



Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

# **LA DIRECTIVA DE LOS “WHISTLEBLOWERS” A EXAMEN: ¿tienen cabida los “whistleblowers” en las empresas españolas?**

Autor: Alfonso Álvarez-Cascos Ruiz

Director: Javier Camacho Ibáñez

## ÍNDICE

<b>I. RESUMEN</b> .....	3
<b>II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	5
<b>III. ESTADO DE LA CUESTIÓN</b> .....	6
1. CONTEXTO HISTÓRICO .....	6
2. EL ÉXITO DE LAS POLÍTICAS DEL <i>WHISTLEBLOWER</i> EN ESTADOS UNIDOS.....	7
3. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> .....	12
<b>IV. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA</b> .....	17
1. ÁMBITO MATERIAL Y PERSONAL.....	17
2. SOBRE LOS CANALES DE DENUNCIA INTERNOS.....	19
3. SOBRE LOS CANALES DE DENUNCIA EXTERNOS.....	20
4. DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS DOS TIPOS DE CANALES. ....	22
5. EL CANAL DE DENUNCIA MEDIÁTICO: LA RELEVANCIA PÚBLICA.....	22
6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.....	23
<b>V. EL CASO DE LAS POLÍTICAS DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> EN FRANCIA</b> ...	26
1. LA LEGISLACIÓN FRANCESA ANTE EL <i>WHISTLEBLOWING</i> : ANTECEDENTES Y TRASPOSICIÓN .....	26
2. LOS RESULTADOS DE LAS POLÍTICAS DEL <i>WHISTLEBLOWING</i> EN FRANCIA.....	29
<b>VI. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA</b> .....	34
1. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA Y SU CONTENIDO ...	34
2. LA PUESTA EN MARCHA DE LOS CANALES DE DENUNCIA EN ESPAÑA	40
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	44
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	46

## I. RESUMEN

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 Unión es una norma que supone un avance en cuanto a la homogeneización de las políticas de protección al denunciante en todos los Estados miembros de la Unión, a pesar de no existir una tradición tan arraigada al respecto como la que sí que existe en Estados Unidos. Se analiza el origen histórico de la protección al denunciante y para ello, es ineludible analizar cuáles han sido las políticas que se han implementado para su puesta en marcha de forma satisfactoria en las empresas americanas.

Realizado este análisis se procede a estudiar los puntos que regula la Directiva para entender el marco en el que se tienen que trasponer en los ordenamientos jurídicos nacionales, y, como ejemplo de país con características similares a España se examina el impacto que han tenido en Francia las políticas de protección al denunciante.

En último lugar, se analizan los términos en los que se encuentra actualmente el Anteproyecto de Ley que traspone la Directiva europea y se concluye analizando las posibles consecuencias, así como los puntos débiles que tendrá la implementación de la Directiva en las empresas españolas. Derivado del análisis del impacto de la transposición de la Directiva en España, especial atención merecen las pequeñas y medianas empresas, a las que habrá que prestar atención en los casos de falta de medios y recursos.

**Palabras clave:** *whistleblowing*, protección al denunciante, Unión Europea, canales de denuncia, *compliance*.

## ABSTRACT

Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law is a regulation that represents a step forward in terms of the homogenization of whistleblower protection policies in all the Member States of the Union, despite the fact that there is not such a deep-rooted tradition regarding this at the level there is in the United States. The historical origin of whistleblower protection is analyzed, and, to this end, it is essential

to analyze the successful policies that have been enacted for its satisfactory implementation in American companies.

Once this analysis has been carried out, we will proceed to study the points regulated by the Directive in order to understand the framework in which they must be transposed into national legal systems. As an example of a country with similar characteristics to Spain, the impact of whistleblower protection policies in France is examined.

Finally, we analyze the terms in which the Draft Bill transposing the European Directive is currently being drafted and conclude by analyzing the possible consequences, as well as the weak points that the implementation of the Directive will have on Spanish companies. From the analysis of the impact of the transposition of the Directive in Spain, special attention should be paid to small and medium-sized companies, to which attention should be paid in cases of lack of resources.

**Keywords:** whistleblowing, whistleblower protection, European Union, whistleblowing channels, compliance.

## II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se articula como una investigación acerca de la implementación normativa de 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 Unión, en su integración en el ordenamiento jurídico español y su aplicación con efectividad en la empresa española.

Para la consecución de este objetivo global del Trabajo, la metodología abordada es la siguiente: se plantean diversos objetivos parciales para analizar basándose en el estudio empírico de la legislación y de las consecuencias que han acarreado. En primer lugar, se aborda la conceptualización del *whistleblowing* desde una perspectiva teórica para definir y delimitar el concepto que se ha construido del *whistleblowing*, así como de la forma de medir y evaluar la efectividad de las políticas que buscan proteger a los denunciantes anónimos. El primer país objeto de estudio es Estados Unidos porque es el país que mayor impulso le ha dado a estas políticas y que ha abanderado el desarrollo en todos sus ámbitos. Sin embargo, ello no es suficiente para hacer una extrapolación efectiva al caso español, por lo que también se realiza un análisis pormenorizado del caso de Francia, pues es un país que se adelantó a la Directiva a la hora de regular la protección al denunciante y, además, cultural y administrativamente, tiene mayores similitudes a España que cualquier otro por lo que los resultados del país galo son más fáciles de extrapolar a España.

Para poder analizar las medidas a aplicar por la empresa también se realiza un examen del contenido de la Directiva europea y posteriormente del Anteproyecto de Ley que ha presentado el Gobierno ante las Cortes Generales para trasponer la Directiva. Con ese marco jurídico y habiendo analizado las medidas que se van a tener que implementar en las empresas españolas.

### III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

#### 1. CONTEXTO HISTÓRICO

El mundo globalizado en el que vivimos obliga al intercambio de bienes y servicios con clientes de todo el mundo, lo que exige que las normas fijen un “campo de juego” justo y equilibrado para las empresas. Una de las materias en la que más se está avanzando en el campo de la transparencia hacia una homologación normativa es en la protección al denunciante, lo que se conoce comúnmente como el *whistleblowing*. En este sentido, son ya más de 68 países los que han incorporado a su legislación normativas relacionadas con este asunto, y si observamos los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, ya son menos de un 15% los países que todavía no tienen una legislación que proteja al denunciante de irregularidades en el sector público (Villoria, 2021).

En octubre del año 2019, la Unión Europea aprobó 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 Unión. Una normativa pionera en el espacio de los Estados Miembros de la Unión que carecía, hasta entonces, de una normativa estándar y con varios modelos dispares entre los distintos Estados miembros (Airey, Domb, & Giampetruzzi, 2019) y, además, se extiende más allá de la denuncia por actuaciones relacionadas con la corrupción (Caro Catalan, 2021).

Durante los años anteriores, el Parlamento Europeo ya se había pronunciado a favor de la aprobación de una directiva que regulara esta materia, pero que la Comisión había rechazado alegando la falta de regulación y de interés político y social en el asunto (Abazi, 2020). Europa estaba dividida entre aquellos Estados miembro que sí tenían leyes que se preocuparan por el asunto, mientras que los que no poseían una legislación específica en la materia sí que tenían ciertos mecanismos de protección a través de otras leyes, especialmente en las de materia laboral (Oelrich, 2019). La no proliferación de legislación en esta materia en algunos países ha tenido cierta relación con barreras culturales, pues -narra Oelrich (2019)-, que la idea de espiar y el concepto de “denunciante” tenía connotaciones negativas al recordar a prácticas desarrolladas durante la Alemania Nazi y la posterior República Democrática Alemana, a través de la Gestapo y la Stasi, respectivamente. El autor profundiza que en Sudáfrica tenía una

connotación cultural negativa similar, mientras que en India la acción del *whistleblower* estaba penado con la pena de muerte.

Sin embargo, la aparición mediática de casos como el de Edward Snowden transfirieron a la arena pública la necesidad de adoptar medidas de protección al denunciante, lo que condujo a un incremento del interés del poder público y de la propia sociedad civil (Abazi, 2020) (Gerdemann & Colneric, 2021).

A pesar de no existir una regulación, algunas instituciones de ámbito europeo, no de la Unión, como el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos empezaron a alertar de la necesidad de implementar estas políticas públicas en el ámbito continental en la forma de resoluciones e informes reclamando a los Estados miembro tomar cartas en el asunto de la protección al denunciante. Esto provocó que en aquellos países en los que no existiera una regulación sobre la materia aumentara el número de casos judiciales ya que los denunciantes podían recibir el amparo de la Corte Europea de Derechos Humanos (Abazi, 2020). Y es que precisamente esta elaboración de jurisprudencia que han suscitado dichos casos en la Corte europea han sido los que, posteriormente, han servido de guía para el desarrollo legislativo de la normativa a la que se refiere esta investigación.

La actividad del *whistleblowing*, a pesar, de su tardía incorporación en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ha vivido un gran desarrollo en otras partes del mundo, a destacar, principalmente Estados Unidos. Se ha reconocido esta práctica como una forma eficaz de frenar y eliminar la corrupción en las organizaciones (Chordiya, Sabharwal, Relly, & Berman, 2019).

## 2. EL ÉXITO DE LAS POLÍTICAS DEL *WHISTLEBLOWER* EN ESTADOS UNIDOS

El éxito de la implementación y del desarrollo de las políticas de protección al denunciante en Estados Unidos merecen un estudio pormenorizado en este análisis. Tradicionalmente, se ha asociado Estados Unidos con un modelo de “strong whistleblowing laws” (Oelrich, 2019, p.179).

El autor Stephen H. Kohn (2011) se remonta hasta 1777 como fecha de inicio de la actividad de los *whistleblowers* en el país americano, es decir, al propio nacimiento del país como Estado tal y como lo conocemos ahora. Fue una norma que se impulsó tan solo siete meses después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (Villoria, 2021). Cuenta para ello una anécdota histórica, a la cual le podemos dar presunción de veracidad en la que se refleja cómo de relevante fue el asunto de la protección al denunciante.

Hopkins had participated in the torture of captured British sailors; he “treated prisoners in the most inhuman and barbarous manner,” his subordinates wrote in a petition.

One whistle-blower, a Marine captain named John Grannis, was selected to present the petition to the Continental Congress, which voted on March 26, 1777, to suspend Hopkins from his post.

The case did not end there. Hopkins, infuriated, immediately retaliated. He filed a criminal libel suit in Rhode Island against the whistle-blowers. Two of them who happened to be in Rhode Island — Samuel Shaw, a midshipman, and Richard Marven, a third lieutenant — were jailed. In a petition read to Congress on July 23, 1778, they pleaded that they had been “arrested for doing what they then believed and still believe was nothing but their duty.”

