

LOS SISTEMAS INTERNOS DE DENUNCIAS (*WHISTLEBLOWING*) EN LA DIRECTIVA 2019/1937 Y EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE INFORMANTES

WHISTLEBLOWING IN DIRECTIVE 2019/1937 AND THE PRELIMINARY DRAFT LAW ON WHISTLEBLOWERS*

Gloria Pilar Rojas Rivero**

Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La Directiva 2019/1937 de protección a denunciantes (*whistleblowing*); 2.1. Objeto; 2.2. Materias objeto de infracción o irregularidad; 2.3. Denunciantes o informantes protegidos; 2.4. Canales de denuncia; 2.5. Requisitos para la obtención de protección; 2.6. Sanciones e indemnizaciones reparatoras. –3. El Anteproyecto de Ley sobre Informantes; 3.1. Ámbito material; 3.2. Ámbito personal; 3.3. Los Sistemas internos de información; 3.3.1. Sujetos obligados; 3.3.2. Plazos para establecerlos e impugnación de sus decisiones; 3.4. Protección a los informantes; 3.4.1. Concepto de represalia y ejemplos; 3.4.2. Medidas de protección y exención de responsabilidad. –4. Sobre la potencial aplicación de esta normativa a un supuesto de hecho integrado en las relaciones laborales. –5. La protección de datos en el Anteproyecto de Ley sobre Informantes. –Bibliografía.

RESUMEN

La entrada en vigor de la norma que transponga la Directiva 2019/1937 deberá garantizar que las personas trabajadoras que informen de conductas empresariales que supongan incumplimientos encuadrables en la Directiva, no sufran perjuicio alguno sino la debida protección por parte de los tribunales laborales, que verán facilitado con ella su juicio de ponderación entre los derechos de libertad de expresión y/o de información, los deberes de buena fe y los derechos de la empresa ante informaciones canalizadas conforme establezca la ley.

ABSTRACT

The entry into force of the law transposing Directive 2019/1937 should ensure that employees who report on company conduct that involves breaches of the Directive do not

* Recibido el 30 de mayo de 2022. Aprobado el 19 de septiembre de 2022.

** Catedrática de Derecho del Trabajo. Vicepresidenta de Investigación de la AEDTSS.

suffer any prejudice but rather receive due protection by the labor courts, which will facilitate their judgment of the weighing of the rights of freedom of expression and/or information, the duties of good faith and the rights of the company in the face of information channeled in accordance with the law.

Palabras clave: protección de denunciadores, represalia, protección de datos.

Key words: whistleblowing protection, reprisal, data protection.

1. INTRODUCCIÓN

La STC 146/2019, de 25 de noviembre, otorga el amparo y anula la sentencia recurrida por haberse despojado al trabajador de la libertad de expresión que le reconoce el art. 20.1 a) CE. La crítica había trascendido más allá de la empresa y se había considerado que aquel derecho debía ceder ante un deber de lealtad entendido en términos absolutos de “sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial”.

Después de algo más de treinta años, en que por primera vez me adentré en el estudio de la libertad de expresión del trabajador¹, he tenido ocasión, casi siempre ante pronunciamientos judiciales, de volver a reflexionar sobre este derecho laboral, “inespecífico” en tanto que adquiere, al ser ejercitado por los trabajadores en el ámbito del contrato de trabajo, un contenido o dimensión laboral sobrevenidos (Palomeque). Téngase en cuenta que la jurisprudencia en materia de libertad de expresión y de información es polémica, pero no por las bases dogmáticas o conceptuales de enjuiciamiento, que son firmes, sino por las valoraciones y ponderaciones a que obliga una jurisprudencia acentuadamente casuística al valorar la modulación que el ejercicio de estos derechos sufre con ocasión de la especial situación de subordinación a que se ve sometido el trabajador respecto del empresario.

En esta ocasión, lo hago de nuevo ante la aparición de una novedosa circunstancia cuyo análisis resulta imprescindible. En el ámbito de la UE se ha aprobado hace ya dos años y medio, la Directiva 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 Unión², conocida como Directiva Europea de protección a denunciadores (*whistleblowing*), cuyo objetivo es proteger especialmente a quienes trabajen en el sector privado o público, que hayan obtenido información sobre infracciones del Derecho de la Unión en un contexto laboral, y lo denuncien. El significado de lo que la aplicación de esta Directiva pueda suponer en el ámbito de las relaciones laborales tendrá que ver, sin duda, con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de las personas trabajadoras y, también sin duda, con el derecho a la libertad de información, además de servir, muy posiblemente, para dejar más claros los límites a su ejercicio y la necesaria ponderación con otros derechos con los que puede entrar en conflicto en los específicos casos previstos en la norma.

¹ ROJAS RIVERO, Gloria P., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991.

