como por ejemplo: ¿Realmente para qué va a servir el código ético?. ¿El canal de denuncia, no va a servir para nada y nos va a traer muchos problemas, por qué lo implantamos? ¿El código ético lo tiene que aprobar los sindicatos? ¿Tengo que informar a los trabajadores del contenido del código ético antes de su entrega?, ¿Cómo procedo a la difusión del código? ¿Cuántas denuncias recibiremos? ¿Si no cumplo a rajatabla con la norma, es posible que el canal de denuncia sea un problema para la sociedad y los directivos? ¿Los empleados de las empresas filiales en España y en otros países, también tienen que recibir el código ético? ¿Qué ocurre si en un país se está sobornando a funcionarios y me denuncian, tendré yo responsabilidad como consejero delegado? ¿Voy a tener que cambiar mi política de entrega y recepción de regalos y en especial los de Navidad? ¿Qué ocurre si un grupo de trabajadores se niegan a recibir el código ético? ¿Cuál es el papel del departamento de Recursos Humanos en el código ético y el canal de denuncia? ¿El canal de denuncia exime la responsabilidad de los administradores, Consejo de Administración y empresa? ¿Cómo y quién tiene que investigar las denuncias recibidas, quién o quiénes decidirán las sanciones, qué criterio se adoptará?. ¿Tienen los denunciados la posibilidad de recurrir la decisión de la empresa, ante qué organismo?.

Como digo, todas estas preguntas, son importantes para el empresario y la empresa, y es necesario responderlas de la manera más clara posible. A partir de conocer y entender la respuesta a las preguntas anteriormente formuladas, el administrador y el Consejo de Administración, tienen que decidir si implantar las políticas de prevención, control y cumplimiento o seguir con la actividad empresarial como hasta entonces.

---

mecanismos dirigidos a garantizar la debida protección del acusado, especialmente en lo relativo al derecho de protección de sus datos personales, y procedimientos para garantizar su derecho a defenderse y a ser oído antes de que se adopte una decisión que le afecte, además del derecho a recurrir judicialmente esa decisión".

En lo que respecta a los códigos éticos y los canales de denuncia, los directivos y los trabajadores, nunca perderán sus derechos fundamentales que tienen reconocidos en nuestra Constitución Española y diversos Tratados Internacionales. Ahora bien, de la misma manera, la empresa tiene el **deber y el derecho de controlar y vigilar el buen funcionamiento de la actividad laboral**, utilizando todos los medios a su alcance para evitar, prácticas irregulares, comportamientos indeseados, fraudes, hechos contrarios a la ley, abusos, acosos, etc. El Consejo de Administración y el comité de dirección, deben pensar primero en la empresa pero también en ellos mismos, ya que la responsabilidad es solidaria, y por tanto, deben de prevenir y evitar la imputación del presidente ejecutivo y/o el consejero delegado y otras personas con funciones delegadas, sin olvidarnos de la imputación de la empresa, la multa y la responsabilidad civil derivada del delito de directivos, trabajadores y la propia empresa y sus filiales[123].

Respecto a los derechos de los trabajadores, -derecho a la intimidad y el secreto-, éstos no son derechos reconocidos a los trabajadores de manera total y absoluta y ello por el derecho-deber que el empleador ostenta en el control y vigilancia del trabajador. Estos derechos son reconocidos en todos los países del mundo y es imprescindible que se informe con meridiana claridad a los empleados para que no perciban que están siendo vigilados, cuestionados; recuerdo en un curso de formación acerca del código ético y el canal de denuncia, impartido por mi persona en una fábrica del norte de España, en dónde cinco directivos de la fábrica, se pusieron de pie y manifestaron su negativa a firmar y aceptar el código ético y canal de denuncia por considerarlo, invasivo, y que violaba su intimidad, similar a la "Gestapo" y a la "inquisición".

El Tribunal Constitucional entiende que desde la prudencia, y fundamentalmente el principio de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y adecuación), se debe de partir de un juicio ponderado, prevaleciendo en todo caso y momento los derechos fundamentales reconocidos al trabajador, directivo y consejero delegado frente al derecho, deber de control y vigilancia del empresario. Esta cuestión es evidente, las garantías y derechos del trabajador debe de prevalecer por encima del afán e interés del empresario de controlarlo todo, ahora bien, no todo es negro o blanco como explicaré a continuación, y por ello, las

---

123 Artículo 20.3 E.T. "El empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.."

normas del siglo XXI en gran parte del mundo desarrollado obligan al trabajador a ejercer un control interno en la empresa.[124]

Siempre que las medidas de control del empresario superen el test de idoneidad, su adopción será legítima. Ello incluye los controles ocultos, pues puede darse el caso que sean necesarios y proporcionales al daño evitado o que se pretende evitar. La Sala Cuarta (social) del Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias, se ha opuesto a la práctica de los controles ocultos, al menos cuando consistan en meros controles para valorar el rendimiento o los riesgos de mediana entidad (no penales que supongan un grave perjuicio a la empresa o a un tercero.

Ahora bien, en el ámbito penal, podría suceder que, previamente y antes de analizar la eventual justificación del hecho, la conducta del empresario no fuera típica por faltar alguno de los elementos, objetivos o subjetivos, descritos en la infracción que pudiera haberse cometido, básicamente el delito de descubrimiento y revelación de secretos o los delitos de amenazas y coacciones. Ello, claro está, sin perjuicio de que la conducta del empresario pudiera tener consecuencias en otros ámbitos del ordenamiento jurídico (labora, civil, mercantil, procesal, etc.).[125]

En relación al tipo de información objeto de protección y el bien jurídico protegido, artículo 197 del Código Penal, partiendo de la base de que el bien jurídico considerado protegido es el ámbito personal de la intimidad de las personas físicas, el tipo de información merecedora de protección deberá estar relacionado con dicha esfera, de forma que las conductas típicas que tengan por objeto tal información sean idóneas para lesionarla o ponerla en peligro. Por tanto, estamos ante un criterio de relevancia penal que permite restringir sustancialmente el ámbito de aplicación de los tipos de violación de secretos, especialmente en los supuestos de investigación empresarial interna aquí estudiados. Pues cuando los datos o información se obtengan mediante alguna de las conductas previstas en el artículo 197.1 CP (apoderamiento de mensajes de correo electrónico, escucha o grabación de conversaciones telefónicas, etc..), los hechos resultarán penalmente atípicos si la información conseguida no tiene nada que ver con la intimidad personal o familiar del trabajador sino más bien, con su vida profesional o laboral.[126]

---

124 STC de 26 de septiembre 2007.

125 KÜHLEN, L, MONTIEL J.P., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I: Compliance y Teoría del Derecho Penal, págs, 138-140. Marcial Pons 2013.

126 MESIA MARTÍNEZ, C.: "El procedimiento de denuncia interna o *whistleblowing* en los códigos de conducta", en MARTINEZ -ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (Dir) "Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y la

El 26 de septiembre del año 2007, la Sala de lo Social del TS, dictó sentencia sobre un supuesto registro del ordenador personal de un trabajador. Los hechos hacían referencia al despido de un alto directivo por haber utilizado el ordenador personal que la empresa había puesto a su disposición con fines productivos en lugar de para visionar webs de contenido pornográfico. Este visionado fue descubierto a raíz de que el directivo tuvo un virus en su ordenador, siendo enviado el aparato al departamento de informática para su reparación, informando los técnicos del hecho ilícito cometido al comité de dirección.

La empresa, como consecuencia del hecho, despidió al directivo, demandando éste a la empresa por obtención ilícita de la prueba. El Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo, dieron la razón al directivo manifestando el Alto Tribunal, que los empresarios deben de controlar el uso debido de esos medios tecnológicos de acuerdo con las reglas de la buena fe y por consiguiente, con pleno respeto hacia la intimidad de los trabajadores. Por tanto deberá:

1) Establecer previamente las reglas de uso de tales medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales; 2) informar a los trabajadores de que va a existir o existe un control de uso debido, especificando cuáles van a ser las concretas medidas de carácter preventivo, se entiende que de forma previa y de carácter menos lesivo, de manera que quede satisfecho el requisito de necesidad y el de subsidiaridad, exigido por la doctrina constitucional en materia de restricción de derechos laborales en el ámbito laboral. Las reglas establecidas en aquella sentencia fueron ratificadas por la Sala Cuarta del TS en un caso similar sobre el que falló la sentencia de 11 de marzo de 2011.

5.2. Los deberes de autoprotección de la víctima.

Partiendo del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aconseja excluir del ámbito de lo penalmente relevante la conducta agresiva del autor cuando la víctima hubiera tenido a su disposición medidas de autoprotección asequibles y exigibles que, sin embargo habría desperdiciado. La Sala Segunda del TS, manifiesta en dos sentencias recientes, la falta de tipicidad en la conducta de un marido que accedió a información personal de su pareja contenida en el ordenador y teléfono móvil de aquella porque "la víctima no estableció ninguna medida de seguridad y exclusión que impidiera al acusado acceder a las informaciones de su correo electrónico, ni a su teléfono móvil".

Responsabilidad de los Administradores, págs. 1209 y ss. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Según la jurisprudencia, [127] el recurso a la lógica de la autoprotección por parte de nuestros tribunales a la hora de determinar el ámbito de aplicación de los tipos de atentado a la intimidad del artículo 197.1 del CP se hace especialmente patente en la relación empleador-empleado, cuando la información obtenida sin el consentimiento del empleado, del ordenador o la cuenta de correo utilizada por el directivo o trabajador, nuestros jueces penales suelen considerar dicha conducta penalmente irrelevante, a no ser que el empleador haya obtenido dicha información para otros fines distintos a la mera investigación por tener indicios o haber recibido denuncias internas de que un trabajador o directivo haya violado la ley o el código ético, y no el supuesto de que el empleador por el simple deseo de saber qué es lo que piensan sus trabajadores en relación a su persona. Si se diera esta última situación, el empleador habría violado el derecho a la intimidad y el secreto de sus trabajadores y el empleador será condenado penalmente.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de julio del año 2014, nos ha sorprendido a todos los juristas que dedican su tiempo y esfuerzo en políticas de *compliance* en las empresas.

Las políticas internas relacionadas con la privacidad y las investigaciones corporativas son unas de las importantes y más inciden los Oficiales de Cumplimiento Normativo en los cursos de formación (Políticas de privacidad y de utilización de los servicios informáticos e internet).

La mayoría de los códigos éticos analizados hacen referencia a estas políticas siendo aceptadas por el trabajador y directivo al comenzar su relación laboral en la empresa. En los cursos de formación, los instructores recomiendan a los trabajadores que utilicen el correo electrónico de la empresa con ciertas limitaciones y que éste podría llegar incluso a ser monitorizado y controlado si es que existieran pruebas al menos indiciarias de que el trabajador ha cometido, está cometiendo o va a cometer una conducta irregular o ilegal.

Pues bien, la sentencia de julio del 2014 de la Sala Segunda (Sala de lo penal) del Tribunal Supremo, nos da marcha atrás en todo el procedimiento de control e investigación interna societaria (correos electrónicos, ordenadores y cartas) que toda empresa debe de llevar a cabo en un proceso penal, desmarcándose de lo manifestado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de septiembre de 2007, y confirmada por el Tribunal Constitucional en sendas sentencias de 17 de diciembre de 2012 y 7 de octubre del 2013.

La sentencia dela Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto a las investigaciones internas y el derecho al secreto de las comunicaciones internas (artículo 18.3 de la Constitución Española) y el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución Española), manifiesta una postura que como digo limita al empresario el proceso de investigación,

127 Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, nº.358/2007, de 30 de abril.

hecho que choca con el obligado control que debe ejercer el empresario para evitar ser sancionado o incluso condenado.

La sentencia manifiesta que en derecho penal se precisa de un plus de garantía y como no podía ser de otra manera estoy de acuerdo. Continúa la sentencia diferenciando entre los derechos y garantías de especial protección, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, diferenciando entre la recepción y lectura de los correos electrónicos en el que el receptor teclea como "leídos", o "no leídos". Los primeros, dice la sentencia, se ven amparados por el derecho a la intimidad y los segundos por el derecho al secreto de las comunicaciones.

La resolución judicial, incide, en que es indiferente que el trabajador o directivo, haya firmado que conoce y se compromete a cumplir la política de la empresa de utilización de los medios tecnológicos y correos electrónicos, ya que nuestra Norma Superior, ampara a todo ciudadano independientemente de la aceptación o no de la política interna, considerando que no supone una aceptación tácita el hecho de consentir.

La sentencia no diferencia al referirse a los principios especiales de protección, si la investigación o injerencia se lleva a cabo en horario laboral, en el lugar de trabajo, si el titular del correo electrónico, ordenador o teléfono es de la empresa, manifestando que en todo caso, si el correo marca como no leído, el empresario para proceder a su investigación precisaría de autorización judicial, si bien, si el trabajador, tecleara como leído, no sería precisa ni necesaria la autorización del juez instructor. A mi juicio, un sin sentido, ya que lleva consigo al engaño, a que ningún trabajador, si es conocedor de la resolución, utilice la herramienta "leído", a pesar de la importancia que tiene en ciertos aspectos del puesto de trabajo. Por poner un símil, es como si el trabajador tiene un sobre abierto en su cajonera o lo tiene por el contrario cerrado, si lo tiene abierto, el empresario podría investigar y si lo tiene cerrado, precisaría de una previa autorización del juez para proceder a su investigación. Nada más leída la sentencia, tuve una reunión esporádica en la Audiencia Nacional con un fiscal, cometamos la sentencia y me dijo que estaba del todo de acuerdo, que era como si el Ministerio de Justicia que le otorga y entrega un móvil telefónico para su uso, pudiera si tuviera sospechas de una posible conducta ilegal llevada a cabo por el señor fiscal, proceder a la investigación de sus llamadas sin precisar de autorización judicial. Mi parecer es del todo diferente al del fiscal, ya que conlleva como dicen ciertos autores, a la mentira, al engaño, tan permitida por nuestros tribunales españoles y tan prohibida por los tribunales anglosajones, por parte del trabajador, y porque no es lo mismo, investigar un correo electrónico corporativo que un teléfono móvil, a mi parecer, supone una marcha atrás en lo que a los programas de *compliance* se refiere y al necesario control del empresario. Debemos reflexionar sobre la materia, la jurisprudencia de los social y penal se deben de poner de acuerdo en materias tan relacionadas entre sí, y no

debemos permitir más que los grupos de interés de las empresas y los políticos se vean favorecidos de las excesivas garantías otorgadas por los tribunales, y ello porque lo que conlleva es a la misma frase de siempre, "yo cometo el hecho, porque controlo la situación, y ya veremos luego, los jueces cometen en ocasiones errores y la justicia es lenta y deficiente.".[128]

Con anterioridad a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mencionada, mi percepción, era que la jurisdicción social era más protectora que la penal en lo que a los derechos de los trabajadores se refiere, exigiendo al empleador que informe al trabajador de la posibilidad de ser investigado, concretamente sus correos corporativos o el ordenador propiedad de la empresa al haber supuestamente infringido la ley o el código ético y especificando en qué consistirán las medidas previo agotamiento de los medios alternativos menos gravosos o *invasivos de la intimidad del trabajador,* la sentencia ha cambiado mi parecer al respecto.

En nuestro sistema, entiendo que es necesario proteger al *whistleblower,* actuación tantas veces demandada en el presente trabajo, contra represalias del empleador, despidos, acoso moral, etc., fundamentalmente en los supuestos en donde gracias a la denuncia del *whistleblower,* la empresa, la policía, o el juez, han podido descubrir las prácticas irregulares, en ocasiones ilegales, llevadas a cabo por la empresa y que, hasta resultaría necesario que al trabajador se le despidiera, se le degradara de su puesto de trabajo y hasta se le trasladara a un departamento o lugar de trabajo distinto.

Importante es la participación de la representación de los trabajadores en la difusión del código ético, el canal denuncia, en los cursos de formación, al igual que ocurre en las investigaciones internas realizadas y en las sanciones impuestas a las personas denunciadas. Dependiendo de muchos factores, los representantes de los trabajadores tienen o dejan de tener participación en las políticas de control y sanción de la empresa.

---

128 Manifestaciones de la sentencia de 16 de julio 2014 del Tribunal Supremo: "ni aun cuando se entienda que la *"renuncia-autorización"* se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización Lo que por otra parte, obvio es recordarlo, operará tan sólo respecto a lo que estrictamente constituye ese *"secreto de las comunicaciones"*, es decir, con exclusión de los denominados *"datos de tráfico"* o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., **de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)."** del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia."

GÓMEZ JARA, C.:"Investigaciones internas y correo corporativo: un nuevo criterio para su validez jurídico-penal". *Legal Today*, 26 de agosto 2014.

Capítulo III. Los Principios del Gobierno Corporativo en relación con el *whistleblowing*.

1.La Transparencia como técnica regulatoria *versus* el carácter imperativo de la Ley *Sarbanes – Oxley*. La prevalencia del principio de transparencia en detrimento de la creación del valor y calidad del producto. Los sistemas de organización monista y dualista respecto al *whistleblowing*.

José María Garrido manifiesta: "*Porque el poder de control de la sociedad, en términos prácticos, es la posibilidad de elegir a los miembros del Consejo de Administración, y conforme a los modelos de distribución y control de poder, nos encontramos con que los administradores se autoerigen en las grandes sociedades en cuanto dominan la propia Junta General*".[129]

Sin duda, la crisis económica del año 2007, ha demostrado una serie de deficiencias en el Gobierno Corporativo y en la gestión de riesgos y control de directivos, especialmente en las empresas financieras, bancos y cajas de ahorro. Por este motivo, la Unión Europea a través de la comisaria de justicia Vivian Reding, publicaron en el año 2011 el Libro Verde respecto a la normativa de Gobierno Corporativo.

---

129 GARRIDO, J.M.: "La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales", Bolonia, 2003, págs. 67 y ss.

A su vez, la Comisión Europea con objeto de mejorar el Gobierno Corporativo elaboró en el año 2012 "el Plan de Acción: Derecho de Sociedades Europeo y Gobierno Corporativo", aprobando la Comisión con posterioridad la Estrategia Europea 2020.[130]

El movimiento del *Corporate Governance*, en la actualidad, está dentro de un contexto de globalización de mercados. Y en lo que respecta a Europa, este movimiento se desarrolla a partir de dos modelos de organización y distribución del poder en las sociedades mercantiles. Así pues, nos encontramos en Europa con dos tipos de regímenes de administración societarios distintos: algunos países siguen el **régimen monista** de la administración, como el Reino Unido o España y otros siguen el **modelo dualista**, típico de los países germánicos, y el cual están adquiriendo los países de nueva incorporación a la Unión Europea.