Later that month, without any recorded dissent, Congress enacted America’s first whistleblower-protection law: “That it is the duty of all persons in the service of the United States, as well as all other inhabitants thereof, to give the earliest information to Congress or any other proper authority of any misconduct, frauds or misdemeanors committed by any officers or persons in the service of these states, which may come to their knowledge.” Congress did not stop there. It wanted to ensure that the whistle-blowers would have excellent legal counsel to fight against the libel charges, and despite the financial hardships of the new republic, it authorized payment for the legal fees of Marven and Shaw. (Kohn, 2011, pp. 1-2)

La política de la protección al denunciante en Estados Unidos no se puede entender sin el “‘employment at will’ principle. [...] an employer can hire and fire employees at his/her own will, without needing to give any reasons for doing so.” (Vandekerckhove, 2006). A partir de ahí se empiezan a construir las primeras reglas de protección de los despidos improcedentes. Asimismo, Vandekerckhove (2006) resume las ideas de los pensadores americanos en la materia de la siguiente manera: por un lado, para Vogel era

una cuestión político-ética, mientras que Walters apreciaba un cambio en la mentalidad empresarial pues empieza a percibir que las acciones propias de una empresa pueden tener un impacto sobre la sociedad, de ahí su relevancia. En base a eso, Walters defiende la actividad del *whistleblower* como una acción protegida por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que es aquella que establece la libertad de expresión.

Dos hitos clave para entender la filosofía que se esconde tras el modelo americano fueron los Casos Enron (Chen & Lai, 2014), cuando los ejecutivos financieros de esta empresa con la complicidad de la auditora Arthur Andersen decidieron simular las cuentas financieras de la empresa para esconder pérdidas y deudas, y WorldCom, por motivos similares (Moberly, 2012). Estos casos evidenciaron que la anterior legislación, la *False Claims Act* también conocida como *Whistleblower Protection Act*, fuera insuficiente y se introdujo una nueva legislación. La *False Claims Act* se había introducido de manera novedosa en el año 1863 bajo la presidencia de Lincoln y recompensaba a los denunciantes en materias militares (Nyreröd & Spagnolo, 2021a) y además con el propósito de confrontar con el problema de aquellos proveedores militares que cobraban un precio excesivo al Ejército americano (Schultz & Harutyunyan, 2015).

La *Sarbanes-Oxley Act* que se introdujo en el año 2002 con el objetivo de habilitar unos mecanismos de denuncia para actuaciones ilegales en materia bancaria, o fraude de valores, supuso un avance -principalmente- en materia de denuncias de infracciones en el ámbito del sector privado (Moberly, 2012) de tal forma que se dejaba amparado al denunciante frente a cualquier amenaza de represalias. A lo largo de los años, la Ley ha sufrido constantes reformas que han aumentado las actuaciones denunciadas protegidas (Schultz & Harutyunyan, 2015). Una de las consecuencias derivadas de la implementación de esta Ley fue el inicio del crecimiento de la protección al denunciante principalmente porque se obligó a las empresas que cotizan en bolsa a implantar los canales de denuncia (Pope & Lee, 2013), que se evidenciaron con la crisis de 2008 (Moberly, 2012). Esta Ley arbitró dos modelos de protección para incentivar las denuncias anónimas:

- El primero de ellos fue el modelo tradicional de protección para la protección frente a las represalias
- El segundo de ellos sobre la inversión de la carga de la prueba, es decir, “the employee must prove that a protected activity -such as whistleblowing- was a ‘contributing factor’ in the retaliation by the employee” (Moberly, 2012, p.8).

De forma innovadora utiliza un nuevo procedimiento contra las represalias que en primer lugar remite la denuncia a la Occupational Safety and Health Administration y, de estimarse, ésta misma ofrece un catálogo nutrido de posibilidades. La Ley supuso un avance en el ámbito nacional pues “SOX was the first law to enact an anti-retaliation provision providing for a nationwide right of action to employees of publicly traded companies who faced wide ranging types of retribution because they reported fraud.” (Schultz & Harutyunyan, 2015, p. 90).

Sin embargo, la Ley falló en dos puntos clave: no protegió de manera efectiva a los denunciantes frente a las represalias, y más de una asunto quedó pendiente de resolver el problema de fondo (Moberly, 2012). En el año 2010, se introduce la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* como respuesta a la crisis económica y de las instituciones financieras del momento. En ella se introduce un sistema de incentivos para el *whistleblower* pues, al centrarse en los mercados financieros, establece que aquel denunciante de irregularidades podrá optar a una recompensa de entre el 10% y el 30%, siempre y cuando el denunciante no esté directamente implicado en la actividad ilícita denunciada y el montante de la cuestión objeto de denuncia sea superior al millón de euros (Pope & Lee, 2013). El porcentaje de recompensa fue incluso considerado demasiado generoso (Bjorke & May, 2014). Otro de los puntos en los que avanza esta nueva ley es en la lucha contra las represalias a los empleados de una empresa: “The Act provides an independent cause of action for a whistle-blower who has experienced employer retaliation which allows the whistle-blower to recover double back pay with interest and attorney fees. The whistle-blower is also entitled to reinstatement to the position prior to the retaliation.” (*Idem*, p.600).

El último elemento esencial y diferencial de la política de protección al denunciante en la cultura establecida por Estados Unidos es la recompensa. Cuando se hacen de forma efectiva, los programas de recompensa a los *whistleblowers* son una forma fácil de

obtener información (Nyeröd & Spagnolo, 2021a). A pesar de ello, no se ha implementado en muchos países, siendo el único y gran ejemplo de ello Estados Unidos. En el país americano, el programa de recompensa está configurado de tal manera que, si la denuncia promovida por un denunciante anónimo encuentra un recorrido judicial o administrativo, con resultado lesivo, éste se quedará con un porcentaje de la sanción que se hubiera impuesto, hasta un límite del 30% (Nyeröd & Spagnolo, 2021b) como se ha ido plasmando *supra*. Asimismo los investigadores de *Harvard Business School* Dey, Heese, Pérez-Cavazos (2019) analizan en su informe las denuncias cursadas entre 1994 y 2012 sobre la base de la *False Claims Act* para estudiar el impacto de la política de recompensa. En este análisis concluyen que el denunciante obtiene una recompensa media de \$200.000 lo que convierte el *whistleblowing* en una actuación seductora si se compara con el sueldo medio de un empleado de una empresa. Precisamente por esta misma razón los altos responsables de las empresas no ven la denuncia de actividades irregulares como algo seductor, pues sus emolumentos son mayores. Este informe también analiza las represalias sufridas por el denunciante, y de los denunciantes que han sufrido represalias: un 45% han sido despedidos o invitados a marcharse de la empresa; y en el 31% de los casos el nuevo empleo es mejor que el anterior, en el 21% es similar y tan solo en el 10% es peor, el restante 21% se convierten en sus propios jefes (*Id.*). En el caso de la alta dirección en el 0% de los casos el nuevo trabajo es mejor. El tiempo medio entre despido y entrada en el nuevo trabajo es en torno a un año.

En Europa los programas de recompensa no están bien vistos, no han sido acogidos en prácticamente ninguna legislación europea, ni en la Directiva objeto de examen en este estudio.

Un gran número de países europeos rechazan explícitamente la introducción de incentivos financieros para los alertadores. Entre ellos se encuentran Alemania, Austria y Suiza. Sin embargo, existen las siguientes excepciones:

Rumanía: En 2018, el país se planteó aplicar las recompensas por primera vez.

Polonia: En algunos casos, los alertadores pueden recibir una indemnización por sufrir cualquier trato ilegal en el trabajo o por despido. El importe máximo de la compensación económica es de hasta tres meses de salario.

Hungría: Los alertadores que proporcionen a las autoridades húngaras pruebas demostrables de la existencia de cárteles, pueden recibir el equivalente de hasta 140.000 euros.

Reino Unido: En el marco de “Tax Whistleblowers Report to Her Majesty’s Revenue and Customs (HMRC)”, las personas pueden ser recompensadas económicamente por denunciar la evasión fiscal. La cuantía de la indemnización no se fija de manera uniforme y varía según el caso. Entre 2017 y 2018 se repartieron algo más de 400.000 euros en concepto de recompensas.

Ucrania: También hay incentivos financieros para los alertadores en el país.

Eslovaquia: las personas que denuncian pueden recibir recompensas hasta 50 veces superiores al salario mínimo por las revelaciones que conduzcan a una decisión judicial definitiva.

Lituania: Desde julio de 2019, los chivatazos a los cárteles se premian con cantidades de entre 1.000 y 100.000 euros. (Grainger, 2021a)

Con carácter general, el rechazo al sistema de recompensas de basa principalmente en el argumento de que implantarlo puede conducir a incrementar el número de denuncias falsas (Schmidt, 2005). De los países que se han puesto como ejemplo, la mayoría de ellos comparten una cuestión de origen común por su pasado soviético y balcánico. Por el contrario, las posiciones contrarias a las recompensas defienden que donde se debe poner el énfasis es en las políticas para evitar represalias, que sí se articulan en la Directiva (*Id.*).

### 3. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL *WHISTLEBLOWING*

Con el impulso de una de las primeras potencias del mundo, Estados Unidos, la actividad de protección al denunciante anónimo ha adquirido un gran interés académico e intelectual que merece su análisis. Las aportaciones doctrinales han permitido crear un concepto sobre la actividad del *whistleblowing* y todo lo que lo rodea, especialmente a través de la investigación de dos autoras Marcia P. Miceli y Janet P. Near que, de forma conjunta, han investigado el tema en profundidad.

En un primer momento, algún investigador definió el *whistleblowing* como “a modern phenomenon built on the historical tradition of consumer activism and political dissent” (Ewing, 1983, como se citó en Near y Miceli, 2008, p. 265). Sin embargo, esta definición si bien reflejada el estado de ánimo social con respecto al *whistleblowing* no

define de forma concreta lo que es. Las dos investigadoras mencionadas anteriormente han definido el *whistleblowing* como “organization members’ disclosure of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to parties who may be able to effect action” (Miceli & Near, 1985, p.525) (Near & Miceli, 1995). Por lo que nos encontramos ante una acción realizada por una persona, que debe ser miembro de la organización, que divulga o difunde una o varias actividades ilegales, inmorales o ilegítimas llevadas a cabo bajo el control de sus empleadores, es decir, que se realicen en el marco de la relación laboral. Asimismo, añade el requisito de que se pongan de manifiesto estas acciones ante una persona que tenga la capacidad manifiesta de adoptar las medidas necesarias. Se trata de una denuncia que un individuo cursa cuando aprecie desde su observancia personal que esa actuación vulnera el código ético personal del individuo que denuncia, o cuando éste entiende que no se está cumpliendo con la legalidad (Miceli & Near, 1985). También se habla de que “The wrongdoing should also be material which means that the costs associated with such wrongdoing should be sufficient to pursue investigations” (Dasgupta & Kesharwani, 2010)

Por otro lado, otros autores como Johnson (2003) define el concepto del *whistleblowing* en base a cuatro características:

First, it is an individual act to make information public. Second, that information is disclosed to some outside of an organization party who make it public and part of a public record. Third, the information disclosed has to do with some non-trivial wrongdoing within that organization. Finally, the person making the disclosure is a member of that organization and not a journalist or general member of the public. In short, a whistle-blower is a person who exposes wrongdoing within an organization. (p.3-4)

En origen, no existía ninguna teoría previa sobre el *whistleblowing* más allá de la propia motivación del individuo por conseguir un fin. Por ello los denunciadores anónimos están a la expectativa de observar las posibles consecuencias de su acción y las posibles represalias que pueden sufrir (Farrell & Petersen, 1982). Ante ello Miceli y Near (1985) añaden:

Organization members who lose their jobs or experience harassment following reporting of wrongdoing may indeed view reporting as a costly action, which would be punishing. Therefore, an individual’s ‘force’ to blow the whistle would be a function of the perceived likelihood (‘expectancy’) that valued outcomes such as managerial

attention to the complaint and cessation of wrongdoing -and no retaliation- would follow whistle-blowing action. (p.526-527)

Con el paso del tiempo se han formulado hasta tres teorías que justifican el *whistleblowing* (Dasgupta & Kesharwani, 2010):

- Teoría altruista: “The altruistic reasons for whistleblowing is the desire to correct the wrongdoing which is harming the interests of the organization itself, the consumers, the coworkers and the society at large” (Arnold y Ponemon, 1991; Vinten, 2000; Vandekerckhove y Commers, 2004, como se citó en Dasgupta y Kesharwani, 2010, p.6).
- Teoría motivacional y psicológica: Es la teoría que sobre la que más se apoya el *whistleblowing* en su origen, pues defiende que “the act of whistleblowing may lead to the individual obtaining some benefits in lieu of his whistleblowing” (Heynes y Kapur, como se citó en Dasgupta y Kesharwani, 2010, p.10)
- Teoría de la perspectiva de la recompensa: Se refiere a la posibilidad de que las organizaciones, o incluso los Estados, ofrezcan recompensas por la denuncia de actuaciones irregulares.

