

---

# URÍA MENÉNDEZ

Comentario a la nueva Directiva de  
Protección de denunciantes

4 de noviembre de 2019

---

## Índice

---

Introducción.....	3
La Directiva de protección de denunciantes .....	4
Implicaciones de la Directiva en el ámbito del Derecho Penal.....	9
Protección de datos.....	14
Implicaciones de la Directiva en el ámbito del Derecho Laboral.....	15

---

## Introducción

---

El 7 de octubre de 2019, el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, más conocida como Directiva de protección de denunciantes, informantes o *whistleblowers* (en adelante, la Directiva). La Directiva se encuentra pendiente de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y concede a los Estados miembros un plazo de dos años para su transposición a partir de la fecha de entrada en vigor (i.e., a los veinte días de su publicación). Sin embargo, este plazo se amplía hasta cuatro años en relación con la obligación de establecer canales de denuncia internos para entidades del sector privado que tengan entre 50 y 249 trabajadores, de modo que, inicialmente, entrará en vigor para empresas de más de 250 trabajadores.

La finalidad de la Directiva es fomentar las denuncias sobre infracciones del Derecho de la Unión mediante el establecimiento de normas mínimas de protección para aquellas personas que, en el contexto de sus actividades laborales, tanto en el sector público como en el sector privado, tengan conocimiento de este tipo de irregularidades y quieran informar sobre ellas.

En España, el establecimiento de canales de denuncia internos en las empresas (ya existentes en el plano laboral desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —la “Ley de Igualdad”— que los contempla en el artículo 48) experimentó un gran impulso tras la reforma del Código Penal (CP) operada por la Ley Orgánica 1/2015, que introdujo una cláusula de exención de responsabilidad penal para aquellas personas jurídicas que hubiesen adoptado un modelo eficaz de prevención de riesgos penales (o de *compliance*). Entre otros requisitos, para que un modelo de prevención de delitos sea considerado eficaz de acuerdo con el artículo 31 bis. 5 del CP, debe imponer a los integrantes de la persona jurídica la obligación de informar de posibles incumplimientos (a través de un canal de denuncias).

Aunque la Directiva se configura como una norma de mínimos y, por consiguiente, los Estados miembros podrán ampliar su ámbito de aplicación introduciendo disposiciones más favorables para los denunciantes, su contenido permite aventurar cambios importantes en la —aun escasa— regulación de los canales de denuncia en España. Y ello porque, como regla general, los canales de denuncia pasarán de ser una herramienta potestativa (con la salvedad señalada en el plano laboral en relación con la Ley

de Igualdad), como elemento clave de un modelo de *compliance*, a una medida preceptiva para las entidades de los sectores público y privado (con las excepciones que se analizarán más adelante).

En las siguientes líneas se expondrá brevemente el contenido de la Directiva y se analizarán, desde una óptica jurídica transversal, las principales novedades que puede suponer su trasposición para las empresas en España.

## La Directiva de protección de denunciantes

---

### ¿A QUIÉN PROTEGE LA DIRECTIVA?

Los denunciantes se podrán acoger a la protección que ofrece la Directiva cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1.- Que el objeto de la denuncia consista en cualesquiera infracciones de alguno de los ámbitos del Derecho de la Unión previstos en el artículo 2 de la Directiva ( se trata de los intereses prevalentes de la Unión que se señalan a continuación), con independencia de que el Derecho nacional las clasifique como administrativas, penales o de otro tipo. Se entiende por infracción, no solo la acción u omisión que contravenga las normas incluidas en esos ámbitos, sino también aquella que desvirtúe su objeto o finalidad.

Entre las materias incluidas en este precepto se encuentran las siguientes: (i) contratación pública; (ii) servicios; (iii) productos y mercados financieros; (iv) prevención del blanqueo de capitales; (v) financiación del terrorismo; (vi) seguridad de los productos; (vii) protección del medio ambiente; (viii) salud pública; (ix) protección de la privacidad y de los datos personales; (x) seguridad de las redes y los sistemas de información; y (xi) protección de los intereses financieros de la Unión y del mercado interior. Cada Estado Miembro podrá ampliar la protección a otros ámbitos no previstos en la Directiva.

