



FORELAB
FORO ESPAÑOL DE LABORALISTAS

LA LEY DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL

12ª Edición Premio Jóvenes Laboralistas (2023)

Foro Español de Laboralistas (FORELAB)

RESUMEN. La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, crea un precedente en cuanto a la evolución normativa de una figura ampliamente estudiada, como lo es la garantía de indemnidad en el contexto doctrinal español. Si bien, el objetivo de la norma lleva aparejado un conjunto de herramientas de desarrollo procedimental cuya incidencia en la esfera de derecho laboral resulta relevante. Desde esta perspectiva, el presente proyecto tratará de analizar varios de los puntos controvertidos sobre los que se asienta la norma y, con ello, estudiar como estos puntos entran en conflicto con la normativa existente en materia laboral.

PALABRAS CLAVE. *Represalias, trabajador, informante, denuncia anónima, canal de información, Autoridad Independiente, Responsable del Sistema, Representantes de los Trabajadores, Delegados de prevención.*

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** La “necesaria” existencia de sistema de protección frente a represalias. **3.** Los canales de información: implicación en las relaciones laborales; **a)** El Sistema Interno de Información, **b)** Canal externo de información. **4.** La representación legal de los trabajadores y el Responsable del Sistema: La excepción del deber de sigilo desde ambas perspectivas. **5.** La protección del informante: incongruencias en su configuración.

1. Introducción.

Hasta la actualidad, la protección frente a represalias ha encontrado un desarrollo paralelo entre la regulación normativa y a la producción jurisprudencial. Si bien, este paralelismo ha pecado de una cierta evolución asimétrica dada la numerosa jurisprudencia entorno al concepto de la garantía de indemnidad como paradigma de la protección del trabajador ante represalias por el ejercicio de determinados derechos *-como lo es la tutela judicial efectiva-* frente al déficit normativo en relación a esta figura.

La ley 2/2023 de protección del informante, entendida como legislación expresamente encaminada a prevenir tales represalias, pretende asentar un precedente en el marco de las relaciones laborales, instaurando un sistema encaminado a formalizar, desde una visión central, lo que las Comunidades Autónomas ya venían desarrollando años atrás con las respectivas oficinas antifraude.

Con todo, esta norma da un paso más en dicha protección y, en consonancia con las exigencias de la Directiva 2019/1937, extiende su espectro proteccionista a la práctica totalidad de las ramas del derecho, incluido el derecho laboral. Si bien, siguiendo el *modus operandi* de la legislación nacional, la intención del legislador no suele llevar aparejada una correcta congruencia en el modo de cristalizar dicha intención.

2. La “necesaria” existencia de sistema de protección frente a represalias.

Creo conveniente iniciar este proyecto manifestado que la elección del tema que se procede a analizar ha tenido una elevada complejidad si tenemos en cuenta la enorme afluencia de variaciones y novedades normativas que se ha ido produciendo a lo largo de este año.

No obstante, sin perjuicio de dicha complejidad, con un primer análisis superficial de la norma, todo aquel que es medianamente conocedor del derecho laboral es capaz de esbozar un conjunto de ideas o aspectos iniciales sobre la misma que, en ciertos momentos de su lectura, desplazan levemente el análisis de la finalidad la ley para centrarnos en ciertos aspectos procedimentales que, o bien uno no llega a entender en cuanto a su contenido, o más bien no alcanza a comprender la forma con la que el legislador pretende plasmar sus ideas sobre el papel para dar coherencia a ese mismo contenido.

En esta línea, es ese conocimiento medio del derecho laboral, junto con dicho análisis superfluo de la norma, el que hace surgir una primera motivación por la que escoger esta Ley como tema de estudio. Dicha motivación parte de la idea de la protección frente a represalias, tantas veces analizada en el panorama académico español de las relaciones laborales. Es decir, la mera intención del legislador de intentar articular de forma unificada un conjunto de herramientas con la finalidad última de proteger al trabajador frente a represalias, o incluso a terceras personas vinculadas con ese mismo trabajador y con la empresa, en el marco de una relación laboral o profesional ya, per se, genera una primera necesidad de estudiar qué mecanismos pretende crear el legislador a la hora de confeccionar una norma sobre un tema de tanta complejidad, puesto que tan importante, o incluso más, es la intención como la calidad de la técnica legislativa con la que se pretenda plasmar dicha intención¹, dado que lo contrario implicaría, entre otras cosas, una mala redacción y una deficiente plasmación de dichas ideas, generando el caldo de cultivo perfecto para la existencia de inseguridad jurídica subyacente.

A fin de cuentas, este proyecto parte de dicha necesidad, es decir, ofrecer un análisis crítico sobre varios puntos de la Ley de Protección del Informante desde el punto de vista del derecho y las relaciones laborales.

Si bien, bajo mi punto de vista, el objetivo último de la norma y la finalidad de este proyecto se hallan intrínsecamente entrelazados pues, sin analizar cuál es el objeto de la norma y su razón de ser no es posible analizar coherentemente cuales son los mecanismos que el legislador crea y las lagunas jurídicas que producen, y viceversa.

Por todo ello, el primer planteamiento al que debemos hacer frente a la hora de analizar cuál es el sentido de la Ley 2/2023 de protección del informante es si el legislador pretendía confeccionar una herramienta eficaz en relación a dicha protección o si, en cambio, pretendía cumplir con su obligación de transponer una Directiva europea siendo responsabilidad de la jurisprudencia y de las futuras regulaciones reglamentarias la de cumplir con dicha eficacia proteccionista.

¹ SÁNZ PÉREZ, ÁNGEL L., “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, ISSN 1575-5312, N.º. 26, 2012, págs. 11-38

En este sentido, el preámbulo de la norma determina como principal finalidad de esta ley la de *proteger* a los ciudadanos que informen sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico *en el marco de una relación laboral y/o profesional*, y es en este mismo punto donde la relación de la norma con el derecho del trabajo queda fijada desde un inicio.

Con todo, la premisa bajo la que se crea el objetivo de la norma es totalmente loable y, bajo mi punto de vista, necesario, puesto que la protección frente a represalias presenta un cierto déficit normativo que, a fin de cuentas, puede tener su explicación en el simple hecho de que tal protección en su vertiente de garantía de indemnidad traiga causa de un *derecho matriz* como es el de la tutela judicial efectiva², siendo su construcción principalmente jurisprudencial, lo cual llevaría consigo una desprotección normativa evidente.

Es en esta línea que, partiendo de la literalidad de la norma, la necesidad de integrar la misma en el ordenamiento español *-más allá de su obligada transposición-* responde a un término concreto, esto es, el interés público, pues es bajo esta premisa sobre la cual se erige el sentido de su existencia, dado que el preámbulo hace énfasis en la necesidad de fortalecer una cultura de la información que permita prevenir y detectar amenazas al interés público³.