La efectividad, o no, de las medidas de protección al denunciante anónimo deben ser medidas para asegurar que lo son, pues sin ello carecerían del sentido propio de existencia. Near y Miceli (1995) investigan en concreto sobre las efectividad, pues si bien analizan que en muchas ocasiones la efectividad de unas medidas se mide a través del ratio de victorias/derrotas en los casos originados por una denuncia de un denunciante anónimo. Sin embargo, no es suficiente porque a lo que se debe atender es si el hecho juzgado satisface los intereses del *whistleblower*. De tal manera que la efectividad de las medidas del *whistleblower* se puede evaluar supervisando “the extent to which the questionable or wrongful practice (or omission) is terminated at least partly because of whistle-blowing and within a reasonable time frame” (Near & Miceli, 1995, p.681). Otros autores también abogan porque la efectividad se mida en función de que la acción que ha sido denunciada ya ha sido detenida, ante lo que Near y Miceli responden (1995) “Lacking this, some consensus should exist among the parties involved in the whistle-blowing that it has been effective. Obviously, researchers may have to rely on the perceptions of only one of the parties involved in the whistle-blowing, but the limitations of this approach must be recognized by the researchers.” (p. 681). A lo largo

de los años la concepción de efectividad también ha variado considerablemente, pues otros autores como Perry (1992) abogan por construir el concepto sobre la idea de resolución, que sucede cuando un asunto alcanza su fin y la autoridad toma nota de la denuncia actuando frente al denunciado para frenar la actitud irregular. Por tanto se pueden apreciar dos diferencias notables:

One difference between resolution and effectiveness is that resolution could be said to occur if the whistle-blower agrees to stop complaining, for example, out of weariness or to receive a cash settlement, even if the wrongdoing is not corrected at all. However, we would consider this whistle-blowing to be ineffective. Another difference between resolution and effectiveness is that a whistle-blower can be completely effective even if the wrongdoers are not punished. (Miceli, Near, & Morehead Dworking, Whistle-blowing in organizations, 2008) (p.17)

Finalmente, y de forma más reciente la forma en la que se está midiendo la efectividad de la protección al denunciante anónimo es a través de la consulta al denunciante sobre si la situación ha mejorado con respecto a la situación denunciada. “This coding follows past studies (Miceli & Near, 2002) and allows for maximal variance across a wide array of responses” (*Ibid.*, p. 17).

Asimismo también es relevante observar la actitud del denunciante que cursa la denuncia y conocer las motivaciones que le empujan a hacerlo. Chen y Lai (2014) analizan los factores que afectan al *whistleblowing*.

The magnitude of the perceived moral intensity formulates one’s attitude, intention and behaviour. This perception, however, is mediated through individual different characteristics. Then people choose either to blow the whistle, exit the company, keep silent or take action to undermine the wrongdoing. [...] Their actions may cause the wrongdoing to be corrected, ignored or bring harm and retaliation. The perceived potential reactions to the whistleblower will also affect one’s whistleblowing behaviour. (Chen & Lai, 2014, p.328)

Por tanto, se presenta el miedo a las represalias como el principal elemento subjetivo que valora un individuo a la hora de denunciar. Configurar un sistema que evite a toda costa las represalias es un elemento prioritario a la hora de proteger al denunciante.

En este punto también merece un análisis conocer los tipos de causas denunciadas a través de los *whistleblowers*. Miceli, Near & Morehead Dworking (2008) las analizan y enumeran:

1. Stealing (10% of all wrongdoing), including stealing of federal funds or federal property, accepting bribes/kickbacks, use of position for personal benefit; unfair advantage to contractor; and employee abuse of office.
2. Waste (44%), including waste by ineligible people receiving benefits or a badly managed program or waste of organizational assets.
3. Mismanagement (11%), including management's cover-up of poor performance or false projections of performance.
4. Safety problems (8%), including unsafe or non compliant products or working conditions.
5. Sexual harassment (8%).
6. Illegal discrimination (13%).
7. Other violation of law (7%). Some refer to illegal behavior, others to behavior that merely constitutes wrongdoing; most observers would agree that all these behaviors are wrong, but determining whether a given event falls into a category is sometimes difficult (e.g., when is a product unsafe?). (p.20)

Se puede analizar que nos encontramos ante unas denuncias donde el incumplimiento de una norma no es la principal razón por la que se formula, es decir, no es una cuestión de ilegalidades, si no que se denuncia por esta vía actuaciones irregulares. Y parece lógico que la categoría de "Waste" se sitúe en primera posición, a lo que hay que sumar el hecho de que para los más altos ejecutivos las actuaciones irregulares se aprecian con especial atención cuando conllevan grandes sumas de dinero de por medio (Miceli & Near, 1985).

#### IV. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

Entrando de lleno en el análisis del contenido que regula la Directiva, llama la atención en primer término la ausencia de definición del término *whistleblowing*, si no que se refiere a ello como la protección de los individuos que denuncien cualquier vulneración de las normas de la Unión Europea, añade Abazi (2020) que el propósito de la Directiva no es la protección del empleado o de su libertad de expresión, pero la de mejorar el cumplimiento de la normativa de la Unión.

##### 1. ÁMBITO MATERIAL Y PERSONAL.

En cuanto al ámbito material de la Directiva, regulado en el artículo 2 de la misma, se establece una enumeración de infracciones realizables tanto en empresas privadas como públicas.

- i) contratación pública,
  - ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo,
  - iii) seguridad de los productos y conformidad,
  - iv) seguridad del transporte,
  - v) protección del medio ambiente,
  - vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear,
  - vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales,
  - viii) salud pública,
  - ix) protección de los consumidores,
  - x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información;
- (Art. 2.1.a Directiva (UE) 2019/1937)

La autora Abanzi (2020) destaca que la Directiva excluye la protección frente a denuncias en materia de medidas sanitarias y de seguridad para los trabajadores, que se ha puesto especialmente de manifiesto como esencial durante la crisis de la COVID-19. Asimismo, justifica la ausencia de esta categoría en que la Unión Europea carece de competencias en materia laboral, siendo propia de los Estados miembro, por lo que, en

el periodo de transposición en los propios Estados miembro, éstos pueden ampliar el ámbito de actividades denunciadas, habrá que estar atento al caso concreto.

El ámbito personal de la Directiva se concreta en el artículo 4 y la convierte en aplicable para “los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral”. Esto se entiende en sentido amplio, sin distinción alguna, por lo que se aplica independientemente de si el trabajador es fijo o temporal, de jornada completa o parcial, o de si se trata de voluntarios o personal en prácticas (Gerdemann & Colneric, 2021). Se incluye dentro del ámbito de la directiva en el mismo artículo la actuación de denunciantes sobre infracciones de empresas en las que la relación laboral ya esté finalizada, así como en los casos en los que la infracción se denuncie cuando la relación laboral no se ha iniciado. Se hacen extensivos los mecanismos de protección al denunciante a cualquier facilitador<sup>1</sup>, a terceros relacionados con el denunciante que puedan sufrir represalias laborales, y las sociedades que sean propiedad del denunciante. También se aplica la directiva sobre denunciantes con la condición de accionistas en la empresa, o miembros de la dirección. A la vista está que se ha establecido un ámbito personal muy amplio para evitar posibles vacíos legales en la protección al denunciante (Gerdemann & Colneric, 2021), supone un avance pues se extiende el concepto de *whistleblower* más allá de la tradicional idea de que el denunciante se trata de un empleado de la empresa (Abazi, 2020). Sin embargo, mientras que sí que se incluye dentro del concepto a los funcionarios de los Estados miembro, no se incluye a los funcionarios de las instituciones de la Unión Europea. En el caso de Polonia, que se encuentra en una situación parecida a la de España, en cuanto a que el Gobierno ya ha aprobado la propuesta legislativa, no ha extendido el ámbito de protección material de la Directiva, es decir, ha mantenido el contenido mínimo que se incluye, a pesar de que la sugerencia de la Comisión iba en la línea de aumentarlo (Whistleblowing Monitor, Desconocido). Por el contrario, encontramos otros países, entre los que se destaca Dinamarca, en los que se ha ampliado el enfoque de la regulación de tal forma que se puede denunciar anónimamente prácticamente cualquier ilícito; igualmente, Francia permite de manera amplia las denuncias incluso cuando no suponga una infracción del derecho nacional o

---

<sup>1</sup> La propia Directiva regula en su artículo 5 la definición del término, denominando al facilitador como “persona física que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”.

de la Unión, pero se esté poniendo en juego el interés público. Por su parte, Alemania lo ha regulado de tal manera que denuncias que no supongan un quebrantamiento de la ley no quedarán protegidas por el marco de la ley.

Asimismo, la Directiva establece dos requisitos *sine qua non* que han de cumplir los denunciantes para obtener el derecho de protección: que el denunciante muestre que es razonable y veraz la denuncia, y que se haya realizado la denuncia por los canales de denuncia interno. Demostrando estos dos requisitos, el denunciante obtiene una completa protección por parte de los mecanismos que determina la Directiva, y que se detallan *infra*. La protección se extiende incluso cuando se hubiera identificado al denunciante.

## 2. SOBRE LOS CANALES DE DENUNCIA INTERNOS.

Uno de los mecanismos de canales de denuncia que establece la directiva son los canales de denuncia internos, a los que dedica el capítulo II, entre los artículos 7 a 9 ambos *inclusive*. Los canales de denuncia regulados en estos artículos deben ser promovidos por los Estados, priorizando éstos a los canales de denuncia externos.

