



●

Protecció de les persones alertadores i denúncia anònima. Una breu aproximació i algunes dades d'interès arran de la Directiva sobre protecció de les persones que denunciïn infraccions del Dret de la Unió (III)

●

Referència a alguns pronunciaments judicials i a la Llei orgànica de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals

En comentaris anteriors s'ha abordat l'admissió de les denúncies anònimes en el si de l'Oficina Antifrau de Catalunya i també com s'ha coordinat aquesta admissió amb les previsions normatives d'aplicació.

En aquest punt esdevindria convenient fer una referència a les previsions generals del nostre Dret Administratiu (que en principi sembla que parteixen de cert rebuig a l'admissió de la denúncia anònima), també a dos pronunciaments judicials de reiterada cita en relació amb aquest tema, i finalment a un precepte de la recent Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals, que podria ser un símptoma evident dels canvis que sobre aquesta qüestió s'estan produint en l'àmbit del Dret públic.

1. Es comença aquesta anàlisi amb un esment dels precedents immediats de les previsions normatives de caràcter general vigents en aquesta data; el precedent de necessària consideració és el Reial decret 1398/1983, de 4 d'agost, que va aprovar el Reglament del procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora, norma reglamentària que es podria considerar l'antecedent de l'actual previsió continguda en l'art. 62 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP)¹.

¹ *Inici del procediment per denúncia.*

L'article 11 del Reglament esmentat² abordava la denúncia en el marc d'un eventual procediment d'exigència de responsabilitat administrativa (procediment sancionador), i la definia com l'acte pel qual qualsevol persona, en compliment o no d'una obligació legal, posava en coneixement d'un òrgan administratiu l'existència d'un determinat fet que pogués constituir infracció administrativa; també s'hi determinava que les denúncies havien d'expressar la identitat de la persona o persones que les presentaven, el relat dels fets que poguessin constituir la infracció i la data de la seva comissió i, quan fos possible, la identificació dels presumptes responsables³.

Les previsions de l'article 62 de la LPACAP són pràcticament idèntiques a les de la norma de rang reglamentari, tot i que tenen un àmbit d'aplicació molt més ampli, ja que no es refereixen únicament als procediments de caràcter sancionador, sinó a qualsevol procediment administratiu que s'iniciï d'ofici (art. 58 de la mateixa Llei)⁴. L'art. 62.1 estableix que s'entén per denúncia

"... l'acte pel qual qualsevol persona, en compliment o no d'una obligació legal, posa en coneixement d'un òrgan administratiu l'existència d'un

² Aquest article regulava la forma d'iniciació del procediment sancionador i determinava que s'havia d'iniciar sempre d'ofici per acord de l'òrgan competent, bé per pròpia iniciativa, o com a conseqüència d'ordre superior, petició raonada d'altres òrgans o denúncia. A continuació definia cadascuna d'aquestes actuacions que portaven a l'inici del procediment administratiu.

³ Quant al Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en l'article 6 determina que el procediment s'inicia d'ofici com a conseqüència de la iniciativa de l'òrgan competent per ordre superior, per petició raonada d'altres òrgans a partir de les actes esteses pels serveis d'inspecció o per denúncia presentada per qualsevol persona, però no fa cap referència al contingut de la denúncia.

⁴ Cal posar en relleu que en l'àmbit del Dret Administratiu el terme "denúncia" no es refereix únicament a qui posa en coneixement fets il·lícits; com determinen les normes transcrites, una denúncia és l'acte pel qual qualsevol persona, en compliment d'una obligació legal o no, posa en coneixement d'un òrgan administratiu l'existència d'un determinat fet que pogués justificar que s'iniciï d'ofici un procediment administratiu.

De manera molt succinta, l'article 54 de la LPACAP determina que el procediment administratiu es pot iniciar d'ofici o a sol·licitud de persona interessada; quant a la iniciació d'ofici del procediment administratiu, l'article 58 de la Llei estableix que la iniciació d'ofici es fa a partir d'acord de l'òrgan competent, per pròpia iniciativa o com a conseqüència d'ordre superior, a petició raonada d'altres òrgans o per denúncia; el denunciante posa en coneixement de l'administratiu uns fets a partir dels quals es podria justificar la iniciació d'un procediment administratiu, d'ofici.

