



La Directiva del whistleblowing

POR ANA MARZO
Marzo & Abogados

Aunque España debe poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (también llamada Directiva del whistleblowing) a más tardar el 17 de diciembre de 2021 (plazo que se amplía al 17 de diciembre de 2023 para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores), me atrevo a decir que “no se la ve, pero se la espera”.

No obstante, el hecho de que se espere la norma local no quiere decir que España llegue a tiempo a dar cumplimiento a esta obligación, teniendo en cuenta que ya tenemos tradición en ser apercibidos y multados por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea por no transponer a tiempo las directivas, como muestra de ello, recordamos el caso reciente de las históricas sanciones de quince millones de euros y de ochenta y nueve mil euros diarios impuestas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TUJE) a España, por no transponer a tiempo la directiva de protección de datos para investigaciones criminales, actualmente ya transpuesta y publicada en el BOE de 27 de mayo de 2021).

El objetivo de la Directiva, y por tanto de la futura norma de transposición, es la protección. Fundamentalmente trata de proteger a las personas que informen o denuncien infracciones del Derecho en el ámbito de empresas privadas y administraciones públicas. La norma parte de la base de que las personas denunciadas necesitan protección jurídica especialmente frente “represalias laborales”. La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad frente a la persona jurídica (pública o privada) de la que dependen de facto a efectos laborales.

Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias.

¿Y qué se entiende por represalia en la norma? Cualquier acción u omisión, directa o indirecta, en el contexto laboral que esté motivada por una denuncia y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante.

En cuanto a las materias sobre las cuales existe una obligación de denuncia por parte de cualquier trabajador, la Directiva contempla expresamente un listado de materias que cada país, al transponer la norma a su Derecho local, puede ampliar a otros ámbitos o actos no previstos en la Directiva. Estas materias son las siguientes, entre otras: normas de competencia, salud pública, protección del medioambiente, protección de los consumidores, protección de la privacidad, los datos personales y seguridad de las redes y sistemas de información, seguridad del transporte y otras.

Pero ¿cómo se llevarán a cabo estas denuncias?. La Directiva y futura norma local, prevé la obligación de las entidades jurídicas de los sectores privado y público de establecer canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento de dichas denuncias para que los trabajadores de la entidad u organismo público, puedan comunicar información sobre infracciones por ellos conocidas. Esta obligación se aplica, en el caso de las entidades jurídicas del sector privado, a aquellas que tengan 50 o más trabajadores.

Como no podía ser de otra manera, la norma impone la obligación de mantener la confidencialidad del denunciante (durante el proceso de denuncia y de investigación) y de toda la información proporcionada por este así como la derivada de las investigaciones oportunas, de dar respuesta al denunciante y de tratar la infracción denunciada.

Por tanto, estos canales de denuncia deben estar diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura para garantizar tanto la confidencialidad de la identidad del denunciante como la de cualquier

Las personas denunciadas necesitan protección jurídica especialmente frente “represalias laborales”



tercero mencionado en la denuncia impidiendo el acceso a la denuncia a cualquier persona no autorizada.

Además los canales deben generar un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de la recepción y se establece como “plazo razonable” para dar respuesta al denunciante un máximo de tres meses a partir del acuse de recibo.

Estos canales deben permitir tanto la denuncia por escrito como verbalmente, o de ambos modos y tanto denuncias con identificación del denunciante como anónimas. La denuncia verbal debe ser posible por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable.

La gestión de los canales de denuncia podrá ser interna (por una persona o departamento designados al efecto) o externa (por una tercera entidad), permitiéndose a las entidades jurídicas del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores la posibilidad de compartir recursos para la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo.

Volviendo al objetivo de la norma, la protección, la norma también vela por la protección de las personas denunciadas, es decir, que las medidas de protección que exige establecer la Directiva son tanto para evitar las represalias contra los denunciantes, como para garantizar que las

La Directiva contempla expresamente un listado de materias que cada país, al transponer la norma a su Derecho local, puede ampliar a otros ámbitos o actos no previstos

llamadas “personas afectadas” (persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción) gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente.

Esta nueva norma obviamente supone una obligación para las entidades públicas y privadas pero, puede verse también como una oportunidad para aquellas entidades que, en el empeño de “hacer bien las cosas”, integran los canales de denuncia como un elemento que les permite detectar incumplimientos y establecer mecanismos para responder frente a ellos y también para evitar que vuelvan a producirse. Aunque por otro lado, esto implica que las empresas y entidades públicas estén dispuestas a escuchar “lo que no gusta” y “lo que se hace mal” para a partir de ello, poner medidas y aprender de los errores.

No obstante, para que los canales resulten efectivos resultará fundamental que las entidades obligadas pongan en marcha una serie de procedimientos integrados dentro de Programas de Compliance (o programas de cumplimiento normativo) para garantizar que los canales resultan útiles y efectivos.

¿Y qué deben contener estos Programas de Compliance?. Para lograr un mayor grado de cumplimiento de las normas y efectividad de los canales, los procedimientos a poner en marcha para que los canales sean efectivos, deben ser, un código ético y normativa o políticas internas que dejen claras las conductas permitidas y las prohibidas; una política o reglamento de funcionamiento del canal de denuncias, para promover su utilización; acciones de formación e información a empleados para fomentar su utilización sobre dónde y cómo utilizar el canal de denuncias; cláusulas de confidencialidad

reforzadas para las personas que acceden al canal; procedimientos de investigación y recursos; un régimen disciplinario claro y mecanismos para hacerlo efectivo y la revisión periódica mediante controles y auditorías de todo el sistema.

En definitiva con la nueva Directiva y futura transposición local hemos pasado del compromiso con el negocio a la obligación legal de implantar elementos y programas de responsabilidad social empresarial y corporativa, no solo para la rendición de cuentas sino también para la mejora social, económica y ambiental por parte de empresas y cualquier tipo de organización, incluido el sector público.

Ello no solo mejorará la situación competitiva y el valor de una organización sino también impulsará la ética de los negocios y la transparencia, tanto en el sector público como en el privado. ■

Ello no solo mejorará la situación competitiva y el valor de una organización sino también impulsará la ética de los negocios y la transparencia tanto en el sector público como en el privado