During the initial phases of the legislative process, some national governments, led by Germany and France, demanded that internal reporting should be a mandatory first step in the whistleblowing process. For France, this demand was motivated by the fact that French law requires internal mandatory reporting. For Germany, the focus was on the protection of the interests of the employer, in particular loyalty to the employer. In this respect, the German delegation insisted on the principle of ‘escalation’, ie preventing whistleblowers from reporting directly to the media and instead allowing ample room for the employer to deal with the reputational damage by obliging the whistleblower to report internally at the workplace first and foremost. (Abazi, 2020, pp. 649-650)

El artículo 8 de la Directiva regula la obligación de creación de los canales de denuncia tanto en las empresas públicas como en privadas. Para las primeras, quedan exentos de cumplir con la obligación de establecer canales de denuncia todas las entidades públicas con 49 trabajadores o menos y los municipios con menos de 10.000 habitantes. Para las empresas privadas, la regulación es similar pues se obliga al establecimiento de canales de denuncia a todas las empresas con 50 trabajadores o más, incluso entre varios municipios pueden compartir canales de denuncia. Asimismo, se permite a los Estados

miembro ampliar la obligatoriedad a aquellas empresas con 49 trabajadores o menos cuando “la naturaleza de las actividades de las entidades y el correspondiente nivel de riesgo, en particular para el medioambiente y la salud pública” (Art. 8.7 de la Directiva 2019/1937). También se prevé la posibilidad que las empresas de carácter privado con entre 50 y 249 trabajadores puedan compartir recursos derivados de la obligatoriedad de establecimiento de los canales de denuncia.

En cuanto al procedimiento a seguir tras la recepción de una denuncia anónima, se fija en primer lugar la obligatoriedad de confidencialidad de la identidad del denunciante, así como de las personas que figuren en la denuncia presentada, que se puede realizar de forma escrita o de forma verbal, en persona o por teléfono. Desde la presentación se habilita un plazo de siete días para emitir un acuse de recibo de la denuncia. Asimismo, la persona o el departamento responsable del seguimiento de la denuncia debe mantener una línea de contacto continua con el denunciante y requerirle, si fuera necesario, información adicional sobre la denuncia. Se establece como plazo máximo de tres meses para dar respuesta al denunciante, a contar desde el acuse de recibo.

### 3. SOBRE LOS CANALES DE DENUNCIA EXTERNOS.

Por otra parte, se establecen los canales de denuncia externos, a los que se dedica el capítulo III de la Directiva, entre los artículos 10 y 14, ambos *inclusive*. Se refiere, principalmente a la denuncia realizada de manera ajena al lugar de trabajo del denunciante (Abazi, 2020).

Los Estados miembros tienen la obligación de establecer unos canales de denuncia anónimos a través de unas autoridades independientes.

These can include law enforcement agencies, judicial authorities, Ombudsmen, or authorities of a more general competence at the central level in the MS. Furthermore, external authorities may include bodies that are focused on administrative oversight, such as anticorruption bodies or regulatory bodies competent in the specific policy areas within the remit of the Directive. (Abazi, 2020, p.650)

Asimismo, es obligación de los Estados miembro garantizar que esas autoridades establezcan los canales de denuncia, que, al igual que en el canal interno, acusen recibo en un plazo de siete días, y se haga un seguimiento que permita en un plazo de tres

meses dar respuesta a la denuncia y comunicar el resultado de la investigación. Es competencia de la autoridad establecida decidir si la infracción denunciada es de poca relevancia y no merece seguimiento para proceder de manera motivada a su archivo. Ante el riesgo de una ingente cantidad de denuncias, se habilita a las autoridades a priorizar aquellas que acarreen infracciones más graves.

Mientras que en los canales de denuncia internos no se establecen criterios sobre el diseño de estos, para los externos el artículo 12 establece una serie de requisitos. En primer lugar, los canales deben garantizar la “exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado” (Art. 12.1.a de la Directiva 2019/1937). Y el segundo criterio es que “permitan el almacenamiento duradero de la información” (Art. 12.1.b de la Directiva 2019/1937). Al igual que en los canales de denuncia internos, se permite la denuncia por escrito y de forma verbal. Si se diera el caso de que una persona de la Autoridad competente que no tiene la función de recibir la denuncia, la recibiera por parte de un denunciante se debería poner en conocimiento de las personas responsables de la recepción de la denuncia y se debe garantizar que la persona indebida guarde confidencialidad de la información recibida.

Finalmente, en cuanto a la regulación de los canales externos, se regula la publicidad que deben hacer los Estados miembros y las Autoridades competentes de los canales de denuncia. Se debe publicar las condiciones para poder acogerse a la protección de la directiva, los datos de contacto de acceso a los canales de denuncia externo, el procedimiento aplicable, el deber de confidencialidad, la naturaleza del seguimiento, y las posibilidades de recurso.

El establecimiento de este tipo de canales de denuncia produjo cierto recelo entre varios países, especialmente Francia y Alemania. Se cuestionaba si este tipo de canales de denuncia eran conformes a la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión basándose en la jurisprudencia del caso *Heinisch* contra Alemania, pues se regulaba que los canales de denuncia interna gozaban de preferencia sobre los canales de denuncia externa. Sin embargo, el caso jurisprudencial de referencia en la materia es el *Guja* contra Moldavia, que establece que no hay

relación de preeminencia entre un tipo y otro, sino que se conciben los canales de denuncia externa como una última *ratio*.

#### 4. DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS DOS TIPOS DE CANALES.

La Directiva regula una serie de disposiciones de carácter general para los canales internos y externos. Tres disposiciones que hacen referencia al deber de confidencialidad; al tratamiento de datos personales, donde hace referencia a las disposiciones propias de la Unión; y al registro de denuncias.

Con respecto al deber de confidencialidad, se define como “no revelar la identidad del denunciante sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias” (Art. 16.1 de la Directiva 2019/1937). Este deber solo puede romperse cuando exista una obligación por parte de las autoridades nacionales o judiciales, informando previamente al denunciante.

En cuanto al registro de denuncias se establece que tanto las entidades públicas como las privadas y las autoridades competentes deben llevar un registro de todas las denuncias presentadas, conservándolas durante el periodo “necesario y proporcionado” (Art. 18.1 de la Directiva 2019/1937). Especial relevancia a ojos del legislador europeo merece la denuncia por vía telefónica o verbal pues se articula una regulación más exhaustiva con tal de garantizar el cumplimiento de todos los derechos. En este sentido, se obliga a la grabación o transcripción de la denuncia formulada de forma exacta.

#### 5. EL CANAL DE DENUNCIA MEDIÁTICO: LA RELEVANCIA PÚBLICA.

De forma complementaria a los dos tipos de canales de denuncia que se establecen en la Directiva, también se regula un tercer tipo de denuncia que también podría denominarse denuncia mediática (Abazi, 2020). Su regulación se realiza en el capítulo IV, que tiene un único artículo: el 15.

Se trata de un mecanismo de denuncia solo habilitado en tres supuestos:

- a) Que se hayan agotado las vías de denuncia interna y externa sin que se hayan obtenido medidas adecuadas.

- b) Que la persona tenga indicios creíbles y razonables que la infracción puede suponer un riesgo inminente para el interés público; o en caso de denuncias externas, exista un riesgo de represalias o pocas probabilidades de darle un tratamiento efectivo.

No se considera un sistema válido si se revela la información a denunciar directamente a los medios de comunicación. Debido a su escueta regulación, los tribunales europeos jugarán un gran papel en la interpretación de esta disposición. (Abazi, 2020).

## 6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

En el Capítulo VI de la Directiva se establecen un conjunto de medidas para la efectiva protección del denunciante: prohibición de represalias, medidas de apoyo, medidas de protección de represalias, medidas para la protección de las personas afectadas, sanciones y prohibición de renuncia a los derechos y vías de recurso, donde se establece que no se pueden limitar los derechos ni a las vías de recurso que prevé la Directiva bajo ningún concepto.

Sobre la prohibición de represalias<sup>2</sup> -artículo 19 de la Directiva, el legislador europeo ha enumerado una serie de actuaciones que no se pueden tomar contra el protegido por haber presentado una denuncia.

Sobre las medidas de apoyo – artículo 20 de la Directiva, los Estados miembro deben velar porque los denunciantes tengan acceso a información y asesoramiento independientes sobre los procedimientos, así como de la protección de la que goza; deben proveer asistencia ante las autoridades implicadas; y asistencia jurídica en los procesos penales. Asimismo, con respecto a esto último los Estados miembro deben proveer asistencia financiera y psicológica si fuera necesario.

Sobre las medidas de protección frente a las represalias – artículo 21 de la Directiva, se fija que son los Estados miembro quienes tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas merecedoras de protección estén eficazmente

---

<sup>2</sup> Por represalias 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” (Art. 5.11 de la Directiva 2019/1937)

protegidas frente a represalias. Asimismo, se establece una serie de protecciones sobre el denunciante:

- a) No tendrán responsabilidad por la revelación de información
- b) No tendrán responsabilidad por la obtención o acceso a la información, siempre que no constituya un delito.
- c) Si durante el transcurso de un proceso judicial derivado de una denuncia hubiera un perjuicio al denunciante se presumirá que se ha realizado como represalia por denunciar.
- d) Tendrán acceso a medidas correctoras.

Finalmente, como medida adicional, se establece que los Estados miembro deben adoptar las medidas que garanticen la reparación de daños y perjuicios del denunciante.

Sobre las medidas de protección de las personas afectadas – artículo 22 de la Directiva, se establece que los Estados deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente al de la tutela judicial efectiva, y en el ámbito nacional por la protección de la identidad.

Finalmente, sobre el punto de las sanciones – artículo 23 de la Directiva- se deja a la libre designación de los Estados miembro, bajo los criterios de que sancionen actuaciones que:

- a) Impidan o intenten impedir las denuncias;
- b) Adopten medidas de represalia contra las personas a que se refiere el artículo 4;
- c) Promuevan procedimientos abusivos contra las personas a que se refiere el artículo 4;
- d) Incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, tal como se contempla en el artículo 16. (Art. 23 de la Directiva 2019/1937).

El retraso en la trasposición de la Directiva no es cuestión española, la mayoría de los países de la Unión europea aún no han aprobado la trasposición de la misma a sus respectivos ordenamientos jurídicos, se encuentra en fase de tramitación. El único país que no ha iniciado ni los procedimientos iniciales es Hungría. Es por ello por lo que

merece analizarse las distintas formas en las que los países están preparando la adopción y cómo están regulando los extremos que permite la legislación europea.

## V. EL CASO DE LAS POLÍTICAS DEL *WHISTLEBLOWING* EN FRANCIA

### 1. LA LEGISLACIÓN FRANCESA ANTE EL *WHISTLEBLOWING*: ANTECEDENTES Y TRASPOSICIÓN

Para familiarizar la situación en Europa se ha escogido el caso de Francia pues a pesar de no ser un país con un fuerte arraigo hacia este tipo de políticas, se empezaron a implementar a raíz de la crisis del sector financiero del año 2008 (Hassink, de Vries, & Bollen, 2007).

