

LA DIRECTIVA *WHISTLEBLOWING* Y LA PROTECCIÓN DEL ALERTADOR Febrero 2022

I. INTRODUCCIÓN.

La implantación en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre la que ya nos extendimos en nuestra *Newsletter* de diciembre de 2019, nos ha llevado a tomar conciencia de la importancia de que empresas y otras organizaciones con personalidad jurídica dispongan de un programa de cumplimiento normativo que tenga en cuenta determinados riesgos penales. Con la reforma del Código Penal del año 2015, además, nuestro legislador estableció los requisitos que debe reunir dicho programa de cumplimiento para eximir de responsabilidad penal a la entidad. Como explicamos ya en aquella *Newsletter*, uno de esos requisitos tiene que ver con la **creación e implementación efectiva de un canal de denuncias**, mediante el que las personas físicas con vínculos profesionales con la organización puedan comunicarle a esta aquellas infracciones de las que tengan conocimiento.

No obstante, pese a sus buenas intenciones, lo cierto es que desde

entonces el legislador español no ha explicitado cuál es el régimen general de protección con el que cuentan los alertadores. Eso los expone a posibles represalias por parte de las entidades afectadas, lo que indirectamente desincentiva que se produzcan denuncias.

Pues bien, precisamente a concretar cuál debe ser la **protección mínima de los denunciantes** está dirigida la **Directiva UE 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, también conocida como la **Directiva *Whistleblowing*** (en adelante, la “**Directiva**”). La Directiva prevé además la **obligación de contar con un canal de denuncias en empresas con 50 o más trabajadores y a entidades del sector público**. Esta normativa debería haber sido traspuesta al ordenamiento jurídico español, a más tardar, el **17 de diciembre de 2021**,¹ pero, hasta la fecha, eso aún no ha sucedido. En todo caso, a finales de 2021 el Gobierno anunciaba en su Plan Anual Normativo de 2021 que una

¹ Ello salvo en lo relativo a la obligación de las empresas con entre 50 y 249 trabajadores de contar con un canal de denuncias, que podrá ser diferida por los Estados hasta, como máximo, el **17 de diciembre de 2023**.

de sus prioridades es aprobar la ley española que adapte la Directiva a nuestro ordenamiento, por lo que es de esperar que ello suceda en 2022.

En este contexto, el objetivo de esta *Newsletter* es trasladar a nuestros lectores el contenido más relevante de la Directiva, que servirá como base mínima para la ley que acabe promulgándose en España.

II. CONTENIDO ESENCIAL DE LA DIRECTIVA.

1. Finalidad.

Como se ha mencionado, el objetivo de la Directiva es establecer unas normas mínimas comunes para los países de la Unión Europea en lo relativo a la protección de aquellas personas que comunican o revelan información sobre infracciones del Derecho de la Unión cometidas en el seno de entidades privadas o públicas. Estos alertadores o denunciadores se conocen en inglés coloquialmente como *whistleblowers*, de donde surge el sobrenombre de la Directiva.

Más allá de ese estándar mínimo, la propia Directiva reconoce que cada Estado Miembro podrá, por un lado, reforzar la protección de los denunciadores o alertadores con ulteriores medidas y, por otro lado, extender la protección a aquellas personas que denuncien otra clase de

infracciones. Esto último es lo que parece que sucederá en España, dado que el mencionado Plan Anual Normativo de 2021 indica que la ley de trasposición de la Directiva se referirá, además de a las infracciones del Derecho de la Unión contenidas en la Directiva, a aquellas “*que pudieran constituir delitos o infracciones administrativas graves o muy graves siempre que perjudiquen el interés general*”.

2. Formas de denunciar.

La Directiva prevé tres formas mediante las que se pueden comunicar las posibles infracciones, extendiendo la protección al denunciante para todas ellas.



En este punto, uno de los temas más controvertidos ha sido el de si, para recibir la protección, es necesario que el

denunciante agote el canal de denuncia interno —de la entidad— antes de pasar al externo —las autoridades—. Pues bien, pese a que en un inicio esa fue la opción tomada en la redacción de la Directiva, en su versión final se ha reconocido la **libertad del denunciante de optar por el canal de denuncia interno o externo**, debiendo ser protegido en ambos casos. Ello sin perjuicio de que la Directiva resalte la importancia de fomentar dentro de la entidad acudir al canal interno, por considerar que eso promueve la cultura de buena comunicación y responsabilidad social empresarial en las organizaciones.

En cambio, **la revelación pública sí tendría un cierto carácter subsidiario**, pues solo conllevaría protección si se ha recurrido antes al canal de denuncia externo, salvo casos de peligro inminente o grave para el interés público, o si el denunciante considera que hay riesgo de represalias o es poco probable que se dé un tratamiento efectivo a la denuncia.

3. Requisitos del canal de denuncias interno.

La Directiva impone algunos requisitos a ser observados por la entidad en la conformación de su canal de denuncias interno, si bien en otros puntos da libertad a la organización. La siguiente tabla resume los ítems más relevantes.