² <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>

Por otra parte, la normativa de protección de datos permite poner en marcha este tipo de sistemas siempre que se respeten una serie de principios básicos relacionados con la privacidad, como informar a las personas trabajadoras de la existencia de los canales de denuncia, respetar el principio de proporcionalidad y de limitación de la finalidad, proteger al denunciante, limitar el acceso a la información, limitar, también, la conservación de los datos en el tiempo y, finalmente, garantizar los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición del denunciado, sin que ello implique revelar la identidad del denunciante. Lo veremos con más detalle al final pero aquí está la conexión con este tema que, por otra parte, desarrollo en cuanto tiene aspectos relacionados con las libertades de las personas trabajadoras a enjuiciar por los tribunales de lo social, que es lo que realmente me parece interesante de esta normativa, más que, en particular, la protección de datos del denunciado, empresario infractor.

2. LA DIRECTIVA 2019/1937 DE PROTECCIÓN A DENUNCIANTES (*WHISTLEBLOWING*)

Sin ánimo de exhaustividad, trataré simplemente de descubrir si puede apelarse a esta Directiva cuando los trabajadores denuncien irregularidades de la dirección empresarial y, en su caso, cómo han de hacerlo y respecto de qué incumplimientos. La respuesta a la primera de las incógnitas nos la da la propia Directiva cuando, con carácter general, protege a los trabajadores, en la medida en que en muchas ocasiones son las primeras personas que tienen conocimiento de la comisión de irregularidades (cdo.1). Por su parte, las medidas de protección que contiene se refieren, a grandes rasgos, a la prohibición de represalias, al acceso a vías de recurso y a indemnización o reparación real y efectiva en caso de que las haya, así como a la adopción de medidas provisionales mientras dure la resolución judicial del caso. Con tal finalidad los Estados deberán regular en el sentido de la Directiva y adoptar medidas organizativas que hagan efectiva la protección perseguida creando, incluso, un régimen sancionatorio específico.

Importante, también, es que la norma europea prevé, con el fin de detectar más rápidamente los incumplimientos del conjunto de Reglamentos y Directivas europeas recogidas en su Anexo, –sean administrativos, penales o de otro tipo–, la creación de canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, que garanticen la mencionada ausencia de represalias.

En fin, se trata de un instrumento más, de los aprobados a nivel europeo en los últimos años, para favorecer lo que se conoce como *compliance* o cumplimiento normativo que, además, será de aplicación a muy diversos ámbitos. Por ejemplo, con ella se permite la creación de canales de denuncia para los casos previstos en el art.31 bis del Código Penal, en el que se recoge como causa de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la implantación efectiva de un sistema de *compliance* penal, y se garantiza la protección a sus denunciantes añadiendo más relevancia a esta figura de la que hasta la actualidad había tenido. El apartado 5.4 de dicho precepto viene exigiendo a las empresas que quieran reducir su responsabilidad a través de un sistema de *compliance* penal, que éste obligue a denunciar posibles incumplimientos del ordenamiento jurídico penal, pero sin imponer de manera directa la creación de canales de denuncia. Ahora, con la Directiva, se exige la creación de dichos canales, por un lado, y se garantiza la protección a los denunciadores, por otro.

Algunos países cuentan ya con normas protectoras de los *whistleblowers*. De forma destacada Irlanda, en donde son conocidos los casos de imposición de sanciones cuantiosas a las empresas que han dado un trato negativo a sus trabajadores después de que éstos hayan denunciado incumplimientos normativos. También en Islandia el derecho de denuncia se encuentra legalmente protegido. Y en Japón, una legislación pionera no sólo permite a las grandes empresas contar con canales internos de denuncias, prohibiendo las represalias como despidos, degradaciones de puestos o disminuciones de salarios, sino que existe una oficina gubernamental, dentro del propio Ministerio de Justicia, de ayuda al denunciante.

También existía ya en la UE una normativa de este tipo en el ámbito de los servicios financieros, que fue introducida como consecuencia de la crisis financiera, la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que regula la protección del denunciante en relación con el Reglamento (UE) 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito. En materia de seguridad aérea, el Reglamento (UE) 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, contiene medidas específicas de protección frente a represalias de los trabajadores que informen sobre sus propios errores cometidos de buena fe. En materia medioambiental, la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se ve ampliada ahora al ponerse el acento en la importancia de introducir una mayor protección a los denunciantes de incumplimientos de la normativa relativa al medioambiente, ya que éstos pueden provocar perjuicios para el interés público y posibles efectos colaterales a escala global. Y en materia tributaria, como antecedente próximo de la actual, se encuentran la Directiva 2018/822 sobre intermediarios fiscales y la Norma UNE 19602 de “Sistemas de Gestión de *Compliance* Tributario. Requisitos para su uso”. La protección ahora añadida trata de impedir posibles represalias al denunciante que informe de prácticas fraudulentas y/o de evasión fiscal que de otro modo no serían detectadas.

2.1. Objeto

El objeto de la Directiva 2019/1937 es, conforme establece su art.1, “reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”. Esto es, se trata de proteger a las personas que den información, obtenida en un contexto laboral, sobre irregularidades en la contratación pública, prevención del blanqueo de capitales o salud pública, y otros ámbitos y sectores como son el financiero, de seguros, de auditoría, de competencia o de mercados de valores.