Los sistemas de organización monista y dualista, surgieron a través de los distintos debates llevados a cabo a finales de los años setenta, debates que se llevaron a cabo para dotar al Consejo de Administración de una función de supervisión y control del *management* debido a la inactividad como órgano de control de la Junta General de accionistas. Surge así el *monitoring model*, en el cual, la dirección de la sociedad es ejercida por los directivos de la sociedad o *executive seniors* y la función del Consejo pasa a ser principalmente la de seleccionar, evaluar gradualmente, fijar la retribución así como la de reemplazar al equipo directivo de la gestión.[131]

El sistema dualista (sistema germánico) de administración, que parte de la *Aktiengesetz* de 1870 compuesto por un Consejo de vigilancia del *management,* cuya misión desde el año 1937 es la de controlar y vigilar, integrado por consejeros independientes, y cuya particularidad es que los trabajadores tienen una destacada participación en el Gobierno de la sociedad, ajenos al máximo grupo directivo de la sociedad y cuyas reuniones se llevan a cabo separadamente del equipo directivo, muestra una impresión de tener una cierta independencia de estos. En el año 2002, el Gobierno federal nombró una Comisión para que redactase el *Deutcher Corporate Governance Codex,* culminando con el Código de buen Gobierno, *Regierung Kommission Corporate Governance Codex*, publicada la primera versión en el año 2002 y la segunda en mayo del año 2003,

---

130 MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I.: "La configuración del órgano de administración: el sistema monista y el sistema dual, especial referencia al régimen de la Sociedad Anónima Europea", en MARTINEZ-EHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (dir) Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y responsabilidad de los administradores. Páginas: 183 y 184. Thomson Reuters Aranzadi.

KLIKSBER, B.: "Las fallas en el gobierno corporativo. Un tema clave en la crisis económica mundial". Publicado en la Revista del *CLAD Reforma y Democracia*, no. 47. Caracas, Junio 2010.

131 Vid. ESTEBAN VELASCO G.: "La separación entre dirección y control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el derecho comparado. II", págs. 727 y ss.

FAMA, EUGENE F. AND JENSEN, MICHAEL, C.: "Separation of Ownership and Control". *Journal Law and Economics*, núm. 26, pág. 301.

ambos Códigos son partidarios de la autorregulación, sujetos al principio de *cumplir o explicar.*[132]

Otro sector doctrinal entendió, entre los que destaca particularmente el profesor Eisenberg, oponiéndose a la teoría alemana de sistema dual, que era preferible un sistema monista, integrado fundamentalmente por consejeros independientes, que lograran una mayor transparencia que la del sistema dualista, consiguiendo así que el Consejo adoptara principalmente una función de supervisión.

La doctrina, ha mantenido, que para que el sistema monista de organización societaria alcanzara una cierta efectividad, era necesario fijar y definir claramente la postura del consejero independiente dentro del Consejo de Administración; hasta la fecha, la práctica nos ha demostrado que esta independencia en ningún caso es absoluta en las sociedades cotizadas, si bien los organismos reguladores no cesan en su empeño de tratar de conseguir la máxima independencia de los consejeros independientes frente al grupo directivo y gestor de las sociedades.[133]

El sistema de Gobierno Corporativo francés, desde 1995, permite la adopción de los dos modelos, monista (un único órgano de gestión de la actividad social y control y supervisión) o dualista (Consejo de supervisión). La realidad es que el sistema dual sólo es seguido por un porcentaje muy reducido de las sociedades cotizadas, si bien estas pocas sociedades, son las más "poderosas" del país galo. A partir del año 2001, siguiendo la postura de disociar el Presidente del Consejo de Administración y el Director General, la *Loi des nouvelles regulations économiques,* admite la posibilidad de disociación de poderes en el seno

---

132 TORRENT, A.: "Reflexiones sobre el Gobierno Corporativo: La Comisión de nombramientos (apuntes críticos al proyecto de Código Conthe)", en RDS. núm. 26, págs 228-229, 2006.

133 PAZ – ARES, C.: "El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa", en, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero,* Vol. II, pág. 1809-1812, Madrid 2002. El autor explica sus razones por las que entiende más beneficioso para la sociedad cotizada el sistema monista que el sistema dualista germánico de administración.

El sistema de los Estados Unidos de América, debido a los numerosos escándalos financieros ocurridos en los años 70, la doctrina y los sistema legales estatales y federales y los redactores de la derogada *Model Business Corporation Act* (MBCA) de los Estados Unidos de América, con objeto de dotar a las sociedades de un Consejo de supervisión y control y no de dirección, sustituyeron la expresión *" los negocios y asuntos de la sociedad serán gestionados por un Consejo de Administración"*, por la expresión, "*Los negocios y asuntos de la sociedad serán gestionados por o bajo la dirección de un Consejo de Administración"*. EMBID IRUJO, J.M.*:* "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades", en RDM, núm.249, 2003, págs. 933 y ss.

GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses…*"*, Cit. págs. 202-209.

de la empresa. El informe *Boston de* Gobierno Corporativo del año 2003, plasma la separación entre Presidencia y Dirección General.

Ambos textos parten de reconocer la existencia de una triple opción para las sociedades anónimas cotizadas francesas a la hora de establecer el sistema de administración social, el sistema dualista, el monista con Presidente Director General y, finalmente, el sistema monista de presidencia disociada o separación de cargos de Presidente y de Director General. Sin embargo, no son idénticas las soluciones propuestas, dado que mientras que el Code aprobado por *AFEP* y *MEDEF* no se decanta por ninguna de las opciones expuestas e impone como único requisito la transparencia en cuanto a la justificación por uno u otro modelo a través de la información remitida a los accionistas y al mercado, las *Recommendations* aprobadas por la *AFG* entienden más ajustado a los principios del Buen Gobierno Corporativo la separación de funciones ejecutivas y de impulso y dirección del órgano administrativo de supervisión, por lo que se recomienda el empleo de la estructura dualista o la monista con la separación de cargos. En aquéllos casos en lo que, pese a la recomendación, se acuda a un sistema monista con la figura del Presidente-Director general se recomienda que se justifique y se explique a los accionistas las concretas circunstancias que aconsejan la opción por dicho sistema y que, en el seno del Consejo de Administración, se designe a un consejero independiente (Independent Lead Director) que supervise la actuación del P-DG y que tenga reconocida la facultad, entre otras, de convocar al Consejo de Administración.[134]

En los Países Bajos, el Informe de Gobierno Corporativo del año 2003, denominado "*Principios de buen gobierno corporativo y disposiciones de mejor práctica*", se decanta por un sistema dual de administración (Consejo de Administración y Consejo de supervisión) de las sociedades a excepción de los fondos de inversión siempre y cuando el administrador sea una sociedad que cotice en Bolsa. El Consejo de Administración sería el órgano ejecutivo, encargado de la gestión diaria de la sociedad (gestión, política de riesgos, objetivos, etc) y el Consejo de supervisión sería el encargado de supervisar la gestión del Consejo de Administración.

Italia también lleva a cabo una administración dual del Gobierno de las sociedades. La Comisión Nacional para las sociedades y la Bolsa (CONSOB) a través de un comunicado de fecha de 20 de febrero del año 1997, que a su vez se tradujo en el *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione financiaría*, aprobado por Decreto Legislativo de 27 de abril de 1998 y revisado en el año 2002. En Italia la organización societaria estaba dividida en el Consejo de Administración y en el *Collegio*

134 Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil 2012/45 Febrero 2012, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: "Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente libro verde sobre gobierno corporativo de la unión europea".

Sindicale, Consejo encargado de supervisar la auditoria interna de la empresa. El sistema italiano se decanta por la autorregulación, permitiendo a las empresas medianas no cotizadas que estén gobernadas por un Consejo de Administración y por un *Comitato di controllo.*

A partir de los escándalos financieros de mediados de los años setenta, la Jurisprudencia de los Estados Unidos, estableció un régimen de responsabilidades más severo para los administradores que incumplieran el deber de fidelidad, es decir, el deber de investigar los asuntos societarios, así como de realizar un control efectivo de los directores y gestores de la actividad societaria.[135]

El modelo monista de administración, ofrece una estructura de la sociedad, donde el órgano de administración es único, ya sea este personal, multi-personal o colegiado. El sistema dualista ofrece una administración de la sociedad liderada por dos órganos.

El modelo de ordenamiento jurídico en el que se puede elegir uno de los dos modelos de sociedad, ya sea el monista o el dualista, es el que se sigue en la Sociedad Anónima Europea, cuyo Reglamento entró en vigor el 4 de Octubre del 2004.[136]

---

166 Vid. EISENBERG: *The structure of the corporation*…. Cit., págs. 179-180.

Según el autor, el sistema de Gobierno Corporativo en los Estados Unidos de América, adoptó inicialmente una posición dualista de administración, si bien, los distintos inconvenientes que el modelo alemán (dualista) en relación a alcanzar una importante independencia del Consejo frente al *management* hicieron que la doctrina estadounidense se decantara por el sistema monista de administración por varios motivos: El primero y más relevante fue debido a la cultura del sistema de organización de las empresas cotizadas estadounidenses en relación a la composición del Consejo de Administración. La doctrina entendió, que establecer dos bloques de organización totalmente separadas una de la otra, con consejeros independientes, era contraria a la postura mantenida durante años atrás por el sistema societario. Y el segundo, y entendemos que de menor relevancia, en lo que respecta a que la política seguida por la Bolsa de Nueva York de 1956, que exigía como requisito de cotización, que el Consejo estuviera compuesto por un mínimo de dos consejeros de esta clase, aumentándose en el año 1973 a tres miembros, añadiendo que, la presencia en el Consejo de miembros del *management* era beneficioso para los intereses de la sociedad.

136 ALONSO UREBA, A.: "Hacia un modelo monista renovado de administración de la SA cotizada como opción al modelo dualista", en La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España (cuestiones pendientes de reforma), Tomo I, AAVV, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs.. 657 y ss.

El Libro Verde, dada la coexistencia en la Unión Europea de sistemas monistas y sistemas dualistas de administración hace uso de un concepto amplio y material de Presidente de Consejo de Administración, comprensivo tanto del Presidente de dicho órgano en el sistema monista como del Presidente del órgano de supervisión o vigilancia en el dualista. En definitiva, se equipara Consejo de Administración con órgano de supervisión, a partir de la identificación de las funciones del órgano de administración, como funciones de supervisión de la gestión social11. Esta equiparación es criticada en el, punto 2.3 del Dictamen emitido con

La incorporación de nuevos Estados del Este de Europa al espacio económico, en torno a la Unión Europea, agudiza las diferencias entre los estados miembros (los diez estados que se adhirieron a la UE en el año 2004, así como lo actuales candidatos a la adhesión han introducido reformas legislativas para adaptar sus ordenamientos en materia de sociedades mercantiles. Pese a este acto de adaptación, numerosos autores entienden que debido a serias carencias de toda índole, existen numerosas dudas, sobre la adaptación mencionada).[137]

El Informe *Winter,* siguiendo la postura adoptada por la sociedad anónima europea, recomienda y aconseja a todas las sociedades cotizadas europeas que ellas mismas escojan entre los modelos de administración societaria. El grupo de expertos, entiende, que debido a la complejidad, a las particulares necesidades y circunstancias de Gobierno societario y a la velocidad de vértigo en que cambia la realidad societaria, las propias sociedades sean las que decidan acerca de su propia administración. El Informe señala como la variedad de sistemas de organización en Europa son positivos para la facilitación del desarrollo de negocios eficientes y competitivos. [138]

La estructura orgánica de la Sociedad Europea (SE), está compuesta por: una Junta General de accionistas y un órgano de gobierno, que, en función de lo establecido en los estatutos, puede componerse mediante un sistema monista (órgano de administración) o mediante un sistema dual (órgano de control y órgano de dirección), preferido éste por el RESE pese a aceptar ambos.

En el llamado sistema dual, el órgano de dirección queda subordinado al órgano de dirección y ambos a los designios de la Junta General de accionistas. El hecho de que tanto un órgano como el otro deban asumir una serie de responsabilidades garantiza, indudablemente, mayor seguridad a socios y terceros. Con respecto al sistema monista cabe decir que, si bien presentan un único órgano de administración, puede éste estar desmembrado de manera que los poderes de gestión sean delegados en determinados miembros de dicho órgano. Ambos sistemas comparten ciertos preceptos normativos contenidos en el RESE,

---

fecha 13 de octubre de 2011 por el Comité Económico y Social de la Unión Europea en relación con el Libro Verde, disponible en el link www.toad.eesc.europa.eu/View Doc.aspx?doc...2011_CR_ES.doc.

137 M. A. ARTL, C. VERBOTES, K. GRECHENING y S. KALSS: "The status of the law on stock Companies in Central and Eastern Europe: Facing the challenge to enter the European Union and implement European Company Law", *European Business Organization Review*, nº. 4, págs: 245-272, 2003. También y centrándose en la adaptación a través de la redacción de códigos de conducta, M. DZIERZANOWSKI, P. TAMOWICZ: "Setting Standard of Corporate Governance: The Polish experience of drafting Governance Codes", en *European Business Organization Review*, Vol. 4, págs. 273 a 299, 2003.

138 GARRIDO J.M.: "El Informe Winter y el Gobierno societario en la Unión Europea", en RDS, nº. 20, págs. 123, 2003.

aunque no es esto óbice para que algunos aspectos organizativos internos se rijan por la normativa propia del Estado miembro que corresponda.[139]

Al igual que la SE, la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), podrá estructurar su funcionamiento a través del sistema monista o del sistema dual. Ambos sistemas han sido definidos en los apartados anteriores.

El ordenamiento jurídico español, se ha decantado por un sistema monista de organización de las sociedades mercantiles. En relación a la SCE, la ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas organiza su funcionamiento a través de un órgano de administración denominado órgano rector (artículo 32), por tanto el sistema de organización es monista. Los artículos 42 a 44 del RSCE, se refieren a una organización y funcionamiento monista.[140]

El Informe *Winter II*, expresa, la necesidad de asesoramiento por parte de los expertos en relación a la opción de escoger un sistema monista o un sistema dualista, si bien y como he manifestado, en la actualidad desde la entrada en vigor de la Ley de Sociedad Europea en el año 2001, las empresas pueden escoger su propio régimen de administración.

A pesar de estos dos distintos modelos de administración en el continente europeo, todos los países que lo integran tienen un denominador común de protección legítima de varios y distintos interesados en la gestión social. Para evitar que las diferencias en los ordenamientos jurídicos pudieran contravenir a un desarrollo común dentro de Europa del movimiento del Gobierno Corporativo, se ha ido dando una armonización de legislaciones referentes al tema dentro del seno de la Unión Europea.

De este modo, tanto el artículo 44 del TCE, que impone la coordinación de garantía para la protección de socios y terceros en todos los Estados miembros, como el artículo 48 del TCE, que establece que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración principal o centro de

---

139 MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, A. (Coord.) y BENEYTO, J.M. (Coord.), *El espacio financiero único en la unión europea. Los Mercados de valores*, Marcial Pons, 2005, págs. 215 a 233. Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El compromiso de Niza por fin, la sociedad europea", en RDS, nº. 16, pág.153, 2001.

Los países comunitarios con sistema monista de gobierno de la sociedad anónima eran España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Reino Unido y Suecia. Los países que ostentaban un sistema dual eran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia y Luxemburgo. Existe un modelo mixto o flexible, similar al de la SE. Este sistema es adoptado por Francia, Holanda y Portugal. Vid. PÉREZ PÉREZ P.J.: "Estructura orgánica en la sociedad anónima europea", en noticias UE, núm. 229, págs. 94 a 96, 2004.

140 COBO DEL ROSAL, A.: "Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad cooperativa europea (Reglamento núm. 1453/2003 del Consejo de Europa, de 22 de julio)", en RDS nº. 21, págs. 492-493, 2003.

actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, quedan equiparadas a efectos de la libertad de establecimiento a las personas físicas nacionales de Estados, constituyen la base jurídica para aprobar Directivas para favorecer la libertad de establecimiento y no discriminación entre personas jurídicas de uno u otro Estado.

El concepto de interés que ha guiado la actividad de las sociedades mercantiles, y que está en la base de todo modelo de Gobierno Corporativo, ha ido variando, en distintos momentos y también en distintos lugares, se ha venido dando prioridad a un concepto de interés empresarial distinto al que se ha podido dar en un tiempo posterior o en un lugar distinto. Así, desde una concepción contractualista, la sociedad mercantil se considera, el resultado del acuerdo entre los accionistas, que invierten su capital y los gestores, administradores, en virtud del cual éstos han de maximizar el valor económico de las aportaciones de aquellos que son los propietarios de la empresa, siendo por ello imprescindible diferenciar entre propiedad y control.

Si se adopta una posición institucionalista u orgánica, se otorga mayor importancia a la "*personalidad jurídica independiente*." Con el institucionalismo el objetivo prioritario de las sociedades mercantiles es la *empresa*.

El institucionalismo se dio más en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial hasta los años ochenta. Más tarde y gracias al desarrollo de los mercados de valores europeos y la globalización de finales del siglo XX, se vuelve a dar prioridad a las teorías de la maximización de valor a corto plazo del accionista, modo de pensar más característico del ordenamiento anglosajón. Pero los escándalos empresariales surgidos a comienzos del siglo XXI, vuelven a dar prioridad a la idea de interés de la sociedad relacionado con el respeto a los trabajadores, proveedores o clientes de la sociedad en general, por medio de temas que a ella en general atañen como son, el medio ambiente, el desarrollo sostenible, etc.

Debido a esos puntos de vista distintos, que daban prioridad a un concepto de interés empresarial distinto, según se siguieran unos parámetros institucionalistas o contractualistas, y debido también a los distintos modelos societarios que existían en los distintos ordenamientos jurídicos europeos, es en la segunda mitad del siglo XX, cuando se da una primera armonización, para intentar que, precisamente todos los ordenamientos de los Estados Europeos, tuvieran una legislación y normativa homogénea.

Aunque este movimiento de armonización impacta con fuerza sobre los ordenamientos nacionales, no se puede hablar de una auténtica homogeneización del Derecho de Sociedades dentro de Europa. Así, dicha armonización realizada no alcanza todos los aspectos del Derecho Societario.