Per exemple es podria presentar una denúncia sobre un possible vici de nul·litat de ple dret d'un acte administratiu que donés lloc a un procediment de revisió d'ofici (art. 106 de la LPACAP).



determinat fet que pogués justificar la iniciació d'ofici d'un procediment administratiu."

L'article esmentat també determina el contingut de la denúncia (necessari i no necessari) i determina de manera preceptiva que les denúncies han d'expressar la identitat de la persona o les persones que les presenten:

"2. Les denúncies han d'expressar la identitat de la persona o persones que les presenten i el relat dels fets que es posen en coneixement de l'Administració. Quan aquests fets poguessin constituir una infracció administrativa, n'han de recollir la data de la comissió i, quan sigui possible, la identificació dels presumptes responsables."

Pel que fa a la qüestió que ara ens ocupa, l'article 62 de la LPACAP determina, doncs, i de manera imperativa, que les denúncies **hauran d'expressar la identitat de la persona o persones que les presenten**.

A partir de les previsions de l'article 62.2 de la LPACAP sembla clar que perquè la denúncia pugui servir com a impulsora de la incoació d'ofici d'un procediment administratiu s'exigeix que expressi la identitat de la persona o persones que la presenten.

2. En tot cas, fins i tot a partir d'aquestes previsions tan taxatives de la LPACAP i, en general, de concepcions anteriors contràries a l'admissibilitat de les denúncies anònimes, els tribunals de justícia han vingut a trobar una solució harmònica que coordini les exigències de les normes amb la necessitat d'analitzar i, possiblement, investigar, els fets denunciats anònimament, sobretot tenint en compte que l'anonimitat pot ser en alguns casos clau perquè la persona coneixedora d'una conducta il·lícita doni el pas d'alertar-ne.

Es farà referència a dues sentències que donen llum sobre aquesta qüestió, una de l'ordre jurisdiccional social i una altra de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, ambdues de tribunals superiors de justícia⁵.

⁵ Al marge de les dues sentències que s'analitzaran de manera més detinguda en els punts d'interès, volem fer referència a una recent Interlocutòria dictada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (recurs contenciós administratiu núm. 13/2019). En la Interlocutòria, de 22.02.2019, el Tribunal Superior de Justícia va recollir, textualment, el següent:

"En allò que es refereix a la protecció de la identitat del denunciant. Cal estar en efecte a aquest imperatiu, essencial en l'actuació contra la corrupció i, alhora, obligat des de la perspectiva de la protecció de la confiança dipositada pel mateix en l'efectiva preservació de la seva identitat.

Tanmateix, cal considerar que la resolució impugnada ja inclou en la part dispositiva una clàusula de salvaguarda d'aquesta informació; clàusula que no té límits i que es pot estendre no sols a la informació directa sinó també a la que permeti indirectament conèixer la identitat del denunciant."



Per ordre cronològic, en primer lloc es farà referència a una sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Canàries, concretament la número 552/2016, de 22 de juny⁶; en segon lloc s'analitzaren les consideracions de la Sentència 252/2018, de 3 d'abril, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid⁷. En el marc dels comentaris a les dues sentències es farà un breu excurs sobre l'art. 24 de la recent Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

3. Quant a la primera sentència, la dictada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Canàries, derivava de la sanció d'acomiadament imposada a un treballador per transgressió de la bona fe contractual i abús de confiança. El procediment disciplinari que va concloure amb la imposició de la sanció es va incoar després d'una indagació interna derivada d'una denúncia anònima presentada mitjançant el canal ètic de l'empresa.

Com recull la sentència que s'analitza, el recurrent argumentava que la denúncia anònima constituïa una prova il·lícita que vulnerava diversos drets fonamentals (dret a la protecció de dades personals, dret a la integritat moral, dret a la intimitat) i comprometia el seu dret a la tutela judicial efectiva en el vessant del dret a la defensa. Es qüestionava la validesa de la denúncia anònima en els termes a què s'acaba de fer referència i en darrera instància es qüestionava la legalitat dels canals de denúncia interna que permeten l'anonimat dels denunciants.