La Comisión alienta a los Estados miembros a ir más allá de esta norma mínima y establecer marcos integrales para la protección de denunciantes basados en los mismos principios. España, en su Anteproyecto de ley abarca una amplia tipología de delitos e infracciones administrativas, de tal manera que se configura como una herramienta para combatir cualquier quebranto económico contra la hacienda pública, así como aquellos aspectos que vulneren la seguridad y salud en el trabajo.

Destaquemos algunos puntos relevantes a los efectos que ahora interesan.

Los denunciantes deben tener motivos razonables para creer, en el momento de la denuncia, que los hechos son ciertos, es decir, se excluyen de la protección las denuncias malintencionadas o abusivas (cdo.32), aunque no las inexactas por error de buena fe (cdo.9). Se excluyen de protección, por tanto, quienes comuniquen informaciones sobre infracciones ajenas al ámbito de aplicación de la Ley o que estén ya disponibles al público, o que se refieran a simples rumores (cdo.43) o a conflictos interpersonales, si bien en este último caso los Estados miembros pueden decidir no excluirlos (cdo.21). Eso sí, la protección se extiende a los informantes anónimos si posteriormente son identificados. Los motivos para informar de la posible infracción deben ser completamente irrelevantes para recibir protección (cdo.32).

2.2. Materias objeto de infracción o irregularidad

El ámbito de aplicación material de la Directiva (art.2.1 y Anexo), que podrá ampliarse por cada Estado miembro, se circunscribe a las siguientes categorías:

- 1) Contratación pública (procedimientos, adjudicación de concesiones, en defensa y seguridad, agua, energía, transportes y servicios postales...).
- 2) Servicios, productos y mercados financieros, y prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- 3) Seguridad de los productos y conformidad (comercializados en el mercado de la Unión, sensibles y peligrosos...).
- 4) Seguridad del Transporte (ferroviario, aviación civil, por carretera, marítimo, terrestres de mercancías peligrosas..., control de buques).
- 5) Protección del medio ambiente (residuos, contaminación, gestión de aguas y suelos, naturaleza, biodiversidad..., seguridad en operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro).
- 6) Protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear (protección sanitaria de la población respecto a sustancias radiactivas en las aguas, exposición a radiaciones ionizantes, contaminación radiactiva,...).
- 7) Seguridad de los alimentos y piensos, sanidad animal y bienestar de los animales.
- 8) Salud pública (sangre humana, donación, procesamiento, calidad y seguridad de órganos, de medicamentos y productos de uso médico, derechos de los pacientes, fabricación y venta de tabaco...).
- 9) Protección de los consumidores.
- 10) Protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y de los sistemas de información.
- 11) Infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión.
- 12) Infracciones relativas al mercado interior, incluidas las infracciones en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior, en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

Aunque a la vista del listado de materias sobre las que puede tener interés informar y, en consecuencia, aplicarse la Directiva y la norma que la transponga, solo el punto 10 puede presentar interés para un curso monográfico sobre Protección de datos, si atendemos a las distintas actividades a que se pueden dedicar tanto las empresas privadas, las públicas, como las propias Administraciones, se comprueba que se abre un amplio abanico de posibilidades en que los tribunales laborales tendrán que atender a la aplicación de esta normativa (seguridad del transporte, protección del medio ambiente, seguridad de los alimentos, sanidad animal, salud pública, protección de consumidores, infracciones fiscales sobre impuesto de sociedades, etc.).

El art.5 define algunos de los términos más importantes utilizados en la Directiva, entre ellos destaco lo que ha de entenderse por “infracciones”: *acciones u omisiones ilícitas relacionadas con las cuestiones recogidas en el art.2, o que desvirtúen el objeto o finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del art.2; y por “contexto laboral”: las actividades de trabajo, presentes o pasadas, en el sector público o privado, a través de las cuales... las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información.* Tantos otros, como denuncia, denunciante, facilitador, represalia, seguimiento o respuesta, plantean menos dudas de interpretación a los efectos aquí analizados.

2.3. Denunciantes o informantes protegidos

Con la idea de continuar indagando sobre la afectación al Derecho del Trabajo de esta normativa, encontramos que en el ámbito personal de aplicación, que incluye a los denunciantes que trabajen tanto en el sector público como privado, se encuentran, entre otros, los trabajadores y funcionarios, que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, aun cuando su relación laboral haya finalizado o se encuentren en proceso de selección (art.4).

2.4. Canales de denuncia

Convencidos ya de que esto interesa al Derecho del Trabajo, vemos que la Directiva obliga a establecer canales de denuncia, que pueden ser internos, dentro de la propia organización, o externos, ante las autoridades competentes; exigiendo a las entidades privadas contar con ellos cuando tengan una plantilla de 50 o más trabajadores (art.8.3) o incluso menos en atención al nivel de riesgo en materia de medio ambiente y salud pública (art.8.7); y debiendo garantizarse que el denunciante elija el canal más adecuado atendiendo a sus necesidades concretas.