En cierta medida, quizás la norma podría ser interpretada desde un punto de vista más flexible si su finalidad fuera, tal y como se ha indicado previamente, transponer la directiva y procurar su específica regulación con posterioridad, es decir, promulgar una declaración de intenciones sin más trasfondo. No obstante, resulta evidente que su intención final ha sido crear un verdadero mecanismo de información y protección. El caso es que, tan loable es su intención como notorias las lagunas jurídicas que presenta puesto que de la misma forma que el preámbulo hace alusión a una finalidad concreta

² FOLGOSO OLMO, ANTONIO, “*La garantía de indemnidad*”, *Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pág. 141.

³ ‘SERVICIO DE ESTUDIOS UGT, “*La protección de las personas denunciantes, en la Ley 2/2023 Principales aspectos laborales*”, Apuntes UGT, Revista jurídica digital, nº 56, 2023, Disponible en: <https://servicioestudiosugt.com/la-proteccion-de-las-personas-denunciantes-en-la-ley-2-2023/>

ligada la protección frente a represalias, su articulado deja a su vez cierto espacio a la interpretación, entre otras cuestiones, sobre qué conductas van a ser protegidas o cómo se coordina su funcionamiento, dado su carácter prevalente, con el resto de las normas, preferentemente laborales.

Por consiguiente, a la pregunta de si esta ley es necesaria, la respuesta debe ser afirmativa pues dotar a los trabajadores de sistemas específicos de protección siempre debe ser bienvenido. No obstante, cuando el legislador pretende regular derechos de los trabajadores no es tan importante el qué sino del cómo se lleva a cabo tal protección, pues solo así se consigue que el engranaje funcione a la perfección, dotando de equilibrio a la interacción entre los diversos protagonistas de las relaciones laborales y, en cierta medida, este proyecto centra su análisis en el *cómo* y su afectación directa al *qué*.

2. El ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la norma: Casuística al respecto.

En línea con lo indicado en el primer punto, es cierto que desde un primer momento he pretendido hacer hincapié en la importancia de analizar los sistemas de protección creados por la norma para estudiar su eficacia en la finalidad última de la ley. No obstante, para poder entender por qué o cómo se crean esos sistemas y si realmente pueden ser efectivos, primer es necesario hacer una vista previa a todo aquello que el legislador ha querido abarcar en esta norma y, por ende, todo aquello que ha excluido de su ámbito de control. Es en esta última indicación, es decir, en las materias y los sujetos que deja fuera de sus ámbitos objetivo y subjetivo, donde en cierta medida la norma genera cierta inquietud.

Dicha inquietud no nace de una reflexión propia generada de la nada sino más bien de como la propia Directiva ha pretendido configurar el alcance proteccionista que cada legislador nacional pueda otorgar a las materias propias del derecho laboral, pues al fin y al cabo, este proyecto trata de analizar la norma desde una perspectiva eminentemente laboral. En este sentido, si observamos la Directiva con profundidad de análisis podemos contemplar como la misma en su Considerando 21, desde un primer momento, hace una mención ciertamente escueta a la protección de las infracciones en materia laboral al indicar que *“la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral”*. A su vez, la misma Directiva hace alusión en su art. 27 a la ulterior

elaboración de un informe que analice el impacto aplicativo de la misma en los distintos países europeos con vistas a ampliar el ámbito de aplicación a otros actos o ámbitos de la Unión, “*en particular la mejora del entorno laboral para proteger la salud, la seguridad y las condiciones de trabajo de los trabajadores*”. No obstante, no es de extrañar que la Directiva presente en sí misma ciertas carencias que, en última instancia pueden verse reflejadas en la Ley 2/2023, si tenemos en cuenta que la propia norma europea es consciente de sus propias limitaciones y así lo hace constar en su Considerando 5 al expresar que *los Estados miembros podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional*.

Junto a esta cuestión, tampoco el legislador europeo cree necesario reflejar en su articulado consideración alguna al derecho laboral, y claro reflejo de ello son las materias recogidas dentro de su ámbito objetivo de aplicación, pues su art. 2.1 no hace mención a infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral lo cual pone de manifiesto que las infracciones del orden laboral no suponen una de las materias sectoriales sobre la que dicha norma pretendía enfocar su actuación⁴.

En cierto sentido, se entiende que el Parlamento Europeo no considere necesario incluir la normativa laboral en el artículo 2.1 de la Directiva 2019/1937, ya que existen varias Directivas que abordan la protección de la garantía de indemnidad en el ámbito laboral. Sin embargo, a pesar de que esta Directiva no se enfoque principalmente en el ámbito laboral, su objetivo es proteger a los trabajadores que denuncian infracciones relacionadas con la seguridad y salud laboral o infracciones graves en materia de Seguridad Social. Por lo tanto, considero que es un error no incluir específicamente las infracciones laborales.

Desde mi punto de vista, la normativa europea no proporciona una perspectiva unidireccional sobre la cual el legislador nacional pueda basar la creación de su propia normativa laboral específica. Por lo tanto, al analizar la Ley 2/2023, se concluye que la mención explícita en su articulado a la protección frente a infracciones laborales es una

⁴ SÁEZ HIDALGO, IGNACIO, “*El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?*” Diario LA LEY, Nº 10274, Sección Tribuna, 25 de abril de 2023, LA LEY.

decisión unilateral del legislador español, lo que puede explicar ciertas deficiencias en la norma.

Desde una perspectiva objetiva, la norma ya genera una primera dificultad puesto que, en cierta medida, el mero hecho de que su art. 2.3 remita a la “*normativa específica*” sin perjuicio de la protección provista por la ley ya trae consigo la obligación del lector de interpretar bajo su propio criterio qué tipo de infracciones legalmente previstas van a estar protegidas por la norma y cuales no, puesto que, una cosa es que la norma recoja expresamente en su art. 36 qué tipo de conductas se consideran represalia y otra muy distinta es recoger expresamente el tipo de infracciones laborales cuya información pueda dar lugar a la protección contra dicha represalia. Ambos aspectos son muy distintos y, a pesar de estar entrelazados, este último, insisto, no queda detallado en ningún momento.

Si bien, estas carencias o lagunas jurídicas del ámbito objetivo de la norma encuentran un hilo conductor hacia su ámbito subjetivo de aplicación. En este sentido, a pesar de no hallarse encuadrado en el ámbito personal de aplicación, la norma hace mención expresa en el apartado cuarto del art. 2 a una exclusión tajante de las informaciones que, o bien formen parte del ámbito conceptual de la información clasificada, o bien se hallen en el campo del secreto profesional de ciertos profesionales. Incidiendo en esta segunda exclusión, esto es, la de la información clasificada como secreto profesional, donde destaca, a mí parecer, la profesión de abogado.

