

WHISTLEBLOWING Y RELACIONES LABORALES: INFORMANTES, GARANTÍAS Y MECANISMOS DE DENUNCIA

Raúl López Baelo

Resumen: Los canales de denuncias internas se han constituido, con una inusitada celeridad, en elementos indispensables para la salvaguarda de la responsabilidad de las empresas, tanto desde una perspectiva punitiva como, de un tiempo a esta parte, eminentemente jurídico-laboral.

Sin embargo, tales mecanismos se hallan a día de la fecha faltos del adecuado desarrollo normativo y jurisprudencial, y ante un reto incipiente: resolver las incógnitas que ha despertado la reciente normativa en materia de protección de datos o la Directiva europea de protección a denunciantes, entre otras novedades legislativas.

Palabras clave: whistleblowing, protección de datos, informante, canal de denuncias interno, garantías, protección frente a represalias.

Abstract: The channels of internal complaints have become, with unusual speed, indispensable elements for safeguarding the responsibility of companies, both from a punitive perspective and, for some time now, eminently legal-labour.

However, these mechanisms are still lacking in adequate regulatory and jurisprudential development, and faced with an incipient challenge: resolving the unknowns raised by the recent legislation on data protection or the European Directive on the protection of whistleblowers, among other legislative novelties.

Keywords: whistleblowing, data protection, informant, internal complaints channel, guarantees, protection against reprisals.

SUMARIO: I. NOTAS PROLOGALES: CONCEPTO, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONSIDERACIONES INICIALES; II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA REGULADORA DE LOS CANALES DE DENUNCIAS INTERNAS; III. GARANTÍAS, PROCESOS Y CONFIGURACIÓN DEL DENUNCIANTE EN LA LEY ORGÁNICA DE 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES (“LOPD”); IV. A DEBATE: ¿CONFIDENCIALIDAD RESPECTO AL DESTINATARIO O ANONIMATO EN SENTIDO ESTRICTO?; V. PRÁCTICA EMPRESARIAL Y CANALES DE DENUNCIA. HETEROGENEIDAD EN LAS NORMATIVAS ORDENADORAS; VI. COMENTARIOS PARA CONCLUIR.

1.- Notas prologales: concepto, antecedentes históricos y consideraciones iniciales.

El *whistleblowing* o canal de denuncias internas¹ ha sido tradicionalmente presentado como un instrumento de genealogía ético-moral, pero acondicionado al entorno empresarial y sus esferas a través de la responsabilidad social corporativa², y con un más que significativo repunte a resultas de los escándalos y desmanes financieros acaecidos en Estados Unidos a inicios de los años 2000.³

Sin embargo, la doctrina académica ha tenido a bien señalar la dificultad que entraña dotar de definición común e indiscutida al fenómeno, esencialmente por dos carencias vinculadas a su desarrollo histórico: la ausencia de una connotación técnica delimitada, y la falta de una definición normativa que facilite una comprensión compartida.⁴

A tales inconcreciones conviene añadir, en atención al limitado marco que conforma la perspectiva jurídico-laboral, la incógnita que –al día de la fecha- se mantiene en España respecto a las prerrogativas, garantías y límites que corresponden al denunciante en el entorno empresarial.

En lo que atañe a los apuntes bibliográficos por parte de la doctrina especializada acerca del asunto de mérito, ésta tuvo una incipiente génesis en los primeros años 80 –con el destacado y central papel jugado por la revista *Journal of Business Ethics*, para decaer elocuentemente en los momentos de mayor estabilidad socioeconómica; y volver a despuntar en los últimos años, especialmente en la hasta entonces exigua investigación en castellano.

Así, el propósito del presente trabajo no pasa más que por actuar como vertebración de una reflexión amplia acerca de esta clase de mecanismos de delación, con ocasión y

¹ En adelante, se ha optado por acudir a una castellanización más o menos pacífica de la expresión, aun a riesgo de abandonar el sentido original, singularmente vinculado al sonido delator de un silbato policial.

² Más concretamente, su normativización se atribuye generalmente a la Whistleblowers Protection Act del año 1989, ley federal estadounidense aprobada bajo el mandato del presidente George HW Bush.

³ ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E., “Whistleblowing o canales de denuncia: la garganta profunda de las empresas”

⁴ SCATURRO, R., “Defining Whistleblowing: Academic understandings of whistleblowing”, IACA, Research Paper Series, nº 5, pp.3

motivo en las aceleradas novedades legislativas que en los últimos meses han venido, al fin, a regular parcialmente una figura comúnmente utilizada, pero precariamente normativizada hasta el momento.

En dicho sentido, y con idéntico carácter de urgencia, se han sucedido las publicaciones monográficas atinentes a determinados vértices del fenómeno –perspectiva desde la protección de datos, nueva Directiva europea y su subsiguiente proceso negociador en las cúspides comunitarias, o, con menor proximidad, una amalgama de disertaciones acerca de las implicancias que el *compliance* penal podría conllevar en la práctica laboral-.

Sin embargo, han sido residuales –cuando no inexistentes- los comentarios en torno a los retos e inconvenientes que la regulación recientemente instituida podría acarrear en las prácticas empresariales de mayor calado, la acomodación y aclimatación de los sindicatos a dichos mecanismos de denuncia, o las implicaciones de una articulación defectuosa de dichos canales en la calificación de un despido con causa en una delación por dicha vía.