Las denuncias internas deben poder hacerse tanto de manera verbal como escrita. La denuncia verbal podría ser por vía telefónica o a través de otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial.

Respecto de los canales de denuncia externos, que también deben permitir la denuncia escrita o verbal, la Directiva impone la obligación a los Estados Miembros de designar a las autoridades competentes para recibir las denuncias, y de obligarlas a que les den respuesta y realicen un seguimiento adecuado de las mismas.

Con carácter previo a la aprobación de esta Directiva el establecimiento de sistemas internos de *compliance* era voluntario. Ahora, la obligación de crear canales internos de denuncia para las medianas y grandes empresas es una realidad que se hará plenamente efectiva en diciembre de 2023, lo que exige a las organizaciones adaptar sus estructuras a estos cambios con la mayor celeridad y eficacia posibles.

Los Estados miembros, por su parte, deberán designar a las autoridades competentes que reciban y den respuesta a las denuncias externas que realicen los denunciados, ya sea porque han realizado previamente una denuncia interna y ésta no ha prosperado, o porque han preferido acudir directamente a dichas autoridades³.

2.5. Requisitos para la obtención de protección

En el art.15 se exigen una serie de requisitos que deben concurrir para evacuar la protección: que no se hayan tomado medidas apropiadas por parte de la entidad infractora antes de la denuncia; que el denunciante tenga motivos razonables para pensar que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público; que en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalia o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción.

2.6. Sanciones e indemnizaciones reparatorias

En el art. 23 se exige a los Estados miembros la imposición de sanciones, efectivas, proporcionadas y disuasorias, a las personas físicas o jurídicas que impidan o intenten impedir denuncias, que adopten medidas de represalia contra los denunciados, que promuevan procedimientos abusivos contra ellos y que incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la entidad de los denunciados; así como también a los denunciados que hubieran comunicado o revelado públicamente información falsa de mala fe. Del mismo modo, se impone a los Estados miembros la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de las denuncias o revelaciones públicas de conformidad con el derecho nacional.

Para terminar, y dado que no viene al caso continuar desgranando la regulación contenida en la Directiva respecto a la protección que efectivamente otorga y a cómo ha de eva-

³ Vid. más ampliamente CAMPANÓN GALIANA, Laura, "Análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 (*Whistleblowing*), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión", *Diariolaley*: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GRRna9jJlyzHMkobelds4Rhcq7XINPn3VZcKHtJDn_TuFfM64MLGkguePm-YIKqyJkrr1Qy5omlYi9EfP7YRfSmwXCH2ZE3TvEyYcY-D R a E X Z Y e 5 W m Z g Y 4 g m L E G 2 r y k S P P 5 i D B w 6 U O s j b 2 - Cc6Qct9a1b3e7VjLkIYC7BY2JUJ_DTQcQbXxCynY7g0Uh4vQpDOyi35b3pKrnCj5zO_17ZKL0HxI-lmNw79wkWPgOD8gAAAA==WKE (disponible 14-04-2022). TAPIA HERMINA, Alberto, "La protección de los denunciados (*whistleblowers*) de infracciones de la regulación de los servicios financieros en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/1937", *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 4-12-2019: <http://ajtapia.com/2019/12/la-proteccion-de-los-denunciados-whistleblowers-de-infracciones-de-la-regulacion-de-los-servicios-financieros-en-la-union-europea-la-directiva-ue-2019-1937-1/> (disponible 14-04-2022).

cuarse la misma, pues se necesitaría más tiempo y espacio, mejor será atender al contenido del ya existente Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que trata de transponerla al Derecho español.

En efecto, un aspecto importante de la lucha contra la corrupción es la protección de los muchos trabajadores que están alerta y que, en todos los niveles jerárquicos de las instituciones públicas y financieras, han revelado información sobre irregularidades, con frecuencia a costa de sus empleos y carreras. En recientes debates sobre las normas internacionales se alude a esta lucha, por ejemplo en el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el trabajo, de 2019, en el que se pide a los Estados Miembros que adopten medidas para proteger a quienes denuncien actos de violencia o acoso en el trabajo, así como en la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2016 relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, en la que también se insta a los Estados Miembros a que protejan a los denunciantes de actos de corrupción como medio de combatir ésta. La protección de los denunciantes contribuye a crear un entorno propicio para el trabajo decente y el crecimiento sostenible⁴.

3. EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE INFORMANTES

Por lo que ahora interesa, destacaremos de este Anteproyecto de Ley, y siempre con la prudencia de estar ante un texto que solo ha pasado el trámite de consulta, audiencia e información pública de la Ley 50/1997 del Gobierno, aquellos aspectos que puedan interesar al ámbito de las relaciones laborales y de competencia material del orden jurisdiccional social.