En este sentido, la ley incide en esa ausencia de especificidad o delimitación de su ámbito de protección toda vez que, a la hora de delimitar cual debe ser la naturaleza contextual de dicha relación abogado-cliente a efectos de extender su protección el legislador no tiene en cuenta la disparidad de vínculos contractuales que una empresa puede sustentar con un abogado pues, a pesar de que la idea generalizada del concepto de abogado sea el de un sujeto externo a la estructura operativa de la empresa para la que presta sus servicios de asesoramiento y defensa jurídica, lo cierto es que el denominado “*abogado de empresa*” también tiene notoria presencia en la abogacía. Partiendo de esta premisa, es de imperativo cumplimiento plantearse la duda acerca de si los abogados de empresa en el marco de una relación laboral por cuenta ajena van a poder disfrutar de dicha exención, toda vez que es el propio TJUE el que viene a determinar que la confidencialidad en esta relación laboral en su vertiente de derecho propio está sujeta a dos requisitos

acumulativos, esto es, por un lado, a que la información se encuentre vinculada al ejercicio de los derechos de defensa en sí y, por otro lado, que dicha defensa jurídica sea prestada por abogados independientes⁵, entendiendo la independencia desde la ajenidad en términos laborales y no deontológicos. A fin de cuentas, resulta evidente ese hilo conductor que he mencionado previamente en la medida que la exclusión de la información incluida en el secreto profesional implica una exclusión por partida doble, esto es, al abogado como sujeto relacionado con la empresa y a la información que en dicha relación pueda generarse.

Más allá de lo anterior, la opacidad del ámbito objetivo de Ley encuentra su antagonismo en la heterogeneidad de los sujetos protegidos por la misma. Es claramente apreciable la voluntad de la norma de extender su rango protector a una diversidad de personas, físicas o jurídicas, relacionadas de un modo u otro con la empresa en cuestión.

En este sentido, la voluntad de dar alcance de su protección a una extensa variedad de sujetos es positivo en su justa medida. Si bien, esta característica positiva encuentra como contrapartida negativa el aumento de probabilidades de hallar fallas, defectos o lagunas jurídicas en su funcionamiento, más aún si desde un primer momento la propia norma no refleja con clarividencia requerida qué tipo de infracciones de derecho del trabajo en el marco de una relación laboral son las que pueden convertir a estos sujetos en potenciales informantes.

De esta forma la protección subjetiva tiene su punto de partida en los trabajadores por cuenta ajena *-también en los empleados públicos-*. Si bien, el art. 35.2 de la norma excluye taxativamente las informaciones relativas a conflictos de carácter interpersonal. En esta línea, la exclusión en sí misma de conflictos interpersonales como contexto generador de infracciones no genera dudas interpretativas en cuanto a la figura del informante dado que el carácter colectivo de las infracciones que se informen no constituye obstáculo al hecho de que sea un solo sujeto el que informe de dichas infracciones.

⁵ SUDEROW, JULIA, “Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Novel y otros de 14 de septiembre de 2010: Límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 316-325.

De hecho, la norma ya prevé en el apartado 2.4, b), esta posibilidad que acabamos de contemplar, es decir, al supuesto de que sea, a modo de ejemplo, un solo trabajador el que informe de infracciones colectivas en materia de derecho laboral en el sentido de extender la protección del informante a sus compañeros de trabajo pudiendo, por ende, ser un solo trabajador el que informe mientras que su protección se extienda al resto de trabajadores. No obstante, es esta misma vinculación, pero en relación con los familiares del informante, la que en cierto modo pueda llegar a causar un mayor número de problemas aplicativos en la medida en que la propia Ley pueda ser utilizada como una herramienta de presión a la empresa en determinados conflictos en el seno de esta o en el marco de un proceso de negociación colectiva.

En este sentido, paradójicamente, podría darse como escenario factible aquél en el que un familiar de un empleado que forme parte de la plantilla de una empresa pueda informar públicamente a la prensa *-pues así lo indica la ley-* sobre la que, bajo su punto de vista, pueda ser una conducta subsumible en las infracciones cuya información daría lugar a la protección frente a represalias. Esta posibilidad, por muy inverosímil que pueda parecer, es una posibilidad real *-y en gran medida conflictiva-* que la propia norma permite expresamente pues su art. 27.2 refleja una salvedad a la necesidad de comunicar previamente las infracciones por los canales internos y/o externos al determinar que *“las condiciones para acogerse a protección previstas en el apartado anterior no serán exigibles cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo”*.

De este modo, resulta evidente que ciertas carencias que quedan latentes en los primeros preceptos de la norma cuyo contenido es principalmente material encuentran puntos de conexión con aspectos regulados en preceptos posteriores de contenido eminentemente procedimental lo cual ahonda aún más en la posible existencia de inseguridades jurídicas que la ley desprende.

En todo caso, en línea con lo apuntado anteriormente, el espectro de sujetos que recoge la norma bajo su protección es amplio y entre ellos también se hallan los autónomos, así como aquellos que se encuentren vinculados a la titularidad o poder de decisión de la

empresa, ya sea por la posesión de acciones participaciones o por su condición de órgano de administración.

Por lo que respecta a los autónomos, el sentido práctico de la norma no puede desmerecerse como sistema eficaz a efectos de proteger a este colectivo toda vez que, en cierta medida, su inclusión como sujetos merecedores de protección es un acierto si tenemos en cuenta los precedentes de estos últimos años en las relaciones de autónomos y empresas. Sea como fuere, lo cierto es que el ámbito objetivo de aplicación de la norma alude a las infracciones administrativas graves o muy graves que supongan un quebranto económico para la Seguridad Social y no es sino un claro ejemplo de quebranto económico la figura del *falso autónomo*⁶. Por lo tanto, no encuentro fallas en el uso de esta ley como sistema de denuncia y ulterior protección en lo que respecta a los autónomos si dichos procedimientos se circunscriben a supuestos de carácter colectivo o grupal, sin perjuicio de que fuera un solo *falso autónomo* en particular el que iniciase el procedimiento establecido.

Si bien, con el mismo criterio objetivo, pero desde la perspectiva de aquellos sujetos que se hallen vinculados a la empresa por participación de capital en la misma, un análisis exhaustivo de las diversas vicisitudes que pueden darse en el contexto de una relación de estas características da lugar a una multiplicidad de posibilidades. De entre dichas posibilidades, surge una cuanto menos curiosa por lo paradójico de su sentido.

Dicha posibilidad tiene su eje central en los grupos de sociedades. Es bien sabido que los grupos de sociedades existen en la medida que exista una sociedad en concreto que se considere dominante en cumplimiento de los requisitos conceptuales que figuran en el art. 42 del Código de Comercio. Si bien, también es público y notorio que la unión de empresas o sociedades no se circunscribe únicamente al ámbito mercantil, pues el concepto de grupos de empresa a efectos laborales no es término ajeno a todo aquel que disponga de una mínima experiencia en el ámbito del procedimiento laboral.

⁶ En este sentido, la Unión de Asociaciones de Trabajadores, Autónomos y Emprendedores cifra el perjuicio económico en 592 millones de euros dejados de ingresar en la Seguridad Social en 2018.