2.- Que el denunciante trabaje en el sector público o privado y haya obtenido la información sobre infracciones en un contexto laboral. Resulta reseñable en este punto la expansión del concepto de “contexto laboral”, más allá del trabajador por cuenta ajena. En concreto, la Directiva incluye las siguientes figuras:

- Trabajadores (también trabajadores con una relación laboral atípica, como trabajadores a tiempo parcial o temporales).
- Funcionarios.
- Trabajadores no asalariados (contratistas, proveedores, consultores, etc.).
- Accionistas y miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos.
- Voluntarios y trabajadores en prácticas.
- Cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

Asimismo, la protección se extiende a: (i) antiguos empleados; (ii) futuros empleados, esto es, denunciante cuya relación laboral no ha comenzado todavía y que comuniquen información sobre infracciones obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual; (iii) facilitadores y terceros relacionados con el denunciante (como compañeros de trabajo o familiares); y (iv) entidades que sean propiedad del denunciante o con las que mantenga cualquier tipo de relación en un contexto laboral.

3.- Que el denunciante tenga motivos razonables para pensar que la información que comunica es veraz y que denuncie a través de alguna de las vías previstas por la Directiva.

### ¿A QUIÉN OBLIGA LA DIRECTIVA?

Estarán obligadas a establecer canales y procedimientos de denuncia interna y seguimiento:

- Las entidades jurídicas del sector privado que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:
  - que tengan 50 o más trabajadores; o
  - que, independientemente del número de trabajadores a los que empleen, entren en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad del transporte o protección del medio ambiente.

Además, los Estados miembros, tras una adecuada evaluación del riesgo, y teniendo en cuenta la naturaleza de sus actividades, podrán exigir que las entidades del sector privado con menos de 50 trabajadores también establezcan dichos canales y procedimientos.

- Las entidades del sector público, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades. Los Estados miembros podrán eximir de esta obligación a las entidades del sector público con menos de 50 trabajadores y a los municipios de menos de 10.000 habitantes.

### ¿CÓMO SE PUEDE DENUNCIAR?

La Directiva articula un sistema de denuncias por tres cauces: (i) denuncias internas ante los órganos competentes designados por las entidades de los sectores público y privado; (ii) denuncias externas ante las autoridades competentes designadas por los Estados miembros; y (iii) revelación pública de información sobre infracciones (p.ej., a través de los medios de comunicación).

La denuncia interna se define como la comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones dentro de una entidad jurídica de los sectores privado o público. La Directiva establece una serie de requisitos que deberán cumplir los procedimientos de denuncia interna y seguimiento adoptados por estas entidades, entre los que se incluyen los siguientes: (i) garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante; (ii) designar una persona o departamento imparcial para recibir y seguir las denuncias; o (iii) acusar recibo de la denuncia en un plazo de siete días y dar respuesta al informante en un plazo razonable, que no podrá exceder los tres meses.

En España debe tenerse en cuenta, además, que los sistemas de denuncia interna están regulados por la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (“LOPDGDD”), que en su artículo 24 establece determinados requisitos para el diseño y establecimiento de canales de denuncias internas por parte de las entidades de Derecho privado que deberán cumplirse adicionalmente a los requisitos establecidos en la Directiva.

La denuncia externa consiste en una comunicación verbal o por escrito de información sobre infracciones ante las autoridades competentes de cada Estado miembro. La denuncia externa se plantea como una vía alternativa o complementaria (pero no subsidiaria) a la denuncia interna, pues los denunciantes podrán utilizar los canales de denuncia externa ya sea directamente o tras haber informado a través de los canales internos. Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva obliga a los Estados miembros a promover la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que mediante canales externos.

Por último, la revelación pública se entiende como la puesta a disposición del público de información sobre infracciones. Se prevé como un mecanismo subsidiario, que se podrá utilizar cuando: (i) se haya

agotado la vía de la denuncia interna y/o externa, sin que se hayan tomado medidas apropiadas; o (ii) por determinadas circunstancias, no sea conveniente utilizar las otras vías de denuncia.

### **¿EN QUÉ CONSISTE LA PROTECCIÓN A LOS DENUNCIANTES?**

La Directiva establece un sistema de protección y sanción frente a las represalias adoptadas contra el denunciante. Por represalia se entiende toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante. La Directiva incluye un extenso catálogo con ejemplos de represalias, a los que se hará referencia en el apartado sobre implicaciones en el ámbito del Derecho Laboral.