Históricamente Francia ha sido un país que ha incentivado las políticas del *whistleblowing*, monarcas como Enrique III en el siglo XVI con la aparición de los primeros diccionarios se puede analizar la definición dada al término delator: “personnage institué en accusateur public contre les abus commis par un tiers” [personaje instituido como acusador público contra el abuso de un tercero] (Lemny, 2012, p.5). A lo largo de los años, la definición ha ido variando, introduciendo el elemento del anonimato del denunciante como parte distintiva de la propia definición del término, por entonces el monarca perseguía a aquellas ofensas contra las finanzas públicas (*Id.*). Durante la Revolución francesa, la denuncia pública vuelve a ser una herramienta empleada por los ciudadanos, en esta ocasión, en ejercicio de la libertad que les había sido concedida de tal manera que podían denunciar cualquier asunto a las autoridades siempre que fuera de forma altruista con los siguientes requisitos: “it had to be free (no remuneration in exchange for information), disinterested (action taken in the name of the public interest only), and spontaneous (the reporting individual must not be a ‘professional whistleblower’)” (Hennequin, 2020, p.804-805).

Tras ello hay que desplazarse hasta los primeros años. del siglo XXI para observar de nuevo este tipo de políticas. Y es que precisamente la implementación, ya analizada (*vid.supra*) de la Ley Sarbanes-Oxley en Estados Unidos provocó un *efecto dominó* en muchas empresas extranjeras que, al estar cotizando en el país americano, tuvieron que adoptar esta legislación (Hennequin, 2020). Precisamente esta implementación de normas americanas que no estaban recogidas en el ordenamiento jurídico europeo causó graves problemas, como en el caso que narra Hassing et al. (2007):

In France, however, this has proven to be problematic. On May 26, 2005, the French National Commission for Data Protection and Liberties (CNIL) decided that the

anonymous whistleblower hotlines McDonald's and CEAC/ Exide Technologies wanted to implement as part of their new codes of conduct, were in violation of the Data Protection Law. Anonymous reporting through such mechanisms was regarded unfair collection of data, since the subject of the data is not informed. These hotlines were judged as disproportionate in relation to their objectives and, going too far in addition to the present French labour law providing the means to detect and punish violations of company rules. (Hassink et al., 2007, p. 28).

Es decir, una actitud amparada por la normativa de una empresa multinacional americana suponía una vulneración del Derecho laboral propio de Francia. En el año 2016 se promulgó la *loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, popularmente conocida como ley Sapin II, por el Ministro francés que la impulsó, y previamente también había impulsado una similar: la *loi relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, que en el año 1993 se llamó Sapin I. En la ley del año 2016 se introdujeron diversos elementos, entre los que se destaca la amplia definición que se le dio al concepto de *whistleblower*:

Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre. [Un denunciante es una persona física que revela o denuncia, de manera desinteresada y de buena fe, un crimen o falta, una violación grave y manifiesta de un compromiso internacional debidamente ratificado o aprobado por Francia, de un acto unilateral de una organización internacional. tomado sobre la base de tal compromiso, de ley o reglamento, o una amenaza o daño grave al interés general, del cual tenga conocimiento personal. Quedan excluidos del sistema de denuncia definido por el presente capítulo los hechos, informaciones o documentos, cualquiera que sea su forma o soporte, amparados por el secreto de la defensa nacional, el secreto médico o el secreto de las relaciones entre un abogado y su cliente.

Quedan excluidos del sistema de denuncia definido por el presente capítulo los hechos, informaciones o documentos, cualquiera que sea su forma o soporte, amparados por el secreto de la defensa nacional, el secreto médico o el secreto de las relaciones entre un abogado y su cliente.] (Artículo 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.)

De esta forma, se permite establecer un concepto de *whistleblower* amplio, evitando circunscribir el ámbito de la denuncia únicamente al entorno laboral. A *sensu contrario*, precisamente por esta amplitud en la definición dada por el legislador francés se puede subsumir bajo su definición un gran abanico de posibilidades. Asimismo, la ley arbitra una serie de mecanismos para hacer válidos el establecimiento de los canales de denuncia y fija la obligatoriedad de los mismos para empresas con 50 o más empleados antes del 2018, una regla idéntica – salvando los requisitos temporales- a la incorporada en la Directiva europea, posterior a esta Ley. En este sentido en relación con el procedimiento y gestión del canal de denuncia establecido:

The process is carried out internally: the report is brought to the attention of a superior, direct or not, of the employee or a referent designated by the company (and who may be external to it). Although the employee must identify himself or herself, his/her identity must be treated confidentially. To support the alert, the employee must provide the facts, information, and/or documents at his/her disposal and facilitate exchanges with the addressee of the alert. However, if the danger is serious and imminent, or there is a risk of irreversible damage, it is possible to proceed directly to the second or third step. If, within a reasonable time, no action is taken, the whistleblower may turn to the administrative, judicial, or professional authorities. Communication of information to the public sphere (including through the media) should only be used as a last resort, no earlier than three months from the initial reporting date.

By following these steps, the employee can be considered as a whistleblower and should benefit from protective measures. (Hennequin, 2020, p.806)

El mismo autor señala las diferencias que se pueden apreciar entre el sistema de denuncia en los países con vinculaciones anglosajonas y los continentales, siendo la principal que, mientras que en la corriente anglosajona la denuncia se puede formular ante cualquier persona capacitada para tomar las acciones pertinentes, en los países

continentales, véase el ejemplo de Francia, la denuncia se debe formular en primer lugar por los cauces internos previstos.

En definitiva, Francia incorporó en el año 2016 una legislación que sirvió de inspiración a las instituciones de la Unión Europea. Por ello es una herramienta útil que puede servir para poder medir el impacto que causan las políticas de protección al *whistleblower* enfocadas de forma idéntica.

La adaptación de la legislación francesa a la nueva Directiva europea ha sido más sencilla, pues los principales puntos ya habían sido regulados por el propio legislador francés de una manera más amplia. Lo que se ha hecho es reformar Sapin II para implementar aquellas normas de la Directiva que no se encontraban reguladas, como puede ser el caso de las sanciones frente a las represalias (Whistleblowing Monitor, Desconocido). Asimismo, se modifica el escalafón de denuncias, pues en Sapin II se instauraba un proceso de denuncia por escalafón, es decir, primero la denuncia interna y en caso de no obtener respuesta satisfactoria se podía recurrir a la denuncia externa; por el contrario, en la Directiva se permite indistintamente un canal que otro.

## 2. LOS RESULTADOS DE LAS POLÍTICAS DEL *WHISTLEBLOWING* EN FRANCIA

Las políticas de *whistleblowing* se deben medir por sus resultados, ello es lo que permite analizar y visualizar su efectividad. Como se ha dicho anteriormente, la ley francesa Sapin II estableció en el año 2016 una serie de mecanismos de protección al *whistleblower* que luego han servido de inspiración para el legislador de la Unión Europea, pues muchos preceptos de la ley francesa se han emulado en la norma de la Unión Europea. Es por ello, que la ley Sapin II nos permite vislumbrar en cierta medida las consecuencias que se pudieran derivar de la implementación de esta normativa en las empresas de otros países europeos con culturas similares a la francesa, como podría ser el caso español. Diversos informes nos ayudan a visualizar qué es lo que ha sucedido con las nuevas medidas.

En primer lugar, el informe elaborado por el *Institute of Business Ethics* (2021) estudia varios factores y los siguientes países, además de Francia: Suiza, Alemania, Nueva

Zelanda, Estados Unidos de América, Reino Unido, Irlanda, Australia, Italia, España, Portugal, Sudáfrica, y Países Bajos. El informe hace un análisis global de la ética en las empresas y luego se adentra a asuntos puntuales. En primer lugar, la encuesta mide la sensación de que se ejecutan las operaciones con honestidad en la empresa: el resultado para Francia es que a principio de la década del 2010 se encontraba en un 79% y en el año 2015 bajó estrepitosamente la cita hasta un 66% situándose por debajo del resto de países analizados. Actualmente se ha recuperado y se sitúa en un 89%, por encima de la media de países analizados y sólo por detrás de Suiza. En segundo lugar, en este ámbito más general de las empresas, también llama la atención un segundo elemento analizado en el informe sobre cuáles son las presiones que comprometen el cumplimiento ético de las empresas, pues en el caso de Francia la excusa más repetida es por seguir las órdenes del jefe, mientras que la media de los países del informe es que se justifica el romper los estándares éticos por la presión del tiempo y por fechas de entrega poco realistas. Finalmente, en este ámbito global del informe se reconoce que en Francia ha bajado la percepción de conductas poco éticas en un 18% con respecto al 2018. Esto sitúa a Francia como el país donde más ha bajado este indicador, situándose con respecto al resto de países como el cuarto con el índice más bajo, un 16%.

La segunda parte del informe hace un análisis en concreto sobre la capacidad de los empleados “Speaking up” (Institute of Business Ethics, 2021, p.14), es decir, de alzar la voz. El primer dato curioso que se observa es ante la pregunta de que si los empleados están deseando denunciar una conducta irregular cuando la conocen, pues actualmente se encuentra en un 52%, y lo curioso es que la última toma se realizó en el año 2018, con la implementación de la obligatoriedad de los canales de denuncias a raíz de la ley Sapin II y la cifra ha permanecido invariable desde entonces. En tres años se ha mantenido en el mismo nivel. Y todo ello a pesar de que el nivel de satisfacción de las personas que denuncian actuaciones irregulares, es decir, que ejercen como *whistleblowers*, sí que ha aumentado en un 16%, desde un 46% a un 62% en la actualidad, en su mayoría los hombres están más satisfechos que las mujeres. Este mismo informe por primera vez pregunta sobre la posibilidad de represalias por haber denunciado actuaciones irregulares, y la cifra de Francia despunta frente al resto al situarse en un 60%. Y finalmente, el informe analiza las respuestas en relación con cuestiones de programas éticos en las empresas. Y lo verdaderamente curioso que sale a la luz es que ante la pregunta “How common are Speak Up mechanisms?” (p.22). El

resultado no es nada halagüeño para Francia pues sólo el 43% de los consultados son conscientes de la existencia de estos programas, y la cifra ha subido un 10% desde el año 2018, la cuestión es que teniendo la obligatoriedad ya consolidada desde el año 2018 ni la mitad de los empleados son conscientes de ello.

Asimismo, para continuar este análisis existe otro informe realizado por la consultora KPMG (2020) que de igual manera que el anterior, a través de una encuesta a empleados, extrae conclusiones directamente de la aplicación de la norma. Sobre la aplicación de los canales de denuncia, el informe apunta a que los programas de canales de denuncia se han implementado ya en un 60% y en fase muy avanzada en un 30%, dejando el restante 11% en proceso de implementar. Dos años después de este informe habría que observar de nuevo qué porcentaje se mantiene en proceso de implementar. Asimismo, el informe apunta a que en el año 2020, el 100% de empresas ya están preparadas para poder implementar las políticas de *whistleblowing*. En concreto sobre la implementación de los canales de denuncia, el 78% de las empresas han optado por implementar un canal interno propio, bien a través de la creación de un mail genérico, o nombrando una persona responsable; mientras que el restante 22% de empresas han optado por establecerlo a través de herramientas externas, principalmente, con un software creado por terceros.