Sin ánimo de entrar en detalle en relación esta figura ni a la posibilidad de que exista un sistema interno de información general para todo el grupo de empresas ex art. 11 al cual me referiré más adelante, la pregunta que se plantea es si, en cierta medida, es posible que la propia finalidad que la norma trata de alcanzar mediante un sistema de protección puede volverse en contra del propio informante en un contexto en el que sea una sociedad de un mismo grupo la que trate de informar de una conducta determinada en el seno del mismo.

Lo cierto es que, la existencia del grupo de empresas en el ámbito laboral se constituye como una realidad de construcción principalmente jurisprudencial y doctrinal, dada la escasa regulación normativa de la que parte esta figura⁷. Si bien, a priori, la respuesta debería ser sencilla pues la propia norma prevé en su art. 40 una suerte de política de clemencia en torno al infractor informante. No obstante, esta posibilidad, que parece obvia, no lo es tanto, puesto que no podemos olvidar el hecho de que, si bien es cierto que la ley recoge esta posibilidad expresa, es el propio Tribunal Supremo el que se ha encargado de configurar esta realidad fáctica a efectos de extender responsabilidades laborales entre varias empresas. Por ende, si efectuamos un juicio comparativo entre esta norma y la producción jurisprudencial del Alto Tribunal, no es del todo claro desde un primer momento que el mero hecho de existir una posible graduación de sanciones pueda suponer *ab initio* una sujeción incondicional a dicha ventaja normativa. Si llegare a darse el caso, tendrá que ser la vía jurisdiccional, por vía de recurso, la que dirima sobre su aplicación.

Quizás también es interpretable la relación que la representación legal de los trabajadores pueda tener con la propia dirección de la empresa a efectos de poder analizar la ley y su funcionamiento desde un punto de vista crítico. Lo cierto es que, desde la exclusiva óptica de la representación legal de los trabajadores, también es posible apreciar una cierta variedad de vicisitudes que pueden darse en dicha relación, tanto desde el punto de vista de su participación en el sistema de información interno propiamente dicho como desde

⁷ CHUECA CREMADES, ORIOL “El problemático tratamiento normativo y jurisprudencial del grupo de empresas en el derecho del trabajo español”, *Universidad Ramon Llul, Identificación y fundamentos jurídicos de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España*, 2020, pags 149-150.

la perspectiva de sus deberes con los trabajadores y con la propia empresa. Sea como fuere, el hecho de que la norma recoja dentro de su ámbito de protección a los representantes de los trabajadores no es de extrañar dado su importante papel en las relaciones laborales, si bien, para no hacer más extenso este punto en concreto, me referiré al papel de los representantes en un momento posterior.

3. Los canales de información: implicación en las relaciones laborales.

Desde los primeros párrafos de este proyecto se ha hecho hincapié en la importancia de analizar cómo el aspecto procedimental de la norma influye en el contenido de la misma y en la posible existencia de lagunas jurídicas en torno a todo aquello que no acaba de regular de forma específica.

Desde un punto de vista analítico parece evidente que los canales de información establecidos en la norma son el eje central de la misma pues al fin y al cabo el éxito o la eficacia de esta depende exclusivamente de que dichos canales funcionen correctamente. Es en base a este último planteamiento donde evidentemente surgen las primeras dudas respecto de la norma puesto que ya desde un primer momento se ha hecho alusión a la existencia de carencias regulatorias que dejan escapar ciertos aspectos que son de especial relevancia

Lo cierto es que la norma está pensada para corregirse a sí misma ya que al dotar de existencia a los sistemas de transmisión de información, que operan de forma complementaria y con preferencia aplicativa, que no excluyente⁸ pero jerárquicamente subordinados el uno al otro, parece pretender instaurar un régimen de equilibrios que aseguren el efectivo cumplimiento de esta. Si bien, tal y como pasaremos a detallar a continuación, la Ley deja sin contemplar ciertos escenarios potencialmente conflictivos en torno a su engranaje procedimental.

⁸ Página Web del Centro de Estudios Financieros, disponible en <https://www.laboral-social.com/obligacion-empresas-implantacion-sistema-interno-denuncias-ley-2-2023.html>

3.1. El Sistema Interno de Información.

La idea o concepto de sistema que se desprende de la norma presenta una cierta simetría o coherencia con el aspecto material de la ley, es decir, del ámbito de aplicación de la misma en sus dos vertientes. Dicha coherencia se basa en la amplitud del engranaje en sí mismo creado por la ley para intentar articular un sistema eficaz en la consecución de su objetivo.

Esta amplitud resulta patente desde el momento en el que el SII permite prácticamente todos los formatos de comunicación de información posibles, así como una variedad de sujetos que van a intervenir en su funcionamiento y unos plazos determinados de duración del procedimiento en cuestión. Quizás sea esta amplitud la que en cierta medida venga acompañada de una consecuencia negativa que se viene arrastrando desde los primeros articulados de la norma y que he tratado de evidenciar desde los primeros párrafos de este proyecto.

Lo cierto es que desde un primer momento es posible encontrar, no tanto contradicciones sino aspectos cuya explicación o regulación resultan insuficientes si no se desea dejar espacios a la interpretación.

En este sentido, a pesar de que posteriormente haremos referencia expresa a la representación legal de los trabajadores, es posible detectar que el papel de dichos representantes carece de significación en la norma. Esto, en cierta medida, resulta un tanto sorprendente si tenemos en cuenta cuál puede ser el papel de la representación legal de los trabajadores a la hora no solo de permitir el funcionamiento del sistema en su conjunto sino de accionar los engranajes del mismo que es la propia norma la que tanto en su propio artículo 3 *-al incluir dentro de su ámbito de protección a los RLT-* como en su art. 5.2 *-al obligar al propio sistema que ella misma crea a proteger a todos los sujetos del art. 3, entre los que se encuentra los RLT-* la que está dirigiendo la norma hacia la representación legal de los trabajadores.

A raíz de lo dicho, resulta un tanto sorprendente el hecho de que la propia norma dirija sus efectos a los representantes legales de los trabajadores *-como no puede ser de otra forma-* y a su vez solo les atribuya la potestad de ser consultados por el órgano de

administración responsable. No obstante, como ya he dicho los representantes legales de los trabajadores tendrán una mención expresa en este proyecto, más allá de que se quiera dejar constancia de este hecho en este punto en concreto.

Ahora bien, es evidente que el mismo protagonismo del que la norma priva a los RLT, es el protagonismo que concede a la dirección de la empresa pues, en virtud del art. 5.1, la propia implementación del SII es responsabilidad única del órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley. En este sentido, dicha designación de responsabilidades puede resultar coherente, y de hecho lo es, si entendemos la figura del órgano de administración *en términos omnicomprendivos* como un órgano colegiado cuyas decisiones se adoptan por mayoría.

Esta comprensión unidireccional del sistema de toma de decisiones en las entidades hace que la propia norma deje de reflejar ciertas formas de organizar los órganos de administración de las empresas y cuyas vicisitudes o complejidades procedimentales podrían llegar a dificultar una correcta implantación del sistema, lo cual supondría una evidencia en el error de otorgar la facultad única y exclusiva de implementar un sistema de estas características al órgano de administración sin tener en cuenta el conjunto de posibilidades que giran en torno a esta figura.