Frente a las represalias, la Directiva prevé, entre otras, las siguientes medidas de protección:

- La garantía de que el denunciante no incurrirá en responsabilidad de ningún tipo por la adquisición o el acceso a la información que es comunicada y la revelación de esa información (salvo que dicho acceso sea constitutivo de delito).
- La inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes (i.e., recaerá sobre la persona que haya tomado la represalia, quien deberá demostrar que las medidas adoptadas no estaban vinculadas en modo alguno a la denuncia o revelación).
- El acceso a medidas correctoras frente a represalias, incluidas medidas provisionales (cautelares) a la espera de la resolución del proceso judicial, de conformidad con el Derecho nacional.
- La proporción de vías de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos por los denunciantes.

### **¿EXISTEN MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS AFECTADAS O DENUNCIADAS?**

La Directiva establece que los Estados miembros, “velarán” porque las personas afectadas “*gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva*”, a “*un juez imparcial*” así como a la “*presunción de inocencia y al derecho a defensa*”.

Igualmente, la Directiva protege la identidad del denunciado, en la medida que impone a las autoridades competentes el deber de *“velar (...) porque la identidad de las personas afectadas esté protegida mientras cualquier investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso”*.

Asimismo, contempla que se apliquen a los denunciados las normas de protección de la identidad de los denunciantes que se prevén para el diseño de los canales de denuncia, el tratamiento de datos personales y el registro de denuncias.

### **¿EXISTEN SANCIONES PARA LAS EMPRESAS?**

La Directiva obliga a los Estados miembros a aplicar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias —cuya calificación se determinará por cada Estado miembro— a las personas físicas o jurídicas que:

- impidan o intenten impedir las denuncias;
- adopten medidas de represalia contra las personas protegidas por la Directiva;
- promuevan procedimientos abusivos contra las personas protegidas por la Directiva; o
- incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes.

La Directiva no se pronuncia de forma expresa sobre las sanciones correspondientes al propio incumplimiento por parte de las entidades de su obligación de implantar un canal de denuncias, aunque dicho incumplimiento podría entenderse comprendido en la conducta de "impedir o intentar impedir las denuncias".

En cuanto a los denunciantes, se deberá sancionar a aquellos que denuncien con mala fe, esto es, que comuniquen o revelen públicamente información falsa a sabiendas.



## Implicaciones de la Directiva en el ámbito del Derecho Penal

---

### **¿QUÉ DELITOS SERÍAN SUSCEPTIBLES DE DENUNCIARSE AL AMPARO DE LA DIRECTIVA?**

La Directiva protege a las personas que informen sobre determinadas infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de que el Derecho nacional las clasifique como administrativas, penales o de otro tipo.

Los ámbitos de aplicación material enumerados en la Directiva (artículo 2) pueden, a su vez, vincularse a determinadas áreas de riesgo penal. Sin perjuicio de que será el legislador quien decida qué delitos se encuadran en cada uno de esos ámbitos, a título de ejemplo pueden relacionarse las siguientes áreas: (i) blanqueo de capitales; (ii) financiación del terrorismo; (iii) delitos contra la Hacienda Pública; (iv) delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores; (v) delitos de descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático; (vi) daños informáticos; (vii) delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; (viii) delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes; (ix) delitos contra la Administración pública (p.ej., cohecho, tráfico de influencias, malversación) o; (x) delitos contra la salud pública.

El legislador podrá extender la aplicación de las medidas de protección de la Directiva a la denuncia de otros delitos no relacionados con las materias enumeradas en el artículo 2 (ello permitiría armonizar la protección de los denunciantes, independientemente de la infracción penal que comunicaran).

### **¿QUÉ IMPLICACIONES PODRÍA SUPONER LA DIRECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?**

Como decíamos, desde 2015, la regulación penal en España permite a la persona jurídica quedar exonerada de responsabilidad cuando haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo eficaz de prevención de riesgos penales. El artículo 31 bis.5.4º del CP establece que los modelos de prevención de delitos deberán imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos a través de un canal de denuncias al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

La adopción de modelos de prevención de riesgos penales por la persona jurídica se configura legalmente como una cláusula de exención de la potencial responsabilidad penal corporativa, no como una obligación de cumplimiento en sentido estricto. Esto es, la no implantación de estos modelos podrá acarrear la imposición de una sanción penal, siempre y cuando se cometa un delito en su seno. En cambio, si no se produce el episodio delictivo, la ausencia del modelo en sí misma no tiene aparejada sanción de ningún tipo. Así, bajo el régimen del artículo 31 bis del CP, los canales de denuncia internos tienen naturaleza potestativa.