Se trata, o se tratará cuando se apruebe, de una norma que regule y proteja las informaciones que puedan ayudar a la investigación y persecución de conductas ilegales, unas de larga tradición en España (sobre normativa urbanística, que perjudiquen el ambiente o dañen el patrimonio histórico-artístico, entre otras), otras más acordes con el impulso del Derecho de la UE (en el ámbito financiero o de defensa de la competencia) (EM del Anteproyecto). La eficacia del Derecho y el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas precisan de la colaboración ciudadana y del compromiso colectivo con tales fines. Proteger a los denunciantes de todo tipo de represalias se convierte en una necesidad. Al transponer la Directiva, la norma obliga a muchas empresas y entidades públicas a contar con canales internos de comunicación, en la medida en que se considera que es preferible que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños. Además de tales canales internos, exige la Directiva la determinación de otros canales de comunicación, bautizados como “externos”, con el fin de ofrecer a los ciudadanos una comunicación con una autoridad pública especializada, lo que les puede generar más confianza al disipar su temor a sufrir alguna represalia en su entorno. En consecuencia, al decir de la EM, los dos objetivos de la Direc-

⁴ CHALOUAT-CARRIÓN CRESPO-LICATA, Prefacio de *Legislación y práctica en materia de protección de denunciantes en el sector público y en el sector de servicios financieros*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.

tiva, proteger a los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de comunicación, se incorporan en el contenido de esta ley.

Bien, veamos lo que de esta futura norma pueda interesar a quienes operamos en el ámbito de las relaciones laborales.

3.1. Ámbito material

Con carácter previo es preciso detenerse en el ámbito material de aplicación de la ley recogido en el art.2, en el que se dice que la norma protege a las personas físicas que informen de infracciones del Derecho de la Unión Europea enumerados en el Anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 que, con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno, afecten a los intereses financieros de la Unión o incidan en el mercado interior; de infracciones penales o administrativas, o cualquier vulneración del ordenamiento jurídico, que afecten al interés general (añadido de la norma interna respecto del listado contenido en la Directiva) y no cuenten con una regulación específica. En todo caso, se entenderá afectado el interés general cuando la acción u omisión de que se trate implique quebranto económico para la Hacienda Pública.

Importante para nosotros es el apartado 2.º de tal precepto en el que se establece, como añadido también a las materias contempladas en la Directiva) que La protección de los trabajadores que informen sobre infracciones del derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo prevista en esta ley, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica.

Como es obvio se establece que no habrá protección respecto de informaciones clasificadas ni afectadas por los deberes de confidencialidad de *médicos, abogados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del secreto de las deliberaciones establecido en leyes y reglamentos, y del carácter reservado la información con trascendencia tributaria y de cualquier otra información cuando así lo establezca su normativa específica.*

3.2. Ámbito personal

Por su parte, el art.3, respecto al ámbito personal de aplicación, señala que *La presente ley se aplicará a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, comprendiendo en todo caso: empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena; autónomos;... cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores; también a aquellos cuya relación laboral o estatutaria haya finalizado, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquéllos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual; a los representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante...*

Queda absolutamente claro que esta norma afectará a las personas trabajadoras de manera principal, tanto en el sector privado como público y eso es, de momento, lo que nos interesa.

3.3. Los Sistemas internos de información

Sobre los Sistemas internos de información, el Capítulo I del Título II, establece que las empresas obligadas deben implantar su sistema interno de información “previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras”, designando a un “Responsable del Sistema”, e informando de forma clara y accesible sobre ellos y sobre sus principios y políticas al respecto. Deberá garantizarse la protección del informante y la confidencialidad de su identidad y, conforme exige la Directiva, el sistema debe permitir las comunicaciones por escrito (en papel o electrónicamente), verbales o de ambas formas, incluso la tramitación de comunicaciones anónimas. Las actuaciones de investigación tendrán una duración máxima de tres meses, ampliables por otros tres en casos de especial complejidad. La gestión del sistema interno de información se podrá llevar a cabo dentro de la propia empresa o bien mediante un tercero externo que deberá ofrecer garantías del respeto a los principios informadores del procedimiento (arts.4 a 9). Todas las comunicaciones e investigaciones se conservarán en un libro-registro, garantizándose su confidencialidad y previéndose su acceso por requerimiento en auto de la autoridad judicial, en el curso de un procedimiento judicial. Los datos personales obrantes en tal documentación se conservarán sólo por el tiempo necesario y por un máximo de 10 años (art.26.1 y 2).

3.3.1. Sujetos obligados

Por su parte, en el Capítulo II, referido al sistema interno de información en el sector privado, el art.10.1, a) obliga a que dispongan de uno las empresas con 50 o más trabajadores y, también, *Los partidos políticos, los sindicatos, las patronales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos* (10.1, c). Las empresas que cuenten con menos trabajadores “podrán” establecer su propio sistema interno de informaciones cumpliendo, en su caso, los requisitos de la norma (10.2).

Respecto a las personas jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente a que se refieren las partes I.B y II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, se estará, sin embargo, a lo establecido en su normativa específica (10.1, b), aplicándose esta norma solo en lo no previsto en ella. En los grupos de empresas (art.11) resulta obligada la sociedad dominante.