Pongámonos en la situación de que el órgano de administración se encuentra configurado como un órgano mancomunado. Desde el punto de vista de la norma, dicho órgano de administración no tendría otra posibilidad que implantar en todo caso el sistema, siendo la toma de decisiones una cierta dificultad. En ese caso, partiendo de la base de que la administración mancomunada de una entidad supone la necesaria voluntad de consenso de todos los administradores mancomunados, dicho proceso de toma de decisiones puede traer consigo bloqueos indeseados en la gestión del canal interno derivados de una excesiva rigidez en la adopción de acuerdos⁹, a lo cual podríamos añadir la pregunta relativa a quién sería el responsable de implantar dicho sistema pues, en la administración

⁹ GONZÁLEZ-MENESES, MANUEL, “Administración mancomunada y revocación de poderes”, *Revista El Notario*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, N° 61, 2015.

mancomunada, el poder de gestión no permite modulación alguna y le corresponde a todos los administradores a la vez¹⁰.

En resumen, se destaca la importancia de abordar adecuadamente el primer punto del Sistema Interno de Información (SII), ya que cualquier perjuicio o dificultad no prevista puede tener consecuencias significativas. Es crucial reconocer que la responsabilidad de implementar el SII recae en el órgano de administración, lo cual plantea la necesidad de considerar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones, no solo como apoyo, sino también como generadores de ideas para la implementación del sistema. Además, en el contexto de los grupos de empresas, la posibilidad de centralizar la responsabilidad de implementar un SII general para todas las sociedades del grupo en la sociedad dominante puede generar complicaciones adicionales. Las decisiones de la administración mancomunada pueden generar múltiples fallas en el sistema, ya que bloqueos y desacuerdos en dicha administración pueden afectar a todas las empresas del grupo.

Desde una óptica de pensamiento basada en una praxis mínimamente lógica, cuando se ha expuesto esta posibilidad vinculada a la administración mancomunada, la primera solución que se le puede pasar por la mente a cualquiera es que, lógicamente, sean las propias sociedades del grupo individualmente consideradas las que en su seno cuenten obligatoriamente con un sistema interno de información propio. Si bien parece ser que esta lógica en la que yo baso la solución no es la lógica del propio legislador pues en el art. 11 no recoge dicha obligación en ningún momento y únicamente se limita a establecer que el SII de la empresa dominante resulta obligatorio *sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad, subgrupo o conjunto de sociedades integrantes que, en su caso, pueda establecer el respectivo sistema de gobierno corporativo o de gobernanza del grupo*. Esto implica, en última instancia, que en el supuesto de los SII establecidos de forma unitaria para todo el grupo de empresas el propio funcionamiento de este va a estar

¹⁰ JIMENEZ HAIDUKA, LARA, “A vueltas con la disociación entre el poder de representación y el poder de gestión del órgano de administración mancomunado”, *Revista Lex Mercatoria*, ISSN-e 2445-0936, N.º. 13, 2019, págs. 21-26

supeditado a lo que buenamente pueda hacer el órgano de administración de la sociedad dominante en aras de implementar el SII de una forma adecuada.

Con todo, suponiendo que no existen dificultades iniciales en la implantación del SII, ello no es óbice para poder hallar otros aspectos que generan una cierta inquietud en cuanto a su puesta en práctica, pues es la propia norma la que determina que no solo debe funcionar el Sistema en sí mismo, sino que, a mayor abundancia, su régimen *debe estar integrado* por el resto de los sistemas de comunicación que ya se hallen funcionando en la empresa. Si bien, nada dice la ley de qué considera por sistema de información más allá del propio sistema que la propia Ley crea, ni cómo deben integrarse los distintos sistemas preexistentes y la idiosincrasia de la que parten y como en contraposición con las exigencias de la Ley 2/2023.

En este sentido, lo cierto es que, más allá de consistir en un aspecto meramente superfluo en torno al funcionamiento de la norma, la preceptiva adaptación que las empresas deban llevar a cabo en cuanto a los sistemas internos de información preexistentes abre una variedad de posibilidades y puntos controvertidos que pueden poseer enorme relevancia. De entre dichos puntos creo conveniente traer a colación la aceptación del anonimato como formato de comunicación por parte del informante.

De hecho, del mismo modo que la inclusión de infracciones del derecho laboral se constituye como una decisión unilateral del legislador nacional, lo mismo sucede con la posibilidad de aceptar denuncias anónimas¹¹, si bien, el hecho de incluir esta variable debería traer consigo un mínimo esfuerzo legislativo en prever como puede conjugar esta posibilidad con la integración de otros sistemas, cosa que no ha sucedido.

De esta forma, la adaptación exige que cualquier método o canal de información que se integre prevea la posibilidad de remitir informaciones por parte de los trabajadores de

¹¹ Así lo determina art. 6 de la Directiva al indicar que *”la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones”*.

forma anónima cosa que no puede darse, por ejemplo, en los modelos de organización y gestión de prevención de delitos donde el art. 31 bis 5, 4º del Código Penal impone como condición *sine qua non* la obligación de informar.

Si bien, aceptar el anonimato como fórmula transmisión de información es, quizás, una forma adecuada de alentar dicha acción. No obstante, una cosa es la intención y otra cosa es la forma de poner en práctica dicha intención pues es totalmente factible que existan canales de información que deben integrarse por obligación de la norma y que, o bien no reflejen con claridad sí aceptan o no denuncias anónimas, o bien ya existan precedentes en los que se prohíba el anonimato¹².

Bajo estas premisas, es plausible que surjan opiniones divergentes respecto a la perspectiva que intento exponer, las cuales podrían argumentar que ciertas conductas que prohíben el anonimato en la denuncia ya cuentan con un sistema o canal propio, y eso podría ser cierto. No obstante, lo que sí constituye una realidad objetiva es que, en la actualidad, solo podemos realizar valoraciones hipotéticas sobre qué canales deberían integrarse en el Sistema de Información Integrado (SII), sin poder llegar a una conclusión unánime, dado que incluso la propia normativa carece de una comprensión precisa de las infracciones específicas en el ámbito del derecho laboral que se están protegiendo.

3.2. El canal externo de información.

En resumen, la norma contempla un segundo canal externo que complementa y es subsidiario al canal interno. La existencia de estos dos canales demuestra una interrelación entre ellos. Sin embargo, tanto el canal interno como el externo presentan aspectos que requieren un análisis individualizado. El sistema externo se caracteriza por proteger al informante, garantizando la confidencialidad de su identidad y permitiendo diversas formas de transmitir información. No obstante, la falta de precisión en la regulación de aspectos importantes en este sistema ha dejado en evidencia

¹² En este sentido, el Manual de Referencia del Protocolo para la Prevención y Actuación frente al acoso sexual en el ámbito laboral publicado por el propio Instituto de la Mujer en 2021 con la colaboración de Gemma Fabregat Monfort, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia, detalla literalmente que “Las denuncias serán secretas, pero no podrán ser anónimas”.

contradicciones o vacíos legales. Por lo tanto, es relevante destacar algunas inconsistencias o lagunas en los parámetros del canal externo sin entrar en un análisis exhaustivo del mismo.