Tras este primer intento de armonización de normativas, se dio un periodo en el que proliferaron los Códigos de conducta corporativa, en los que se establecían recomendaciones, prevaleciendo la cuestión social de la empresa, en detrimento de la calidad del producto y de los administradores de la empresa. De este modo, el Informe *Cadbury* de 1992, pionero de los Códigos europeos a raíz del caso *Poly Peck* se centra en la defensa de los accionistas, si bien el informe *Hampel* de 1998, establece que a largo plazo la perspectiva de la maximización de valor debe resultar compatible con otra más amplia que representa la responsabilidad social de las empresas. El Código *Olivencia* sigue una línea parecida. Con lo cual la tendencia actual es impregnar de mayor protagonismo al accionista en general y en especial al minoritario que representa el capital flotante de la empresa, conjugado con un importante principio como es el de la responsabilidad social corporativa en detrimento de la maximación del valor o de la calidad del producto.

Surge así el término de responsabilidad social corporativa, con el que se quiere involucrar a las empresas en distintas preocupaciones sociales y medioambientales. Este término no es contradictorio con el valor de la acción, que como la mayoría de los autores reconocen, éste es uno de los principales objetivos dentro del movimiento del Gobierno Corporativo. Por tanto, valor de la acción y responsabilidad social corporativa, son términos que se complementan, sin olvidar el ánimo de lucro que tiene toda sociedad mercantil.

2.El *whistleblowing* y el principio de transparencia en el Gobierno Corporativo.

2.1. El equilibrio de poder en las sociedades cotizadas. Medidas de control interno o societario y externo o de mercado del equipo directivo.

La evolución del concepto de interés social en las sociedades europeas, se relaciona en los últimos años con otros sectores de los ordenamientos como son, los mercados de valores, derecho laboral, ambiental, el derecho penal o el derecho fiscal. El movimiento del buen Gobierno Corporativo en la actualidad, pone en relación todos estos sectores con el de la más propicia administración de una sociedad, para otorgarla de mayor riqueza.

De esta manera se observa cómo el concepto de interés social, dentro de cada ordenamiento ha venido evolucionando desde la dicotomía contractualista - institucionalista al de la complementariedad con el concepto de responsabilidad social corporativa.

La proliferación de Códigos sobre buen Gobierno en los años noventa, hizo que la Comisión Europea se preguntara, si ese hecho iba a

ser un obstáculo para la realización de un mercado Interior homogéneo en lo que se refiere al Derecho Corporativo. Pero los resultados de los análisis de expertos concluyeron que existe bastante similitud entre los que habían sido aprobados en los Estados Europeos, y por esa razón no era necesaria ninguna armonización al respecto.

Pero el plan aprobado por la Comisión en 1999 de acción de servicios financieros, propugnaba la aprobación de medidas directamente relacionadas con los mercados financieros. Este plan pretendió incrementar la transparencia de los mercados, corregir los conflictos de intereses e impedir y castigar la negociación de acciones con información privilegiada, etc.

En la reforma y desarrollo del Gobierno Corporativo, para conseguir una mayor protección de las minorías y de los inversores, se debe incrementar la transparencia en la adopción de decisiones y en la accesibilidad a la información social.

Dicha transparencia debe ser efectiva en los ámbitos de operatividad y funcionamiento de la empresa, en el ámbito contable y en el de auditoria, para lo cual se destaca también como importante el aspecto de la independencia de los directivos de la sociedad y de los auditores que realicen los informes sobre las cuentas de las mismas. Sin una debida independencia, la transparencia será siempre un hecho de difícil consecución.

Según la doctrina mayoritaria, el Gobierno Corporativo, más que un conjunto de reglas, normas imperativas y de Códigos de conducta necesarios, tiene su punto nuclear en la cultura empresarial, un modelo de gestión, una convicción en la empresa y en todo lo que rodea a la misma y junto a la cultura deberíamos de añadir la ética profesional y la responsabilidad social, como valores más importantes dentro de la sociedad, sin los cuales, las normas imperativas, los códigos éticos, y las buenas prácticas no servirían para nada.[141]

La responsabilidad social corporativa, tampoco se puede conseguir eficientemente sin la actuación de la transparencia.[142]

---

141 MATEU DE ROS CEREZO, R.: "La ley de transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas", Thomson-Aranzadi, Navarra, pág. 29, 2004.

142 PEREZ CARILLO, F. E.: "Gobierno Corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método", en revista de Derecho mercantil, núm. 257, pág.1055, 2005. En términos de la profesora PEREZ CARRILLO, ELENA F.: "*la Responsabilidad Social Corporativa constituye el conjunto de prácticas voluntarias orientadas a integrar las cuestiones sociales y medioambientales en las actividades empresariales y comerciales, a facilitar que la creación de valor a favor de los accionistas se realice generando al mismo tiempo los bienes y servicios que demanda la sociedad y contribuyendo a la sociedad del bienestar a través de la creación de empleo y del fomento de prácticas de respeto del medioambiente*".

La responsabilidad social corporativa, apoyada en la utilización de recursos novedosos como las nuevas tecnologías, continuará para alcanzar el objetivo de hacer de la Unión Europea la economía más competitiva del mundo de cara al año 2020.

En definitiva, lo que se ha pretendido con la elaboración de los numerosos informes relacionados con el Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas, son mecanismos serios y rigurosos de control, para que los dirigentes y directivos de las sociedades, actúen de una manera eficiente y transparente hacia los numerosos inversores, resolviendo los innumerables conflictos de intereses que surgen entre el equipo de gestión y las distintas categorías de accionistas, implantando comisiones independientes, así como consejeros que vigilan en aras de alcanzar el fin último del Consejo de Administración: la creación de valor para el accionista y la protección del accionista minoritario. Frente a otros criterios más difusos y amplios del interés social, la Comisión entiende que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que debe presidir la actuación del Consejo, es la maximización del valor de la empresa, o dicho de otro modo, la creación de valor para el accionista.

Los Códigos de conducta, han surgido en los diversos Estados, fundamentalmente para mejorar en la defensa en los intereses de los accionistas, para así intentar evitar escándalos financieros como los ocurridos en sociedades como, *BCCI, MAXWELL, ENRON, WORLDCOM,* Tyco, Andersen, Ahold, Parmalat,[143] Vivendi, Gescartera, Afinsa y un largo etcétera,[144] en donde los administradores se han visto involucrados en una desviación del patrimonio social hacia una serie de cuentas y activos rentables en otras compañías bajo el control de estos, concediéndose préstamos con condiciones ridículas entre otras operaciones fraudulentas, creando por tanto la desconfianza de los inversores en los mercados financieros. Los distintos escándalos cada uno a su medida, han provocado, la imperiosa necesidad de lograr una

---

143 Ferranini, G. and Giudicei, P.: "The Pamalat scandal:Gatekeepers and the role of Private Enforcement" (ECGI Law working Paper), pág. 30.

144 WEARING R.T.: "Cases in Corporate Govern", Londres, 2005. El autor detalla como la gran mayoría de los escándalos financieros han sido debidos al excesivo poder de control en el *CEO* o que los consejeros llamados independientes, en la realidad no eran tales. Casos como, el *BCCI* y *Polly Peck*, que surgieron a comienzos de los años 90 y cuya disputa legal todavía no ha llegado a su fin. El autor explica como la "todopoderosa empresa", no reflejaba la verdadera situación de crisis que padecía, poniendo el ejemplo de Robert Maxwell´s y su imperio de publicaciones que sorprendentemente desapareció en su barco *lady Ghislaine* y que posteriormente su hijo manifestó que el imperio *Maxwel*l pasaba por serias dificultades financieras. El caso *Polly Peck*, ocurrido en 1990, todavía no ha sido resuelto ya que el Consejo Delegado y el Director General de la empresa están en paradero desconocido. El banco *Bank of Credit and Comerse Internacional BCCI*, suspendió sus actividades por expresa obligación de los organismos oficiales reguladores en julio del año 1991, siendo el Banco de Inglaterra muy criticado guante todo el año 1992, por haber iniciado el desplome del gigante *BCCI*. El libro explica el caso *Enron* en el capítulo 8 y el caso *Worldcome* en el capítulo 9. En capítulos posteriores explica los casos, Eurotúnel de 1987, el caso *Barings Bank*, cuyo colapso fue en 1995 debido a uno de sus vendedores de derivados, Nick Leeson, el caso Shell en enero del año 2004. En definitiva el autor, recomienda y explica los motivos por los que un adecuado movimiento de Gobierno Corporativo en las grandes empresas, ayuda a evitar situación de crisis financieras, pese al coste que conlleva para las sociedades. Vid. FERRANINI G.: "Financial scandals and the role of private enforcement: the *Parmalat* case", en ECGI *law working paper*, nº 40/2005.

transparencia en la información financiera. Todo ello conduce a que el movimiento del Gobierno Corporativo no sólo es necesario e importante a efectos jurídicos, sino que es, todavía es más importante a efectos económicos ya que afecta al coste de capital de la empresa y por tanto al sistema económico nacional. El movimiento estudiado, es a su vez trascendente en países como el nuestro, inmersos en numerosos procesos de privatización, desapareciendo el Estado como gestor único de la sociedad y dominante por tanto de la misma.

Después de analizar un gran número de empresas, he llegado a la conclusión de que las empresas con un pobre acatamiento de los principios de Gobierno Corporativo, dan menos rentabilidad y riqueza al valor de la acción que las empresas con un sometimiento adecuado y eficaz a los principios de Gobierno Corporativo. La pieza fundamental la baso en la efectiva separación entre propiedad y poder dentro del seno de la empresa, creando así un Consejo de Administración eficaz y robusto, afianzando de manera considerable la confianza de los inversionistas.

Desde que el Gobierno Corporativo irrumpió con el Código *Olivencia* en nuestro escenario económico social, se ha considerado al Consejo de Administración como un órgano de supervisión y control de los ejecutivos y de la sociedad, si bien, se reconoció la imposibilidad por parte del Consejo de llevar a cabo una tarea de gestión y administración, así como la imposibilidad de que la Junta General de accionistas llevara a cabo una actuación de gestión y control plena. Por tanto, el Consejo, junto con las Comisiones, desde el comienzo del movimiento de Gobierno Corporativo, tienen como objetivo, el control del *management* o grupo de gestión, así como la mitigación de los distintos conflictos de interés que puedan surgir entre los distintos grupos de interés y el equipo gestor, haciendo especial hincapié en la separación entre propiedad y gestión.

Importante para el movimiento del Gobierno Corporativo, ha sido la irrupción de la figura del consejero independiente, así como los distintos Comités dentro del seno de la empresa. Los Comités de auditoría y de nombramientos y retribuciones están compuestos en su mayoría por consejeros independientes, cuya función primordial es llevar a cabo la función de supervisión y control del *management* o grupo directivo, siempre bajo el principio de independencia y transparencia necesaria para lograr un correcto funcionamiento de la sociedad cotizada.[145]

---

145 Los Códigos de Gobierno Corporativo europeos así como los textos legales estadounidenses hacen mención a la función primordial de supervisión del Consejo (*monitoring model*). El Informe *Cadbury* I establece en su apartado 1.1.: "*El Consejo debe reunirse periódicamente, mantener un control pleno y efectivo sobre la sociedad y supervisar la dirección ejecutiva*". El Informe *Hampel* señala en su apartado 2.A.I.: "*Toda sociedad cotizada debe estar encabezada por un Consejo eficaz que dirija y controle la compañía*". El Informe *Vienot I*, establece que la misión del Consejo es: "*A) definir la estrategia de la empresa. B) designar los directores gerentes encargados de dirigir la empresa según la estrategia aprobada. C) Control de la gestión y vigilancia de la calidad de la información que la sociedad aporta a*

Algunos autores [146] entienden que independientemente de que según el modelo monista de autorregulación contemplado en el Código *Olivencia* y en el Reglamento tipo del Consejo elaborado por la CNMV en 1998, siendo estas reformas aplicadas por las distintas sociedades cotizadas españolas a través de las reformas estatutarias y de los Reglamentos del Consejo, estos autores manifiestan, que es perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico actual, que el Consejo siga manteniendo su "doble alma: gestión y supervisión", y dado que el sistema legal vigente parte de la ex LSA 1951 en la que el órgano de administración es órgano de dirección-gestión, es lógico pensar que tanto los recientes códigos de conducta del país Galo como el Código Unificado, hagan mención a que "*la Ley de Sociedades Anónimas atribuye al Consejo de Administración la totalidad de las competencias de dirección y gestión de la sociedad (…). Sin embargo, el Consejo tiene una amplia capacidad de delegación*" y termina diciendo "*en este contexto normativo, las empresas pueden adoptar modelos muy diversos de organización y actuación de sus Consejos, especialmente lo que hace a su implicación en la gestión ordinaria de la sociedad*".

Con lo cual, según lo manifestado por la LSA así como por la formulación tradicional del papel del consejero, recogida en el artículo 141 8 a) de la *Delaware General Corporation law* (*DGCL*), los consejeros deben de participar en la dirección de la sociedad, siendo ésta su función principal, manifestando de una manera poco precisa la función fiscalizadora de malas conductas o incorrectas. [93]

Como competencias del Consejo de Administración, que si bien éstas han sido enunciadas en la primera parte del trabajo, con respecto a los tres Códigos éticos españoles, entiendo importante nombrar las

---

los mercados, a los accionistas y a los analistas, a través de las cuentas o a través de operaciones importantes". El Código de autodisciplina Italiano, establece en su apartado I. que: "*las sociedades cotizadas son dirigidas por un Consejo de Administración que se reúne con una cierta frecuencia regular y que se organiza y actúa de manera que garantice un efectivo y eficaz desarrollo de sus funciones*". El Informe *Winter*, afirma que el buen Gobierno Societario requiere "*un Consejo fuerte y equilibrado como órgano de control de la gestión ejecutiva de la sociedad"*.

GARRIDO J.M.*: "El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea*", en RDS núm. 20. El Informe *Winter* parte de la premisa del control por parte de los consejeros no ejecutivos en beneficio de los pequeños accionistas que en última instancia al estar el accionariado tan disperso, controlan al equipo gestor o agente *agency*. El Informe recomienda que se conceda a las sociedades cotizadas escoger entre los dos sistemas de organización del Consejo monista o dual, siguiendo el sistema de la sociedad anónima europea. Según el Informe, los dos sistemas tienen sus ventajas y desventajas propias; dependiendo del desarrollo cultural, jurídico y político de cada país europeo se decantará por un sistema u otro *path dependecy*. Así ha ocurrido en la sociedad anónima europea, en donde se permite utilizar cualquiera de los dos sistemas dual o monista.

146 Entre los que se encuentran, ESTEBAN VELASCO, G.: "La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo", en ESTEBAN VELASCO G. (Coord.): "El Gobierno de las sociedades cotizadas…", Cit. pág. 179. SÁNCHEZ CALERO, F.: "La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades", págs. 230 a 235. y GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses…." Cit., pág. 282.

siguientes competencias según lo manifestado en los diversos códigos éticos de Buen Gobierno de Europa y de los Estados Unidos de América. Las competencias son las siguientes:

- Aprobar las decisiones sobre la política general, la estrategia financiera y empresarial de la sociedad.

- Nombramiento, retribución y destitución de altos directivos.

- El control de la gestión y evaluación anual de los directivos.

- Fijación de las políticas de información a los accionistas, al mercado y a los analistas financieros.

- Acordar la distribución de dividendos entre los accionistas.

- La doctrina observa numerosas ventajas en el sistema *monista renovado*, estas serían las siguientes:

a) Separación de funciones sin separar responsabilidades.
b) Más coherencia en las cuestiones decisorias internas de la sociedad, permitiendo una retención de las funciones de supervisión, dejando las facultades de gestión al equipo directivo, incidiendo en la labor de supervisión del Consejo.
c) Al permitir la inclusión de los ejecutivos dentro del Consejo, la información obtenida siempre será más ágil y más completa que en el sistema dual.

Según el *ALI*, en relación a su informe de Gobierno Corporativo, relativo a las funciones del Consejo de Administración,[147] la sección 3.02 (a) ha anticipado materialmente con claridad el análisis de los poderes del Consejo de Administración. Opina que los Consejos funcionarán mejor a largo plazo si se basan en lo establecido en la regla 3.02 A.[148]

---

[147] Según opinión del Profesor ROSWELL B. PERKINGS en *Cardozo Law Review*. Volumen 8. 4, marzo 1987, pág. 674.

[148] *3.02ª) Poderes y funciones del Consejo de Administración:*

a) Salvo que en los estatutos se establezca lo contrario, el Consejo de Administración debe:

1) Elegir, evaluar y cuando lo considere oportuno, despedir a los máximos ejecutivos de la sociedad.

2) Vigilar el funcionamiento del negocio de la sociedad con vistas a evaluar si los recursos están siendo manejados acorde con los principios del artículo 2.01 (objetivo y comportamiento del business corporation).

Otra medida muy importante de lograr una mayor transparencia consiste en mejorar la información acerca del Gobierno Corporativo de la sociedad, encontrándose en el mismo la figura del *whistleblowing* y el resto de principios, normas y recomendaciones contenidos en los códigos de Gobierno Corporativo, información que se da a conocer a accionistas, inversores, reguladores, mercado y periódicos económicos a través del informe anual de Gobierno Corporativo al cuál haré mención posteriormente.

Respecto a la falta de control de los principios de Gobierno Corporativo y/o la codicia de los administradores de la sociedad, el caso Enron y Betany Mclean como *whistleblower*.

Después de realizar un estudio minucioso del caso *Enron,* he llegado a la conclusión de que estamos ante un caso de quebrantamiento y violación del principio fundamental para gran parte de la doctrina del movimiento de Gobierno Corporativo y núcleo del presente trabajo: la transparencia, si bien, mi parecer respecto al caso *Enron*, es que, a la violación del principio citado o el mal funcionamiento del Gobierno Corporativo, habría que añadirle, la codicia de los directores ejecutivos y consejeros de la empresa, que se creyeron "los dueños y señores" de la empresa, la codicia de los ejecutivos de la empresa auditora, *Arthur Andersen* que auditó las cuentas, la codicia de los bancos de inversión y despachos de abogados que cerraron los ojos ante la evidencia.

Los escándalos financieros Enron y Worldcom, crearon un clima regulatorio de control necesario para reestablecer la confianza de los inversores, impulsado en gran medida por el que fuera Fiscal General de Nueva York Eliot Spitzer que a la postre se demostró que no actuó de manera eficiente y efectiva en el caso Madoff.149

Breve referencia al importante caso *Enron*:

El escándalo *Enron,* junto con el de la empresa *Worldcom*, ha sido el desastre financiero más importante del siglo XXI, que se dio a conocer a finales de 2001 después de una serie de revelaciones e informaciones

---

3) Revisar y aprobar planes y acciones corporativas que el Consejo o los máximos ejecutivos consideren más importantes y los cambios en los principios contables y en las prácticas que el Consejo o los ejecutivos consideren de carácter material.