La Directiva puede tener incidencia en este artículo del Código Penal y, en consecuencia, en las obligaciones que sobre esta materia se impongan a las empresas, pues contiene previsiones novedosas e incluso algunas discrepancias con su contenido.

En primer lugar, la Directiva, a diferencia del régimen del artículo 31 bis, obliga a las entidades de los sectores público y privado (con las excepciones mencionadas) a establecer un canal de denuncias que cumpla determinados requisitos (se prevé como una medida de carácter imperativo).

Además, mientras el artículo 31 bis del CP exige a los integrantes de la organización que acudan al canal de denuncias interno para comunicar posibles riesgos e incumplimientos, la Directiva ofrece al denunciante distintos medios para informar de la existencia de irregularidades detectadas en el seno de la organización: canales internos, externos o, subsidiariamente, a través de una revelación pública.

Por último, sobre la función de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención de delitos, el artículo 31 bis.2 del CP establece que puede confiarse a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, esta función podrá ser asumida por el propio órgano de administración. La Directiva, por su parte, hace una recomendación sobre la configuración del órgano encargado de recibir y seguir las denuncias en las entidades de menor tamaño, indicando que esta función se podrá asignar a otro órgano ya existente de la sociedad, siempre que este pueda comunicarse directamente con la dirección de la organización (se ponen algunos ejemplos: un responsable de recursos humanos o de asuntos jurídicos, un responsable financiero, un responsable de auditoría o incluso un miembro del consejo de administración).

De cara a la transposición de la Directiva, el legislador español deberá tener en cuenta estas cuestiones y garantizar, al menos, el nivel de protección que prevé la norma europea.

## ¿QUÉ DEBERES SE IMPONEN AL ÓRGANO COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LAS DENUNCIAS INTERNAS?

El artículo 31 bis del CP hace referencia a la obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos, aunque no especifica las vías y la forma en que se deberá llevar a cabo dicha comunicación. La Directiva introduce directrices específicas sobre el funcionamiento de los canales de denuncia internos y los procedimientos de seguimiento de esas denuncias, que serán de obligado cumplimiento para las empresas. Con ello, la Directiva viene a completar la escasa regulación penal existente en España sobre los canales de denuncias y su modo de gestión y funcionamiento.

Entre otras, se establecen las siguientes reglas:

- Los canales de denuncia internos deberán garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia, e impedir el acceso a ella al personal no autorizado.
- Podrán ser gestionados por una persona o departamento designados y/o creados al efecto o por un tercero externo a la organización.
- Las pequeñas empresas del sector privado (de entre 50 y 249 trabajadores) podrán colaborar y compartir recursos entre ellas para la recepción de denuncias y su investigación (así, por ejemplo, las distintas empresas dentro de un mismo grupo podrán compartir canal de denuncias y procedimiento de investigación interna).
- Se deben permitir las denuncias escritas y verbales —que serán posibles por vía telefónica y mediante reunión presencial—.
- Se debe designar una persona o un órgano imparcial para seguir las denuncias, que puede ser el mismo que se encargue de recibirlas. En cualquier caso, se debe garantizar la independencia y ausencia de conflictos de interés.
- El órgano de seguimiento debe encargarse de forma diligente de valorar la exactitud de las alegaciones hechas en la denuncia y, en su caso, de resolver la infracción denunciada, incluso a través de medidas como investigaciones internas.

- Se debe acusar recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de 7 días a partir de su recepción y dar una respuesta en un plazo razonable, que no será superior a 3 meses a partir del acuse de recibo.

### ¿SON ADMISIBLES LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS?

La Directiva no establece la obligación de admitir las denuncias anónimas, sino que permite que sean los Estados miembros los que decidan si exigen o no a las entidades de los sectores público y privado y a las autoridades competentes la admisión y seguimiento de las denuncias anónimas.

El anonimato lleva la protección del denunciante un paso más allá de la confidencialidad, al impedir que ni el propio órgano encargado de la tramitación de las denuncias conozca su identidad. La admisión y seguimiento de denuncias anónimas sobre hechos supuestamente delictivos puede comprometer el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta.