Desde el punto de vista del canal externo, la principal incertidumbre se encuentra en la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.). Aunque la identidad de esta autoridad no genera incertidumbre, es preocupante que el legislador nacional haya creado esta figura sin establecer un estatuto jurídico que la defina claramente (art. 44.2). Esto contribuye a la falta de certeza en torno a las funciones y responsabilidades de la A.A.I. en el sistema de protección al informante y, principalmente, en su interacción con otros organismos administrativos del derecho laboral que, en cierta medida, estarían facultados para incoar expedientes sobre las mismas materias que se encuadran en el ámbito objetivo de la A.A.I.

Adentrándonos en el aspecto procedimental de las funcionalidades de la autoridad independiente, su sistema de recepción de comunicaciones presenta una primera incoherencia jurídica relacionada con la posibilidad de remitir el procedimiento a un órgano administrativo que considere competente. Si extrapolamos dicha posibilidad a un órgano concreto como la Inspección de Trabajo empezamos a dilucidar una suerte de espacio en blanco en relación a qué tipo de informaciones pueden ser aceptadas, no tanto por su contenido sino por la forma de comunicarlas.

En este sentido, más allá de las dificultades que la aceptación de denuncias anónimas puede tener en cuanto al transcurso de una investigación, lo cierto es que puede darse la situación en la que una denuncia anónima, no inadmitida de pleno por el canal externo de información, sea posteriormente remitida a un organismo competente (art. 18.2, *d*, Ley 2/2023) en materia de derecho del trabajo como es la Inspección de Trabajo y esta, a su vez, pueda verse obligada a no admitirla dada la imposibilidad que, a priori, tiene dicho organismo de admitir a trámite denuncias de carácter anónimo¹³.

¹³El Real Decreto 928/1998 sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social viene a determinar en su art. 9.2 la imposibilidad de aceptar denuncias anónimas al establecer que “no se tramitarán las denuncias anónimas ni las que tengan defectos o insuficiencias de identificación”.

Desde esta premisa resulta evidente que el legislador ha decidido llevar a cabo una regulación de este formato de denuncia estableciendo una aplicación de carácter general a cualquier tipo de rama del derecho sin tener en cuenta la idiosincrasia de los distintos órdenes jurídicos. Esto al fin y al cabo no implica que la denuncia anónima se constituye como una idea sin sentido a efectos de promover la acción informativa frente a infracciones. No obstante, debemos volver a repetir un mantra que ya se ha repetido en varias ocasiones a largo de este proyecto, y es que tan importante es la idea como el modo en que se ejecuta pues, desde mi punto de vista, no tener en cuenta este hecho implica al fin y al cabo regular sin buscar una congruencia con los procedimientos laborales, por muy escueta que sea la mención que en la ley haga a las infracciones en el orden social, pues si estas quedan incluidas deben ser tratadas con una cierta coherencia.

En todo caso, lo cierto es que la posibilidad de iniciar procedimientos de Inspección de Trabajo derivados de los hechos reflejados en una denuncia anónima ha sido recogida jurisprudencialmente¹⁴ *-siempre y cuando entiendan que existe fundamento suficiente-* a pesar de las disposiciones normativas que contradicen esta posibilidad tajantemente. No obstante, de nuevo esta es una obligación interpretativa que nos corresponde a nosotros como lectores, a las empresas como sujetos obligados y a los propios órganos administrativos como la Inspección de Trabajo a efectos de ponderar, no solo si deben iniciar un procedimiento tras una denuncia anónima en base a su propia normativa, sino a interpretarlo desde la perspectiva de la Ley 2/2023 pues, del mismo modo que la posibilidad de incoar un procedimiento tras una denuncia anónima derivaría de la mayor o menor fundamentación de la misma, difícilmente se va a poder corregir dicha situación si el propio anonimato dificulta la ampliación de la propia información inicial, con la pequeña salvedad de que la Ley 2/2023 excluye los conflictos interpersonales y eso implicaría, en cierta medida, que sea posible conocer la infracción a partir de fuentes de

¹⁴ STS nº 676/2019 (rec. 2235/2018), de 23/01/2020: “*La cita jurisprudencial realizada en el recurso refleja un criterio consolidado en el ámbito administrativo, en el que **no está prohibido el inicio de actuaciones de inspección o comprobación a partir de una denuncia anónima**, sino que se exige una especial prudencia en el control de esa información antes de iniciar las actuaciones.*”.

información adicionales -como otros trabajadores- pero es una mera hipótesis que nos obliga a hacer la norma, y esto no debería ser necesario con una adecuada regulación.

Ahora bien, no solo la propia remisión de ciertas conductas a una autoridad competente como la Inspección de Trabajo puede llegar a ser problemática, sino también la posibilidad que la propia norma prevea y permita que exista una potestad sancionadora concurrente con otras potestades sancionadoras complementarias, eso sí, sin especificar cuáles. En este sentido, es posible que concurra en una misma conducta contraria a disposiciones del orden social una cierta identidad de sujeto, hecho y fundamento y cuya tipificación pueda encuadrarse tanto en la LISOS como en la Ley 2/2023, y ello podría plantear serias dudas en cuanto al *nen bis in idem* para el caso concreto¹⁵.

4. La representación legal de los trabajadores y el Responsable del Sistema: La excepción del deber de sigilo desde ambas perspectivas.

En todo caso, no solo la denuncia anónima y la cooperación con otros órganos administrativos presenta problemas de interpretación lógica. Lo cierto es que ya con anterioridad hemos hecho alusión a la figura de la representación legal de los trabajadores. Tal y como se ha comentado previamente, su papel dentro de la norma queda constreñido a una mera figura consultiva (art. 5.1) que a su vez queda protegida por el ámbito subjetivo de la ley (art. 3.3). No obstante pensar en la figura de la representación legal de los trabajadores desde una perspectiva tan reduccionista implicaría menospreciar el papel que las facultades que le son concedidas por distintas normativas tienen en relación con la empresa.

La inclusión de la representación de los trabajadores en la protección legal es ampliamente reconocida desde la perspectiva de la garantía de indemnidad. Sin embargo, es necesario realizar ajustes adecuados a las facultades de los representantes de los trabajadores en relación con el funcionamiento de la norma, a fin de evitar planteamientos controvertidos sin respuestas definitivas. Uno de los aspectos destacados se refiere al equilibrio entre el derecho a la información que tienen los representantes y su deber de mantener un adecuado sigilo profesional. Estos dos aspectos están estrechamente vinculados y pueden entrar en conflicto bajo el enfoque de la Ley 2/2023.