4) Desarrollar cualesquiera otras funciones que esté prescritas en la Ley o asignadas al Consejo por la propia sociedad.

149 Macey, J: Politics on Wall Street: The implication of Eliot Spitzer on state-Federal Relations in the Regulation of Public Corporations and Capital Markets in the United states. Corporate Governance in context: Corporations, states and Markets in Europe, Japan and the Us: Hopt, K, Wymeerrsch, E, Kanda, h: Baum, H. Oxford, págs. 85-97.

sobre diversas irregularidades contables perpetradas durante la década de los 90 implicando directamente a la propia empresa, a la todopoderosa Auditora, *Arthur Andersen* y a bancos de inversión como *Merryl Linch*, si bien previamente, la "todopoderosa" sociedad gasista en la que si alguien quería hacer negocios financieros en Estados Unidos, debía contar y/o estar cerca de *Enron,* fue objeto de un pequeño escándalo en el año 1999. El llamado escándalo *Vahalla,* llevado a cabo por la filial *Enron Oil*. Este hecho fue un hecho de ingeniería criminal llevado a cabo por dos operadores de *Enron*. Estos se dedicaron a apostar en la subida o bajada del petróleo. Las ganancias obtenidas producto del juego fueron una parte destinadas a los bolsillos de dos ejecutivos y parte a cuentas abiertas en paraísos fiscales, maquilladas y encubiertas a través de asientos contables oscuros. El Presidente de la sociedad *Keneth Lay*, manifestó que estas operaciones eran parte del sistema y que reportaba beneficios, mandando un comunicado a estos dos operadores diciéndoles que siguieran con el negocio ya que les hacía ganar muchos millones.

Enron se declaró en concurso el 2 de diciembre del año 2001.

Tan pronto como el escándalo se hizo público, las acciones de *Enron* cayeron de 90 dólares a tan solo unos céntimos. La caída de *Enron* supuso un escándalo sin precedentes en el mundo financiero de Los Estados Unidos de América, provocando que más de 20.0000 personas se quedaran sin trabajo, la pérdida de los ahorros de muchos inversionistas y empleados y la desaparición de la multinacional empresa auditora *Arthur Andersen* por redactar informes falsos a cambio de dinero para poder así tapar las pérdidas de la empresa.

La caída de *Enron* se dio a conocer gracias a la labor investigadora de una periodista de la revista *Fortune, Bethany Mclean*, quién al escribir un artículo en la revista mencionada se hizo la siguiente pregunta *¿ Exactamente cómo hace dinero Enron?*. El artículo fue escrito después de que se diera a conocer que gran parte de sus beneficios y ganancias eran el resultado de tratos con entidades que la propia empresa controlaba. El resultado fue que muchas de las deudas y pérdidas de *Enron* no fueron reflejadas en sus estados financieros.

Historia

Keneth Lay, fundó la empresa Enron en el año 1985. Este señor provenía de una familia muy humilde cuyo padre fue predicador baptista. Se doctoró en ciencias económicas y a partir de entonces sus ganas de hacerse muy rico empezaron a brotar por sus venas.

A principio de la década de los 90, el congreso de los EEUU, debido a las presiones de diversos empresarios entre los que se encontraba *Lay,* aprobó una legislación en la que des regularizaba la venta de electricidad. El congreso ya había hecho lo mismo con el gas natural unos años antes.

El mercado del sector de la energía resultante hizo posible que compañías como *Enron p*udieran florecer, mientras que la volatibilidad de los precios fue objeto de oposición por ciertos gobiernos locales. Sin embargo existía un fuerte *lobby* alrededor de la empresa que le permitió seguir en un lugar privilegiado en el sector de la energía. A finales de los 90 el precio de cada acción rondaba los 90 dólares, y muy pocos parecían preocuparse por la opacidad de la compañía.

A mediados de julio del año 2001, *Enron* informó de unas ganancias de quinientos un mil millones de dólares, casi el triple que el año anterior, batiendo las predicciones de los analistas por tres céntimos de dólar por acción. A pesar de este margen de beneficio, *Enron* permanecía a una modesta media del 2.1%, y el precio de sus acción había caído sobre un 30% desde el mismo cuatrimestre de 2000.

Las preocupaciones se iban acumulando. *Enron* había hecho frente a varios retos serios operacionales, particularmente dificultades logísticas en el funcionamiento de una unidad de comercio de comunicaciones de banda ancha; la construcción del proyecto de *Dabhol Power*, una central de energía en la India, la compra de las barcazas nigerianas y las críticas a la compañía por el papel que presuntamente había jugado en la crisis de California 2000-2001.

Sucesión de hechos en la caída de la empresa Enron.

Jeffrey Skilling, director ejecutivo de *Enron* y auténtico cerebro de la catástrofe financiera, fue un antiguo consultor de energía de la empresa consultora *McKinsey & Company* que se unió a *Enron* en 1990. Fundamentalmente se encargó de tratar con los analistas, los bancos de inversión, la bolsa de valores norteamericana, los accionistas, haciéndoles ver que la sociedad tenía beneficios ejercicio tras ejercicio cuando la realidad era que los beneficios no aumentaban.

Por poner un ejemplo del desastre de la compañía con la construcción de la central de energía en la India, *Enron* perdió aproximadamente 1000 millones de dólares y por supuesto no se supo nada hasta después de presentar el concurso.

Todos los analistas recomendaban a sus clientes que invirtieran en *Enron.* La revista *Fortune* llegó a decir que *Enron* era la sociedad más innovadora de los Estados Unidos de América. La información que ésta aportaba a los analistas y a la *SEC*, era falsa y por supuesto no reflejaba la imagen fiel de la sociedad.

En Marzo del año 2000 *Bethamy Mclean*, periodista de la revista *Fortune*, le hizo una pregunta a *Skilling*, ¿Cómo gana dinero *Enron?*. A partir de ese día comenzó a destaparse la bola de nieve.

El director financiero y segundo cabeza pensante de *Enron,* se llamaba *Andy Fastow,* y tenía el cargo de director financiero del grupo. Dentro de la sociedad, el personaje mencionado junto con *Skilling* se encargaron de anunciar continuamente beneficios de la sociedad, era lo que *Fastow* llamó " Finanzas estructuradas". Las deudas de la sociedad fueron escondidas en multitud de empresas, por lo que era prácticamente imposible descubrir el entramado financiero organizado. Los bancos de inversión, los despachos de abogados, *Arthur Andersen*, que a través del analista *David Duncan*, responsable de la auditoria externa de *Enron*, percibía la suma de un millón de dólares semanales, todos ellos tuvieron conocimiento del montaje y ninguno hizo nada para salvar la compañía, el motivo creo que es evidente. El eje del entramado financiero organizado por *Fastow,* se llamaba LJM, era la sociedad matriz de las miles de sociedades creadas.

El día 14 de agosto del año 2001, unos meses anteriores a la declaración de quiebra de la compañía, *Skilling*, anunció su renuncia al cargo de Director General, manifestando que los motivos de su dimisión fueron personales, si bien, durante el periodo que estuvo al mando de la sociedad vendió 450.000 acciones de *Enron* adquiriendo por ello la cantidad de 33 millones de dólares. No obstante, el nuevo director de *Enron Kenneth Lay*, manifestó a los analistas que la salida de *Skilling* no tenía nada que ver con problemas de contabilidad, asegurando que el asumiría el puesto de jefe ejecutivo. Sin embargo al día siguiente, *Skilling* admitió que un motivo muy significativo de su marcha era el precio vacilante de las acciones de *Enron.*

Los inversores comenzaron a preocuparse: A finales de agosto de 2001, mientras el stock de la compañía seguía cayendo, *Lay* nombró a *Grez Whalley* de 39 años, presidente y director operativo de de los servicios de venta de *Enron* y a *Mark Frevert* de 46 años que previamente había sido el superior de *Whalley* en ventas, a un puesto en la oficina del Director General.

Algunos observadores sugirieron que necesitaban garantías, *Lay* aceptó que el negocio de *Enron* era muy complejo. Los esfuerzos de *Lay* tuvieron un éxito muy limitado. La partida precipitada de *Skilling* combinada con la opacidad y poca transparencia de los libros contables de *Enron* hicieron casi imposible una tasación a Wall Street. Además la compañía admitió que había usado en varias ocasiones *related-party transactions* lo que para algunos era una manera fácil de transferir las pérdidas que pudieran aparecer en el balance de Enron. Un aspecto particularmente preocupante de estas operaciones, es que varias de estas *related-party* entidades estaban o habían sido controladas por el directivo de Enron, *Andrew Fastow.*

Tras los atentados del 11-S, la atención de los medios de comunicación se desvió de la compañía y de sus problemas. Un mes más tarde, *Enron* anunció su intención de comenzar un proceso de recortar el

bajo margen de sus activos para favorecer a sus negocios de gas y electricidad. Este movimiento incluyó la venta de *Portland General Electric a Northwest Natural gas* por 1900 millones de dólares, y la posible venta del 65% del proyecto de la India.

La crisis comienza a hacerse patente: El 17 de octubre de 2001, *Enron* publicó resultados negativos. La dirección de *Enron* mantuvo que las pérdidas se debían a pérdidas de inversión además de unos gastos de 180 millones de dólares para reestructurar la unidad de comercio de banda ancha. Más tarde, *Enron* tasó la banda ancha en 35.000 millones de dólares, una afirmación que se acogió con muy poca confianza.

El 22 de octubre de 2001 el precio de las acciones de Enron cayó de 20.65 dólares a 5.4. Además, a pesar de esta crisis de confianza por parte de los observadores e inversores, la compañía se negó a informar sobre sus poco ortodoxas inversiones y prácticas contables. Las preocupaciones sobre la liquidez de *Enron* obligaron a *Lay* a celebrar una conferencia, esta se llevó a cabo el 23 de Octubre y en ella intentó tranquilizar a los inversores, inquietos por los artículos que se estaban escribiendo en la prensa. Además *Lay* insistió persistentemente en el hecho de que no había irregularidades en las transacciones de *Enron* con las sociedades dirigidas por *Andrew Fastow*.

A pesar de sus declaraciones, dos días más tarde, *Kenneth Lay* destituyó a *Fastow* al descubrir que se había llevado 45 millones de dólares a través de la sociedad LJM. Cada título de *Enron* se vendía a 16.41 $, perdiendo en tan solo una semana la mitad de su valor bursátil. Con la salida de *Skilling y Fastow*, los analistas se temieron lo peor, ya no había nada que hacer para salvar un barco que se tenía que haber hundido muchos años atrás.

El 27 de Octubre, la compañía decidió adquirir el *comercial paper*, valorado en 3.300 millones de dólares, en un esfuerzo para disipar los temores de falta de liquidez. En ese momento, las agencias de calificación, Moody´s & Fitch, bajaron a *Enron* de nivel, forzando a *Enron a* emitir millones de acciones para cubrir los créditos que había garantizado.

Todas las compañías que habían contratado con *Enron* comenzaron a revisar los contratos, especialmente los contratos a largo plazo.

Los analistas seguían expresando sus preocupaciones sobre la imposibilidad o dificultad de valorar apropiadamente una compañía cuyos estados financieros eran tan misteriosos. Algunos temían que nadie en la empresa, aparte de *Skilling y Fastow* podía explicar los años de transacciones oscuras.

El 29 de octubre de 2001, en respuesta a las crecientes preocupaciones sobre la posible falta de liquidez, se publicó la noticia de que estaba buscando entre 1 y 2 mil millones de dólares en financiación bancaria.

El mes de Noviembre comenzó con el anuncio de que la SEC, iba a llevar a cabo una investigación. El consejo de *Enron* anunció que crearía un Comité especial para investigar sus propias transacciones.

El juicio contra todos los imputados comenzó en enero de l año 2006 por su El escrito de acusación contenía 65 páginas.

El juez *Sim lake* denegó la solicitud de las defensas de separar el procedimiento en dos y para que el juicio se celebrara fuera de la ciudad de Houston, donde los acusados mantenían que la publicidad a la que se habían visto sometidos les imposibilitaría tener un juicio justo.

Lay se declaró inocente de once de los cargos y que fue engañado por aquellos que tenía a su alrededor. Su mujer vendió unas 500.000 acciones menos de media hora antes de que se diera a conocer la caída de *Enron,* si bien *Lay* durante los últimos 4 años vendió un paquete de acciones valorados en 300 millones de dólares. Lo mismo hicieron el resto de los directivos, *Skilling* obtuvo unas ganancia de 200 millones de dólares. Los ejecutivos de *Enron* conocían esta información desde hacía más de un año.

Andrew Fastow, fue el autor intelectual del fraude, creando la red de sociedades y las más que cuestionables prácticas fiscales en el exterior. Fue acusado el 1 de noviembre del 2002, por la comisión de 78 delitos (fraude, blanqueo de capitales y conspiración). Él y su mujer -antigua ayudante del tesorero- aceptaron un acuerdo con el fiscal en enero de 2004. *Andrew*, fue condenado a una pena de diez años de prisión y una responsabilidad civil de 23.8 millones de dólares. A su vez, ambas personas, testificaron en contra de directivos de *Enron.*

Ben Glisan Jr., antiguo tesorero, fue el primero en ir a prisión. Se declaró culpable de un cargo de conspiración para cometer un fraude por medios telemáticos.

John Forney, fue la persona que se encargó de invertir en varios procesos como el *Death star.* Fue acusado en diciembre del 2002 por conspiración y por fraude por medios telemáticos.

Jeffrey Skilling, fue detenido en el mes de febrero del 2004.

Kenneth Lay fue acusado en el mes de julio del 2004, por su implicación en el escándalo. Se declaró inocente.

En el mes de mayo del 2006, el jurado en el juicio contra *Lay y Skilling* emitió sus veredictos. *Skilling* fue condenado por 19 de los 28 cargos delictivos de fraude y fraude por medios telemáticos y absuelto por nueve. Fue condenado a 24 años y cuatro meses de prisión. *Lay* fue declarado

culpable por el jurado por los 6 cargos de fraude de los que había sido acusado a la pena de 45 años. *Lay* falleció en el mes de julio antes de que el Tribunal se pronunciara.

Cuatro ejecutivos del banco *Merril Lynch* fueron condenados por el asunto de la compra de las barcazas nigerianas.

El 13 de enero de 2006, *William A Roberts* se declaró culpable de hacerse pasar por personal del Senado durante la investigación.

Tres banqueros británicos fueron extraditados del Reino Unido a los Estados Unidos, por su relación con *Fastow.* Cada uno de ellos fue condenado por fraude telegráfico a la pena de 37 años de prisión y a devolver 7,3 millones de dólares al banco Royal Bank of Scotland, banco que compró el Nat West. Los tres banqueros junto con *Fastow* y otro directivo de *Enr*on compraron activos del banco Nat west por valor de 1 millón de dólares y posteriormente se los vendieron a *Enron* por 20 millones de dólares, con lo cual obtuvieron un importante beneficio.

Los bancos de inversión que colaboraron con el delito cometido por los gestores de Enron, llevaron a un acuerdo con la *SEC* pagando sumas de dinero muy elevas. CitiGroup pagó 120 millones de dólares, JP Morgan Chase pagó 135 millones de dóalres y Merrill Lynch pagó la cantidad de 80 millones.

Consecuencias en el ámbito político

Los largos juicios y las implicaciones del colapso de *Enron* no están muy claros, pero las consecuencias políticas tanto en EE.UU.[150] como en el Reino Unido han sido inmediatas. Durante el mandato de *Clinton*, la compañía y *Lay* contribuyeron con 900.000 dólares al partido demócrata. También hizo grandes contribuciones a la campaña de *George Bush.*

La caída de *Enron* enseguida afectó a todos aquellos que en algún momento estuvieron asociados con *Enron.*

El juicio contra *Arthur Andersen* por obstrucción a la justicia ayudó a desenmascarar otros escándalos financieros, entre ellos el fraude de *WorldCom.* Tras el escándalo, las instituciones de control de los Mercados de valores, tuvieron como protagonistas al jefe del *New York Stock*

150 El Presiente George Bush durante la tramitación de la ley Sarbanes SOX manifestó literalmente:

"This new law sends very clear messages that all concern must heed. This law says to every dishonest corporate leader: you will be expose and punished; the era of low standards and false profits is over; no boardroom in America is above or beyond the law".

Exchange, Dick Grasso, cuyas retribuciones en la compañía resultaron ser muy desproporcionadas y claramente excesivas.

El último escándalo financiero en los Estados Unidos de América es el caso *Hollinger.* El presidente del grupo empresarial de prensa *Hollinger Internacional*, fue condenado a la pena de seis años de prisión por obstrucción a la justicia y por apropiarse indebidamente junto con otros directivos de 32 millones de dólares de las arcas de a¡la sociedad.

Pensiones

Tras el colapso de *Enron*, miles de empleados e inversores de *Enron* perdieron sus ahorros, fondos universitarios y pensiones. Al cabo de los años, se presentó una demanda en nombre de un grupo de accionistas de *Enron* contra ejecutivos y directivos de *Enron.* Dicha demanda acusaba a 29 ejecutivos y directores de *Enron* de beneficiarse económicaemnte de su posición en la empresa y cometer un delito de información privilegiada -*insider trading*- y otro de estafa.

Arthur Andersen

El 15 de Junio de 2002, la empresa *Arthur Andersen*, fue condenada por el delito de obstrucción a la justicia por haber destruido toneladas de documentos relacionados con *Enron.*

Como la *SEC* no permitía a las empresas condenadas, continuar con su objeto social, la firma entregó en el mes de agosto a la *SEC* su licencia, con lo cual, perdió el derecho a operar como empresa auditora de empresas. En el mes de mayo del 2005, el Tribunal Supremo de EE.UU., unánimemente revocó la condena de *Arthur Andersen* debido a los fallos habidos en la instrucción del jurado. Al cabo del tiempo la empresa *Arthur Andersen* fue absorbida por la que fue su mayor competidor, la empresa *Deloitte.* A pesar de ello, la firma perdió a todos sus clientes.

Sherron Watkins *whistleblower* en el colapso de Enron

La señora Watkins, siendo Vice presidenta de *Enron Corporation*, alertó en el mes de agosto del año 2001 al entonces CEO de Enron Keneth Lay, de las irregularidades contables que estaban sucediendo en el seno de la compañía, advirtiéndole que Enron podría desencadenar en una ola de escándalos contables. La señora Watkins fue despedida de su puesto de trabajo, testificando posteriormente ante los Comités del Congreso de la Cámara y el Senado de Los Estados Unidos, en el comité de investigación creado al efecto para averiguar las causas que llevaron a la desaparición de dicha compañía.