De hecho, la Directiva establece una excepción a la regla de la confidencialidad —a efectos precisamente de salvaguardar el derecho de defensa— que no se prevé para el caso de las denuncias anónimas. En concreto, se permite que la identidad del denunciante u otra información sea revelada cuando exista una obligación legal necesaria y proporcionada en el contexto de una investigación o en el marco de un proceso judicial, para garantizar el derecho de defensa de la persona afectada.

El Tribunal Supremo ya ha analizado la viabilidad de las denuncias anónimas formuladas ante las autoridades que tienen la obligación de investigar delitos, desde la necesaria salvaguarda del derecho de defensa de los investigados. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo viene admitiendo que las denuncias anónimas sirvan de base para el inicio de una investigación penal, aunque rechaza que puedan ser tenidas como prueba de cargo ni como fundamento para la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales.

El artículo 24 de la LOPDGDD permite que se denuncien infracciones de forma anónima a través de los canales de denuncias internos de las entidades de Derecho privado. Sin embargo, la Directiva no solo regula los canales de denuncia internos en entidades del sector privado, sino también las denuncias internas en entidades del sector público y las denuncias externas.

El legislador español deberá decidir si acepta las denuncias anónimas también para el resto de vías de denuncia y arbitrar, en su caso, los límites necesarios para salvaguardar el derecho de defensa de las personas afectadas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### **¿PODRÍAN LOS DENUNCIANTES INCURRIR EN RESPONSABILIDAD PENAL POR LA OBTENCIÓN Y REVELACIÓN DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL?**

Entre las medidas de protección frente a las represalias que prevé la Directiva se encuentra la garantía para los denunciantes de que no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con:

- la denuncia o revelación pública de información sobre infracciones, a pesar de que el denunciante estuviera sujeto a una obligación de reserva sobre esa información (p.ej. mediante un acuerdo de confidencialidad); y
- la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito.

Así, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, la Directiva distingue entre la difusión o revelación, mediante la denuncia, de información confidencial de la que el denunciante ya tuviera conocimiento —en cuyo caso no existirá responsabilidad penal— y el apoderamiento o acceso ilícito a información confidencial con la finalidad de denunciar la comisión de alguna infracción —supuesto en el que la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable—.

De este modo, la Directiva introduce una cuestión que no está prevista de forma expresa en la redacción actual de los delitos de revelación de secretos del Código Penal: la incidencia que la finalidad de denunciar irregularidades puede tener en la responsabilidad penal de quien vulnera sus deberes de confidencialidad (ya sea respecto de información relativa a la intimidad de las personas o de información constitutiva de secreto de empresa).

Sin embargo, esta cuestión no resulta del todo novedosa en la práctica de los Tribunales españoles, que han llegado a una solución muy similar a la que prevé ahora la Directiva. Así, los Tribunales entienden que la revelación de información confidencial (revelación de secretos) para denunciar hechos delictivos ante las autoridades competentes no es constitutiva de delito.

Aunque la jurisprudencia ya se ha adelantado a la Directiva en el tratamiento de esta cuestión, deja muchas puertas abiertas e interrogantes que el legislador deberá resolver a la hora de abordar la

transposición. Entre otros aspectos, el legislador deberá tener en cuenta que la Directiva no solo ampara a las personas que denuncien ilícitos penales ante las autoridades, sino que protege a todos aquellos que revelen infracciones de cualquier tipo (penales, administrativas, etc., siempre que entren dentro del ámbito material de aplicación) a través de canales de denuncia externos, internos o mediante revelación pública.

Con todo, la Directiva supone un paso más en la protección de los denunciantes y la regulación de los canales de denuncia, siguiendo la tendencia de algunos países europeos, como Italia con la Ley 179/2017, que ya ha supuesto la imposición de la primera sanción por las represalias sufridas por un denunciante en el ámbito público, o Francia con la Ley nº 2016-1691, más conocida con Ley Sapin II, que establece sanciones para las empresas que no prevean procedimientos y canales internos de denuncia en sus programas de *compliance*.

## Protección de datos

---

La Directiva entiende que la protección de los datos personales de los informantes y de los interesados es esencial para evitar un trato injusto o daños a la reputación derivados de la revelación de datos personales, en especial la identidad de los interesados. Por ello, el artículo 18 de la Directiva establece que cualquier tratamiento de datos personales, incluido el intercambio o transmisión de los mismos, deberá cumplir las normas establecidas por el Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (“RGPD”) y demás normativa aplicable.