Obligación de garantizar...

- **Confidencialidad.**
- **Imparcialidad.**
- **Ausencia de represalias.**
- Que los **trabajadores** puedan denunciar.
- **Seguimiento** de las denuncias.
- **Información al denunciante** del progreso.
- Llevanza de un **registro de denuncias.**

Libertad para decidir...

- Si se aceptan denuncias **orales y/o escritas.**
- **Quién puede presentar denuncias**, más allá de los trabajadores.
- El **grado de visibilidad** del canal de denuncias.
- Si el canal se **gestiona dentro de la empresa o externamente por terceros.**

Además de esto, la Directiva deja a los Estados Miembros la decisión de si se aceptan o no las **denuncias anónimas**. En nuestro país, debe tenerse en cuenta que en el año 2016 la Fiscalía General, mediante la Circular 1/2016 de 22 de enero, se posicionó a favor de la posibilidad de que las denuncias pudieran presentarse de forma anónima.

4. ¿Quién resulta protegido?

Se protege a toda persona que denuncie o revele información vinculada con una posible infracción, con el único requisito de que **la información se haya obtenido en el contexto profesional**. Entre las

personas que menciona la Directiva se encuentran, por ejemplo, **trabajadores — asalariados o no—, funcionarios, miembros del órgano de administración, accionistas, becarios, voluntarios, contratistas, consultores o proveedores.** Además, se incluye también en el ámbito de protección a los compañeros de trabajo, familiares o entidades vinculadas con el denunciante y con relaciones profesionales con la entidad, para evitar represalias indirectas al alertador por la vía de perjudicar a estos.

En todo caso, la Directiva exige al denunciante, para ser merecedor de protección, que **actúe de buena fe y tenga motivos o indicios razonables para pensar que la información que transmite es veraz.** Por el contrario, aquellas personas que informen de hechos falsos a sabiendas no gozarán de protección y podrán incluso ser sancionadas.

5. Contenido de la protección.

La Directiva proclama la **indemnidad del alertador** en dos sentidos. Por un lado, garantiza que **se le reparen los daños causados por eventuales represalias tomadas por la entidad.** Estas represalias están entendidas desde una perspectiva muy amplia, que incluye toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o

externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante. La propia Directiva menciona algunos ejemplos, como son, en cuanto a trabajadores:

- Despido, suspensión o destitución.
- Degradación o denegación de ascensos.
- Cambio de condiciones del puesto de trabajo (ubicación, horario, reducción salarial).
- Denegación de formación.
- Evaluación o referencias negativas.
- Imposición de medidas disciplinarias (amonestación).
- Coacción, intimidación, acoso.
- Discriminación o trato desfavorable o injusto.
- No conversión de trabajo temporal a indefinido.

Para reforzar la protección en este primer punto, además, la Directiva menciona la necesidad de que se **invierta la carga de la prueba**, de manera que será la entidad quien tendrá que demostrar que determinada consecuencia perjudicial causada a quien en el pasado actuó como alertador no supone una represalia por la denuncia o revelación de información.

Por otro lado, la Directiva dispone que al denunciante **no se le podrá reclamar responsabilidad en el ámbito civil, administrativo y laboral por el descubrimiento y/o la revelación de la información.** Ello incluye supuestos en que esta información fuera objeto de acuerdos de fidelidad o de confidencialidad con la entidad infringidos por el alertador, siempre que revelarla fuera necesario para comunicar la posible comisión de una infracción. El alertador solo podría perder la protección en el caso de que el descubrimiento o revelación de la información supusiera un ilícito penal.

6. Sanciones previstas.

La Directiva prevé que se impongan sanciones por las siguientes conductas:

Impedir o intentar impedir la interposición de denuncias.

Adoptar medidas de represalia contra los denunciantes.

Promover procedimientos abusivos contra los denunciantes.

Incumplir el deber de confidencialidad de los alertadores.

Comunicar información falsa a sabiendas.

Como puede advertirse, mientras que las cuatro primeras afectarían a las entidades, la última sanción castigaría a los denunciantes de mala fe.

Con todo, la Directiva no da una tipología ni cuantifica estas sanciones, más allá de requerir que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Habrá que esperar a la ley española que transponga la Directiva para ver cómo se concretan.

III. CONCLUSIÓN.

La Directiva *Whistleblowing* supone un importante avance en la protección de los denunciantes o alertadores, buscando fomentar que se denuncien toda clase de infracciones cometidas en entidades públicas y privadas. Prevé además la obligación de disponer de un canal de denuncias interno para empresas con 50 o más trabajadores y entidades públicas.

A la vista de lo anterior, es muy recomendable que las entidades que no dispongan aún de un canal de denuncia lo implementen de forma respetuosa con el contenido de la Directiva. Para las que ya lo tengan, es conveniente que revisen que este se adecúa a la normativa europea.

Quedamos a su disposición para cualquier aclaración o comentario que pudieran precisar en relación con esta *Newsletter*.

* * *