La señora Whatkins junto a la señora Cynthia Cooper, *whistleblower* en el caso Worldcom y Coleen Rowley, miembro del FBI,

fueron declarados por la revista *TIME* en el año 2002, personajes del año.[151]

151 SWARTZ, M. and WATKINS, S.: "Power Failure. The Inside Story of The Collapse of Enron", Crown Business, págs, 16-39, 2003.

2.2. Los Consejeros Independientes y el *whistleblowing*. La independencia e imparcialidad de los Consejeros Independientes, un deber de fidelidad para con la sociedad.

2.2.1. La figura del Consejero Independiente como mecanismo de control del grupo directivo de la sociedad. Preferencia de la E*ffective Monitor Theory* frente a la *Management Hegemony Theory*.

a) Reforzamiento de la independencia y transparencia del Consejo. Con el fin de reforzar la independencia y transparencia del Consejo, los distintos Códigos éticos de Gobierno empresarial, han considerado imprescindible la creación de una figura dentro del seno del Consejo denominada, Consejero Independiente, frente a los consejeros ejecutivos de las sociedades, cuya tarea más importante es "*la de hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante*".[152]

Antes de explicar las distintas definiciones que los distintos Códigos de conducta europeos y estadounidense hacen de la trascendental figura del consejero independiente, es necesario hacer mención a la formación del Consejo de Administración dentro de la sociedad cotizada.

Por un lado están los administradores ejecutivos, que son los que realmente tienen la función de gestión de la sociedad.

Por otro lado están los consejeros externos. Estos se dividen en dos, los consejeros dominicales y los consejeros independientes.

Los Consejeros dominicales son los que acceden al Consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad.

---

152 Vid. Informe *Olivencia* , y artículo 8.1. párrafo 2 del Reglamento tipo, "*se entenderá que son ejecutivos los consejeros delegados y los que por cualquier otro título desempeñen responsabilidades de gestión dentro de la compañía*".

GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, entiende que la definición mostrada por el Reglamento tipo del Consejo puede confundir la real función del Consejero independiente, que es la de supervisión y control de los consejeros "internos" y del máximo directivo de la sociedad. G. ESTEBAN VELASCO: "La renovación de la estructura de la renovación", en, ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, pág. 196, 1999.

RODRÍGUEZ RUIZ VILLA, D.: "Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas", La Ley, Págs 137 y ss, 2008.

ALONSO UREBA, A: *Consejeros Independientes*. Diccionario de derecho de sociedades, ALONSO LEDESMA, C. (Dir.), págs. 364-368. Iustel, 2006.

El Informe Olivencia, define con meridiana claridad a los Consejeros independientes, manifestando que: a) Forman parte del Consejo de Administración, b) Deben de ser profesionales con una alta cualificación, c) Es indiferente que sean o no accionistas, d) no están vinculados al *management* ni a los accionistas de control y e) representan al capital flotante de la sociedad.[153]

El Informe *Olivencia* sugiere que el número de consejeros ejecutivos sea la minoría y que el número de consejeros externos ostenten la mayoría.

Ya hemos manifestado que los consejeros externos, tienen como función más importante, ser medio de control del *management*, para así favorecer los intereses de los accionistas minoritarios en supuestos concretos cuando existan conflictos de intereses entre el *management* y la sociedad.

Podemos decir que la figura del Consejero externo (dominical e independiente) llega a nuestro campo societario de la mano, cómo no, de la doctrina y legislación estadounidense. Las sociedades norteamericanas con una gran dispersión en su accionariado y con exceso poder de control por parte de los accionistas internos, de gestión, surge la necesidad de la creación de la figura del consejero independiente para, fundamentalmente controlar al grupo directivo de la sociedad, y evitar que el único mecanismo de control en el marco societario se lleve a través del organismo regulador del país que se trate.

La doctrina estadounidense desde finales de los años setenta distinguió dos corrientes en relación a la composición de los Consejos; por un lado la E*ffective Monitor Theory* y por otro la *Management Hegemony Theory*. La primera de ellas, defiende la necesaria incorporación de los consejeros externos en el Consejo de Administración, y la segunda, la hegemonía de los consejeros ejecutivos, permitiendo al Consejo llevar a cabo la política social y económica de la sociedad, sin necesidad de ser controlados por ninguna persona/consejero dentro del seno de la sociedad a excepción del organismo regulador y del propio Mercado.

Es evidente que triunfó la primera de ellas, fundamentalmente por los distintos escándalos financieros que produjeron la desconfianza de los inversores hacia unos señores a los que les importaba más la calidad

153 Vid. Informe *Olivencia*, 2.1. y 8.2 del RT. "*son los llamados a formar parte del Consejo de Administración en razón de su alta cualificación profesional y al margen de que sean o no accionistas*", "*que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste*" y "*están llamados a representar los intereses del capital flotante*"

del producto de la empresa, que la transparencia en la información de la misma.[154]

Habría que preguntarse si simplemente con la incorporación de la figura de los administradores independientes dentro del Consejo de Administración, así como la creación de Comisiones, habría sido suficiente para evitar los escándalos financieros. Pues bien, opino que, en última instancia, el Consejo de Administración puede llegar a controlar la sociedad y por tanto el proceso de Gobierno Corporativo, siendo necesario la incursión de los consejeros independientes dentro del Consejo, siempre y cuando éstos mantengan la independencia requerida para el buen funcionamiento de la sociedad preservando en todo momento los intereses de los verdaderos dueños de la sociedad, los accionistas.

Entiendo necesaria la figura de los consejeros independientes, a pesar de que en algunos de los escándalos financieros (*Enron, Tyco y Disney),* los consejeros independientes participaron en un porcentaje elevado dentro del Consejo de Administración, con lo cual es previsible que de alguna manera participaran en los diversos delitos societarios y de falsedad. Así en la empresa *Enron,* el 80% de los consejeros eran independientes, en la empresa *Tyco*, el 65% de los consejeros eran independientes y en la empresa *Disney*, el 60% de los consejeros eran independientes.

Por todo ello, y tras una más que profunda reflexión, la solución sería:

- Controlar de una manera más eficiente a los ejecutivos y consejeros internos.

- Que los consejeros independientes actuaran con total independencia con respecto al órgano de control. Transparencia en la elección de ejecutivos y consejeros externos.

- Una remuneración exigente, adecuada y proporcionada a la gestión llevada a cabo por la cúpula directiva, entregando en todo caso cierto control a los accionistas a través de su incursión en el Consejo de Administración.

Una política de incentivos acertada, es la denominada y utilizada por gran parte de la doctrina, Teoría del capital reputacional -*Reputation Capital Theory*-, postula que a los consejeros de las grandes compañías que a la vez lo son de otras grandes sociedades, les es más rentable, tanto por el prestigio como por la remuneración económica, sacar una nota de *sobresaliente* en sus deberes como consejeros independientes de la

154 GUERRA MARTIN, G: "El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses….", Cit. págs.357 y ss.

sociedades, que un suficiente. El motivo es muy sencillo, prestigio profesional, este provoca, el sentarse en otra silla u otras sillas de otro Consejo diferente en una sociedad diferente.[155]

La doctrina norteamericana establece una serie de estándares para la reducción de los distintos conflictos de interés dentro del seno del Consejo de Administración, llevando los consejeros una labor controladora crítica a los máximos directivos y no una labor como menciona el autor de "colegueo".[156]

Parte de la doctrina española entiende el capital reputacional como el aspecto básico de la independencia del Consejo.[157]

La doctrina española, cuando desarrolla el capital reputacional lo relaciona con dos palabras claves "prestigio" y "solvencia profesional". Es evidente que una persona elegida como consejero independiente, ha sido elegida por sus conocimientos, su experiencia, su trayectoria profesional por su prestigio por su solvencia y por una cualidad no muy utilizada por la doctrina "la honorabilidad", por lo tanto, si la persona en cuestión reúne estas cualidades, cumplirá su deber dentro del seno del Consejo en interés de los socios minoritarios y en interés de la sociedad en general. Ahora bien, la práctica hace que otros profesores, adopten una visión escéptica del movimiento estudiado cuando manifiesta que según la historia societaria de nuestro país, es muy difícil pensar que los consejeros independientes cumplirán sus deberes y obligaciones profesionales como ordenados empresarios.[158]

Mi opinión al igual que la de un elevado número de profesores en los Estados Unidos y muchos otros es también escéptica, pero no por el papel que puedan llegar a cometer estos señores, sino por la falta de independencia de los mismos, movidos a la larga por el Presidente, por el Consejero Delegado o por el Consejo de la sociedad. Queda un largo camino por recorrer, hasta que las sociedades se conciencien de la necesidad de una correcta elección de consejeros independientes, que como su nombre indica, éstos deben de trabajar pensando en la independencia e imparcialidad respecto a sus deberes fiduciarios y no en el beneficio personal como ha ocurrido en casos como los relacionados

---

186 Vid. KLAUSER, M., BLACK,B., CHEFFINS, B.: "Outside director's liability", *Stanford Law School*, Working paper, págs 28 y 29, 2003.

187 CLARK, C. R.: "Tree concepts of the independent director", 32 *Delaware journal of Corporate Law*, núm.1, págs. 73-110, 2007.

188 Vid. PAZ-ARES, C.: "El perfil de los consejeros independientes", en *Dirección y Progreso*, núm. 159, pág. 88, mayo-junio 1998.

189 Vid FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "Consejeros independientes y comisiones auxiliares del Consejo de Administración", en Manuales de la Reforma Mercantil en España.

con el Euribor y el Libor, gran parte de la banca internacional y nacional (Bankia, otros bancos y las cajas de ahorro).[159]

b) Definición de Consejero Independiente según los Informes *Cádbury* y *Winter*

El informe *Cadbury* define en su apartado 4.12 a los consejeros independientes como "*aquellos que sean independientes de la dirección y libres de toda relación empresarial o de cualquier otro tipo que pudiera interferir sustancialmente con su independencia de juicio*".

El Informe *Winter* recomnedó a la Comisión Europea que incluyera criterios por los cuales, quedara perfectamente definido el significado de consejero independiente sin que en ningún caso el consejero no ejecutivo o miembro del Consejo de vigilancia, no obtuviera de manera alguna ventaja alguna de la sociedad fuera de sus funciones.[160]

c) Informe *Winter*. Requisitos para que un Consejero pueda ser calificado como independiente.

---

159 Barclays Bank, a finales del año 2007 y principios del 2008, presentó cifras del LIBOR manipuladas a la baja; dicha situación ocurrió en el apogeo de la crisis financiera. El banco fue sancionado al pago de 453 millones de dólares por haber mentido en las cifras presentadas para establecer la tasa LIBOR. La manipulación del LIBOR se puede asemejar a la utilización de información privilegiada en el mercado de valores.

El Bank of America, fue investigado por las autoridades estadounidenses debido a: La manipulación del tipo de referencia interbancaria LIBOR y por las hipotecas concedidas entre 2000 y 2008.

Morgan Stanley fue sancionado debido a su participación e influencia en el debut bursátil de Facebook; ya que dicho banco se caracterizó principalmente por influir indebidamente en la OPV en 2012, y con la que Facebook recaudó una cantidad total que ascendía a 16.000 millones de dólares.

JP Morgan en el año 2013, fue sancionado con una multa de 920 millones de dólares por ocultar pérdidas del banco valoradas en 6.200 millones de dólares en operaciones de alto riesgo. El banco abonó las siguientes cantidades: 300 millones de dólares al Controlador de la Moneda (OCC), 200 millones de dólares a la Reserva Federal (FED) y el regulador del mercado bursátil y 220 millones de dólares a la autoridad financiera de Reino Unido.

160 GARRIDO, J.M.: "El Informe Winter y el Gobierno societario en la unión europea", en RDS. págs. 124-126. Cfr. *Sarbanes-Oxley Act*. Sec 301-305; *New York Stock Exchange Listing Rules (http//www.nyse.com/about/report.html).*

NASDAQ, *Listing Rules (http://nasdaq.com/about/proposedRuleChanges.stm*).

El Informe *Winter* incluye una lista por la que un Consejero no ejecutivo o miembro del Consejo de vigilancia no pueda ser considerado como independiente:

1.- Los que sean empleados de la sociedad o los que lo hayan sido en un periodo de cinco años antes del nombramiento como consejero no ejecutivo o miembro del Consejo de vigilancia.

2.- Los que reciban algún ingreso de consultoría o asesoría o por otros servicios de la sociedad o de los ejecutivos.

3.- Los que reciban una remuneración de la sociedad que dependa del rendimiento de la sociedad (*stock options, bonus, etc.*).

4.- Los que en su capacidad de consejeros no ejecutivos o de miembros del Consejo de vigilancia, controlen a un ejecutivo que es un consejero no ejecutivo o miembro del Consejo de vigilancia de una sociedad en la que ellos son consejeros ejecutivos otras formas de consejeros cruzados.

5.- Los que son accionistas de control, solos o actuando en concierto, o sus representantes. Accionista de control, a los efectos de esta norma, podría ser definido, como mínimo, como el accionista que, solo o en concierto tiene el 30% o más del capital de la sociedad.

A diferencia del sistema europeo, el sistema estadounidense, y dentro del mismo el Derecho Estatal, la Ley de Sociedades del Estado de Michigan, supone una excepción a la del resto de los Estados ya que en estos últimos la figura del consejero independiente no está regulada por Ley. El consejero independiente para poder ser considerado como tal debe reunir los siguientes requisitos:

a) El mismo no puede ser ni haber sido en los tres años anteriores:

- *Officer* o empleado de la sociedad o de algunas de sus filiales.

b) Haber realizado algún tipo de relación o negocio comercial por valor superior a 100.000 dólares americanos.

c) *Officer*, socio, o familia de algunas de las personas mencionadas en los dos puntos anteriores o haber realizado negocios con ellos.

El texto manifiesta, que para preservar el principio de independencia, no podrán ostentar el calificativo de consejeros independientes aquellas personas que hubieran ostentado el cargo

de administrador independiente o no con el *management* de la sociedad durante un periodo de tres años.[161]

Es evidente que las relaciones personales y familiares con lo miembros de gestión de la sociedad, también deben de tenerse en cuenta a la hora de apreciar la condición de consejero independiente.

Al igual que ocurre con la remuneración de los administradores, el Grupo de expertos recomienda que las sociedades cotizadas tienen la obligación de publicar en su informe anual de Gobierno Corporativo, qué personas son consideradas consejeros independientes y cuáles no, especificando y detallando, los motivos por los que han sido nombrados independientes.

Como es lógico, es importante sentar unas bases lógicas de elección de los miembros del Consejo y del grupo directivo.

El Comité de Contabilidad y estándares de Cotización Corporativos de la *NYSE* (Bolsa de Nueva York), establece en su informe en relación a los estándares de cumplimiento de los principios Gobierno Corporativo, que en ningún caso un Consejero será considerado como Independiente cuando:

- Haya sido empleado de la compañía de cuyo Consejo forme parte, salvo que hubieran transcurrido cinco años, desde el día siguiente en que terminó su relación laboral con la sociedad.

- Tenga o haya tenido relación alguna con el anterior auditor de cuentas o con el actual.

- Sea parte o que hubiera sido en los cinco años anteriores parte de un comité de la empresa, en el que participe, asimismo, un director ejecutivo de la sociedad cotizada que forme parte del comité de remuneraciones de otra compañía en la que el consejero trabaje.

El cumplimiento de estos puntos no garantiza en absoluto la independencia de los consejeros independientes, si bien, el cumplimiento real y efectivo y no de dudosa aplicación, como ocurre en gran parte de los países europeos, de los parámetros establecidos en los Códigos de conducta, informes de los Comités, informes de los organismos reguladores, principios generales de Gobierno Corporativo del *ALI*, de la *OCDE* y un largo etcétera, son un gran avance hacia el principio más importante de Gobierno Corporativo, la **transparencia.** De esta forma, es como en mi opinión, se evitarían gran parte de los escándalos financieros, siendo partidario, como establece la Ley *Sarbanes-Oxley* de la obligatoriedad en controlar a los directivos y al Consejo de

161 GUERRA MARTÍN, G.: "El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses….", Cit, pág. 351.

Administración y en poner todos los medios, entre los que se encuentra el *whistleblowing* para que quién siendo conocedor de un hecho fraudulento lo comunique de manera anónima o confidencial, si bien, difiero con las sanciones tan severas que impone la *SOX* ante el incumplimiento de la norma. [162]

d) Cambios en el movimiento de Gobierno Corporativo tras la promulgación de la Ley *Sarbanes Oxley.*

Si bien, con anterioridad, me referido a las características fundamentales de la *Sarbanes-Oxley Act* (*SOX*), en el presente apartado me voy a referir a los distintos cambios en que ha sufrido el Gobierno Corporativo de las sociedades tras la promulgación de la *SOX.* Estos se podrían reducir en tres:

a) Cambios relativos en relación a la transparencia y a las reglas de contabilidad.

b) Cambios relativos en relación a la administración en las grandes sociedades en general.

c) Cambios en relación a la auditoria.[163]

Cambios en el Consejo de Administración.

d) Cambios respecto a la responsabilidad penal de los administradores por el incumplimiento de ciertas normas (secciones 802, condena por influir en la investigación llevada a cabo por el regulador, 906, penas impuestas al *CFO* y al *CEO* por manipular la información financiera y contable, imponiendo penas económicas muy elevadas, así como de prisión, y la **Sección 1107,** por llevar a cabo **represalias** contra los *whistleblowers.*

El movimiento del Gobierno Corporativo, está directamente dirigido a reducir los conflictos de interés, promoviendo la separación entre poder y propiedad de la sociedad, así como instar al Consejo para que intensifique la labor de controlador del equipo gestor de la sociedad evitando "el amiguismo" entre los miembros que componen el Consejo y los máximos ejecutivos de la sociedad.

Por ello, la *SOX* en su apartado 303ª.01 *NYSE CG Rules*, exige a las sociedades cotizadas, mayoría de administradores independientes en los Consejos de Administración, definiendo en las *NYSE CG Rules* de una manera rigurosa el concepto de consejero independiente, manifestando que para que un consejero pueda ser definido como tal, éste no podrá

162 BACIGALUPO, E.: "Mesa redonda de derecho penal". Fundación Ortega y Gasset, noviembre 2007.

163 Vid. CHARLES CLARK, R.: "Los cambios en el gobierno corporativo tras la Sarbanes-Oxley Act….", Cit. págs. 18 y 19.

haber trabajado en la empresa durante los últimos tres años, no puede tener un familiar que sea directivo de la misma, por supuesto no puede ser directivo ejecutivo y se excluyen los supuestos de casos de comité de retribuciones cruzados.