Las empresas de entre 50 y 249 trabajadores que así lo decidan (art.12) podrán tener sistemas compartidos, también los municipios de menos de 10.000 habitantes y las entidades del sector público vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales con menos de 50 trabajadores (art.14). En el art.13 se aclara que todas las entidades del sector público resultan obligadas por la ley y que se entienden comprendidos en el sector público la AGE, las Administraciones de las CCAA y Ciudades Autónomas, las Entidades locales, los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de al-

guna AP, asociaciones y corporaciones en que aquellas participen, Autoridades Administrativas Independientes y Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, Universidades públicas, Corporaciones de Derecho Público, y Fundaciones del sector público.

3.3.2. Plazos para establecerlos e impugnación de sus decisiones

El plazo máximo para establecer los Sistemas internos de información será de 3 meses a partir de la entrada en vigor de la norma y, excepcionalmente, hasta 1 de enero de 2023, las empresas con menos de 249 trabajadores (DT 3ª), anticipándose así casi un año el plazo máximo de aplicación previsto por la Directiva para estas empresas.

Las decisiones adoptadas por los canales internos no son recurribles en vía administrativa ni contencioso-administrativa; en su caso se podrá acudir al canal externo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (art.13.5 en relación a los arts.42 a 59).

3.4. Protección a los informantes

Ya en el Título VII, el art.35 la norma española opta por excluir de protección las reclamaciones sobre conflictos interpersonales, las informaciones que estén completamente disponibles al público o que sean meros rumores.

3.4.1. Concepto de represalia y ejemplos

En el art.36 se regula lo que se entiende por represalia (aptdo.2): *cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, sólo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública, y siempre que tales actos u omisiones se produzcan mientras dure el procedimiento de investigación o en los dos años siguientes a la finalización del mismo o de la fecha en que tuvo lugar la revelación pública. Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.* Dentro de la lista contenida en el aptdo.3 serían represalias en el ámbito laboral la suspensión o extinción del contrato de trabajo, la degradación o denegación de ascenso o cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo, salvo que la medida se adopte en el ejercicio regular de las facultades empresariales y por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas y ajenas a la denuncia formulada. También se mencionan las situaciones de daños reputacionales o de acoso, anulación de licencias y permisos, listas negras que dificulten el acceso al empleo y evaluaciones de desempeño negativas.

3.4.2. Medidas de protección y exención de responsabilidad

En el art.38 se advierte que las medidas de protección frente a represalias establecidas en esta ley se aplicarán sin perjuicio de las normas específicas aplicables conforme a la normativa laboral. Que en los procedimientos laborales ante un órgano jurisdiccional relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demos-

trado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la presente ley (art.27) y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública, en cuyo caso corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculadas a la comunicación o revelación pública. Así mismo, en los procesos judiciales civiles o laborales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, las personas a que se refiere la presente ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente ley. El régimen de protección especial se acota en el tiempo, hasta transcurridos dos años desde la finalización del procedimiento de investigación.

No voy a entrar aquí en las medidas para la protección, los programas de clemencia, las autoridades competentes (Autoridad Independiente de Protección del Informante, autoridad administrativa adscrita al Ministerio de Justicia, cuyo régimen jurídico se regula en el Título VIII), ni en el Régimen sancionador del Título IX, del que solo señalaré que el art.63 distingue entre infracciones calificadas como leves, graves o muy graves, tipificando como muy grave cualquier represalia al informante o la vulneración de las garantías de confidencialidad u otras que son propias del procedimiento, con previsión de sanciones administrativas por importe de hasta 600.000€, entre otras medidas; y que el art.67 establece que *“El ejercicio de la potestad sancionadora previsto en este título es autónomo y podrá concurrir con el régimen disciplinario del personal funcionario, estatutario o laboral que resulte de aplicación en cada caso”*.

4. SOBRE LA POTENCIAL APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA A UN SUPUESTO DE HECHO INTEGRADO EN LAS RELACIONES LABORALES

Me propongo averiguar si a partir de ahora, asuntos como el que trae causa de la STC 146/2019, habrían de analizarse bajo el paraguas protector de dicha normativa, además o incluso al margen, de la mera perspectiva constitucional de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión o de información. Todo ello, obviamente, a partir de que el Estado español, en cumplimiento del plazo otorgado en el art.26 de la Directiva (de 17 de diciembre de 2021, ya incumplido), proceda a transponerla y/o, para el caso de las empresas privadas de entre 50 y 249 trabajadores, dicte, antes de 17 de diciembre de 2023, las normas necesarias para dar cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna en virtud de su art.8.3.