A ello ha de adicionarse, como factor inicialmente disuasorio, la ausencia de precedentes judiciales que se hayan ocupado de manera específica de tales fenómenos; habida cuenta, por un lado, del carácter novísimo de las reformas legislativas, y por el otro, de la irrelevancia que hasta el momento se le ha venido otorgando por parte de los Tribunales

Una vez esbozado el ánimo que promueve las presentes líneas, ha de comenzarse por atender a dichos canales de denuncias desde una perspectiva teleológica o finalística, precisando que la implementación de canales que posibilitan las denuncias desde las entrañas de las Compañías han sido estimuladas normativamente por el acogimiento a eximentes y atenuantes en la esfera punitiva de las personas jurídicas, así como por constituir un modelo efectivo de cumplimiento normativo ligado a los sistemas de *compliance* y prevención.

Síntoma y reflejo de ello, se ubica la reforma del artículo 31 bis del Código Penal⁵, en cuya virtud se impone la exigencia de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

⁵ Reforma operada por medio de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el BOE del 31 de marzo de 2015.

Siendo como decimos el propósito y delimitación del presente trabajo el campo exclusivamente concerniente al Derecho del Trabajo, son múltiples las investigaciones de un mayor y mejor rigor ⁶ acerca de los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión de los programas de *compliance*; lo cual en conjunción con lo dispuesto en la *Circular 1/2016, emitida por la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal*, dará una visión lo suficientemente cabal y detallada, a modo de estado de situación en dicha disciplina del derecho.

En cualquier caso, la utilidad de los sistemas de denuncias internas es manifiestamente dispar –aun con la concordancia en la necesidad de crear un clima de seguridad jurídica⁷ y empresarial para el informante, en tanto la propia viabilidad del procedimiento de denuncia de ello depende-, tal y como señala con acierto Lousada Arochena⁸ en un convincente trabajo monográfico acerca de la relación entre dicha clase de canales y los derechos fundamentales de los empleados, al reseñar:

“Un sistema de denuncias internas dirigido a facilitar el whistleblowing otorga la posibilidad a la organización de conocer la realización de irregularidades y, por lo tanto, de conocer fallos en la prevención de aquellas (conocimiento), permite reaccionar frente a dichas irregularidades a nivel interno, sin que ello tenga repercusiones externas o públicas (reacción), y puede ayudar a disuadir la realización de actuaciones irregulares a los integrantes de la organización (prevención).”

La importante dilación con que la normativa española –y, como reseñaremos, también la europea- se ha venido a ocupar del asunto, queda de manifiesto con el documento

⁶ Entre la miríada de autores que se han ocupado recientemente de ello, subrayamos por su claridad expositiva y esfuerzo de síntesis lo contenido en CAMACHO VIZCAÍNO, A.; URÍA PRADO, A., *“El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica Código Penal en los sistemas de corporate compliance de las personas jurídicas”*, Diario La Ley, Nº 8542, mayo de 2015.

O, en estudio de sus implicancias dentro de la esfera laboral, se encuentra GOÑI SEIN, J.L., *“Nuevo Código Penal, plan de prevención de delitos y sus implicaciones laborales”*, Trabajo y Derecho, nº5, mayo 2015.

⁷ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *“La protección de datos en el desarrollo de la relación laboral”*, *“Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales”*, Editorial CISS

⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., *“Sistemas de denuncias internas (Whistleblowing) y derechos fundamentales en el trabajo”*, en Trabajo y Derecho, nº 52, abril 2019.

elaborado por la OCDE, y titulado sobriamente como “*Committing to effective whistleblower protection*”, donde se realiza una sucinta descripción de los desarrollos legislativos de mayor enjundia y especialización al momento de su publicación, que habrían desarrollado una normativa específicamente dedicada a la defensa de los informantes internos.

Se trataría, en efecto, de la *UK Public Interest Act* (1998), *Japan’s Whistleblower Protection Act* (2006), *Korea’s Act on the Protection of Public Whistleblowers* (2011), *New Zealand’s Protected Disclosures Act* (2000) y *South Africa’s Protected Disclosures Act* (2000).

Entre otras cuestiones, sirve la selección plasmada por la organización internacional para favorecer el convencimiento de que la preocupación de los Gobiernos viene encaminada, de manera mayoritaria, a la protección del denunciante en el sector público –y, en lógica consecuencia, estrechamente vinculado con las corruptelas de índole política-.

Aun con ello, los Códigos Laborales de ciertos países –Francia, Luxemburgo o Noruega,⁹ entre otros-, habrían incluido mecanismos de protección expresa a los empleados que decidiesen denunciar una irregularidad en el seno de sus sociedades empleadoras, con el objeto nodal de proteger a éstos de eventuales represalias.

Con todo, y si bien en el artículo 32.2.b) del *Reglamento (UE) N° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado* se alude a la exigencia de que los Estados Miembros protejan adecuadamente a las personas que trabajen en virtud de un contrato de trabajo, y que comuniquen infracciones o sean acusadas de cometerlas, frente a represalias, discriminación u otros tipos de trato injusto, ello no ha dejado de operar como un principio axiomático, y carente de aplicabilidad legislativa hasta hace escasos meses –con la promulgación de la nueva normativa en materia de Protección de Datos, que será debidamente analizada en ulteriores líneas-.

Al margen de que se trate de un literal, tal vez, excesivamente genérico y parco –así como de la especificidad propia a la materia que motiva la promulgación del Reglamento-, la

⁹ Mención aparte merece el particular de Noruega, señalado como ejemplo idóneo de cara al funcionamiento de dichos mecanismos de denuncias tanto internas como externas en las empresas. Se da buena cuenta de ello en SKIVENES, M; TRYGSTAD, S.C., “*When Whistleblowing Works: The Norwegian case*”, Human Relations, 2010.

relevancia de las líneas precedentes radica en la categoría dual de represalia que podría instituir. Así, y a mero título ilustrativo, se podrían diferenciar en los siguientes:

1.- Represalia directa: Plasmada en la constatación inmediata de una causa-efecto, en tanto el empleado se ve penado tras haber denunciado una irregularidad en el seno de la empresa. Se trata, en cierta forma, de una protección que responde a la propia subsistencia de dichos mecanismos de denuncia, en tanto una garantía de menor contundencia, limitaría notablemente las probabilidades de que un empleado decidiese acudir a dichas vías.