¹⁵ SANCHEZ BRAVO, ÁLVARO, “LABORUM ET SCIENCIAE”, *Universidad de Sevilla*, 2022.

La Ley 2/2023 se basa en dos conceptos fundamentales, informar y proteger, que sustentan todo su marco normativo. Curiosamente, estos dos conceptos se hallan directamente relacionados con la razón de ser de la existencia de los RLT, es decir, representar. Dicha facultad de representación se configura como una suerte de intermediación entre la empresa y los trabajadores, debiendo la representación de estos últimos garantizar la protección de los trabajadores en la medida de sus posibilidades.

En este contexto, es crucial encontrar un equilibrio adecuado que permita a los representantes acceder a la información necesaria para cumplir con su función, al mismo tiempo que se resguarda la confidencialidad de ciertos datos sensibles, asegurando así una representación efectiva y la salvaguardia de los intereses de los trabajadores.

En base a dichas premisas, la cuestión que se nos plantea es la siguiente *¿Hasta qué punto el deber de sigilo limita el derecho de información de los representantes de los trabajadores tanto para sí mismos como para con los trabajadores en la Ley 2/2023?*

Para dar respuesta a este planteamiento, debemos partir del simple hecho de que, del mismo modo que el deber de sigilo profesional no se constituye como una absoluta prohibición de transmisión de la información de que se disponga sino más bien como una necesaria prudencia en el uso de esta¹⁶, el derecho a la libertad de información no trae consigo la posibilidad de informar de todo aquello de que se disponga.

Por ende, esta ponderación de derechos y deberes contrapuestos genera una primera laguna jurídica en cuanto a la interpretación de la norma para con el propio art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores puesto que, sin duda, la posición de los RLT como sujetos facultados a obtener información gracias a la propia empresa *-o a pesar de ella-* traería consigo la posibilidad de disponer de información que, en cierto modo, podría ser susceptible de concluir en la existencia de una posible infracción, por ejemplo, en un ámbito normativo relacionado con la seguridad y salud de los trabajadores. Ahora bien, desde este punto de vista cabría la posibilidad de cuestionarse si, en cierto modo, informar

¹⁶ LOPEZ AHUMADA, EDUARDO, “La exclusión del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores de la noción de secretos empresariales: A propósito de la Ley 1/2019 de secretos empresariales” *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 148, 2019, págs. 41-66.

de una serie de hechos que potencialmente, pero no con total certeza, son susceptibles de conformar una infracción normativa supondría, o no, un incumplimiento y/o excepción del deber de sigilo ex art. 65 ET.

Bajo mi punto de vista, informar de hechos que potencialmente puedan generar un contexto contrario a la salud de los trabajadores cuando dicha información provenga de la empresa *-directa o indirectamente*¹⁷ - es, con total seguridad, una excepción al deber de sigilo, pero entendiendo dicha excepción en un sentido positivo pues, en última instancia, interpretar el art. 65.2 ET de forma restrictiva implicaría desnaturalizar la finalidad última de los representantes de los trabajadores, esto es, la protección de las condiciones laborales de aquellos a quienes dicen representar¹⁸.

Desde esta perspectiva, es posible ahondar más en las posibles contradicciones o confrontaciones que la norma puede generar en el ámbito de las facultades de los representantes de los trabajadores.

Con todo, entender que la obligación representativa de los representantes de los trabajadores no ha de encontrar límites genéricos en el deber de sigilo que ostentan para con la empresa encuentra una justificación, si se quiere mayor, en la figura de los Delegados de Prevención, pues del mismo modo que la Ley 2/2023 menciona

¹⁷ La libertad de expresión e información sindical queda amparada inclusive en el contexto de información adquirida fuera de los cauces oficiales de transmisión de información de empresa a comité de empresa y así lo ha reiterado el **Tribunal Constitución en Sentencia nº 227/2006, del 17 de julio de 2006** al determinar que *“este Tribunal ya ha reiterado que no pueden considerarse como presupuestos básicos para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información sindical la adquisición de la información en forma oficial o por conducto de la empresa (STC 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 10 EDJ 2002/46692), ni tampoco, en caso contrario, su previo contraste con ésta o la solicitud de autorización para hacerla pública o un inexcusable cumplimiento de un deber de preaviso (STC 6/1988, de 21 de enero, FFJJ 8 y 9 EDJ 1988/322)”*.

¹⁸ GOÑI SEIN, JOSE LUIS, *“La controversia entre el derecho de información de los representantes sindicales y el deber de sigilo: criterios de enjuiciamiento”* Revista Doctrinal Tirant Asesores, Editorial Bombazo, 2004.

expresamente la información relativa a la seguridad y salud en el trabajo (art. 23), la LPRL vincula el deber de sigilo establecido en el ET a los Delegados de Prevención (art. 37.3) como representantes de los trabajadores con funciones específicas.

Retrotrayendo el análisis al Sistema Interno de Información, contemplamos como la propia norma determina como facultad del órgano de administración la designación de la persona física que ostenta el cargo de Responsable del Sistema. De esta facultad, que a priori no genera ningún planteamiento controvertido, subyace un aspecto específicamente ligado al sector privado que, tras entender cuáles son los conflictos de interés entorno al deber de sigilo de los RLT, puede incluso parecer que el legislador ha facilitado el surgimiento de dichos conflictos.

En este sentido, el art. 8.5 de la norma establece la posibilidad de compaginar el desempeño ordinario de las funciones del puesto o cargo con las de Responsable del Sistema, tratando en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de interés. A partir de la literalidad de la norma, queda abierta la posibilidad de que el órgano de administración nombre a cualquier trabajador a efectos de desarrollar el cargo de Responsable de Sistema, siendo perfectamente comprensible que, de común acuerdo con los RLT o de mutuo propio¹⁹, dicho órgano designe a una figura a priori capacitada para tratar infracciones en materia de seguridad y salud laboral.

De esta forma, teniendo en cuenta como ya se ha indicado previamente que el deber de sigilo se configura como una deber de discrecionalidad y tratamiento adecuado de la información de que se dispone y no como un obstáculo categórico al uso de dicha información, es evidente que los Delegados de Prevención como representantes de los trabajadores no pueden usar su deber de sigilo como excusa para actuar en perjuicio de los trabajadores a los que representan ocultando una información susceptible de ser denunciada, ya que esto iría en contra de su papel representativo. Del mismo modo, el empleador no puede utilizar su discrecionalidad para determinar qué asuntos están

¹⁹ El art. 35. 2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que los Delegados de Prevención son designados por y entre los representantes del personal, pero la Ley 2/2023 determina que el órgano de administración será el encargado de llevar a cabo dicha designación, no encontrando una causa de absoluta incompatibilidad entre ambos cargos.

cubiertos por el deber de confidencialidad y así obstaculizar las funciones de representación de los Delegados de Prevención²⁰.