El asunto a que se refiere la STC 146/2019 es el de una empresa que advierte al trabajador que es contrario a la buena fe contractual haber acudido al ayuntamiento a trasladar quejas sobre su puesto de trabajo y el centro en el que prestaba servicios. Y ello aunque el ayuntamiento fuese el titular del centro de día en el que trabajaba. Las quejas estaban referidas, entre otras, a falta de material sanitario, de oficina, maletín de curas, aparca-

miento y despacho propios, sobre las que la empresa entiende que unas no eran necesarias para el ejercicio de sus funciones y otras excedían de las necesidades de desempeño de su categoría profesional. La empresa, además, reprocha al trabajador incumplimiento de horarios, tiempo excesivo de presencia en el puesto cuando no era necesario, haber aludido a cuestiones absolutamente falsas, a incidentes en que no había participado o haber cuestionado la preparación del personal para dar de comer a los usuarios, lo que resultaba falso. A la vista de todo ello, se le indicaba que las quejas y sugerencias las debía realizar a través de sus superiores jerárquicos en su empresa, que debía respetar a la empresa y no hacer juicios de valor, difamarla o realizar falsas denuncias, y que debía prestar sus servicios diligentemente, adecuándose a su puesto y a sus tareas, acusándole de alguna negligencia. La cosa queda en advertencia, pero un mes más tarde, se le despidió por disminución del rendimiento y mala comunicación con el equipo y con sus superiores, lo que generaba gran desconfianza hacia su persona. Se le reprocha también actitud pasiva y horario inadecuado, por exceso.

En la demanda se interesa la nulidad por falta de expediente contradictorio exigido en el convenio colectivo, por la inconcreción de la carta de despido y por represalia por el ejercicio de la libertad de expresión e información (concretamente, por las denuncias sobre las deficiencias del servicio formuladas ante el ayuntamiento).

En la instancia se declara la nulidad por lesión de la libertad de expresión, pero no hubo readmisión dado que el contrato temporal para el fomento del empleo de discapacitados, suscrito por el actor, había finalizado en la fecha del juicio; y en suplicación, se estima en parte el recurso al entender que existía “un proceder atípico por la inoportunidad del organismo al que se dirigió” y, por tanto, “transgresión de la buena fe contractual”, con lo que se declara la improcedencia, pero en realidad por defectos formales y por haberse amonestado ya la conducta. La casación para u.d. se inadmitió y el recurso de amparo plantea, en síntesis, la cuestión de “si cualquier reclamación o queja, ya sea de tipo laboral o propiamente relacionada con la gestión del centro, por el mero hecho de ser planteada por el trabajador ante el titular del servicio, constituye una infracción de la buena fe en el marco de una relación laboral, o si ejercida de manera correcta, las mismas quedan amparadas en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, opinión e información, y por lo tanto, el despido por la existencia de tales reclamaciones debe considerarse nulo, por violación de los derechos fundamentales referidos”.

Tras el oportuno análisis de los derechos de libertad de información y de expresión, el TC considera que es la de expresión la libertad afectada al apoyarse el despido en las opiniones del trabajador, siendo la propia empresa la que lo vincula a los juicios de valor y quejas formuladas ante el ayuntamiento.

Tras la afirmación de que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como que la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, todo ello acompañado de la oportuna cita de doctrina constitucional y del TEDH, el TC procede a realizar la ponderación constitucional adecuada y respetuosa con el derecho a la libertad de expresión. En primer lugar se asegura que las manifestaciones realizadas ante el ayunta-

miento no contenían expresiones ultrajantes ni ofensivas, ni impertinentes e innecesarias para el fin pretendido, ni pusieron en juego la probidad, ética o prestigio profesional del empleador, de hecho en ningún momento se reprochó al trabajador tono duro, agresivo o inapropiado, sólo la deslealtad que supone dirigirse al ayuntamiento que no es su empleador. En segundo lugar se analiza el “límite adicional” que el contrato de trabajo añade al derecho cuestionado derivado del principio de buena fe entre las partes, sin aceptar los argumentos de suplicación respecto a la transgresión de la buena fe contractual por plantear el trabajador las quejas ante un organismo inapropiado, causando a la empresa un perjuicio injusto. A su argumentación añade que el contrato entre empleadora y ayuntamiento tiene por objeto servicios de tipo social, y que ello no debe resultar indiferente, aunque sí, en cambio, el mayor o menor fundamento de las reivindicaciones, pues al tratarse del derecho de libertad de expresión y no de información, sus opiniones o juicios de valor no están sometidos a una demostración de exactitud o prueba de veracidad.

Nuestra jurisprudencia está cargada de situaciones como esta y la conclusión que se desprende de la entrada en vigor de la normativa que venimos analizando es que, ante estos casos, en que las personas trabajadoras pretendan informar de conductas que sean encuadrables en la norma (en este caso podría estar implicada la salud pública, por ejemplo), el enjuiciamiento por parte de los tribunales laborales se vería facilitado en gran medida cuando existan y se utilicen canales de denuncia y sistemas de información tanto internos como, en su caso, externos ante autoridades competentes a las que dirigir la denuncia. En tales supuestos ya no sería necesario realizar la ponderación que tradicionalmente han tenido que efectuar los jueces y juezas entre los derechos de libertad de expresión y/o de información, los deberes de buena fe y los derechos de la empresa. Una conclusión que se desprende del art.38 de la futura norma antes citada, en cuyo apartado 4 se establece que *En los procedimientos laborales ante un órgano jurisdiccional relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con la presente ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. Invirtiéndose en ese caso la carga de la prueba, sigue diciendo la ley, para que sea la persona que haya tomado la medida perjudicial la que pruebe que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública. Así mismo, el apartado 5 advierte que en los procesos judiciales las personas a que se refiere la presente ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma, esto es, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente ley⁵.*

⁵ Vid. ROJAS RIVERO, Gloria. P. “La STC 146/2019, de 25 de noviembre: la libertad de expresión en el marco laboral en conexión con la protección del denunciante de la directiva 2019/1937”, *RDS* n.º 89, 2020, pp. 151-166. ISSN: 0797-2148 00274.

5. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE INFORMANTES

En un curso monográfico sobre Protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales, traer aquí la Directiva 2019/1937 y el Anteproyecto de Ley comentado se justifica principalmente por la existencia del Título VI, relativo a la Protección de datos personales, con sus artículos 29 a 34.

El régimen de tratamiento de datos personales que, sin ninguna duda, derivará de la aplicación de esta norma, se regirá por el Reglamento (UE) 2016/679 y las Leyes Orgánicas 3/2018 y 7/2021 (art.29). El tratamiento de los datos necesarios para aplicar esta ley, no solo se considerará lícito si respeta estas normas cuando sea obligatorio disponer de un sistema interno o externo de información y, cuando no, si cumple con el Reglamento (UE); sino que el derivado de una revelación pública se presumirá amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679, y 11 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo (art.30).

Cuando sean los interesados quienes faciliten sus datos personales se les informará de lo previsto en los arts.13 Reglamento (UE) y 11 LO 3/2018, además de que su identidad será reservada respecto de las personas a las que se refieren los hechos relatados y de terceros (que no serán nunca informadas de la identidad del informante). Y si acuden a sistemas internos, se les facilitará información de la autoridad competente del canal externo, incluidas instituciones, órganos u organismos de la UE. Para el ejercicio de oposición a la denuncia se considera legítimo, salvo prueba en contrario, el tratamiento de los datos personales del denunciado (art.31).

El art.32 regula el tratamiento de datos personales en los Sistemas internos de información, que queda limitado a los responsables del sistema y al Delegado de Protección de datos, advirtiéndose de que será lícito su uso por otras personas cuando resulte necesario para la tramitación de los procedimientos sancionadores o penales. Los datos se conservarán durante el tiempo imprescindible para decidir iniciar la investigación y transcurridos tres meses sin que se haga se suprimirán, salvo que se conserven para dejar evidencia del funcionamiento del sistema.

Se habrá de garantizar la identidad del informante, especialmente, que solo se podrá comunicar a la autoridad competente (judicial, fiscal o administrativa) en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora; así como la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas investigadas (art.33).

Las entidades obligadas a disponer de un sistema interno de comunicaciones y los terceros externos que lo gestionen, cuando no tuvieran obligación previa de designación conforme al Reglamento (UE), deberán nombrar un Delegado de protección de datos; así como también la Autoridad Independiente de Protección del Informante y las autoridades independientes que en su caso se constituyan (art.34).

El art. 50 APL, regulador del régimen de recursos, establece que los actos y resoluciones del Presidente de la Autoridad Independiente de Protección del Informante ponen fin a la

vía administrativa, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición y de lo establecido en el artículo 20, que se refiere a las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante cuando se utiliza el canal externo y dice que no son recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados. Cuando se trate de actos o decisiones de los órganos distintos del Presidente, los mismos no agotan la vía administrativa, pudiendo ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPANÓN GALIANA, Laura, “Análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 (*Whistleblowing*), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”, *Diariolaley*:
https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAC2NQWvDMAyFf818GRRna9jJlyzHMkobelds4Rhcq7XINPn3VZcKhtJDn_TuF fM64MLGkguePm-YIKqyJkrr1Qy5omIYi9EfP7YRfSmwXCH2ZE3TvEyYcY-D R a E X Z Y e 5 W m Z g Y 4 g m L E G 2 r y k S P P 5 i D B w 6 U O s j b 2 - Cc6Qct9a1b3e7VjLkIYC7BY2JUJUU_DTQcQbXxCynY7g0Uh4vQpDOyi35b3pKrNcj5zO_17ZKL0Hxl-lmNw79wkWPg0D8gAAAA==WKE
- CHALOUAT-CARRIÓN CRESPO-LICATA, *Prefacio de Legislación y práctica en materia de protección de denunciantes en el sector público y en el sector de servicios financieros*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- ROJAS RIVERO, Gloria P., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991.
- ROJAS RIVERO, Gloria. P. “La STC 146/2019, de 25 de noviembre: la libertad de expresión en el marco laboral en conexión con la protección del denunciante de la directiva 2019/1937”, RDS n.º 89, 2020.
- TAPIA HERMINA, Alberto, “La protección de los denunciantes (*whistleblowers*) de infracciones de la regulación de los servicios financieros en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/1937”, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, 4-12-2019: <http://ajtapia.com/2019/12/la-proteccion-de-los-denunciantes-whistleblowers-de-infracciones-de-la-regulacion-de-los-servicios-financieros-en-la-union-europea-la-directiva-ue-2019-1937-1/>
<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>