Con un mayor sentido si, como se ha venido apuntando con certero acierto,¹⁰ dichos canales de denuncias buscan –léase, entre una pluralidad de objetivos- el fortalecimiento del vínculo entre los trabajadores y la empresa, mas en detrimento y perjuicio del papel jugado por la acción sindical como método para la para protección del interés de los empleados.

No es ocioso preguntarse de qué modo afectarán al protagonismo de las fuerzas sindicales en procedimientos de denuncias tales, en tanto tradicionalmente han venido a ocupar una posición complementaria, ya fuere como mediador ante la dirección de la compañía, como elemento de incentivación para la delación de determinadas conductas, o incluso, como emisor de dichos tipos de mensajes.

La nueva realidad del anonimato, o cuanto menos, de la confidencialidad, podrían resultar contraproducentes para los intereses sindicales, que fundamentan gran parte de su prestigio y operatividad en la compañía en su posición como abanderados de los procesos de denuncias de dicha índole. Más aún, plasmado en la reducción de la conflictividad laboral –o, al menos, de la litigiosidad emanada de ésta-.

Podría resultar inadecuado para la subsistencia del nivel de presencia de los representantes de los trabajadores en la Compañía, al correr el riesgo de perder su posición como eslabón de intermediación.

2.- Represalia mediata: Pese a la inexistencia de una acción represora patentizada, se caracteriza por la concurrencia de un cierto grado de subliminalidad en la represalia –que vendría determinada, así, bien por una actuación discriminatoria en un período de tiempo

¹⁰ En MORATO GARCÍA, R.M., *“El valor jurídico de los códigos de conducta para directivos y trabajadores”*, Trabajo y Derecho, nº1, 2015.

que permita su vinculación con la denuncia, bien a partir de situaciones en el entorno de trabajo que, a la postre, terminen por devenir en injustas o injustificadas.

Guarda una cierta trascendencia -si se atiende al carácter velado que podrían representar determinadas conductas empresariales de castigo-, de qué modo han de conjugarse las actitudes de represalia con las acciones que pudiesen denotar una cierta discriminación.

Se han señalado, con carácter no limitativo ni ánimo alguno de exhaustividad, algunos ejemplos que podrían darse con una cierta habitualidad como sintomáticos de la concurrencia de una discriminación indirecta, entre los que se incluirían el lugar de trabajo, el salario, el horario, la denegación de formación, la evaluación o referencias negativas, la adopción de medidas disciplinarias, el acoso o discriminación en el trabajo, la falta de conversión de un contrato de trabajo temporal en indefinido, la negativa a prorrogar o la rescisión anticipada de un contrato de trabajo temporal, la inclusión en listas negras que pueda dificultar la posibilidad de encontrar empleo en el sector en un futuro, la resolución anticipada o cancelación de contratos de bienes o servicios, entre otros varios.¹¹

En un inhabitual ejercicio, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹² entraba a cuestionar:

“Casos como el ahora estudiado han obligado a afrontar el siguiente interrogante: ¿la obligación de buena fe que pesa sobre el trabajador ha de llevarle a permanecer pasivo ante prácticas empresariales contrarias al ordenamiento jurídico?”

Al margen del régimen disciplinario regulado en la normativa estatutaria como convencional, se ha producido una proliferación de pautas regladas por las compañías, siendo por tanto menester su obligado cumplimiento por parte de la plantilla que la integra.

¹¹ Así se recoge por ALDEA, A., “*Conflictos Colectivos. Códigos Éticos*”, en Diario La Ley, Nº 9384, marzo 2019.

¹² Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia 2611/2007, de 2 de octubre de 2007 [Rec. 63/2007]. El pronunciamiento, ciertamente pionero en su acercamiento a la figura del denunciante en el orden social, tiene como ponente a D. José Joaquín Pérez Beneyto Abad.

Con amparo en un legítimo poder de dirección empresarial, en ocasiones brotan en el entorno empresarial auténticas normativas de carácter disciplinario, por vías y canales no contemplados normativamente –como una suerte *ordenamiento jurídico informal*–.

Si bien ello puede ser de utilidad, en tanto sirva para patentizar a los empleados los valores y reglas empresariales, la ampliación excesiva de sus fronteras de actuación ya ha sido censurada por los Tribunales.

Por darse, a título de ejemplo, un ensanchamiento de su ámbito funcional, como en el particular de los Códigos de Buen Gobierno, al tentarse su aplicación a un directivo sin puesto en el Consejo Administración¹³.

Al margen de dichas actuaciones extramuros y su eventual censura por los Tribunales, la Agencia Española de Protección de Datos, por medio de su Informe 128/2007¹⁴ dedicado a la “*Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”)*”, anticipa sobre dichos mecanismos de reporte de irregularidades que han de quedar subsumidos bajo las exigencias que en protección de datos preceptúe la legislación –lo cual resulta igualmente aplicable a los procedimientos iniciados con ocasión de la vulneración de un Código de Buen Gobierno, y que no hayan sido percibidos de modo directo por la dirección de la empresa–.