La Ley *Sarbanes-Oxley* (*SOX*), establece que los Comités de auditoría y el de retribuciones y nombramientos deben de estar formados únicamente por consejeros independientes y ello fundamentalmente para evitar los distintos conflictos de intereses que padecen las sociedades en su seno.

e) Independencia del Presidente del Consejo de Administración.

Algunos autores en EE.UU., con los que me identifico, entienden que la sociedad debe de estar compuesta por un "Consejo mixto". Este tipo de Consejo deberá de estar compuesto por una mayoría de consejeros independientes, insistiendo en la necesidad de que el Presidente del Consejo tenga la cualidad de independiente, esta premisa provoca en última instancia menores conflictos de intereses y una mayor transparencia dentro de la sociedad, que en definitiva es uno de los pilares básicos del buen Gobierno Corporativo.[164]

f) Los consejeros independientes en las sociedades cotizadas españolas.

El porcentaje de consejeros independientes en nuestras empresas, en lugar de aumentar ha descendido, los consejeros ejecutivos y los dominicales han ascendido en detrimento de los consejeros independientes. Tradicionalmente, los consejeros ejecutivos, han ocupado el 20% de los puestos de consejeros, frente al 40% (cifras que han ido variando desde que la CNVM elabora informes anuales de Gobierno Corporativo) de los consejeros independientes.

La CNMV, desde que el código Olivencia entró en escena, entiende que los consejeros independientes y sobre todo "la independencia" tiene una importancia más que relevante, para dotar al sistema de transparencia y control. La Presidenta de la CNMV, Elvira Rodriguez, cree necesario que los consejeros que tienen derecho a ocupar un puesto en la empresa de tal importancia, la mitad de éstos deben de tener la consideración de independientes. El Código Unificado de Gobierno Corporativo, Código *Conthe* establece la cuota mínima en 1/3, esta cantidad según la Presidenta Rodriguez es insuficiente.

---

164 CHARLES CLARK, R: "Los cambios en el gobierno corporativo tras la Sarbanes-Oxley Act….", Cit, págs. 27 y 28. El autor manifiesta que, "*otros aspirantes a reguladores podrían darse por satisfechos con que el presidente del Consejo fuera independiente o, en su defecto, con la presencia de un consejero "principal" o "presidente" cuya función fuera la de presidir las sesiones ejecutivas de los consejeros independientes, servir como conducto de información y comunicación de inquietudes entre tales consejeros y el primer ejecutivo y aconsejar sobre la agenda de reuniones*".

El título independiente que se le otorga a los consejeros, ha sido objeto de debate desde hace muchos años, independencia significa, no depender, autónomo del *management*. La realidad es que es complicado ser independiente de alguien, cuando éste último es quién te ha nombrado y te otorga un salario-remuneración. Lo mismo ocurre con la figura del Oficial de Cumplimiento Normativo que luego comento en un aparatado posterior.

La Orden 461/2013, desarrolla la definición de las categorías de los consejeros que se sientan en el Consejo de Administración, definiendo a los consejeros independientes de la misma manera que lo hizo el *CUBGC,* si bien, resuelve la polémica que se produjo entre los distintos consejeros independientes respecto a la duración del cargo, manifestando, que el cargo del consejero independiente no podrá ser superior a un periodo continuado de 12 años, estableciéndose un régimen transitorio en el sentido de considerar a aquellos consejeros independientes que, a 30 de junio del año 2013 hayan desempeñado su puesto durante un plazo superior a 12 años no perderán la calificación de independientes hasta el final de su mandato.[165]

No quiero profundizar demasiado en este aspecto ya que debe de ser objeto de estudio de manera independiente del aquí expuesto, si bien, la relación del consejero independiente tiene relación por cuánto, en las sociedades que tienen Comisión de auditoría y que según los códigos de Gobierno Corporativo que contienen recomendaciones acerca del *whistleblowing*, es el comité de auditoría cuya misión respecto a la materia es la de establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar de forma confidencial o anónima las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables que adviertan en el seno de la empresa.

Por tanto es el Comité de Auditoría, compuesto por consejeros independientes, cuya función además de otras es la de:

- Establecer y asegurarse de que la empresa disponga de un mecanismo, ya sea un canal de denuncia, correo electrónico, carta, llamada telefónica, fax, buzón corporativo, para que cualquier empleado (la recomendación del *CUGC*, no hace referencia a los proveedores, subcontratistas y demás grupos de interés), pueda denunciar de forma **confidencial o anónima**, hechos irregulares, de potencial trascendencia especialmente financieras y contables que adviertan en el seno de la empresa.

165 Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores .

- Supervisar que el mecanismo funciona y que los empleados lo conocen.
- Percibir el informe del Oficial de Cumplimiento Normativo o del *Ombudsman*, acerca de las denuncias recibidas y la investigación llevada a cabo por la empresa.
- Dar traslado del resultado de las denuncias al Consejo de Administración y al CEO de la empresa.

La independencia de los consejeros es importante respecto al *whistleblowing*, ya que si las denuncias son tramitadas y resueltas por una persona o grupos de personas independientes del *management*, le otorga al proceso más trasparencia, objetividad y credibilidad, si bien, no soy el único que piensa que la independencia de los consejeros independientes deja mucho que desear y que dada la condición confidencial de la denuncia, la independencia debe de ser total para que los denunciantes puedan denunciar pensando y conociendo, quién recibe y resuelve su denuncia, que la denuncia no se va a olvidar, que no se va a guardar en "el baúl de los recuerdos" y que se le va a dar el trámite recogido en la norma correspondiente, sobre todo cuando las empresas financieras comiencen a aplicar la Directiva Europea que les obliga a proteger e incentivar económicamente a los *whistleblowers.*

La última reforma de la *LSC* que entró en vigor el 4 de diciembre 2014, respecto a la mejora del Gobierno Corporativo, recoge los tipos de consejeros que componen el Consejo de Administración, definiendo de manera escueta y clara las características que deben de rodear al consejero independiente.

El legislador equipara el adjetivo independiente a "no verse condicionado por relaciones con la sociedad". Entiendo y espero, por el bien del sistema financiero y por el buen gobierno de las sociedades que la equiparación mencionada sea algún día cierta y que cumpla con el significado en todas sus letras.

2.3. La relación entre los administradores y los accionistas. El *whistleblower* ante la falta de transparencia en la elección y cese de los distintos consejeros.

2.3.1. Nombramiento de administradores. La Comisión de Nombramientos.

El Código *Olivencia*, diferenció entre la Comisión de nombramientos y la de retribuciones. Posteriormente el Reglamento tipo del Consejo y el Código *Aldama* unificaron las dos Comisiones en una, la Comisión de nombramientos y retribuciones.

El Código *Olivencia*, entendió que debido a la escasa participación del capital flotante (*free float*) en la sociedad, era necesario la creación de una Comisión de nombramientos dentro del Consejo de Administración[166] que se preocupara por los intereses de los accionistas minoritarios y por tanto, que llevara a cabo una selección estricta en lo referente a la selección de candidatos, siendo propuestos por el Consejo de Administración, y haciendo como suya la Junta General la designación de los consejeros[167].

El Informe *Aldama* en su recomendación IV.5.3, dota a la Comisión de nombramientos un carácter autorregulatorio al manifestar, "*La Comisión entiende que todas las sociedades "deberían" dotarse de una Comisión de nombramientos y retribuciones",* para continuar haciendo alusión al deber de información que tiene la Comisión con el Consejo de Administración sobre el nombramiento, reelecciones, cese del Consejo y de sus cargos, debiendo a su vez "*informar con carácter previo, todas las propuestas que el Consejo de Administración formule a la Junta General para la designación o cese de los consejeros, incluso en los supuestos de cooptación por el propio Consejo*".

La misma recomendación, continúa manifestando, "*Los miembros de la Comisión serán designados por el Consejo de Administración de entre los consejeros externos y siguiendo las proporciones del mismo. Asimismo el Consejo elaborará y aprobará dentro del Reglamento del Consejo, normas específicas para esta Comisión, de la que no podrán ser miembros los consejeros ejecutivos".*[168]

El Proyecto de Código Unificado, otorga a la Comisión de nombramientos un cariz distinto al excluir como consejeros independientes a, "*los que no hayan sido propuestos, ya sea para su nombramiento o renovación, por la Comisión de nombramientos*",

166 Vid. Código *Olivencia*. Recomendación 5.1 : "La misión de la Comisión de Nombramientos es velar por la integridad del proceso de designación de consejeros, y a tal efecto parece conveniente encomendarle las siguientes funciones: a) formular y revisar los criterios que deben seguirse para la composición del Consejo de Administración y la selección de candidatos. b) elevar al Consejo las propuestas de nombramiento de consejeros para que éste proceda directamente a designarlos (cooptación) o las haga suyas para someterlas a la decisión de la Junta c) Proponer al Consejo los miembros que deban formar parte de cada una de las Comisiones. Como es natural, en el desempeño de estas funciones y, especialmente, en la formulación de propuestas de nombramientos, la Comisión deberá considerar las sugerencias que le hagan llegar el Presidente, los miembros del Consejo, los directivos o los accionistas de la sociedad. Su misión es examinar estas sugerencias, valorarlas e informar sobre ellas con criterios de objetividad e imparcialidad, para que el Consejo pueda obrar con conocimiento de causa" La Recomendación transfiere la competencia de la Junta General al Consejo de Administración.

167 Cfr. Ex Art. 123 LSA. "El nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general, la cual podrá, además, en defecto de disposición estatutarias, fijar las garantías que los administradores deberán presentar o relevarlos de esta presentación".

168 Informe *Aldama*. Recomendación 5.3. La recomendación no se pronuncia sobre dos cuestiones elementales, la designación de los consejeros externos, que en definitiva son los consejeros independientes y quizá más importantes, requisitos para ser considerado como tal y alcance de los consejeros independientes.

admitiendo la reelección como independientes de los consejeros dominicales que hayan perdido tal condición al vender el accionista que representan su participación.[169]

El Proyecto Unificado, bajo el título "De los consejeros", agrupa una serie de recomendaciones (27 a 34), relativas a la selección, nombramiento y reelección (recomendación 27), a la información pública sobre consejeros (recomendación 28), a la rotación de consejeros independientes (recomendación 29),[170] al cese y dimisión (recomendación 30 a 34). Las recomendaciones 71 y 72, delimitan las funciones propias de la Comisión de nombramientos:

Recomendación 71: "*Corresponderán a la Comisión de Nombramientos además de las funciones indicadas en las recomendaciones precedentes las siguientes:*

3.2. Evaluar las competencias, conocimientos y experiencias del Consejo, describir las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante, y evaluar el tiempo y dedicación precisos para que puedan desempeñar bien su cometido.
3.3. Examinar u organizar, de la forma que se entienda adecuada, la sucesión del Presidente y del primer ejecutivo y, en su caso, hacer propuestas al Consejo para que dicha sucesión se produzca de forma ordenada y bien planificada.
3.4. Informar los nombramientos y ceses de altos directivos que el primer ejecutivo proponga al Consejo.
3.5. Informar al Consejo sobre las cuestiones de diversidad de género señaladas en las recomendaciones 19 a 21 de este Código (referentes al nombramiento de consejeras).[171]

La recomendación 72, manifiesta, *"La Comisión de nombramientos consultará al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de propuestas relativas a los consejeros ejecutivos.*

Cualquier consejero podrá solicitar de la Comisión de Nombramientos que tome en consideración, por si los considera idóneos, potenciales candidatos para cubrir vacantes de consejero". [172]

---

169 Código Unificado. Recomendaciones, 40 b) j) y 40 e) j) 2ª.

170 QUIJANO GONZALEZ, J.: "Estatuto de los administradores (Selección, nombramiento y cese de los consejeros. Información y dedicación de los consejeros)", en RDS, págs. 115 y ss. Vid. ALONSO UREBA, A y RONCERO SANCHEZ, A.: "Sistema de elección de los consejeros. Comité de nombramientos", en ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, 1999, Págs. 213 y ss.

171 Cfr. Código Unificado. Recomendación 71.

172 Vid. Código Unificado. Recomendación 72. Vid. URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.:"La Sociedad Anónima: órganos sociales: los administradores", en URIA, R./MENENDEZ, A. *Cursos de Derecho Mercantil* I, 2ª Ed., Thomson/Aranzadi, 2006, págs. 958-989.

La Comisión estudiada es de suma importancia, ya que es la encargada de los procesos de selección y nombramiento de consejeros ejecutivos y no ejecutivos, del Oficial de Cumplimiento Normativo – *compliance officer*, del *Ombudsman*, del Grupo o personas que se encarguen de investigar en persona o a través de delegación un posible fraude cometido en el seno de la empresa (caso Renault 2010), el Grupo de Respuesta ante el Fraude, Comité de Ética, etc. Hasta la aparición del movimiento de Gobierno Corporativo en España, los consejeros eran designados o bien por el Presidente del Consejo de Administración o por el núcleo duro de los accionistas de poder, que de una manera impositiva entraban en permanente conflicto de interés con los accionistas minoritarios.

Debido a la complejidad de las empresas bursátiles, los riesgos que la misma adopta, la volatibilidad bursátil, es necesario llevar a cabo una estricta selección de consejeros ejecutivos, que lleven el peso del día a día de la sociedad y los consejeros que se ocupen fundamentalmente de supervisar al equipo directivo. Es evidente que un marcado seguimiento de las recomendaciones del Gobierno Corporativo tiene unos costes elevados, y en este sentido fundamentalmente en los Estados Unidos debido al carácter imperativo del sistema financiero desde el nacimiento de la Ley de *Sarbanes-Oxley*. Por este sentido numerosas empresas que cotizan en el Mercado estadounidense se están planteando el dejar de cotizar en la *NYSE* y/o el *NASDAQ*, debido a los elevados costes. Sir Christhopher Bland, Presidente de la empresa de telecomunicaciones British Telecom, en noviembre del año 2004, afirmó la posibilidad de dejar de cotizar en la *NYSE* ya que el cumplimiento de la *SOX*, le costaba a la empresa la friolera cantidad de 10 millones de libras adicionales, si bien tuvo que desistir de su comentario ya que numerosos ciudadanos americanos poseen acciones de la operadora, así como bonos emitidos en dólares.[173]

El Consejo no debe ocuparse de encontrar y proponer al equipo directivo los nuevos consejeros. Esta tarea debe de ser delegada a un Comité que seleccione en función de las características propias de los candidatos el mejor de entre los escogidos. La sociedad está compuesta por personas y por tanto de estas personas depende el éxito de la empresa.[174]

Estos cambios que se producen en las sociedades, siguiendo las recomendaciones de los Códigos éticos de buen Gobierno Corporativo produce en las sociedades cambios fulminantes dentro del organigrama de las sociedades provocando en las mismas un elevado coste.

---

173 TORRENT, A.: "Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos", en RDS, núm.26, pág. 221, 2006.

174 SANCHEZ CALERO, F.: "Los administradores en las sociedades de capital", Cit. 755 y 756.

Respecto a la elección de consejeros por cooptación, la Ley de Sociedades de Capital, permite en los supuestos de puestos vacantes en el Consejo, la elección de consejeros por el sistema de cooptación. La realidad es que la doctrina ha sugerido que el sistema de cooptación fuera la excepción, si bien, hoy podemos decir que se ha convertido en la regla general.[175]

La Comisión de nombramientos según los Códigos éticos europeos.

El Informe *Cadbury* en el Reino Unido, en su apartado 3.7., consideraba necesario la creación de una Comisión de nombramientos que presidida por el Presidente del Consejo de Administración o por un Presidente no ejecutivo, llevara a cabo una selección adecuada de los consejeros ejecutivos como los no ejecutivos, si bien y dado el carácter del Informe de pionero dentro del Gobierno Corporativo en Europa, la realidad es que no profundizó en la Comisión de nombramientos, demostrándolo al no incluir entre sus recomendaciones al Comité de nombramientos.

El Informe *Hampel,* también informe británico, refleja en sus apartados 3.19 y 3.20, "una desnutarilazión" de la Comisión de nombramientos, incidiendo en la autorregulación de las sociedades en detrimento de la imperatividad en el marco societario. El Informe *Higgs*, en su apartado 4.1, se refiere a la necesaria composición de una serie de Comisiones dentro del Consejo (auditoria, nombramientos y retribuciones) en el que se haga una selección efectiva del nombramiento de los administradores y consejeros, basados en "méritos y criterios objetivos", todo ello bajo el principio de "cumplir o explicar", manifestando que "el papel del Consejo consiste en ofrecer un liderazgo empresarial a la sociedad dentro del Consejo de Administración, entendiendo que el papel del Consejo consiste en ofrecer un liderazgo empresarial a la sociedad dentro de una estructura de controles prudentes y eficaces que permita una gestión y una valoración del riesgo, señalando en la memoria los componentes de las diversas comisiones". Apartado 1.2 [176] El Informe francés, denominado *Viéntot* de 1995, aconseja la creación de la Comisión de nombramientos, dentro del Consejo de Administración, que esté compuesta de tres a cinco miembros y al menos un administrador independiente si bien, partiendo del sistema monista de estructura de organización del Consejo, se decanta por que una misma persona asuma la dirección de la empresa y la Presidencia del Consejo, encargada de la supervisión. Es evidente que el sistema

175 ROJO, A.: "La facultad de cooptación del Consejo", en RDM, nº. 432, pág.432, 1988.
El art. 244 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece: "En la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general".
176 TORRENT, A. :"Reflexiones sobre el Gobierno Corporativo: la Comisión de nombramientos", en RDS, núm. 26, pág. 226, 2007.

propuesto por el informe *Viéntot*, en absoluto asegura, el principio de la transparencia y el de la independencia de los administradores.

El *Testo Unico* italiano, otorga la potestad al Consejo de Administración para nombrar una Comisión compuesta por mayoría de consejeros externos, que propusiera candidatos para ocupar los asientos del Consejo de Administración, siendo necesario que estos candidatos seleccionados reunieran una serie de cualificaciones profesionales, debiendo ser propuestos a través de un procedimiento transparente, presentado a la Junta General de accionistas.

2.4. Sometimiento de los órganos de Gobierno de las sociedades cotizadas de acatar, pese a su carácter voluntario, el Código de Buen Gobierno.