El raonament de la Sala esdevé especialment interessant, entre d'altres a partir del fet que recull molta informació d'interès en relació amb la qüestió que ara s'analitza, informació que pot adquirir especial rellevància atesa la propera entrada en vigor de la Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió, i l'inici dels treballs de transposició de la Directiva al Dret intern⁸.

Entre d'altres, la Sentència parteix de les consideracions següents:

- l'establiment de sistemes interns de denúncies configurats a partir de bústies internes mitjançant les quals els empleats de la

La protecció del denunciant que ha demanat la reserva d'identitat prevista per algunes normatives s'hauria de basar, doncs, no només en la protecció de la informació directa, sinó també en la protecció de tota la informació que permeti indirectament conèixer la identitat del denunciant.

⁶ Recurs de suplicació núm. 263/2016.

⁷ Recurs contenciós administratiu núm. 233/2017.

⁸ Al marge de les qüestions relatives a les denúncies anònimes la Sentència fa referència als sistemes interns de denúncies en el si de les entitats i al tractament de dades de caràcter personal a partir de les denúncies presentades mitjançant aquestes bústies.



companyia poden posar de manifest l'existència de conductes contràries a la llei o a les normes internes de conducta de l'empresa comeses per empleats o auditors implica tractament de dades en els termes de la normativa de protecció de dades de caràcter personal;

Aquests sistemes poden comprometre drets fonamentals (dret a l'honor, a la intimitat, a la protecció de dades personals) per la qual cosa la seva legitimitat se subordina al compliment de criteris objectius establerts per les autoritats competents⁹.

- L'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) havia considerat que en garantia dels principis d'exactitud i integritat de la informació continguda en aquests sistemes s'hauria d'exigir que únicament acceptessin la inclusió de denúncies en què aparegués identificat el denunciant, sense perjudici de la garantia de la confidencialitat de les seves dades de caràcter personal (informe jurídic 128/2007 i Guia per a la protecció de dades en les relacions laborals).

El Dictamen 1/2006, d'1 de febrer, del Grup de Treball de l'article 29 (GT 29), òrgan consultiu de la UE, no es pronunciava en el mateix sentit, ja que admetia les denúncies anònimes sempre que s'adoptessin precaucions especials i com a excepció a la regla general (denúncies identificades)¹⁰; en el mateix sentit es pronunciava la Recomanació 5/2015, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre processament de dades personals en el context de les relacions laborals.

- El canal de denúncies que tenia habilitat l'empresa a què es referia la Sentència permetia l'anonimat de la persona denunciant contràriament al que havia opinat en aquell moment l'AEPD; però l'empresa no havia vulnerat en el tractament d'aquesta informació personal el dret a la protecció de dades de la persona denunciada: en rebre la denúncia, l'empresa la va posar en coneixement del denunciat i havia actuat amb cautela i, de fet, **havia basat l'inici del procediment disciplinari en els resultats de la investigació que havia dut a terme, de manera que la denúncia anònima en cap cas no havia actuat com a prova de càrrec**. En paraules de la Sentència:

⁹ Com s'analitzarà a continuació, a data d'avui els criteris a què se subjecta la legitimitat d'aquests sistemes interns de denúncies, els estableix la Llei, concretament la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

¹⁰ L'any 2006 el Grup de Treball de l'article 29 sobre protecció de dades considerava en el seu Dictamen 1/2006 que els programes de denúncia d'irregularitats s'haurien de crear de manera que no fomentessin els informes anònims com la manera habitual de presentar una queixa.



“La puso de inmediato en conocimiento del denunciado para valorar su integridad y solo tras el reconocimiento de éste y la no aportación de la documentación requerida, abrió expediente disciplinario para averiguar el alcance de los hechos.

Dice un antiguo brocardo que “quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”, pero el recelo que suscita el anonimato no pude impedir que la empresa, primero ponga en marcha un proceso de indagación interna reservada para una ponderación de los hechos valorando su verosimilitud, credibilidad y suficiencia; más adelante, reconocido por el denunciado el hecho que sustenta la denuncia –aunque no el ánimo defraudador-, proceda a la incoación de expediente a efectos de su depuración; y finalmente, contrastada la veracidad, calificándolos como falta muy grave proceda a su sanción con el despido.”