Limitando su adecuación, de un modo tal vez excesivamente taxativo y genérico, a aquellos supuestos en que el sistema se circunscriba a las denuncias referidas a materias o normas cuyo incumplimiento tiene una consecuencia efectiva sobre el mantenimiento de la relación contractual entre la empresa y el denunciado; arguyendo, a su vez, la insuficiencia de su establecimiento en relación con cualquier comportamiento, acción o hecho que pueda constituir violación tanto de las normas internas de la Compañía como de las exigencias normativas en general.

¹³ Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 1254/2010, de 11 de febrero de 2010 [Rec. 6204/2009], con ponencia de D. Daniel Martínez Pons.

¹⁴ Si bien dicha resolución de nuestro organismo responsable en materia de protección de datos ha de ser cautelarmente cuestionada en su aplicabilidad, dada la reciente promulgación de una nueva normativa en materia de protección de datos, en lo que aquí interesa se mantiene incólume, vigente y en consecuencia de interés.

En definitiva, y abarcando parcelas limítrofes a las competencias atribuidas a tal organismo, vino a expresar que *“en consecuencia, será necesario que se aclare el contenido de dicha expresión, limitando el sistema a las denuncias relacionadas con hechos o actuaciones que tengan una efectiva implicación en la relación laboral, concretando así que acciones deberán ser objeto de denuncia y especificando las normas a las que las mismas se refieren.”*

Consideraciones competenciales aparte, dichos requisitos establecidos por la AEPD vendrían -hoy día, y en tanto no sean revisitados por el organismo- a endurecer de *facto* las alternativas probatorias tendentes a acreditar la desvinculación de un empleado cuya imputación haya provenido, de un modo u otro, de los canales de denuncias internos.

En dicho sentido, y ante la inexistencia de pronunciamientos judiciales que interpreten dicho informe de la AEPD al albur de la nueva normativa al efecto, los interrogantes acerca de la calificación del despido ante tales deficiencias formales son múltiples, y en cualquier caso restan virtualidad aplicativa a los procedimientos disciplinarios nacidos como consecuencia de una denuncia anónima, desincentivando su inicio por parte de las direcciones empresariales.

Así, es pertinente preguntarse por la aplicabilidad al presente supuesto de la doctrina constitucional del árbol emponzoñado, interpretada en ocasiones por los Tribunales en el sentido de permitir la consideración para dirimir el asunto no solo de la prueba ilícita, sino de las restantes, analizadas conjuntamente conforme a las reglas de la sana crítica.

En estrecha vinculación, dicho Informe emitido por el organismo rector en lo que compete a protección de datos, promueve la exigibilidad de que en las denuncias figure la identificación del informante –so pena de invalidar la propia denuncia o el procedimiento disciplinario / interno emanado de ésta-.

En adelanto de lo que será subsiguientemente puntualizado, la última legislación en materia de protección de datos ha venido a enmendar dicho criterio, garantizando el anonimato del denunciante de así deseárselo, lo cual habrá de provocar debates sustanciales y de calado entre la comunidad jurídica.

2.- Consideraciones en torno a la nueva Directiva Europea reguladora de los canales de denuncias internas.

A fuer de consumarse su aprobación apenas unas semanas antes de las elecciones europeas del pasado mayo, y pese a la abrumadora e inusual mayoría parlamentaria que dispuso su aprobación, la novedosa *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección frente a represalias, de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión* ha pasado levemente inadvertida tanto para medios de comunicación especializados como para profesionales del derecho, con puntuales y destacadas salvedades.

Ello pudiera venir motivado, al menos parcialmente, por el lejano plazo de transposición fijado al efecto en dos años desde la publicación de la norma en el Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”).¹⁵

La buscada amplitud del alcance personal instituido en la Directiva, que abarcaría a cualesquiera persona trabajadora tanto en el sector público como en el privado, permite entrever la perspectiva de una aplicación de su contenido prácticamente indiscriminada y sin apenas excepciones, en consonancia con una perspectiva maximalista de lo que debe corresponder a la protección de tales situaciones.

Los condicionantes elegidos para dotar de validez las denuncias e iniciar la consiguiente protección del denunciante, se centran en lo que podría ser calificado como una *perspectiva razonable de veracidad*. Ello consistiría, *prima facie*, en la concurrencia de motivaciones razonables para creer que la información reportada era cierta en el momento de la notificación, así como que estaría dentro del alcance de la propia Directiva.

No deja de resultar llamativa el segundo extremo de dicho condicionante, en tanto parece derivar al trabajador-denunciante una exigencia de conocimiento de los términos de la Directiva, cuestión esta que se presupone estéril y de ardua aplicación.

Mención aparte merece, en consideración a su aplicabilidad y relevancia en el devenir diario de las empresas, los procedimientos de reporte interno y seguimiento que preceptúa la Directiva, al socaire de un mandato a los Estados miembros en cuanto a que velen por

¹⁵ Interesa señalar, y resultaría del todo injustificado obviar el papel del Consejo de Europa ante la inicial inacción de la Comisión, convencida en los primeros pasos de la Directiva de su incompetencia para legislar dicha materia, lo cual hizo peligrar verídicamente las perspectivas de regulación en un período de tiempo prudencial.

el establecimiento de tales cauces de reporte, previa consulta en su caso con los interlocutores social.

En cuanto a los sujetos jurídicos que habrán de quedar sometidos a la preceptiva constitución de dichos canales de denuncia, se ha optado por una doble vía alternativa, fundamentada tanto en el personal que conforma la plantilla de la compañía, como la propia capacidad económica de la empresa.