Desde los inicios del movimiento de Gobierno Corporativo, se permitió a las grandes compañías que llevaran a cabo la gestión interna de la sociedad, incidiendo en la necesidad de cumplimiento de las recomendaciones de los distintos Códigos éticos europeos por parte de los máximos directores de las sociedades, apuntando las sociedades cotizadas en la calidad de la empresa, en detrimento de la transparencia. Tras los recientes escándalos en los Estados Unidos y en Europa, la autorregulación del Gobierno Corporativo poco a poco va dejando un "sitio" a la intervención legislativa. Con ello, el legislador ha pretendido, mantener y si acaso mejorar y aumentar la confianza de los distintos inversores en aras de la mejora de la economía de las distintas naciones del mundo empresarial, así como la eficacia y mejora de los mercados de valores. Como hemos comentado en el presente trabajo, en EE.UU., surge la *Ley Sarbanes-Oxley,* y en España la Ley de Transparencia y la Ley Financiera.

Los diversos escándalos financieros y en especial el de la empresa *Enron* provocaron que la *Securities and Exchange Comisión*, (SEC), solicitara a la Bolsa de Nueva York, *NYSE,* (*New York Stock Exchange*), un análisis sobre el cumplimiento de los parámetros de los principios de Gobierno Corporativo.

La Bolsa de Nueva York, encargó a su Comité de contabilidad (*Corporate accountability and Listing Standard Comittee*) que realizara un análisis sobre la petición recibida.

Después de realizar un profundo estudio sobre organizaciones, instituciones, todas ellas ligadas al mundo bursátil. El Comité partiendo de un modelo de sociedad anónima a todos rasgos dispositivo, aunque con un amplio margen otorgado a la autonomía de la voluntad en función de las necesidades sociales, realizó el correspondiente estudio siendo remitido este al Consejo de Administración de la *NYSE.*

El Comité reconociendo sus limitaciones, manifiesta la imposibilidad de obligar a que los consejeros internos y externos de las grandes compañías se ajusten a los parámetros de Gobierno Corporativo, manifestando que el correcto funcionamiento del sistema depende fundamentalmente de la honorabilidad y el buen hacer de las personas protagonistas de la dirección de las sociedades cotizadas, haciendo hincapié en la responsabilidad y deber de diligencia que todo consejero interno y externo debe tener presente, si bien resulta acertado dotar a los accionistas e inversores de todas las armas tendentes a controlar en la medida de lo posible al *management*.

La Comisión Europea, a propuesta del Informe *Winter*, aprobó en el año 2005, la recomendación sobre consejeros no ejecutivos y Comisiones del Consejo.[177] Según la Recomendación, la Comisión se decanta por una posición denominada *collibration,* que viene a significar una postura intermedia entre el intervencionismo de los EEUU, desde la *SOX* y el abstencionismo[178]

La postura, en mi opinión acertada, pretende solucionar los distintos conflictos de interés que puedan surgir en el seno de la empresa tales como por ejemplo entre la dirección y los empleados o entre accionistas mayoritarios y los minoritarios, a través de procedimientos internos de la propia empresa sin que tengan que intervenir los poderes públicos.[179]. La recomendación señala en su apartado cuarto "*A la vista de la complejidad de muchas de las cuestiones planteadas, la adopción de normas vinculantes detalladas no es necesariamente la forma más deseable y eficaz de alcanzar los objetivos perseguidos. Muchos códigos de gobernanza empresarial adoptados por los Estados miembros tienden a basarse en la divulgación de información para fomentar su cumplimiento. Según el principio de cumplir o explicar", se invita a las empresas a que señalen si cumplen el código y expliquen cualquier desviación sustancial respecto a éste. Este principio permite a las empresas reflejar los requisitos específicos del sector o la empresa y a los mercados valorar las explicaciones y justificaciones esgrimidas. Con el fin de estimular el papel de los administradores no ejecutivos o supervisores, se considera conveniente invitar a todos los Estados miembros a que den los pasos necesarios para introducir a nivel nacional un conjunto de disposiciones- inspirado en los principios presentados en esta recomendación- aplicables en las empresas que cotizan en bolsa, basadas en el principio de "cumplir o explicar o que se establezcan en virtud de la legislación*". El apartado 1.1 de la recomendación señala: que "*Se invita a los Estados miembros a dar los pasos necesarios para introducir a nivel nacional, mediante un planteamiento de " cumplir o explicar" o mediante normas legales, y con los instrumentos más acordes con su marco jurídico, un conjunto de*

210 Informe *Winter*, recomendación de 15 de febrero de 2005.

178 DUNSIRE, A: "Manipulating social Tension: Collibration as an alternative Mode of Government Intervention", MPIFG Discussion. Págs. 93 y ss.

179 GARRIDO GARCIA J.M.: "El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea", en RDMV, núm. 1, págs. 63 y 64, 2007.

disposiciones relativas al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión aplicables a las empresas que cotizan en bolsa" En el apartado 1.2. se especifica que, "*si los Estados miembros decidieran utilizar el modelo de " cumplir o explicar", de acuerdo con el cual se exige a las empresas que expliquen sus prácticas tomando como referencia una serie definida de recomendaciones sobre mejores prácticas, deberán exigir a las empresas que especifiquen anualmente las recomendaciones que no han observado (aclarando, en caso de recomendaciones cuyos requisitos tengan carácter permanente, en qué parte del ejercicio financiero se produjo esa situación) y explicar la amplitud y las razones de cualquier incumplimiento sustancial*".

2.5. Los Inversores Institucionales. Mayor participación en el gobierno de la sociedad. Ejercicio efectivo y activo de los derechos políticos de las acciones de sociedades cotizadas de las que son titulares.

Sin ningún género de dudas, estoy en la posición de pronunciarme respecto al término "Inversor Institucional". Este, viene como no podía ser de otra manera de los Estados Unidos de América. Hasta los años 60, debido al alto grado de dispersión en el accionariado de las grandes sociedades, este tipo de inversores no alcanzó la importancia que hoy tiene dentro del Gobierno de las grandes sociedades. Sin embargo no comenzaron a realizar una política de intervención activa hasta los años 80 del siglo pasado.

En los años 50, la participación de los inversores institucionales, respecto al total de las acciones emitidas era del 6.1%, aumentando el porcentaje hasta nuestros días de una manera realmente imprevisible a comienzos del siglo XIX. Autores como Berle y Means, en la estructura accionarial de las sociedades cotizadas, dan una importancia muy relativa a estos inversores claves en el gobierno de la sociedades cotizadas de finales de siglo pasado y comienzos del actual.[180]

Los inversores institucionales entraron en acción en EE.UU., cuando a comienzos de los años 80 se produjo un auténtico "asalto" hacia

---

180 Vid. GUERRA MARTÍN, G.: "El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses...", Cit. págs 2.3. y 163. El profesor ADOLF BERLE, destacó en el año 1967, la cada vez mayor presencia de los inversores institucionales en el marco de las sociedades cotizadas, señalando "*un gran número de acciones no son de individuos sino de instituciones fiduciarias, que a su vez, distribuyen los beneficios de las mismas a los participantes en ellas*". BERLE Adolf: "*Property, productions and Revolution. A preface to the revised edition*", Diciembre 1967. Según el profesor GUILLERMO GUERRA MARTÍN: " El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses....", Cit. pág. 163, en el año 1960 el porcentaje de los inversores institucionales pasó de ser un 12,6% a un 19,4 en 1970, un 33,9% en 1980, a un 47,2 en 1990 hasta alcanzar un 48,5 en 1996..".

el control de las sociedades importantes con problemas financieros. En aquéllos años se produjo una auténtica guerra de absorciones *takeovers war* a través de ofertas públicas de adquisición de acciones. Las empresas comenzaron a realizar todo tipo de estrategias defensivas frente a la intención de los inversores institucionales, que se opusieron en todo momento a los blindajes estatutarios. Las medidas defensivas de las empresas cotizadas fueron "el órdago" *green mail* y las *píldoras envenenadas* (*poissoned pills).*[181] Entre los Inversores Institucionales de los EE.UU., destaca el Fondo Público de Pensiones *Calper, California Public Employees Retirement System,* accionista de más de 1.600 compañías.

Respecto al activismo que llevan a cabo los Inversores Institucionales en al ámbito europeo y estadounidense, es significativo, el alto grado de activismo que los inversores institucionales estadounidenses y británicos llevan a cabo en las empresas, a diferencia de lo que ocurre en el marco europeo. En este sentido, es interesante el estudio realizado por la doctrina internacional,[182] bajo la supervisión del *European Corporate Governance Network ECGN,* en relación al control y derecho de voto que ostentan los accionistas institucionales. El estudio realizado, muestra como en los Estados Unidos de América, el mayor accionista de una sociedad cotizada no controla más del 5% de capital de la sociedad, a diferencia del marco Continental, que puede llegar a ser muy superior.[183]

Los inversores Institucionales comienzan a tener un peso importante en los Consejos de Administración y en los grandes directivos, destacando el papel desempeñado por los Fondos de Inversión. Los accionistas minoritarios cansados de no poder ejercitar de una manera efectiva y persuasiva un cierto control al equipo gestor de la gran sociedad por ser inoperantes las distintas acciones legales que tenían a su disposición para ejercitar con ciertas garantías la acción social de responsabilidad, así como las distintas acciones penales, ya que, hasta

---

181 Vid. ENRIC RICART, J. y otros: "Los accionistas y el gobierno de la empresa", Deusto, Pág. 41. "Las píldoras envenenadas, consisten en ampliar capital y dotar a los accionistas de ciertos descuentos en la compra de nuevas acciones. En el año 1989, casi 400 de las grandes empresas de los Estados Unidos de América, recurrieron a la tesis de la "píldora envenenada", para no desaparecer ante una oferta de absorción".

Código de gobierno Corporativo elaborado por asociaciones de inversores institucionales "*Council of institucional Investors"*. Vid. COUNCIL of INSTITUTIONAL INVESTORS (CII): "*Core Policies, General Principles Positions & Explanatory Notes"*, marzo 1998, revisado en marzo de 1999.

182 BETCH M & RÖELL A.: "Bockholdings in Europe: An Internacional comparison", *European Economic Review*, vol. 43, núm. 4-6 págs. 1049-1056.

183 Fuente: www.ecgi.org.

ENRIC RICART, J.: "Los accionistas y el Gobierno de la empresa", Deusto, pág.44.

comienzos de los años 90, los delitos societarios no estaban recogidos ni contemplados en la mayoría de las legislaciones de los Estados de marco continental y anglosajón. Por tanto los accionistas minoritarios, individuales que en los años 60 llegaron a ostentar un 84% del mercado, se decantaron por la utilización de estos fondos, para así asegurarse una mejor vía de participación en la sociedad.[184]

A partir de los ochenta, tras finalizar el periodo de OPAs hostiles, los Inversores institucionales comenzaron a adquirir participaciones importantes en las grandes compañías, obteniendo así una importancia decisiva en los Consejos de Administración y por tanto en los presidentes, consejeros delegados y directivos de las grandes sociedades.

Al ser de tan importancia la presencia de los Inversores Institucionales en las grandes sociedades, por la presión que ejercen en los Consejos de Administración y en el equipo directivo, diversos profesores, así como los distintos Códigos de Gobierno Corporativo, nacionales e internacionales se han preocupado en estudiar la materia.

La realidad actual es que los inversores y/o socios institucionales internacionales, cuando se interesan por participar o comprar parte o la totalidad del accionariado de la empresa española, otorgan una importancia vital a los procesos de *compliance,* Gobierno Corporativo y responsabilidad Social Corporativo, incorporando dichas políticas en sus informes de *Due Diligence* y haciendo incapié si es que las hubiere de las carencias que la empresa adquirida o comprada adolece. No nos olvidemos que el Código Penal español, establece que las empresas heredan las responsabilidades penales que la empresa adquirida tuviere en el momento de la compra por lo que el riesgo es evidente y se precisa de las medidas oportunas para evitar fraudes.

El Informe *Winter,* al igual que el resto de los Códigos éticos sobre Gobierno Corporativo, no define de una manera precisa lo que es un accionista institucional, si bien manifiesta: "*Los Inversores Institucionales deberían hacer públicas sus políticas de inversión y de voto en las empresas en las que invierten, así como publicar cómo finalmente se han ejercido los votos en las JGA en las que participan o delegan*".[185]

La OCDE, incorpora en el año 2002, a los principios ya existentes, en relación a los Inversores Institucionales, un nuevo principio, manifestando que, los Inversores Institucionales deben hacer públicas las estrategias que aplican en las sociedades en las que invierten en

---

184 MONTGOMERY, C & KAUFMAN, R.: "The Boards Missing Link", en *Harvard Business Review*, vol. 81.núm. 3, págs. 86-92, marzo 2003.

185 Vid. Informe *Winter,* 2002.

materia de Gobierno Corporativo en las que se incluye el derecho de voto. A su vez, deberán hacer pública la gestión llevada a cabo en materia de conflicto de intereses que pudiera tener una connotación en el derecho de voto.

Por otro lado, la difusión de la información en materia de cooperación entre inversores institucionales es positiva, siempre que esté acompañada de normas que eviten transacciones durante un tiempo determinado con el fin de evitar el abuso y la manipulación en los mercados.

Las diferencias entre el sistema anglosajón (Reino Unido y EE.UU.) y el sistema continental son evidentes. Partiendo de que una concentración del acción, en nuestro país, el término de "Inversor Institucional" lo encontramos en el Real Decreto 291/1992, sobre Emisiones y Ofertas Públicas de venta de valores a través del artículo 7.1 modificado con posterioridad en 1998, que cita, a título de ejemplo, un conjunto de instituciones tales como: "Fondos de pensiones, instituciones de inversión colectiva, entidades aseguradoras, entidades de crédito o las sociedades de valores, que realizan de forma habitual y profesionalmente inversiones en valores negociables".

En España, el Código Olivencia, se refiere a los inversores institucionales, como "*actores de relieve en las prácticas de buen gobierno, invitándoles al ejercicio responsable de sus derechos y a hacer uso de su influencia para favorecer la adopción de recomendaciones por las compañías destinadas del informe. Sobre la base de su evolución y crecimiento, afirma, que los inversores institucionales son agentes de gran relieve, aún si tradicionalmente aún no han mostrado especial interés por tener una presencia activa en la vida de las compañías, ni a través de representación en el Consejo de Administración, ni de una política participativa en los debates y votaciones de la Junta General de accionistas".*[186]

El Informe Aldama, "*sugiere a los inversores institucionales que definan y hagan públicas sus políticas de participación o no en las decisiones de las sociedades en las que invierten, dentro de la tendencia hacia una creciente participación de estas entidades en las sociedades cotizadas, y con la finalidad de que contribuyan así a revitalizar las juntas generales de accionistas. Con relación a éstas, dispone que sería conveniente que los fondos de inversión, entidades financieras o intermediarios que, cada vez con más frecuencia, agrupan accionistas o*

186 RICARD, E., ALVAREZ, J.L., GIFRA: "Los accionistas y el gobierno de la empresa: Shareholders only". Deusto, pág. 50.

inversores múltiples, pudiera contribuir más activamente a la conformación de la voluntad social"

La CNMV ha asumido un papel determinante respecto a los inversores Institucionales llevando a cabo campañas informativas en relación a este tipo de accionistas, como por ejemplo, a través de la página web, donde se puede observar "El rincón del inversor".

Por todo ello, es palpable la importancia de los accionistas institucionales en todo el campo de la empresa en su conjunto y en la defensa de los intereses y derechos de los accionistas respecto a la postura en relación a las estrategias de la empresa, (diversificación, adquisiciones, desinversiones, y en general la política financiera y empresarial de la sociedad), en relación al seguimiento y control de los gestores y máximos directores de la sociedad (política de remuneraciones, nombramientos de consejeros independientes, veracidad de los informes y medidas de protección frente a ofertas de adquisiciones hostiles). La *paxis* evidencia, que estamos ante una clase de accionistas en evolución. En España, aunque la mayor presencia de accionistas institucionales en las sociedades anónimas cotizadas ha supuesto una revitalización de los mecanismos de control interno, tenemos que hablar de una postura pesimista, es decir, al apreciar una gestión defectuosa por parte del equipo directivo, los accionistas institucionales deciden vender las acciones e invertir en otra u otras compañías que les infunden más confianza. En conclusión, que la labor que realizan los accionistas institucionales es una función de diálogo con el grupo directivo frente la postura que muchos accionistas desearían, de toma de control de la sociedad, sin olvidar que estos accionistas son un importantísimo nexo de unión entre el accionista minoritario totalmente desorientado de la política de la sociedad y el grupo ejecutivo.

La postura mantenida por los accionistas institucionales debería de ser la mantenida por la doctrina,[187] refiriéndose a la "tesis optimista", que deriva en la superación entre la barrera existente entre propiedad y control. Entiendo que hoy por hoy, es una alegoría, si bien, con el paso del tiempo y dado los importantes paquetes accionariales que poseen dentro de las empresas, se conciencien de que para proteger los intereses de los accionistas de la sociedad, no es suficiente actuar pasivamente, es decir, ante la observancia de una mala gestión por parte del grupo directivo, optar por la teoría del "*Exit", vender y salir,* entiendo que no es la más conveniente ni acertada.[188] En la actualidad, los inversores

187 GARRIDO, J.M.: "La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales", Publicaciones del Real Colegio H.S. (1984).

188 TRIAS SAGNIER, M.: "Los inversores institucionales y el gobierno de las sociedades cotizadas. Ed. MacGraw-Hill, Madrid. Respecto a la postura de los inversores institucionales en relación a los derechos políticos de los accionistas, el autor manifiesta "un ejercicio activo de los derechos políticos aparejados a las acciones que gestionan por cuenta de los partícipes y beneficiarios".

institucionales, están requiriendo a las empresas en las que invierten, implantar políticas de gobierno corporativo, prevención contra el fraude, entre las que están el *whistleblowing* y la corrupción. La corriente generalizada a nivel internacional, es, si no tienes las políticas de RSC mencionadas, no entramos en el capital, por ese motivo, las empresas chinas están empezando a plantearse muy seriamente el implantar políticas de prevención contra la corrupción, de lo contrario no podrán hacer negocios en Europa y EE.UU.

3.La responsabilidad del consejo de administración y de los administradores respecto al conocimiento, elaboración, difusión y cumplimiento de las políticas de *compliance* en general y en especial de la normativa del *whistleblowing*.