La Sentència determina, doncs, que es va acomiadar el treballador, no pel fet de ser denunciat, sinó **perquè els fets denunciats van ser acreditats després de ser investigats**, i que la sentència d'instància havia declarat procedent l'acomiadament, no perquè considerés la denúncia anònima prova de càrrec, sinó **perquè els fets imputats en la denúncia es van acreditar**.

Tot i que es va dictar en l'àmbit estrictament laboral, el pronunciament del Tribunal Superior de Justícia de Canàries a què s'acaba de fer referència curiosament encaixa perfectament amb la interpretació que sembla que s'ha de donar a les previsions de l'art. 62.2 de la LPACAP per harmonitzar la lletra del precepte amb la necessitat de considerar les denúncies anònimes, circumstàncies que aborda de manera directa, i en relació amb la LPACAP, la Sentència esmentada del Tribunal Superior de Justícia de Madrid.

4. La segona de les sentències a què es fa referència en aquest comentari és la Sentència de 03.04.2018 de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, que va desestimar el recurs contenciós administratiu interposat per l'Administració General de l'Estat contra l'Acord del Ple de l'Ajuntament de Madrid de 23.12.2016 pel qual es va aprovar el Reglament orgànic de l'Oficina Municipal contra el Fraude i la Corrupció.

La recurrent sol·licitava la declaració de nul·litat de ple dret de l'acord esmentat d'acord amb dos arguments principals: que es tractava d'un òrgan que incorria en duplicitat orgànica amb d'altres de ja existents a l'Ajuntament de Madrid, concretament la Intervenció General, la Inspecció General de Serveis i l'Assessoria Jurídica; i que atribuïa l'exercici de potestats públiques a personal no funcional. Subsidiàriament es va sol·licitar la declaració de nul·litat de ple dret de diversos preceptes del Reglament orgànic esmentat, entre d'altres per permetre les denúncies anònimes.



El Tribunal Superior de Justicia de Madrid va dictar una extensa sentència de la qual únicament fem referència a la part que interessa en aquest moment, la relativa a la invocada nul·litat de l'acord per permetre la presentació de denúncies anònimes.

En aquest punt la Sentència esdevé especialment interessant perquè interpreta les previsions de l'actual llei reguladora del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP) que, com hem dit amb anterioritat, sembla que exclouen la possibilitat d'admetre les denúncies anònimes, i és això precisament el que defensava la part actora: la recurrent partia de la base que la LPACAP conté un mandat absolut i incondicionat de **no permetre de cap manera** denúncies anònimes.

Contràriament al que argumentava la part actora, la Sentència decideix que una interpretació de l'article 62.2 de la Llei no porta a aquesta conclusió.

Argumenta el Tribunal que el títol del precepte esmentat (que és el que preveu la identificació de la persona denunciant) és "inici del procediment **per denúncia**"; que d'acord amb la Llei una denúncia anònima no pot ser fonament suficient perquè l'òrgan administratiu competent decideixi l'inici d'un procediment administratiu (perquè de fet ni reuneix els requisits perquè pugui ser admesa), però això no treu que l'òrgan competent decideixi fer actuacions prèvies a partir d'una denúncia anònima i que aquestes actuacions prèvies siguin el fonament de l'inici de determinat procediment:

"Llegados a este punto, no debe perderse de vista que la Administración puede tener conocimiento de los hechos por cualquier medio, incluso por una noticia publicada en los medios de comunicación. Y desde esta perspectiva, nada impide que determinados hechos sean llevados al conocimiento de la Administración de forma anónima.

Cuando la Administración se encuentre ante una denuncia anónima, obviamente, no podrá, sin más, acordar en base a la misma el inicio del procedimiento. Ahora bien, nada impide que, cuando la denuncia presente ciertos signos de veracidad y credibilidad, la Administración pueda realizar una cierta investigación mediante la realización de determinadas actuaciones previas tendente a verificar, prima facie, los hechos irregulares puestos en su conocimiento.

En tales situaciones, el eventual acuerdo de inicio del procedimiento no vendrá amparado o fundamentado en la denuncia anónima sino en la información previa, que es la que verdaderamente determina el inicio del procedimiento sancionador. De esta forma el acuerdo de inicio del procedimiento será adoptado por propia iniciativa, que es una de las modalidades de inicio de oficio de un procedimiento que se contempla en el artículo 58 LPACAP..."