Esto es, se ha constreñido el cumplimiento obligado a aquellas entidades jurídicas privadas bien con 50 o más empleados, o bien con un volumen de negocio o balance anual superior a los 10 millones de euros.

Si bien puede resultar evidente la concurrencia de una mayor necesidad por detectar irregularidades -y, a su vez, salvaguardar el mejor derecho de quien se ocupa de propalarlas internamente- en aquellas compañías con un mayor número de empleados, la optatividad compartida con el volumen de negocio / balance anual, parece dirigirse a sociedades de alto valor añadido en relación con su reducida plantilla, más concretamente a las tecnológicas.

Sea como fuere, ello conllevará que en España su impacto se torne altamente restringido,¹⁶ en atención a la configuración y características del tejido productivo nacional. Lo cual alberga, si cabe, un mayor carácter controversial si se atiende al porcentaje de empresas en España que asegura contar con algún mecanismo que permite la denuncia interna de irregularidades, cercano según los últimos datos disponibles al 63%.¹⁷

¹⁶ De acuerdo con los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (“MEySS”), a mes de marzo de 2019, únicamente unas 29.000 empresas vendrían conformadas por una plantilla superior a los 50 trabajadores, de entre un total de cerca de 1.340.000 que tienen asalariados inscritos en el sistema de Seguridad Social -excluyendo del cómputo, por ende, a empleados autónomos-. Ello da buena cuenta del carácter meramente residual que dicha obligación preceptúa, y que quedará circunscrito básicamente a grandes empresas.

¹⁷ Así se desprende del Informe elaborado por la consultora BDO, y con rúbrica “Protocolos laborales: radiografía de su implantación en España”, publicado el 17 de enero de 2018. Otros hallazgos de interés contenidos, atestiguan que el protocolo laboral más implantado en España es el Código Ético (con un 55%) y el Manual de Conducta y Manual del Empleado (cerca del 54%).

En lo circunscrito al canal de denuncias internas, las sanciones impuestas con motivo en dicho mecanismo de transmisión de información son, por orden de prevalencia, la amonestación verbal (56%) o el despido disciplinario (42%).

En cuanto a la prevalencia establecida en la Directiva- no del todo especificada en sus términos, lo cual dejará un holgado margen de maniobra en su transposición a los Estados miembros-, por la que los denunciantes han de optar primeramente por los cauces internos para vertebrar su denuncia.

Siendo tras el fracaso de dicha vía, cuando podrían acudir a los establecidos por las autoridades públicas, su virtualidad aplicativa parece limitada a aquellos supuestos en que la irregularidad fuese imputada a un cargo jerárquicamente relevante de la compañía, pues de lo contrario los incentivos para eludir los mecanismos de denuncia internos no son fácilmente identificables.

3.- Garantías, procesos y configuración del denunciante en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPD”).

Con la entrada en vigor, con fecha de diciembre de 2018, de la nueva normativa de protección de datos –suficientemente glosada y comentada en sus aspectos generales-, se contempla el tratamiento de datos efectuados con ocasión de los sistemas de denuncias internas, siempre y cuando traigan como causa comportamiento, acciones o hechos que pudieren constituir la conculcación de normas internas de la Compañía –aspecto, como hemos relatado, con espinosas implicancias-, o en general cualesquiera normativa que resulte de aplicación.

Con ello, y tomando la puntualización de Mercader Uguina¹⁸ *“los canales internos de denuncias («whistleblowing»), vinculados en muchos casos con los programas de Compliance plantean también innumerables problemas en materia de protección de datos.”*

Ante tal pluralidad de cuestiones a discernir, acudiremos únicamente a las más reseñables y potencialmente problemáticas, con visos de retomar, en su caso, el asunto en ulteriores ocasiones.

Retornando pues a la aludida novedad legislativa, el artículo 24 de la norma estipula la licitud de los sistemas de denuncias internas por medio de las cuales se pueda poner en conocimiento de una entidad privada –regulación aparte habrá de contenerse para los

¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R., *“Protección de datos y relaciones laborales: apuntes prácticos sobre la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679”*, Trabajo y Derecho, nº41, mayo 2018.

casos de irregularidades en el sector público, como por otra parte resulta lógico-, la comisión de determinadas conductas que, como ya esbozamos, han de resultar contrarias a la normativa que rija la empresa, y son susceptibles, como ya ha sido adelantado, de ser promovidas de un modo anónimo y no únicamente confidencial (con la ya mentada disonancia que ello provoca respecto a la Directiva, que bien podría justificar un estudio diferenciado).

Por otro lado, se instituye un requisito de información y conocimiento de dichos canales denuncia por parte de los empleados que constituye un elemento común en gran parte de la normativa –así, y de conformidad con lo disciplinado por el artículo 89, los empleadores habrán igualmente de informar a los trabajadores acerca de las medidas de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo-.

Si bien en lo que atañe a los sistemas de grabación el bien jurídico protegido es, en evidencia, al derecho a la intimidad de los trabajadores; en el particular de los canales de denuncia la necesidad de informar se muestra más bien como una prerrogativa para el buen ejercicio del derecho.

Así, no parece su inclusión enfocada tanto a la defensa ante los excesos del empleador, como al aseguramiento y debida salvaguarda de que la totalidad de los operarios guardarán constancia de la existencia de un mecanismo de dicha clase en el seno de la empresa.

En cambio, y atendiendo al siempre aclaratorio Preámbulo de la disposición, tanto la vigilancia, como la exclusión publicitaria y los sistemas de denuncias internos asientan la licitud de su tratamiento en la existencia de un interés público general –en utilización de los términos establecidos, según se recalca expresamente, por el artículo 6.1.e) del Reglamento (UE) 2016/679.