El deber de sigilo, en última instancia, implica que los delegados de prevención deben actuar de manera prudente y diligente en relación con la documentación e información a la que tienen acceso, informando a los trabajadores que representan y defendiendo un interés colectivo, como la salud, que no puede ser comprometido en beneficio de intereses ajenos. Por ende, la figura del Responsable del Sistema en sí misma puede convertirse en una excepción al deber de sigilo personificada en la figura de los Delegados de Prevención, lo cual vuelve a denotar una inseguridad jurídica en la confección de la norma que quizás podría haberse evitado si contásemos *ab initio* con un Estatuto Jurídico del Responsable del SII.

5. La protección del informante: incongruencias en su configuración.

En este proyecto, desde sus primeros párrafos, se ha buscado resaltar ciertos aspectos polémicos en la redacción de la norma, lo cual ha llevado a enfocar el estudio en los aspectos procedimentales más que en la finalidad de la Ley. A pesar de analizar diversas cuestiones controvertidas que la norma plantea, se reconoce que todos estos puntos, o al menos los preceptos que los contienen, están dirigidos a lograr el objetivo de proteger al informante de represalias por la información proporcionada.

No obstante, se ha planteado la posibilidad de que la norma pueda exhibir deficiencias en su implementación para alcanzar adecuadamente dicho propósito, aunque su definición se muestre inequívoca. Tal consideración suscita la necesidad de examinar de manera breve pero concisa diversos aspectos que podrían poner en entredicho la efectividad y pertinencia de la norma en ciertos contextos y escenarios específicos.

En primer lugar, desde un punto de vista formal, la propia definición que el art. 36 de la norma ofrece sobre el concepto de represalia dista mucho de abarcar con plenitud el sentido del concepto mismo. Si bien, *grosso modo*, el art. 36.2 define como represalia

²⁰ AGUILAR DEL CASTILLO, M^a CARMEN, “Estatuto jurídico de los miembros del comité de seguridad y salud” *El comité de seguridad y salud*, Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

actos u omisiones prohibidos por la ley o que supongan, directa e indirectamente, un trato desfavorable contra personas situándolas en posición de desventaja frente a otras en un contexto laboral por su mera condición de informantes.

En este sentido, bajo mi punto de vista, la definición dada por la norma resulta, por un lado, incongruente con el amplio abanico de sujetos que quedan recogidos en el art. 3 de la Ley pues, a modo de ejemplo, el familiar de un informante (art. 3.4 b) no queda incluido en dicho artículo por su condición de informante, sino por la calidad de informante de su familiar²¹ y, por otro lado, el circunscribir el concepto de represalia a la condición de informante crea una suerte de generalidad en dicha condición que, en cierta medida, no concreta de una forma correcta ese nexo causal que debe presidir la garantía de indemnidad en la protección frente a represalias pues, en todo caso, lo que la norma trata de proteger es al sujeto frente a represalias por el hecho de haber informado, pero no al informante por su condición de tal, ya que bajo esta definición, cuando un trabajador informe de una infracción, su condición de informante abre la posibilidad a incluir cualquier tipo de actuación empresarial dado el carácter enunciativo que la norma determina para con ciertas conductas (art. 36.3).

La misma incongruencia entre los sujetos protegidos por el ámbito subjetivo de la norma y la configuración de represalia ofrecida por esta surge en torno a las conductas que el art. 36.3 a) establece. Del mismo modo que el art. 3.2 incluye a los voluntarios, becarios y trabajadores en periodos de formación, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, el art. 36.3 a) determina de forma incomprensible que se van a considerar represalias “*la suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba*”. Por ende,

²¹ La garantía de indemnidad también está ligada a represalias por asociación y así lo ha incluido cierta jurisprudencia como, por ejemplo, la **Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana rec. 367/2013 del 27/03/2013** expresando que “*delimitada de esta forma la esencia de la mentada garantía.... no cabe excluir, por así demandarlo su insita naturaleza, aquellos otros supuestos en que al trabajador se le irroga el mismo efecto a consecuencia de existir un enlace causal directo en relación con quienes asumen el protagonismo en la actuación tutelar de los derechos fundamentales o libertades públicas*”.

los becarios y trabajadores en periodos de formación con un contrato temporal no van a quedar protegidos si se hallan cursando un periodo de prueba, lo cual resulta una contradicción plena²².

Con todo, en este último punto debemos volver a hacer referencia a una figura tan controvertida como es la denuncia anónima. Lo cierto es que ya desde un primer momento hemos observado como en los aspectos meramente procedimentales podían dilucidarse ciertos puntos faltos de concreción que dejaban entrever una ausencia de congruencia entre los postulados de esta norma y los recogidos en otras normativas que podrían verse afectadas.

La norma prevé el anonimato como una forma de alentar la denuncia del trabajador, y ello es totalmente coherente puesto que, con carácter general, el trabajador ostenta una mayor predisposición a la denuncia si esta lleva aparejada una percepción de seguridad en su persona y en el mantenimiento de su puesto de trabajo.

Si bien, bajo el prisma de la literalidad de la norma, esta percepción de seguridad únicamente se halla amparada en el propio hecho de ser alguien anónimo, pero en nada más, pues la Ley recoge expresamente en su art. 35.3 que la protección prevista en su articulado solo se desplegará si después de denunciada anónimamente una infracción la persona pueda ser identificada y cumpla las condiciones de la Ley.

Esto que en última instancia parece un tanto absurdo no lo es puesto que, bajo mi punto de vista, dos son los aspectos que explican este hecho:

- a) Por un lado, resulta evidente que, en cierto modo, no se puede pretender una protección de un sujeto del que no se es conocedor de su identidad, pensar lo contrario resultaría incoherente. No obstante, sí que es posible proteger el anonimato en sí mismo y a ello sí que hace alusión directa la norma tanto en la protección de datos personales (art. 33.2) como en la tipificación de infracciones dirigidas a proteger al informante anónimo (art. 63.1 c).

²² GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER “La prohibición de represalia contra el informante en la Ley 2/2023”, Blog jurídico Foro de Labos

- b) Por otro lado, el legislador es consciente de sus propias limitaciones y trata de guardarse las espaldas pues, del mismo modo que la garantía de indemnidad nace con anterioridad al ejercicio judicial del que dimana la conducta represora, siempre que dichas actuaciones extrajudiciales lleven aparejada la posibilidad de preparar un potencial y ulterior escenario judicial²³, resulta fundamental poder contrastar la veracidad de lo que se denuncia, lo cual puede resultar inverosímil si el anonimato impide tal contraste²⁴.

²³ Así lo expresa la STSJ Galicia del 6 febrero 2023, núm. 654/2023: *“la garantía de indemnidad solo se proyecta sobre el ejercicio judicial de derechos, aunque esta exigencia en la jurisprudencia se interpreta finalísticamente en el sentido de incluir el ejercicio extrajudicial cuando está encaminado al ejercicio judicial”*.

²⁴ RECIO GAYO, MIGUEL, *“Las comunicaciones anónimas y su régimen en la ley de protección del informante”* *ElDerecho.com*, 10 de mayo de 2023