Además, dada la especial sensibilidad de los tratamientos de datos que se producen en la gestión de los canales de denuncias, la Directiva exige que los Estados miembros velen porque las autoridades competentes dispongan de procedimientos de protección adecuados para el tratamiento de las denuncias de infracciones y para la protección de los datos personales de quienes sean mencionados en la denuncia. Con ello, se pretende garantizar la protección de la identidad de cada informante, cada interesado y cada tercero a que se refiera la denuncia (por ejemplo, testigos o colegas) en todas las fases del procedimiento, sin perjuicio de la necesidad y la proporcionalidad de la obligación de revelar

información cuando así lo exija el Derecho nacional o de la Unión y a reserva de las garantías apropiadas.

En este sentido, en España los tratamientos de datos personales en el contexto de canales de denuncias internas establecidos por entidades de Derecho privado gozan de una regulación específica en la LOPDGDD, por lo que el incumplimiento de las reglas establecidas en el RGPD o la LOPDGDD puede dar lugar a sanciones significativas, que podrían alcanzar hasta 20 millones de euros o el 4% del volumen de facturación global anual del ejercicio anterior.

## Implicaciones de la Directiva en el ámbito del Derecho Laboral

---

### CONCEPTO EXPANSIVO DE TRABAJADOR UTILIZADO POR LA DIRECTIVA

Destaca la expansión del concepto de trabajador que utiliza la Directiva al definir su ámbito de aplicación personal (artículo 3 de la Directiva). No se limita al concepto de trabajador por cuenta ajena del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“ET”).

En su lugar, la Directiva se proyecta sobre toda la información obtenida en el *contexto laboral*, considerando el contrato de trabajo en sentido amplio (artículo 4 de la Directiva).

El ámbito de aplicación personal cubre, en concreto, la amplísima noción de trabajador prevista en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) pero incluye también a los trabajadores no asalariados en el sentido del artículo 49 del TFUE, a las relaciones mercantiles (se cita, por ejemplo a los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos), a los voluntarios y trabajadores en prácticas (independientemente de si perciben remuneración o no) así como a “*cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores*”.

Igualmente, el ámbito de aplicación personal abarca las relaciones laborales ya extinguidas y finalizadas (*alumni*) pero también comprende a aquellos informantes cuya relación laboral no se ha iniciado todavía al encontrarse en procesos de selección o de negociación precontractual. Se cierra, finalmente, el

concepto de denunciante objeto de protección incluyendo a facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante y a entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral.

### **¿CÓMO AFECTA LA DIRECTIVA A LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE CONFIDENCIALIDAD Y DE PROPIEDAD DE LA EMPRESA?**

La Directiva pretende tutelar a los informantes, también en el ámbito de las responsabilidades que pueden afrontar como consecuencia de esa revelación de información (por ejemplo en caso de que, al revelarla, el informante haya vulnerado las cláusulas de confidencialidad o de devolución de elementos propiedad de la empresa pactadas en el contrato de trabajo).

La Directiva razona en sus considerandos 91 y 92 la necesidad de otorgar esa seguridad al informante y de ponerle a resguardo del incumplimiento de los acuerdos de confidencialidad y cláusulas de propiedad de la empresa y explicita que *“no debe ser posible ampararse [en ellas] (...) para impedir las denuncias, para denegar la protección o para penalizar a los denunciantes por haber comunicado información sobre infracciones o haber efectuado una revelación pública cuando facilitar la información que entre dentro del alcance de dichas cláusulas y acuerdos sea necesario para revelar la infracción. Cuando se cumplan esas condiciones, los denunciantes no debe incurrir en responsabilidad alguna ya sea civil, penal, administrativa o laboral”*. En definitiva, la Directiva pretende, de manera clara, que los informantes *“gocen de inmunidad frente a dicha responsabilidad”*.

Por ello, el legislador, consciente de que los informantes, al revelar información, pueden verse expuestos a esas responsabilidades, ha querido garantizarles que *“no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva”* y que *“tendrán Derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva”* (artículo 21.7 de la Directiva y, en términos similares, artículo 21.2 de la Directiva). La protección no comprende, sin embargo, la *“información superflua”* revelada a no ser que existieran *“motivos fundados”*. Esta protección a los informantes se extiende específicamente a las *“solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado”*.



## CONCEPTO DE REPRESALIA

En el capítulo sexto se encuentra el corazón de la Directiva, en el que cristalizan las medidas específicas de protección de los informantes.