En último término, existe un tercer informe relevante a efectos de analizar el tema objeto de la investigación. Se trata del *Whistleblowing Report* elaborado por el grupo EQS y *Fachhochschule Graubünden University of Applied Sciences* (Hauser, Bretti-Reinalter, & Blumer, 2021). Este informe ha analizado en torno a 1,400 empresas, por medio de representantes, de Alemania, Suiza, Francia, y Reino Unido con el objetivo de analizar el impacto de las políticas de protección al *whistleblower* y su diseño y uso como forma de prevención de actuaciones irregulares. “This year’s edition of the Whistleblowing Report has also added two new topics to the survey: The impact of the coronavirus pandemic on whistleblowing systems within companies and the European Union Whistleblowing Directive.” (Hauser, Bretti-Reinalter, & Blumer, 2021, p.14). Se juntan en este informe dos hitos relevantes: el impacto de la pandemia de la COVID-19 y la implementación de la obligatoriedad de la Directiva, aunque Francia ya la tenía establecida.

Precisamente, con respecto a la pandemia COVID-19 ha provocado que durante el 2020 el número de casos de irregularidades estuviera en torno al 32.8% por debajo de Reino Unido y Alemania, y a un nivel similar al Suiza (32.5%). Asimismo, para este año también analiza el informe las pérdidas económicas derivadas de las infracciones denunciadas y se da la situación que para Francia la mayoría de irregularidades tienen un valor entre los 10.000€ y 99.999€ seguidos de aquellas con valor de más de 100.000€. Sin embargo, esta no es la regla general pues en Suiza “it was found that although the Swiss companies surveyed tended to have a lower incidence of misconduct, the overall financial loss suffered by the Swiss companies concerned was generally higher than in the other countries” (*Ibid.*, p.18).

Cambiando al asunto propiamente de los canales de denuncia, el informe pregunta sobre cuáles son las medidas empleadas para prevenir y detectar las conductas irregulares, y para Francia los sistemas de denuncia anónima sólo es una medida implementada para el 54,1%; juega un papel más destacado la labor de la alta dirección de la empresa. Y es que el informe apunta a que “In all countries surveyed, the vast majority of large companies have implemented a whistleblowing system, while the proportion of SMEs with a whistleblowing system is (still) small.” (*Ibid.*, p.26). A pesar de que el establecimiento de canales de denuncia es ya una obligación legal, no es la principal razón esgrimida por las empresas para implementar un canal de denuncia, siendo la convicción de que es una herramienta útil para la consecución de sus fines (*Id.*) la razón que más convence a las empresas, seguida de la necesidad de mejorar su imagen como empresas éticamente responsables. Sin embargo, para las pequeñas y medianas empresas la principal razón es para tener un sistema de *compliance* profesional. Si se mira desde el otro punto de vista, de las razones por las que una empresa no implanta un sistema de *whistleblowing*, las principales razones que se esgrimen es la fuerte cultura de integridad y la falta de información sobre las competencias de diseño del canal. Y finalmente, otro de los datos que se puede estimar como relevante en este informe es sobre el uso, pues analiza el uso que se ha hecho de los canales de denuncia en aquellas empresas que ya lo tienen implementado como una herramienta más. El 43,4% de las empresas francesas ya han experimentado una o más denuncias en sus canales, un dato comparativamente bajo con el resto de países, pues Alemania se sitúa en el 60,4%, Reino Unido en el 46,3%, y Suiza en el 45,7%. El informe apunta a las posibles razones: “The fact that a company receives no or a low number of reports can on the

one hand be attributed to the fact that little or no misconduct occurs in the company. On the other hand, this may also indicate that the whistleblowing system is poorly designed (e.g. lack of awareness or mistrust on the part of stakeholders). On the basis of the available data, the cause of this cannot be determined conclusively.” (*Ibid.*, p.58). Por tanto, no se puede extraer conclusión alguna por el momento sobre la razón por la que no están siendo efectivos los canales de denuncia. La peculiaridad de Francia es que, mientras que en el resto de países es más probable recibir una denuncia en una pequeña y mediana empresa, en Francia es más probablemente recibir una denuncia en una pequeña y mediana empresa en lugar de en una de gran tamaño.

## VI. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

### 1. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA Y SU CONTENIDO

El periodo habilitado para la trasposición de la Directiva se extendía hasta el 17 de diciembre del 2021. A pesar de haberse sobrepasado ese límite, España sigue hasta la fecha actual sin aprobar la trasposición de la Directiva. La trasposición de la Directiva se ha presentado por los Grupos Parlamentarios en el Congreso en varias ocasiones, sin haber obtenido el voto favorable de las mayorías necesarias hasta el momento. Si bien nunca se había regulado de una forma concreta, sí que se conocen en España mecanismos similares pues “desde 2007 nuestra Ley de Igualdad obligaba a las empresas a establecer procedimientos específicos para prevenir el acoso sexual y por razón de género” (Sanchez-Moreno Gomez, 2022). Asimismo, el ordenamiento jurídico español no es totalmente ajeno a los canales de denuncia, pues la reforma del Código Penal del año 2015 en la que se insertó, entre otros elementos, la posibilidad de que las empresas pudieran implementar estas herramientas como forma que quedar eximidos de la novedosa responsabilidad penal, es decir, que si un hecho irregular se hubiera denunciado por esta vía y la empresa hubiera solucionado el asunto en cuestión, de existir una responsabilidad penal, la empresa no podría ser acusada (Torrent i Santamaria & Perez Gil de Gomez, 2020).

Recientemente, el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley reguladora de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se traspone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informe sobre infracciones del Derecho de la Unión. Evidentemente, los contenidos de este Anteproyecto proceden ahora a debatirse y a someterse a modificaciones a través del procedimiento legislativo en las Cortes Generales, por lo que lo que se describe a continuación puede cambiar en gran medida en su aprobación final. Consta de 78 artículos y sus correspondientes disposiciones adicionales y finales.

El Anteproyecto de Ley configura como personas protegidas el mismo marco fijado por la Directiva, tratando de proteger, por tanto, a los empleados, incluso cuando hubiera finalizado la relación laboral, indistintamente del tipo de relación laboral existente. Sí que amplía en un supuesto para cubrir también a también a los representantes sindicales cuando ejerzan funciones de asesoramiento y apoyo al informante. Para la obtención de

la protección la denuncia ha de hacerse por los mecanismos de denuncia tanto internos como externos.

En cuanto al objeto material de las cuestiones a denunciar que merecen protección, la regulación prevista por el Gobierno acoge aquellas cubiertas por la Directiva y es de carácter amplio (Sanchez-Moreno Gomez, 2022). Asimismo, se excluyen expresamente aquellas informaciones relativas a:

...información clasificada. Tampoco afectará a las obligaciones que resultan del deber de confidencialidad de los 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. (Art 2.3 del Anteproyecto)

Se arbitran dentro de la regulación de los sistemas internos de información unas disposiciones generales y posteriormente distingue entre aquellos que son canales de información internas de empresas privadas y por otro lado las de las empresas públicas. Con carácter general se establece que son los órganos de administración de las entidades obligadas los responsables de que se establezca el pertinente canal de denuncia. Asimismo, el Anteproyecto abre la puerta a que la gestión del canal de denuncia, es decir, la gestión de la recepción de las informaciones se puede externalizar hacia un tercero siempre que se respeten todos los principios y obligaciones del canal de denuncia al igual que si lo hiciera la propia empresa. Asimismo, se debe nombrar un Responsable del Sistema, por parte del órgano de administración o gobierno de la entidad que tendrá, entre otras competencias la gestión del sistema de información y aprobar el sistema de gestión de las comunicaciones, es decir, de las denuncias, respetando el contenido mínimo que se establece en el artículo 8.2 del Anteproyecto aprobado:

- a) Identificación del canal o canales internos a los que se asocian;
- b) Establecimiento de la necesidad de enviar acuse de recibo de la comunicación al informante, en el caso de que este se identifique, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción, salvo que ello pueda poner en peligro la confidencialidad de la comunicación;

- c) Previsión de la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y, si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional;
- d) Establecimiento del derecho del informante a que se le informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oído en cualquier momento. Dicha comunicación tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación;
- f) Exigencia del respeto a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído y el honor de las personas investigadas;
- g) Determinación de la duración máxima de las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación, salvo casos de especial complejidad que requieran una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales;
- h) Inclusión de información clara y fácilmente accesible sobre los canales externos de comunicación ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea;
- i) Garantía de la confidencialidad cuando la comunicación sea remitida a personal no competente y, en estos supuestos, establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema;
- j) Respeto de las disposiciones sobre protección de datos personales de acuerdo a lo previsto en el título VI. (Artículo 8.2 del Anteproyecto)

Para los canales de denuncia de las empresas privadas, se establece el mismo requisito que fija la Directiva, es decir, aquellas con 50 o más empleados, y para los grupos de sociedades se establece que debe ser la empresa principal quien fije los criterios generales de los canales de información, sin menoscabo de la posibilidad de que las empresas dependientes puedan fijar sus propios canales, o incluso el nombramiento de un Responsable para la propia empresa dependiente, que puede intercambiar información con aquel de la empresa matriz.

En la espera de las empresas públicas la propuesta legislativa concreta en aquellas entidades que se denominan del sector público, así como todos los organismos constitucionales y autonómicos. En el caso de los municipios el anteproyecto mantiene la consideración de la directiva estableciendo el baremo en aquellos con una población superior a 10.000 habitantes y se concreta también las entidades del sector público,

tanto nacional como de las administraciones territoriales, con 50 o más empleados a su cargo, al igual que para las empresas privadas.

Con respecto al canal externo de denuncia, el Gobierno propone la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que, a los efectos del canal de denuncia externo, se habilita para toda persona física que quiera denunciar uno de los asuntos permitidos por la regulación. Realizada la denuncia esta Autoridad Independiente debe examinar la oportunidad de esta y si los hechos resultan constitutivos de delito. En esa fase de instrucción también se debe realizar una actuación para comprobar que los hechos denunciados son verosímiles. Una vez se ha analizado el asunto denunciado, se debe finalizar con un informe de los hechos relatados, y con la decisión adoptada: el archivo del expediente, la remisión al Ministerio Fiscal, el traslado a la autoridad competente, o la adopción de acuerdo de inicio de un procedimiento sancionador. Asimismo, la Autoridad Independiente también sirve como canal de denuncia externo de todos los organismos de la Administración, así como de los órganos constitucionales y en el caso de entidades del sector público, cuando el incumplimiento se produzca en más de una Comunidad Autónoma.

Al igual que la Directiva, el Anteproyecto establece una serie de disposiciones comunes que regulan tanto los canales internos como los externos. En cuanto a la información de los canales, se detalla en el artículo 25 que las autoridades deben publicar, en relación con los canales: las condiciones de protección, los datos de contacto, los procedimientos, el régimen de confidencialidad, las vías de recurso, y los datos de contacto de la Autoridad Independiente. Por otro lado, sobre el registro de comunicaciones se dispone que se debe establecer “un canal interno de informaciones, con independencia de que formen parte del sector público o del sector privado, deberán contar con un libro registro de las comunicaciones recibidas y ella siempre investigaciones internas a que hayan dado lugar” (Artículo 26 del Anteproyecto).