La vinculación es más que clara y, sin embargo, no es precisamente extensa la literatura dedicada al régimen de responsabilidad del Consejo de Administración, siendo extenso el estudio dedicado a la responsabilidad de los administradores. Y es que no deja de ser complicado relacionar las recomendaciones respecto del Gobierno social y de los principios de eficiencia y transparencia que los fundamentan –teóricos en mayor o menor medida- con un régimen que debe ser eminentemente legal, como es el de la responsabilidad. No porque no exista relación teórica (que claramente existe y sin la cual no cabría entender que ninguna Recomendación adquiriese una fuerza o una importancia mínima), sino porque la necesidad casi imperativa de dotar al régimen de responsabilidad de una base normativa, legal, coloca a ambos aspectos en planos distintos –aparentemente paralelos en sus bases teóricas, pero inevitablemente coincidentes en su fundamento-.

Efectivamente, las principales recomendaciones de Gobierno Corporativo son precisamente eso, recomendaciones, acatables por las sociedades afectadas por las mismas con un grado de obligatoriedad variable pero por lo general débilmente vinculante. En cambio, en lo

---

SANCHEZ-TEHERAN, S.: "Reglamento del Consejo de Administración". Derecho Societario. Master de Derecho Privado. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. pág. 72. 2006. El profesor recomienda en el Anexo II "RECOMENDACIONES COMPLEMENTARIAS AL GOBIERNO, CNMV E INSTITUCIONES FINANCIERAS". Recomendaciones a las Instituciones Financieras. 9. Ejercicio del derecho de voto por inversiones Institucionales. La Recomendación literal es la siguiente, "Se recomienda a las Instituciones de Inversión Colectiva y a los Fondos y Planes de Pensiones y a otros inversores institucionales que ejerciten de forma activa los derechos políticos de las acciones de sociedades cotizadas que posean y que informen a sus partícipes e inversores finales de los criterios generales que, en su caso, sigan al ejercitar tales derechos". Nos sumamos a la Recomendación realizada por el profesor Sánchez-Teherán, conectada estrechamente con el principio de transparencia informativa respecto los criterios llevados a cabo en relación con el derecho de voto y demás derechos inherentes a su posición jurídica.

referente a la responsabilidad exigible a los Consejos de Administración y a los consejeros en particular, encontramos que son mecanismos que suelen construirse sobre la base de cimientos normativos, con la correspondiente necesidad de prestar una firme seguridad jurídica.

Por ello, mientras las recomendaciones de Gobierno Corporativo sobre la estructura, la composición, el funcionamiento de los órganos directores de las sociedades, tienen como objetivo el lograr una modificación o un reajuste de los estatutos sociales o, de modo más general, de los regímenes internos, la disciplina de la responsabilidad no constituye un ámbito de autorregulación de las sociedades, sino que se erigen en una serie de normas de rango legal que no pueden ostentar un carácter menos que imperativo. Es decir, nos encontramos ante un régimen inevitablemente indisponible.

De este modo, las recomendaciones de buen Gobierno Corporativo parecen estar impulsadas por los principios de eficiencia y transparencia en la gestión de la sociedad, la disciplina de la responsabilidad está orientada por principios de legalidad y necesariedad. A primera vista, estamos ante dos disciplinas distintas, sin embargo, los objetivos que ambas persiguen no dejan de ser muy similares: estamos en cualquier caso ante situaciones de protección de terceros (y esto incluye a la propia sociedad, a los socios en particular, a acreedores de la sociedad, y a cualquier otro agente del Mercado que pudiera verse afectado por la actuación o el funcionamiento de la sociedad, cuánto más cuando nos encontremos ante sociedades cotizadas) frente a un modo de actuar de quienes dirigen el funcionamiento de la sociedad que no satisfaga unos requisitos mínimos. En el primero de los casos, parece buscarse la protección a través de unos mecanismos de dirección y de gestión transparentes, a través de la facilidad de recibir información de quienes tienen un inevitable derecho a la misma. Podría decirse que son recomendaciones cuasi-morales. En el segundo caso (el régimen de responsabilidad), el objetivo perseguido es muy similar, es una materia de protección frente a una actuación ya irresponsable, y/o fraudulenta. En definitiva, dos modos distintos (y complementarios) de solución de un mismo conflicto: uno a priori (a través del cumplimiento de una serie de recomendaciones que persiguen asegurar una transparencia en la gestión, si bien no con carácter obligatorio), y otro a posteriori (la solución a problemas ocasionados por una gestión anormal, en este caso, de carácter imperativo). Por lo tanto, y como había quedado expuesto, pese a parecer en un principio materias claramente diferenciadas –incluso casi paralelas- resultan estar íntimamente relacionadas.

Como se ha dicho, la literatura dedicada a este régimen de responsabilidad de los Consejos de Administración no es tan profusa como parece deseable, pues la mayoría de los textos que hipotéticamente podrían contener menciones al mismo, se centran casi exclusivamente en el desarrollo de los principios de Gobierno Corporativo. Sin embargo, los textos aparecidos en nuestro país no quedan del todo cojos en esta

materia. Así, cabe destacar las menciones que a la responsabilidad de los Consejos encontramos en el Informe *Olivencia* (1998) y, ya antes, en las "*Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*" (1995) y en "*Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*" (1996), publicados ambos por el Círculo de Empresarios y a los que en algún momento anterior del trabajo he hecho ya mención, si bien no entran a fondo en la materia. Ya hemos visto que el régimen de responsabilidad debe (y es una obligación inexcusable y fácilmente comprensible) quedar regulado por normas de derecho positivo, por lo que estos textos no ofrecen más que Consejos de deseable cumplimiento en la amplitud que buenamente alcance a cubrir la capacidad de autorregulación de las sociedades. Si bien, si encontramos en las *"Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración*" el reflejo de una preocupación expresada por el Círculo de Empresarios con respecto a la reforma que, en relación con este aspecto de la responsabilidad, se introdujo en la Ley de Sociedades Anónimas.[189] Demuestra el texto cierta insatisfacción por considerar que las reformas introducidas, lejos de aportar soluciones efectivas, crean situaciones de desigualdad que se reflejan, entre otros ejemplos en el hecho de "*responsabilizar de la misma manera a los consejeros ejecutivos y no ejecutivos*".[190]

Además, el propio texto del Informe *Olivencia* reconoce el carácter meramente "*convencional o negoci*al" de las recomendaciones propuestas, de manera que no contempla en profundidad la materia de la responsabilidad que requeriría inevitablemente el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria.

En definitiva, mientras el plano de las recomendaciones se centra en sugerir –con un carácter vinculante ciertamente débil, o cuando menos optativo- modos de actuación de los administradores sociales encaminados a dotar de transparencia a su actuación, el plano normativo de la responsabilidad de los mismos se encarga de solventar –a través de inevitables sanciones- aquellos supuestos en los que su comportamiento hubiera dado lugar a situaciones indeseables por perjudiciales (derivadas del incumplimiento o del mal cumplimiento de las tareas exigibles a quienes las hubieran llevado a cabo).

La disciplina de la responsabilidad de los administradores viene configurada, fundamentalmente (aunque no de manera exclusiva), por el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (*LSC*) (ex artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas), según la redacción de la Ley 26/2003, de 17 de julio. Abarca este artículo los aspectos referentes a la existencia

189 Concretamente a través de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Modificación de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas.

190 Vid. "Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración" Círculo de Empresarios (1995), Resumen y Conclusiones, punto 3, apartado 6.

de dicha responsabilidad, esto es, cuándo resultan los administradores sustantivamente responsables.

Así, se considerará que los administradores son responsables cuando hubieren provocado un daño y dicho daño viniera vinculado por una relación de causalidad, bien con una acción, bien con una omisión, de aquél, siempre que constara una infracción, ya de la ley, ya de los estatutos, ya del mismo deber de diligencia que resulta exigible en el desempeño de las funciones de los administradores.[191]

El propio artículo 237 *LSC*, por otro lado, delimita en sus distintos apartados las características propias del régimen de responsabilidad que afecta a los administradores sociales. Así, por ejemplo, se articula un mecanismo mediante el cual el régimen solidario de responsabilidad que afecta a los miembros del órgano administrador colegiado podrá ser destruido individualmente por cada uno de los componentes del mismo. Esto es, aunque la responsabilidad tenga carácter solidario, cada uno de los miembros del órgano administrador tendrá la capacidad de activar el correspondiente mecanismo de exoneración de modo individual. De este modo, queda, tras repasar el artículo 237 *LSC*, establecida tanto la responsabilidad existente como los sujetos a los que afecta. Ahora bien, el desarrollo del resto de características propias de la responsabilidad (esto es, la legitimación para reclamarla, los requisitos para hacerlo, los efectos que emanen de ello, etcétera) se llevará a cabo en virtud de lo determinado por los artículos siguientes.[192]

Cabe distinguir, entre los supuestos en que los administradores hubieran ocasionado con su actuación (o en su caso omisión) un perjuicio al patrimonio de la sociedad (que pueda dar lugar, por la naturaleza de la actuación contraria a la ley, a los estatutos o al deber de diligencia, a una responsabilidad exigible) y aquellos casos en que los perjudicados resulten ser, bien los socios, bien los terceros. Así pues, podemos diferenciar entre la acción social de responsabilidad y la acción personal de responsabilidad.

Un caso especial, que no podemos dejar de mencionar, es el relacionado con aquellos supuestos en que los administradores no cumplan con los deberes exigibles en aquellas situaciones en que, por ley, se les impone la obligación de solicitar la declaración de concurso de la sociedad o bien, cuando surja alguna de las causas de disolución de

---

191 "*Y que, a su vez, habrá de ser valorado conforme a los parámetros del "ordenado empresario y del representante legal" con que deben desempeñar el cargo, según el art. 127.*" QUIJANO GONZÁLEZ J., "Responsabilidad de los consejeros", en ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.): El gobierno de las sociedades cotizada", Cit. págs. 537 y ss.

192 Vid. UREBA, ALONSO, A.: "Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 13.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autorregulación del Consejo) del TRLSA, " SA cot" II. págs. 769 y ss.

la misma, caso en que será preceptiva la convocatoria de Junta por parte de los administradores.

Además, conviene no perder de vista otros regímenes de responsabilidad que afectan a los administradores y que sin embargo no pertenecen al orden civil como los hasta el momento enunciados. Si atendemos a lo contemplado en el código penal al respecto de los delitos societarios, [193] encontraremos que pueden reunirse los requisitos necesarios para el surgimiento de una responsabilidad de carácter penal de los administradores. Igualmente, existen sanciones de carácter administrativo que vienen derivadas de la necesidad de satisfacción de un régimen de responsabilidad de este carácter y que guarda relación, por ejemplo, con la infracción de las normas de los negocios sobre las propias acciones. Además de esto, existe un régimen de responsabilidad también en el ámbito tributario, en el que los administradores "*de hecho o de derecho*" serán responsables subsidiarios. No dedicamos mayor profundidad al estudio de este tipo de responsabilidades por no ajustarse enteramente a los límites marcados por nuestro guión, si bien cabe mencionar el crecimiento en importancia que en los últimos años es incesante.

En cualquier caso, es interesante observar la doble función que desempeña el régimen de responsabilidad en el seno de los órganos de administración de las sociedades. En primer lugar, sirve –y esta es, probablemente, su función principal- como mecanismo para lograr que los administradores resarzan el daño causado a la sociedad, a los socios o a terceros, como resultado de un comportamiento contrario al impuesto por las distintas fuentes de responsabilidad (ley, estatutos, Reglamentos de régimen interno en general, etcétera), o cuando menos no ajustado a lo establecido por las mismas. En segundo lugar, cabe tener en cuenta la función que el régimen de responsabilidad despliega como consecuencia del cada vez mayor ámbito de poder que se viene concediendo a los administradores sociales, especialmente en las sociedades anónimas y mucha más aún cuando son cotizadas. Se trata de una función de control sobre los administradores a través de unas exigencias de diligencia y de

---

193 Artículos 290 a 297 del Código Penal.

Al hilo de la responsabilidad subsidiaria de los administradores expuesta anteriormente, conviene recordar a los efectos que interesan aquí y ahora que la Ley podrá declarar responsables de la deuda tributaria junto a los sujetos pasivos o deudores principales, a otras personas, solidaria o subsidiariamente. Y, salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria y alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, con excepción de las sanciones.

fidelidad hacia la sociedad. Y es que, estos deberes de diligencia y fidelidad de los que hablamos de un modo casi puramente teórico quedan plasmados en la práctica en una serie de obligaciones de carácter más específico. En definitiva, esta segunda función desempeñada por el régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios, supone una contribución al buen gobierno de la sociedad a través del establecimiento de cierto control sobre la actuación del órgano administrativo tomando como referencia los deberes de diligencia a los que hacíamos referencia (incluso mediante cierto autocontrol de los propios administradores que, conscientes de la existencia de un régimen de responsabilidad que les afecta, actuarán –o así es de suponer- según los requisitos que la diligencia debida les exija). Parece más que clara, pues, la relación entre el régimen de responsabilidad de los administradores sociales y los principios de buen Gobierno que los textos sobre la materia proponen y donde el nexo de unión parece ser el deber de diligencia y la transparencia.

Según expone la mayor parte de la doctrina[126], el régimen de la responsabilidad civil en general (no sólo en el ámbito de las sociedades de capital) ha visto una evolución desde finales del siglo XIX, que lo ha llevado a pasar de tener un carácter casi puramente sancionador a caracterizarse por su función reparadora. La razón principal: la existencia, y cada vez mayor importancia del seguro de responsabilidad civil. El reflejo en el caso de la responsabilidad de los administradores ha resultado en la conjugación entre la función reparadora ("*que se ve auxiliada con la presencia del seguro*") y una función disciplinaria que, concretada en acciones como el establecimiento de sanciones (penales, civiles) o incluso el cese o la destitución de los administradores, termina por contribuir inevitablemente al verdadero cumplimiento de las recomendaciones de buen Gobierno Corporativo. Conviene aquí tratar de nuevo de ligar el régimen de responsabilidad con los principios de gobierno corporativo, pues parece que podemos alcanzar la conclusión de que pese a seguir caminos paralelos en muchos aspectos, estamos aquí ante una "zona de contacto" entre ambos campos; definitivamente existe relación y no poco importante.

Por otro lado, para analizar los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores sociales, atenderemos primeramente al texto del artículo 226 *LSC*. Así, serán los administradores responsables por actos propios en aquellas circunstancias en las que hubieran causado un perjuicio, bien a la sociedad, bien a los socios, o bien a los acreedores de la sociedad. Pero por supuesto, y como exigen los principios básicos del llamado derecho de daños (que desarrolla en definitiva los regímenes de responsabilidad civil en general), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha terminado por dar una definición más concreta de las exigencias para poder proclamar la exigibilidad de responsabilidad en estos casos. Estableció, por consiguiente que será imprescindible determinar que la actuación hubiera resultado contraria a los deberes de diligencia (y por tanto, cuánto más si contraria a la ley o a los estatutos), así como una

relación de causalidad entre la actuación en cuestión y el resultado perjudicial referido en el artículo 226 *LSC* al que hacíamos mención. Así pues, a grandes rasgos podríamos decir que será civilmente responsable (con las consecuencias que de ello deriven) un administrador cuando como consecuencia de una actuación ilícita o contraria a los deberes de diligencia y fidelidad, hubiere ocasionado un perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros. Parece evidente la insalvable necesidad de que la acción y el perjuicio queden vinculados por un nexo causal que los convierta, respectivamente, en causa (la acción ilícita) y consecuencia (el perjuicio producido)[194].

Para determinar los presupuestos de responsabilidad cabe recordar que nos hallamos ante una responsabilidad de carácter personal que atañe a los titulares del órgano administrador. Igualmente, que al utilizar la terminología "actos de los administradores" estamos haciendo referencia no sólo a las acciones positivamente realizadas por el individuo u órgano en cuestión, sino también a las omisiones, que a estos efectos consideraremos actos igualmente. Así, de hecho, lo refleja la redacción del precepto del artículo 133.1 tras la modificación llevada a cabo a través de la Ley 23/2003, y donde se habla de responsabilidad por actos "*u omisiones*".

Tengamos en cuenta que, al haber considerado que la responsabilidad es de carácter personal, de encontrarnos en una situación en que la responsabilidad sea aparentemente exigible a un órgano colegiado (por ejemplo, si se tratara de Consejos de Administración o de Comisiones ejecutivas), serán los consejeros individualmente quienes deban responder, y no el órgano en sí. Como se dijo, en caso de darse una pluralidad de administradores o un órgano colegiado, la responsabilidad que recaiga sobre los mismos tendrá carácter solidario, sin perjuicio de los mecanismos de exoneración que en el propio texto de la ley se reconocen y que podrán ser activados individualmente.

Con respecto al ejercicio de las acciones social e individual, encontramos que entra en juego el concepto de daño, considerado como

---

194 Cfr. Artículo 225 LSC. Deber general de diligencia. *1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*

Cfr. Artículo 227. *Deber de lealtad. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.*

imprescindible para la exigibilidad de la responsabilidad. De no surgir un daño, no podrá exigirse responsabilidad, por lo que, además de constatar el perjuicio en cuestión, habrá que atender a quién es el sujeto dañado: la sociedad, los socios o los terceros perjudicados. En virtud de cuál sea el resultado de este análisis nos encontraremos, bien ante la posibilidad de ejercitar una acción social de responsabilidad o bien ante la opción de que lo que se ponga en ejercicio sea una acción individual. En todo caso, atendiendo a si el daño es directo o indirecto. Así, si el daño que sufren los accionistas y terceros es indirecto porque resultare la propia sociedad directamente perjudicada, será ésta quien esté facultada para ejercer la acción social de responsabilidad. Del mismo modo, si quienes resultan directamente dañados fueren los socios o los terceros, desaparece la posibilidad de que se ejercite la acción social. Únicamente cabrá el surgimiento de ambas acciones al tiempo cuando se produjere por un lado un perjuicio directo a la sociedad (pudiendo ser la misma acción perjudicial indirectamente para los socios o terceros), y por otro un daño directo a quienes quedan legitimados para el ejercicio de la acción individual.[195]

Es de importancia discernir en qué casos nos encontramos ante daños que puedan dar lugar a responsabilidad de los administradores y en cuáles no ocurra tal cosa. Para ello, debemos tener claro el concepto de los denominados "riesgos de empresa". Constituyen éstos un grupo de riesgos que inevitablemente deberá soportar la sociedad y que en caso de que se materialicen en un perjuicio, por ejemplo patrimonial (ya

195 CAMPUZANO, A.: "La acción social de responsabilidad (artículos 238 a 240 de la ley de sociedades de capital", en MARTINEZ-ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A. (dir) "Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores. Páginas: 765 y ss. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

LARA, R: "La acción social de Responsabilidad: Ejercicio por la sociedad", en ROJO, A., BELTRÁN, E., CAMPUZANO, A.: "La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles". Tirant Lo Blanch, págs. 95-103, 2011