Las connotaciones que dicho enlace entre interés público y canales de denuncia puede acarrear son, en cierto modo, imprevisibles; más si cabe, al tener bien presente que la norma constriñe su aplicación a dichos mecanismos de denuncia exclusivamente implantados en el sector privado, por lo que la laxitud con la que establece una vinculación respecto al interés público parece, al menos, desproporcionada.

Retornando al contenido del artículo 24, se limita el acceso a los datos contenidos en aquellos sistemas de denuncias únicamente a quienes desarrollen las funciones de control

interno y cumplimiento, estén o no integrados en la estructura jerárquica de la Compañía. Lo cual parece ir dirigido a la facilitación de que estructuras externas puedan registrar, supervisar y dirigir los propios canales de denuncias.

Sin embargo, tal premisa se antoja más intencional que realmente práctica, en tanto los engranajes internos de las compañías –por elementos ligados a la no difusión de comportamientos internos ilícitos o, en todo caso, no deseables en su divulgación– dificultarían sobremanera la cesión de la gestión de estos mecanismos de denuncias a empresas ajenas a la estructura de la sociedad afectada.

Sea como fuere, posibilitada queda su gestión externalizada. Respecto a la limitación que se establece en relación con el acceso a los datos contenidos en las denuncias por parte de recursos humanos, entendemos de preceptivo análisis diferenciado el que se aluda a *“solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador”*.

Ello implica, al menos, tres consideraciones:

Primera.- En términos estrictos, y en atención a la redacción dada en la norma, el personal integrante de Recursos Humanos ha de estar en disposición de conocer, con anterioridad a que se produzca su acceso a los datos contenidos en la denuncia, si éstos podrían ser presumiblemente objeto de reproche de carácter disciplinario.

Esta anticipación por parte del personal puede deberse, entre otras causas, a la emisión de un informe genérico y previo por parte de un órgano –ya fuere, como hemos expuesto, interno o externo a la estructura de la compañía–, por medio del cual se venga a dar traslado a Recursos Humanos de la posible comisión de unos hechos, no descritos ni preludiados, que eventualmente podrían justificar algún tipo de sanción.

Segunda.- Tal requisito, como ya ha sido expresado, conlleva un juicio apriorístico de compleja explicación.

Todavía más, si se tiene presente la inexistencia de especificación de clase alguna respecto a la gravedad que ha llevar aparejada la sanción propuesta; y es que en vinculación con dicha restricción implantada por el legislador, fruto de un férreo garantismo incluso ante una denuncia potencialmente anónima, sería difícilmente justificable la invasión de una esfera protegida con motivo en una mera amonestación verbal o sanción de índole menor.

Tercera.- La acreditación, con mayor o menor fehaciencia de que, en efecto, se ha consumado al acceso a la información trasladada por el denunciante únicamente cuando se ha tenido constancia de su eventual trascendencia a efectos disciplinarios, se puede presuponer cuanto menos compleja.

El grado de flexibilidad con que los Tribunales vayan a interpretar tal precepto, condicionará al buena venida la viabilidad de los procesos sancionadores originados en denuncias por los canales de denuncias pertinentes –bajo el riesgo cierto de que se declare, en su caso, la existencia de una lesión con motivo en el derecho fundamental a la protección de datos personales dispuesto en el artículo 18.4 de la Constitución Española (“CE”), con las derivaciones que respecto a la calificación del despido ello pudiera acarrear-.

4.- A debate: ¿confidencialidad respecto al destinatario o anonimato en sentido estricto?

La elección entre confidencialidad y anonimato carga, al menos hasta el momento, con una cierta irresolubilidad y controversia entre grupos de expertos posicionados en uno u otro sentido.¹⁹

Siendo la Directiva europea equidistante al únicamente proveer la exigencia de que existan cauces para recibir denuncias que estén diseñados, establecidos y gestionados de tal forma que se garantice la confidencialidad de la identidad del informante y se impida el acceso al personal no autorizado.

Lo cual no obsta, pero en ningún caso conlleva, en que dichas denuncias sean formuladas de modo anónimo. Más aún, en la preceptiva *Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta*, que vino a encabezar y guiar el debate parlamentario de la Directiva, se designa la confidencialidad como un elemento fundamental de la protección, e incluso el artículo 17 una serie de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas para los supuestos en que se produzca un incumplimiento de mantener la confidencialidad de la identidad de los informantes.

¹⁹ Ciertamente, es paradigmático que ya en el año 1982 el investigador Frederick A. Elliston hubiera advertido de las problemáticas, dificultades e inconvenientes que la disociación entre confidencialidad y anonimato habrían de suponer. En ELLISTON, F.A., “Anonymity and Whistleblowing”, *Journal of Business Ethics*, 1, 1982, pp. 167-177

Nada se menta o dispone respecto al anonimato, que parece así haber sido excluido de las consideraciones del texto y, por ende, de sus obligaciones y exigencias. A dicho respecto, y con ánimo de aquilatar la cuestión, no es descabellado posicionar la conjunción entre confidencialidad y anonimato en el vértice de la mera intensidad, por cuanto la identidad del emisor anónimo siempre será confidencial.

Sin embargo, en la práctica el garantizar ambas opciones podría considerarse lo más adecuado, ya que podría reconocerse al denunciante anónimo por el propio contenido, fecha de emisión u otras características atinentes a la denuncia.

Ello entronca con la presunta voluntariedad de la denuncia, significado mayoritariamente como un gesto desinteresado y de trasfondo ético por parte del empleado²⁰, cuando no – tal es el caso del profesor Robert Larmer²¹ – directamente como un gesto de lealtad hacia el empleador, en tanto supone una elección moral en el entorno de trabajo.