De fet, no deixa de ser el principi que ja havia proclamat la jurisprudència (entre d'altres, Sentència de la Sala Contenciosa



Administrativa del Tribunal Suprem de 12.07.2017 dictada en recurs de cassació núm. 1226/2016): que una denúncia anònima s'ha de tractar amb certa cautela i prudència, però que seria improcedent que s'arxivés a limine quan reveli fets amb transcendència processal o disciplinària i no esdevingui notòria la falsedat.

5. Arran de l'esment anterior de l'informe de l'AEPD de l'any 2007, en aquest punt caldrà fer una breu referència a l'art. 24 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals, per constatar que en aquesta data les previsions normatives són diferents en relació amb les existents en el moment d'aquell informe i que en aquest àmbit es preveu expressament que es presentin denúncies anònimes.

Efectivament, la recentment aprovada Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, conté, a l'article 24¹¹, determinades previsions relatives als **sistemes d'informació de denúncies internes**, previsions aplicables, a més, tant en l'àmbit privat com en l'àmbit del sector públic¹². La raó de la inclusió de previsions en aquesta matèria en la norma esmentada és l'estreta connexió entre aquests canals i el tractament de dades de caràcter personal, estreta connexió que ja s'ha pogut inferir de les consideracions anteriors¹³.

En aquest context l'article 24.1 de la Llei declara la **licitud** de la creació i el manteniment de sistemes d'informació mitjançant els quals es pugui posar en coneixement d'una entitat de dret privat (o públic)¹⁴ la comissió en el si de l'entitat o en l'actuació de tercers que hi contractessin d'actes o conductes que poguessin esdevenir contraris a la normativa general o sectorial que fos aplicable.

Pel que fa al que interessa en aquest moment, cal constatar que d'acord amb l'article 24 de la Llei la persona denunciant es pot identificar o pot presentar la denúncia **anònimament**. Per tant, l'ordenament jurídic vigent, i específicament una Llei orgànica, preveu expressament la possibilitat de presentar **denúncies anònimes**, entre d'altres en el marc

¹¹ En el títol que regula les disposicions aplicables a tractaments concrets.

¹² Efectivament, tot i que l'article es refereix en primer terme a entitats de Dret privat, en l'apartat cinquè declara de manera taxativa que *"Els principis dels apartats anteriors seran aplicables als sistemes de denúncies internes que es puguin crear en les administracions públiques"*.

¹³ D'acord amb el preàmbul de la Llei, la licitud del tractament en els sistemes de denúncies internes (des de la perspectiva de la protecció de dades de caràcter personal) prové de l'existència d'un interès públic, en els termes establerts a l'art. 6.1 e) del Reglament (UE) 2016/679.

¹⁴ Veure nota 12.



dels sistemes de denúncies internes que es puguin crear en les administracions públiques ¹⁵.

En la línia de consideracions anteriors sobre garanties de la protecció de les dades de caràcter personal, caldrà apuntar que la Llei determina també els requeriments i condicionants a què se subjecten aquests canals interns de denúncies i específicament des del punt de vista de la protecció de les dades de caràcter personal; per exemple, en principi l'accés es limita a qui desenvolupi les funcions de control intern o de compliment o als encarregats del tractament que eventualment es designin a aquests efectes¹⁶; no obstant això, també és lícit l'accés d'altres persones, o fins i tot la comunicació a tercers, si és necessari per adoptar **mesures disciplinàries o per tramitar procediments judicials**. L'accés es permet al personal amb funcions de gestió i control de recursos humans únicament quan pugui escaure l'adopció de mesures disciplinàries contra un treballador, això sens perjudici de la notificació a l'autoritat competent de fets constitutius d'il·lícit penal o administratiu.

Rosa Maria Pérez.

Cap d'Àrea de Legislació i Assumptes Jurídics

¹⁵ Veure nota 12. Cal apuntar finalment la connexió entre aquestes previsions i algunes determinacions de la Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió, concretament aquelles que es refereixen als sistemes interns de denúncia.

¹⁶ Aquesta previsió és rellevant: d'acord amb l'art. 24.2 de la Llei els qui desenvolupin funcions de control intern o de compliment **poden estar incardinats o no en el si de l'entitat**.