En cuanto a los casos de revelación pública el anteproyecto establece dos requisitos como condiciones para obtener protección: el primero de ellos es que sea ella realizado una denuncia primero por un canal interno o externo y está no se hubiera seguido como correspondía; el segundo de ellos:

“tenga motivos para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, y en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona, o ii) en caso de comunicación a través de un canal externo, exista un elevado riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso” (Artículo 28 del Anteproyecto)

En cuanto a las medidas de protección, se asemejan claramente a las establecidas en la Directiva, por lo que no merece un repetido análisis. Sin embargo, sí que merece especial detenimiento la novedad incluida del programa de clemencia, que consiste en que “si un participante en la actuación la comunica antes de notificarse la incoación del procedimiento de investigación o sancionador” (Sanchez-Moreno Gomez, 2022). Siempre y cuando haya cesado en la comisión y colabore en la identificación de los demás participantes en la misma, coopere en la investigación, facilite información veraz y repare el daño causado.

El Anteproyecto establece el régimen jurídico y organizativo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Se establece como una autoridad administrativa independiente, adscrita al Ministerio de Justicia, que tiene como funciones:

- 1º. Gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el título III.
- 2º. Adopción de las medidas de protección al informante previstas en la presente ley.
- 3º. Participar, mediante informe preceptivo, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias y a la ley reguladora de sus funciones en cuanto la Autoridad Independiente de Protección del Informante y su normativa de desarrollo.
- 4º. Tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas en el título IX.
7. Elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y prácticas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley. (Artículo 43 del Anteproyecto)

En último término, el Anteproyecto regula el régimen sancionador. Anteriormente, al analizar la Directiva, se podía observar que nos encontrábamos con que se dejaba un margen amplio de discrecionalidad para los Estados miembros, en el caso español se

concreta con la siguiente regulación. En cuanto a la potestad sancionadora se atribuye a la Autoridad Independiente y se abre la puerta a que lo sean las propias autoridades independientes que se constituyan en el seno de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a las acciones tipificadas como infracciones se distinguen entre muy graves, graves y leves. Y ello se complementa con un rango de sanciones que se detalla de la siguiente manera:

1. La comisión de infracciones previstas en esta ley llevará aparejada la imposición de las siguientes multas:

a) Si son personas físicas las responsables de las infracciones, serán multadas con una cuantía de hasta 10.000 euros por la comisión de infracciones leves; de 5.001 hasta 30.000 euros por la comisión de infracciones graves y de 30.001 hasta 300.000 euros por la comisión de infracciones muy graves.

b) Si son personas jurídicas serán multadas con una cuantía hasta 100.000 euros en caso de infracciones leves, entre 100.001 y 600.000 euros en caso de infracciones graves y entre 600.001 y 1.000.000 euros en caso de infracciones muy graves.

2. Adicionalmente, en el caso de infracciones muy graves, la Autoridad Independiente de Protección del Informante podrá acordar:

a) La amonestación pública.

b) La prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años.

c) La prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

3. Las sanciones por infracciones muy graves de cuantía igual o superior a seiscientos mil euros impuestas a entidades jurídicas podrán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado. (Artículo 65 del Anteproyecto).

La asociación Xnet ha analizado el Anteproyecto y ha planteado las siguientes cuestiones a considerar (Xnet, 2022):

- Aumentar el ámbito objetivo y subjetivo de la Ley.
- Asegurar la posibilidad de que el denunciante tenga libertad de elección del canal.

- Asegurar la protección de los facilitadores y de aquellos que ayuden a los *whistleblowers*.

## 2. LA PUESTA EN MARCHA DE LOS CANALES DE DENUNCIA EN ESPAÑA

La implementación de la Directiva en España es un nuevo avance en materia de *compliance* de las empresas, que se empezó a impulsar en España a raíz de la reforma del Código Penal del año 2015. Como se ha defendido a lo largo del Trabajo, las medidas que ahora impulsa la Unión Europea para alcanzar una homogeneización del marco regulatorio en materia de protección al denunciante anónimo son el paso fundamental para que países, como España, dónde no ha existido un impulso decidido hacia estas políticas, finalmente lo tengan. Como consecuencia del objetivo principal de este trabajo de investigación se debe analizar en detenimiento cuál va a ser el impacto de esta nueva normativa en la empresa española.

Hasta el momento son pocos los informes que se aventuran a anticipar cuáles van a ser las actitudes que se tomen por empresarios y empleados con respecto a la ley que trasponga la Directiva en cuestión, por ello, el principal elemento de soporte que se va a utilizar para analizar el devenir de la protección al denunciante en España es el informe del *Institute of Business Ethics* (2021) que se ha empleado anteriormente. El hecho de que desde el año 2015 ya esté recogido en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de implantar en las empresas los canales de denuncia de forma voluntaria permiten extrapolar datos con mayor fiabilidad. Por tanto, si en el caso de Francia se analizaba con respecto al año 2018 por la implementación de Sapin II, es lógico hacer la comparativa con los datos que ofrece el informe del año 2015.

En este sentido, el informe citado apunta en primer lugar a que la honestidad en las operaciones de las empresas en España ha incrementado un 7% desde el año 2015, pasando de un 77% a un 84%, sin embargo, aún permanece por debajo de la media de los países del informe. A pesar de ello, también ha crecido el porcentaje de empleados presionados para incumplir los estándares éticos de la empresa situándose en un 15%. La principal razón esgrimida para llevar a cabo este incumplimiento es que se estaban siguiendo órdenes de un superior. En cuanto al número de empleados que han visto una irregularidad cometida, bien por un compañero, bien por un superior, la cifra es

halagadora porque se reduce prácticamente a la mitad del año 2015 cuando se situaba en un 45% y actualmente se sitúa en un 23%. En la segunda parte del informe se analiza sobre la capacidad de denuncia de los empleados. La primera cuestión planteada es si los empleados han planteado sus denuncias y el dato no es positivo pues se sitúa entre los peores de los países del informe con un 49% en la actualidad, a pesar de que supone una subida con respecto al año 2015, cuando el dato era del 45%, en los últimos años se ha ido resintiendo pues en el año 2018 se superó el 53%. Y todo ello a pesar de que el porcentaje de personas que han sufrido represalias es relativamente bajo con respecto al resto de países del informe y las personas satisfechas con las medidas tomadas después de la denuncia está en un 73%. Precisamente estos dos motivos son los más esgrimidos para no denunciar: miedo a sufrir represalias, junto con la posibilidad de no se tomen las medidas adecuadas. En el caso español hay un tercer argumento en empate técnico con los otros dos que es el hecho de que no se ha denunciado el asunto porque no era de su incumbencia personal. España es el país donde este argumento tiene mayor relevancia. En cuanto a la implementación de mecanismos de denuncia España es uno de los países que más ha aumentado su porcentaje, en 15 puntos porcentuales desde el año 2015, situándose actualmente en un 53% siendo uno de los países con el resultado más bajo, e incluso por debajo de la media del resto de países. Además, las empresas también han fomentado la formación en estándares éticos, pues es el país que más aumenta el número de empresas en las que esto se lleva a cabo, creciendo un 18% con respecto a 2018 y un 28% desde 2015.

De este informe podemos extraer varias conclusiones, y se deben poner en relación con las provisiones de la Directiva y del Anteproyecto. En primer lugar, en lo relativo a las razones por las que no se atreven a denunciar, se han enumerado tres: miedo a represalias, no atender con las medidas adecuadas y que no es materia del propio empleado. Para ello, evidentemente hay que poner de manifiesto activamente que precisamente las personas que denuncian están satisfechas con esos mismos puntos. Pero, además, la Directiva de protección del *whistleblowing* hace hincapié y regula la protección frente a represalias por denunciar, lo que invita a pensar que, de articularse de una forma eficaz, este temor debe ir reduciéndose de manera paulatina. En su adopción al ordenamiento jurídico, es decir, en el Anteproyecto se tipifica como acción sancionable con la calificación de infracción muy grave la adopción de cualquier tipo de represalia. Asimismo, para el segundo de ellos, en relación con el temor a que no se

adopten las medidas necesarias, es responsabilidad de la propia empresa la adopción de éstas. Si esto no sucediera o no estuviera sucediendo, se estaría desvirtuando por completo el sentido mismo de la Directiva. En este punto juega un papel fundamental las sanciones, que son fijadas por los Estados. En el caso español, el Anteproyecto que se ha analizado no tipifica específicamente como infracción esta conducta, en cualquier caso, se podría entender como leve al tratarse de la omisión del deber de tomar medidas. Con respecto al tercer argumento que tenía bastante peso en España para no denunciar, el relativo a que no concierne al empleado, es un asunto del que poco se puede solucionar directamente desde la Directiva. Se trata de un asunto relacionado con el sentimiento de pertenencia del individuo con su empresa y el deseo que tenga ese empleado. Asimismo, la solución para ello pasa por la labor que realicen los departamentos de la propia empresa haciendo ver a los empleados que también es su responsabilidad denunciar, además de apoyar estas peticiones a los empleados sobre políticas de empresa que sirvan también como elemento de concienciación (Joynes, 2021). Para mejorar el dato en este punto en concreto también puede jugar un papel fundamental los medios de comunicación y la sociedad civil en general (Cerrillo, 2018, como se citó en Villoria, 2021). Pero el factor de los medios de comunicación y sociedad civil no solo sirve para ayudar en este punto, sino que son de gran utilidad para apoyar el proceso de implementación de los canales de denuncia y de los mecanismos de protección al denunciante en su conjunto.

Donde la implantación de los canales de denuncia puede suponer un problema, es en las pequeñas y medianas empresas españolas. “Debido a que las pymes suelen contar con menos recursos para comunicar a sus empleados estas pautas corporativas de buena gobernanza, la tarea de llevar los códigos y normas del cumplimiento normativo puede llegar a ser complicada en un principio.” (Grainger, 2021b). Este mismo autor apunta en su análisis a que sólo el 40% de las pequeñas y medianas empresas cuentan con cualquier tipo de sistema de gestión de compliance, entre los que se incluyen los canales de denuncia. Hay que tener presente que las pequeñas y medianas empresas representan el 99,84% del tejido empresarial nacional español (Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2019), en línea con la media europea, y aunque la gran mayoría de ellas son microempresas, y por ende, no quedan sujetas a las obligaciones de la Directiva ni de la futura Ley, en sus términos actuales, es relevante tener presente que se va a tener que hacer un esfuerzo

mayúsculo por parte de este sector empresarial para hacer valer las previsiones de la Ley.

## VII. CONCLUSIONES

La Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, o Directiva de los “*whistleblowers*”, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión es una norma que regula una materia tan novedosa como delicada acerca de la cual no existe una tradición suficientemente acrisolada en la que el legislador pueda apoyar los fundamentos de sus propuestas. Sin ánimo de caer en el debate jurídico y su encaje con las distintas partes del ordenamiento jurídico nacional, el análisis realizado hasta ahora permiten llegar a este punto extraer unas conclusiones sobre la Directiva y sobre las consecuencias que se derivan de su implementación y aplicación en cuanto a su funcionamiento.