Más allá de la disquisición jurídico-filosófica que de ello se podría derivar, y que excede con mucho las pretensiones del presente artículo, lo cierto es que el denunciante se podría ver expuesto a una sanción disciplinaria, al menos, en dos situaciones: la primera, vendría a residenciar en la revelación consciente de unos hechos falsos, y descubiertos al empresario con base en intereses espurios y en síntoma de mala fe.

Es claro que dicha conducta podría, al menos aparentemente, ser objeto de sanción disciplinaria con base en una transgresión de la buena fe contractual ex artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Siendo de resaltar, por la pertinencia y utilidad del debate entablado en su seno entre la mayoría de los magistrados y el voto particular disidente, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2017 [Rec. 2243/2017]*,²² identificando así la problemática que más habitualmente concurrirá respecto a las resultancias fácticas del procedimiento disciplinario: la divergencia entre

²⁰ JUBB, B.P., “Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation”, en *Journal of Business Ethics*, 21, 1999, pp. 77-78.

²¹ LARMER, A.R., “Whistleblowing and employee royalty”, en *Journal of Business Ethics*, 11, 1992, pp. 126.

²² Descendiendo al particular concreto de este precedente judicial, la posición del voto particular –titularidad de la D^a Ana Isabel Molina Castiella– se antojaría de especial proyección, al expresar: “ello no significa necesariamente que faltara a la verdad, y menos que lo hiciera deliberadamente o de forma intencionada, como se exige para apreciar la vulneración de la buena fe contractual que ampara el despido, que entiendo no es una causa que pueda amparar el despido”.

lo denunciado y lo efectivamente demostrado, no puede ser ubicado sin más en una presunción de mala fe por parte del empleado informante.

Cuestión distinta, pero de idéntica o mayor trascendencia, es la esbozada con ocasión de la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sentencia 731/2011, de 27 de junio de 2011 [Rec. 436/2011]*, en que se plantea la idoneidad de los empleados denunciadores para comparecer como testigos en el proceso dirimido tras el despido precisamente del trabajador denunciando.

A sabiendas de que en el proceso laboral no cabe la tacha de testigos, y al margen de la valoración que de los mismos pudiera realizar el juzgador, sí conviene puntualizar –en aprovechamiento de lo enjuiciado en el procedimiento antedicho- el eventual interés que podría ser imputado a un asalariado que denuncia a otro; o incluso, y ello trasciende el debate de dicho precedente judicial, qué medidas han de tomarse por parte del órgano judicial para mantener el principio de confidencialidad inherente, como ya ha sido advertido, a la naturaleza del informante.

Mención aparte merece, con motivo en el riesgo que podría entrañar para la adecuada y preceptiva gestión del anonimato y/o la confidencialidad del informante, cómo operarán los archimentados derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que legalmente corresponden a todo empleado.

Así, si hipotéticamente un empleado involucrado en un procedimiento disciplinario por mor de una denuncia interpuesta contra su persona inquiriese -con arreglo al, por otro lado, incontrovertido derecho que a tales efectos le asiste- el ejercicio de tales facultades; en pura lógica, la organización empresarial habría de dar cumplimiento a dicha solicitud de un modo tal que, salvaguardando los principios rectores del canal de denuncia, entre los que se halla indefectiblemente la confidencialidad, cuando no el anonimato, dar cuenta al operario objeto de denuncia de cuantos datos les correspondan.

Se trata, en efecto, de una necesaria ponderación de derechos²³, ampliamente tratada por nuestra jurisprudencia constitucional. A dicho respecto, entrañaría a buen seguro dificultades el que la protección de datos de carácter personal atesore categoría y garantías

²³ Por su carácter singularmente atinado, y los señalamientos de dificultades intrínsecas a toda ponderación constitucional, resulta especialmente recomendable el estudio de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *“De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”*, Teoría y Realidad Constitucional, nº12/13, 2003

de derecho fundamental, mientras que la protección al denunciante guarda una protección constitucional cuanto menos inespecífica e indeterminada.

Con todo, es de esperar que la solución jurídica dada responda a los principios rectores y a las finalidades de ambas normas procedimentales, residenciando la probable *questio iuris* en determinar cuánto ha de ceder cada perspectiva de derecho.

De modo colindante, y en lo concerniente a la remisión de denuncias falsas –ya tratado en el necesario dirimir entre desajuste con causa en la mala fe, y mero equívoco en los términos de la denuncia esbozada sin finalidad espuria alguna-, sería altamente recomendable que los procedimientos internos de las compañías, que serán subsiguientemente objeto de estudio, recogiesen una suerte de mecanismos que sirvan para excepcionar el referido principio de confidencialidad, ante indicios suficientes y razonables de que se ha producido una denuncia capciosa y susceptible de constituir una infracción laboral.

5.- Práctica empresarial y estructura de los canales de denuncia. Heterogeneidad en las normativas ordenadoras.

Pudiendo resultar inicialmente sorprendente, en atención a la opacidad con que las organizaciones empresariales acostumbran a tratar sus asuntos internos, no es menos cierto que la consulta pública de las normas ordenadoras de canales de denuncias internas es enormemente accesible.

Ello podría responder, entre otras causas, a la favorable publicidad corporativa que la implementación de tales procedimientos podría suponer, en tanto denotan un ánimo aperturista y de transparencia.