Entre ellas, se instaura la prohibición de “*todas las formas de represalia*” (artículo 19 de la Directiva) y se desglosa el extenso catálogo de represalias, casi todas ellas con un contenido eminentemente laboral. La Directiva configura aquí un concepto muy extenso de represalia, que comprende, las siguientes situaciones:

- Suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes.
- Degradación o denegación de ascensos.
- Cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo.
- Denegación de formación.
- Evaluación o referencias negativas respecto a sus resultados laborales.
- Imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las pecuniarias.
- Coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.
- Discriminación, o trato desfavorable o injusto.
- No conversión de un contrato de trabajo temporal en indefinido.
- No renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal.
- Daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos.
- Inclusión en listas negras.
- Terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios.
- Anulación de una licencia o permiso.
- Referencias médicas o psiquiátricas.

## INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL

La Directiva va un paso más allá en la protección específica de los informantes en el proceso al incluir la inversión de la carga de la prueba y las medidas cautelares.

Respecto de la primera cuestión, el considerando 93 de la Directiva señala que *“una vez que el denunciante demuestre, razonablemente, que ha denunciado infracciones o que ha efectuado una revelación pública de conformidad con la presente Directiva y que ha sufrido un perjuicio, la carga de la prueba debe recaer en la persona que haya tomado la medida perjudicial, a quien se debe entonces exigir que demuestre que las medidas adoptadas no estaban vinculadas en modo alguno a la denuncia o la revelación pública”*.

La Directiva concreta lo anterior en una protección en los procedimientos *“relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes”* en los que, cuando se haga constar que el informante ha *“denunciado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio, (...) se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados”* (artículo 21.5 de la Directiva).

Respecto de la segunda cuestión, el considerando 96 de la Directiva contempla el Derecho del informante a *“acogerse a medidas provisionales tal como se establezcan en Derecho nacional”*. Su objetivo, será *“poner fin a amenazas, tentativas o actos continuados de represalia, como el acoso, o para prevenir formas de represalia como el despido, que puede ser difícil de revertir una vez transcurrido un largo período y arruinar económicamente una persona”*.

Este punto ha cristalizado en la Directiva al garantizar que los informantes cuenten con *“acceso a medidas correctoras frente a represalias (...) incluidas medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial”* (artículo 21.6 de la Directiva).

## **DERECHOS DE INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES**

La Directiva debe entenderse sin perjuicio de otros derechos ya previstos en el ordenamiento europeo y español en relación con los representantes de los trabajadores, que ya les protegen al margen de las nuevas normas que ahora introduce la Directiva. Su artículo 3.4 recuerda que *“no afectará a las normas nacionales relativas al derecho de los trabajadores a consultar a sus representantes o sindicatos, a la protección frente a las posibles medidas perjudiciales injustificadas derivadas de tales consultas ni a la autonomía de los interlocutores sociales y su derecho a celebrar convenios colectivos”*.

## Abogados de contacto

---

### ÁREA DE PRÁCTICA DE DERECHO PENAL DE LA EMPRESA



**Jaime Alonso Gallo**

**Socio**

+34 915870991

jaime.alonso@uria.com



**Óscar Morales García**

**Socio**

+34 934165562

oscar.morales@uria.com



**Ismael Clemente Casas**

**Socio**

+34 915864581

ismael.clemente@uria.com



**Manuel Álvarez Feijoo**

**Counsel**

+34 934165101

manuel.alvarez@uria.com



**Enrique Rodríguez Celada**

**Counsel**

+34 915860579

enrique.rodriguez@uria.com

## ÁREA DE PRÁCTICA DE LABORAL



**Ignacio García-Perrote Escartín**

**Socio**

+34 915860679

ignacio-garcia-perrote@uria.com



**Mario Barros García**

**Socio**

+34 915860715

mario.barros@uria.com

## ÁREA DE PRÁCTICA DE PROTECCIÓN DE DATOS



**Leticia López-Lapuente**

**Socia**

+34 915860727

leticia.lopez-lapuente@uria.com

BARCELONA  
BILBAO  
LISBOA  
MADRID  
PORTO  
VALENCIA  
BRUXELLES  
LONDON  
NEW YORK  
BOGOTÁ  
CIUDAD DE MÉXICO  
LIMA  
SANTIAGO DE CHILE  
BEIJING

[www.uria.com](http://www.uria.com)