La primera conclusión que se puede extraer del análisis del ámbito personal de la Directiva, y se puede reconocer explícitamente que nos enfrentamos ante el clásico conflicto entre los legítimos derechos de protección del interés general frente a los no menos legítimos derechos del interés particular, sean de personas físicas como jurídicas. En este sentido, resulta significativo que los legisladores europeos no hayan incluido a los funcionarios de las instituciones de la Unión Europea, para comenzar de esta forma predicando con el ejemplo en vez de hacer lo del alcaraván zancudo: “para otros, consejo; para sí, ninguno”, por no citar otro hecho socioeconómico muy conocido como es el de los bomberos que nunca se pisan la manguera.

La segunda conclusión es relativa al aseguramiento de la efectividad de las normas de protección al denunciante anónimo. Debería ser un papel fundamental la auditoría de que las denuncias se han resuelto y se están tomando las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para corregir el hecho denunciado. Para ello, debe y puede jugar un papel fundamental la Autoridad Independiente, de tal manera que se realice un seguimiento permanente de consultas a los denunciantes sobre si la situación ha mejorado con respecto a la situación denunciada.

La tercera conclusión es que, en el ámbito de los derechos constitucionales de todos y como recomendación a la hora de configurar un sistema que evite a toda costa las represalias como un elemento prioritario de protección al denunciante es que el Estado tiene que establecer las medidas necesarias para garantizar que las personas

merecedoras de protección estén eficazmente protegidas, sin eufemismos vacíos de contenido jurídico, frente a las represalias.

La cuarta conclusión es, por razones de prudencia y ecuanimidad, señalar que lo anterior ha de tener su contrapartida en las exigencias de garantías probatorias concretas que muestre el denunciante para acreditar que su denuncia realizada por los canales de denuncia internos es razonable y veraz, para prevenir y evitar denuncias temerarias o de mala fe, movidas por el rencor o la inquina que pudiera albergar el denunciante.

Asimismo, como quinta conclusión y reflexión de cierre sobre el sentido general de la Directiva, hay una falta de sensibilidad y adecuación de la norma con las pequeñas y medianas empresas. La norma exige las mismas condiciones para una empresa de 51 empleados que a una de 251, la única diferencia es que la obligatoriedad del canal de denuncia para la segunda entra en vigor antes que la primera. Por tanto, no se están valorando las diferencias existentes en cuanto a medios y a recursos, ni se está facilitando la implementación a aquellas que tienen menor disposición. A ello se suma un segundo problema y es que en una empresa con menor número de empleados las relaciones entre ellos tienden a fructificar mejor, por la sencilla razón de que el ser humano tiende a ser un ser social. Eso crea una situación de alto potencial de conflicto de intereses pues la persona responsable de la gestión del buzón de denuncias va a tener un alto, o menor, grado de afinidad con el resto de los empleados. Ello conlleva que se aumente la desconfianza de los empleados hacia este canal de denuncias provocando que las empresas tengan que externalizar el servicio para aportar mayor diligencia, imparcialidad y servicios de expertos. Evidentemente, la externalización no es un problema ni una situación gravosa, todo lo contrario, es una actividad económica que está y puede crecer, pero que se realice como posible consecuencia de una desconfianza hacia el sistema interno de la empresa puede conducir a desvirtuar el sistema conjunto del canal de denuncias.

En definitiva, la Directiva se presenta como un avance, y lo es, pero que trata de correr antes de caminar, pues insertar de una forma tan exigente unas prácticas que no tienen actualmente arraigo *per se* en las empresas europeas, pero también en las españolas, puede convertir lo que trata de ser una solución en un problema.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Abazi, V. (2020). The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblowing Protection? *Industrial Law Journal*, 49(4), 640-656.
- Airey, S., Domb, J., & Giampetruzzi, G. (2019). *New EU Directive Enhancing the Protection of Whistleblowers*. Stay Current. Londres: Paul Hastings.
- Bjorke, J. W., & May, D. (2014). Increased Whistleblower Protection after the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. *Journal of Leadership, Accountability and Ethics*, 11(1), 90-96.
- Caro Catalan, J. (29 de Septiembre de 2021). La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(3), 2155-2200.
- Chen, C.-P., & Lai, C.-T. (2014). To blow or not to blow the whistle: the effects of potential harm, social pressure and organisational commitment on whistleblowing intention and behaviour. *Business Ethics: A European Review*, 23(3), 327-342.
- Chordiya, R., Sabharwal, M., Relly, J. E., & Berman, E. M. (03 de May de 2019). Organizational protection for whistleblowers: a cross-national study. *Public Management Review*, 1-26.
- Dasgupta, S., & Kesharwani, A. (2010). Whistleblowing: a survey of literature. *The IUP Journal of Corporate Governance*, IX(4), 1-14.
- Dey, A., Heese, J., & Perez-Cavazos, G. (2019). *Cash-for-Information Whistleblower Programs: Cure or Curse?* Harvard Business School. Boston: Harvard Business School.
- Farrell, D., & Petersen, J. C. (1982). Patterns of political behaviour in organizations. *Academy of Management Review*. 7, 403-412.
- Gerdemann, S., & Colneric, N. (2021). The EU Whistleblower Directive and its Transposition: Part I. *European Labour Law Journal*, 12(2), 193-210.
- Gobierno de España. (4 de marzo de 2022). Anteproyecto de Ley reguladora de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se traspone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informe sobre infracciones del Derecho de la Unión. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20INFORMANTES.pdf>

- Grainger, M. (16 de Mayo de 2021b). *El impulso de los canales de denuncias en la PYME española* . Recuperado el 5 de Junio de 2022, de Integrity Line: <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/canales-de-denuncias-en-la-pyme-espanola/>
- Grainger, M. (17 de Diciembre de 2021a). *Incentivos económicos para los alertadores: Pros y contras* . Recuperado el 5 de Junio de 2022, de Integrity Line: <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/incentivos-economicos-alertadores/>
- Hassink, H., de Vries, M., & Bollen, L. (2007). A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies. *Journal of Business Ethics*, 25-44.
- Hauser, C., Bretti-Reinalter, J., & Blumer, H. (2021). *Whistleblowing Report 2021*. Chur: FH Graubünden Verlag.
- Hennequin, E. (2020). What motivates internal whistleblowing? A typology adapted to the French context. *European Management Journal*, 38, 804-813.
- Institute of Business Ethics. (2021). *Ethics at Work: 2021 international survey of employees. An international survey of approximately 10,000 employees in 13 countries*. Institute of Business Ethics. London: Institute of Business Ethics.
- Johnson, R. A. (2003). *Whistleblowing: when it works and why*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc.
- Joynes, V. (17 de Diciembre de 2021). *IntegrityLine*. Recuperado el 4 de Junio de 2022, de Integrity Line: <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/10-razones-por-las-que-los-empleados-no-denuncian/>
- Kohn, S. H. (12 de Junio de 2011). The Whistle-Blowers of 1777. *The New York Times*, págs. 1-3.
- KPMG. (2020). *Survey Results SAPIN II LAW. Experience Feedback 3 years after its enactment*. Paris: KPMG S.A.
- Lemny, S. (2012). Essais de définition. Délation, dénonciation, délateur, dénonciateur dans les dictionnaires français jusqu'à la révolution. *Annales historiques de la Révolution française*, 368(2), 3-31.
- Loi n° 2016-1691. Relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. 9 de décembre 2016. Journal Officiel n° 287.

- Miceli, M. P., & Near, J. P. (1985). Characteristics of organizational climate and perceived wrongdoing associated with whistle-blowing decisions. *Personnel Psychology*, 38, 525-544.
- Miceli, M. P., Near, J. P., & Morehead Dworking, T. (2008). *Whistle-blowing in organizations*. New York: Routledge Francis & Taylor Group.
- Moberly, R. (2012). Sabarne's-Oxley's Whistleblower provisions: ten years later. *South Carolina Law Review*, 64(1), 1-54.
- Near, J. P., & Miceli, M. P. (1995). Effective whistle-blowing. *Academy of Management Review*, 20(3), 679-708.
- Near, J. P., & Miceli, M. P. (2008). Wrongdoing, Whistle-Blowing, and Retaliation in the U.S. Government. *Review of Public Personnel Administration*, 28(3), 263-281.
- Nyreröd, T., & Spagnolo, G. (2021a). Myths and numbers on whistleblower records. *Regulation & Governance*, 15(1), 82-97.
- Nyreröd, T., & Spagnolo, G. (2021b). *A fresh look at whistleblower rewards*. Estocolmo: Stockholm Institute of Transition Economics.
- Oelrich, S. (2019). Making regulation fit by taking irrationality into account: the case of the whistleblower. *Business Research*, 12, 175-207.
- Perry, J. L. (1992). The consequences of speaking out: Processes of hostility and issue resolution involving federal whistleblowers. *Meeting of the Academy of Management*. Las Vegas.
- Pope, K. R., & Lee, C.-C. (Febrero de 2013). Could the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 be Helpful in Reforming Corporate America? An Investigation on Financial Bounties and Whistle-Blowing Behaviors in the Private. *Journal of Business Ethics*, 112(4), 597-607.
- Sanchez-Moreno Gomez, J. L. (6 de Abril de 2022). *Diario La Ley*. Recuperado el 10 de Mayo de 2022, de La Ley: [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADVPwU7DMAz9GnJBQimomnbwPfq4IQQddzex0khZPBKnrH-Pt4Ely37283vyd6OyTXQRcOxj4MczZUymbpnzdoKpNDKCcwX7sHOd5rNBjw3TyA46ewVxpQlnsIaLpzJs2gkLpg-q0HV9b-rCP2-4xoASOQ9Y7rLRexgnq\\_HS2](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEADVPwU7DMAz9GnJBQimomnbwPfq4IQQddzex0khZPBKnrH-Pt4Ely37283vyd6OyTXQRcOxj4MczZUymbpnzdoKpNDKCcwX7sHOd5rNBjw3TyA46ewVxpQlnsIaLpzJs2gkLpg-q0HV9b-rCP2-4xoASOQ9Y7rLRexgnq_HS2)

- Schmidt, M. (2005). “Whistle Blowing” Regulation and Accounting Standards Enforcement in Germany and Europe—An Economic Perspective. *International Review of Law and Economics*, 143-168.
- Schultz, D., & Harutyunyan, K. (2015). Combating corruption: The development of whistleblowing laws in the United States, Europe, and Armenia. *International Comparative Jurisprudence*, 1, 87-97.
- Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2019). *Marco estratégico en política de PYME 2030*. Madrid: Gobierno de España.
- Torrent i Santamaria, J. M., & Perez Gil de Gomez, L. (2020). Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España. *Derecho PUCP* (85), 79-114.
- Unión Europea. Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea L 305, 26 de noviembre de 2019, pp. 17-56.
- Vandekerckhove, W. (2006). *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility*. (A. P. Limited, Ed.) Wiltshire: Ghent University.
- Villoria, M. (2021). La protección al whistleblower: retos para la implementación en España. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (31), 20-39.
- Whistleblowing Monitor. (Desconocido). *Whistleblowing Monitor EU*. Recuperado el 24 de Mayo de 2022, de Whistleblowing International Network: <https://whistleblowingmonitor.eu/>
- Xnet. (17 de Marzo de 2022). *Xnet*. Recuperado el 23 de Mayo de 2022, de Xnet: <https://xnet-x.net/es/xnet-enmendar-anteproyecto-ley-proteccion-informantes-ministerio-justicia/>