Sea como fuere, concurren determinados elementos comunes en las normativas de los canales de denuncias internos, seguidamente relacionados con carácter sucinto²⁴ y a modo de compendio:

²⁴ Se ha procedido a la consulta de múltiples normativas reguladoras de los mecanismos de denuncias internas, todos ellos publicitados por las compañías de mérito. En dicho sentido, han sido objeto de estudio los procedimientos de las empresas Bodega Cuatro Rayas, S.C.A; Grupo GACM España; ENUSA Industrias Avanzadas, S.A.; Grupo CESCE; Mawersa, S.A.; Mapfre, S.A.; Grupo Linamar; Entidad Nacional de Acreditación; AdQualis Human Results; Natra S.L.; Oryzon Genomics, SL.; Grupo Euskaltel; SARGA, S.L y Grupo Concesur.

1.- Determinación del alcance: Habitualmente circunscrito al núcleo de la empresa, aunque en ocasión ha visto acrecentado al grupo mercantil que la conforma, lo cual podría ocasionar desajustes en los métodos de gestión, en general casuísticos a cada sociedad.

2.- Procedimiento de comunicación y traslación de las infracciones: Ello puede constituirse bien como un requisito previo para la admisión y *conditio sine qua non* para su tramitación, o bien como un elemento a título meramente informativo

3.- Garantía de ausencia de represalias: Sin perjuicio de que se manifieste con cierta frecuencia el asentamiento de la carga de la prueba sobre el denunciante, generalmente se produce una llamada a denunciar amparada por la protección ante una eventual represalia, ya sea por parte de la propia compañía, de los superiores jerárquicos o de cualesquiera afectado.

4.- Aseguramiento de la confidencialidad del informante: En debate antedicho entre confidencialidad y anonimato, las organizaciones empresariales han optado de modo mayoritario por la primera opción, lo cual resulta paradigmático en tanto gran parte de las normativas examinadas fueron publicitadas con anterioridad a la promulgación de la nueva normativa de protección de datos –huelga recordar, que el criterio entonces vigente de la AEPD era contrario a tales premisas, no sin una cierta controversia-.

5.- Derecho que corresponden al denunciado/s: En diversos plazos desde su recibimiento por el *Compliance Officer* o similares, se acostumbra a dar traslado al denunciante, ya sea para que formule cuantas alegaciones a su derecho interesen, o para oponerse sin más a las acusaciones manifestadas.

Los plazos ofrecidos por las compañías para operar el mentado rechazo a la acusación, muestran una considerable disparidad –entre los siete días y los tres meses-.

6.- Canal de denuncias y protección de datos de carácter personal: Con especial énfasis en las normativas elaboradas con posterioridad a la nueva legislación de protección de datos, se realiza un aconsejable hincapié en los aspectos de mayor relevancia desde la protección de los datos de los intervinientes –ya ha sido debidamente esbozado el eventual interés que en un trabajador denunciado podría albergar en ejercer su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición frente a dichas informaciones-.

En cualquier caso, y siendo tan reseñables como lógicas las concordancias habidas entre compañías, es pertinente significar la absoluta ausencia de alusiones –ya fuera a título de advertencia o de apercibimiento- en que se refiera el riesgo inherentes a la interposición de denuncias falsas desde una perspectiva disciplinaria, penal o incluso de reclamación civil de daños y perjuicios. Se configura así como uno de los extremos susceptibles de mejora general en la articulación de los, por otro lado, rigurosamente sopesados procedimientos de denuncia.

VI.- COMENTARIOS PARA CONCLUIR.

En atención a tamañas vicisitudes como arrastra la introducción de una figura jurídica como el *whistleblowing* en el ordenamiento jurídico español –de raíz y fundamento netamente anglosajón, inclusive desde una perspectiva sociocultural-, la carencia de un entramado de doctrina jurisprudencial y doctrina académica suficientemente arraigada y todavía en desarrollo embrionario, provoca una situación de inquietante inseguridad jurídica.

Siendo como han sido siquiera esbozadas en líneas precedentes, las incógnitas vienen a vertebrarse, al menos, sobre los siguientes extremos:

Primero.- Discernir la compleja interlocución y conjunción entre el derecho a la protección de datos de carácter personal del empleado denunciado, con su opuesta en el procedimiento de denuncia interna, esto es, la garantía de confidencialidad y/o anonimato del informante, en tanto protección que dota de sentido al propio mecanismo interno objeto de estudio.

Segundo.- Tratamiento disciplinario otorgado, tanto desde una perspectiva procedimental como meramente sancionadora, al denunciante que promueva y dé traslado de una imputación falsa. En dicho sentido, han de sentarse criterios concernientes a la mala fe y sus consiguientes intereses espurios.

Tercero.- Esclarecer la pugna jurídica entre confidencialidad y anonimato, por cuanto la normativa existente –a saber y en particular, la próximamente vigente Directiva de protección de denunciantes y la recientemente aprobada normativa en materia de protección de datos- contiene opciones contradictorias; siendo que, como ya ha sido precedentemente relatado, podría ser conveniente su articulación de un modo conjunto y acumulativo, como signo de garantías adicionales y compatibles

Cuarto.- Calificación del despido efectuado con ocasión de una denuncia previa tramitada ante el canal de denuncias interno, en aquellas ocasiones en que se produzcan irregularidades en el devenir del procedimiento. Cabe preguntarse, si resultaría de aplicación la doctrina constitucional de la doctrina del árbol emponzoñado, o por el contrario podría admitirse la tentativa de probar de modo independiente a la denuncia interna los hechos.

En virtud de cuanto antecede, son múltiples los interrogantes que, con toda probabilidad, se ocuparán de esclarecer de modo fiable y contundente los Tribunales, pese a los inconvenientes habidos y que, de un modo somero, hemos tratado de detectar.