Protección para los trabajadores denunciantes (*whistleblowers*)

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Directiva 2019/1937, conocida como «Directiva whistleblowers», refuerza la protección del trabajador denunciante. En definitiva, es el entorno laboral el más propicio para conocer las irregularidades o delitos cometidos por la empresa y es el trabajador el denunciante más vulnerable. Mas la directiva presenta algunos problemas aplicativos o de transposición, tales como el concepto de ‘trabajador’ utilizado, el tipo de empresas obligadas, la materialización de la protección frente a las represalias del empleador o la concurrencia con otras garantías ya establecidas en el ordenamiento laboral.

1. La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre del 2019 (DOUE, de 26 de noviembre del 2019), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (conocida como «Directiva whistleblowers»), tiene un alcance laboral importante. En primer lugar, porque señala como elemento central a las personas que «trabajan» para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus «actividades laborales» —en definitiva, suelen ser las que antes conocen las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto—. Y, en segundo lugar, porque se trata de personas que necesitan de una «protección jurídica específica» al obtener la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, con el riesgo propio de una represalia de esta naturaleza, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad y por su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen a efectos laborales.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Mas, curiosamente, la directiva no se circunscribe al concepto tradicional de 'trabajador', ni siquiera al concepto jurisprudencial de 'trabajador' creado por las resoluciones del Tribunal Europeo, sino que amplía dicha noción hasta llegar a desdibujarla por medio de lo dispuesto en su artículo 4, por una parte, porque incluye relaciones concluidas y hasta no comenzadas si la información ha sido obtenida en un proceso de selección o como consecuencia de una negociación precontractual; por otra parte, porque incorpora figuras que no pueden considerarse integrantes de una relación laboral tales como «trabajadores no asalariados», «voluntarios», «accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos» o «trabajadores en prácticas sin remuneración». Además, extiende dicha protección a trabajadores que presten servicios por cuenta propia, profesionales autónomos, contratistas, subcontratistas, proveedores, etcétera, con quienes, previsiblemente, la empresa denunciada tenga una relación mercantil o administrativa, pero no laboral. Y, finalmente, la desdibuja porque la protección alcanza a terceros que no son parte en el contrato de trabajo; así, «los terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante, y a las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral» (art. 4.4.). Como reconoce la directiva, «la gama más amplia posible de categorías de personas que, independientemente de que sean ciudadanos de la Unión o nacionales de un tercer país, en virtud de sus actividades laborales, con independencia de su naturaleza y de si son retribuidas, disponen de un acceso privilegiado a información sobre infracciones que redundaría en interés de los ciudadanos denunciar y que pueden sufrir represalias si lo hacen» (cdo. 37 de su preámbulo).

La finalidad de la norma parece clara. Al margen de la existencia formal de una relación laboral, constituye el entorno laboral el origen y la causa de la protección: el origen, porque por tal entorno el denunciante conoce la información sobre la que basa su denuncia; la causa, porque la denuncia puede generar represalias en todos estos sujetos (finalización anticipada o anulación de un contrato de servicios, pérdidas de negocios, inclusión en listas negras de posibles candidatos, referencias negativas en la proyección profesional, boicot a empresas o daño reputacional, entre otras). Mas, un ámbito subjetivo tan ambicioso puede dificultar la transposición de la directiva si se intenta mediante una norma laboral, considerando prevalente la relación de esta naturaleza sobre otro tipo de relaciones a efectos de la protección pretendida. Si se hace así, si finalmente se opta por su transposición y se hace mediante una norma de factura laboral, difícilmente deberán tener cabida estos otros denunciante protegidos, ajenos a la relación laboral. Repárese, por ejemplo, en cómo valorar la confidencialidad, la lealtad y la obediencia debidas del trabajador (art. 5 del Estatuto de los Trabajadores) en otro tipo de relaciones contractuales de la empresa. Y, si la preferencia del legislador se centra en una norma transversal y no específicamente laboral, entonces quizá el riesgo sea mayor por cuanto aspectos propios de la relación laboral quedarían relativizados e incluso desaparecerían, incrementando el riesgo para el trabajador denunciante.

2. Tampoco procede obviar los problemas que genera la obligación empresarial. En virtud de lo previsto en el artículo 8 de la directiva, en principio se trata de una obligación que se extiende, en el sector privado, a empresas con cincuenta o más trabajadores. Pero eso no significa que las de menor plantilla queden exentas de tal obligación, pues, «tras una adecuada evaluación del riesgo y teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades de las entidades y el correspondiente nivel de riesgo, en particular, para el medio ambiente y la salud pública» (art. 8.7), los Estados miembros podrán exigir que las entidades jurídicas del sector privado con menos de cincuenta trabajadores establezcan canales y procedimientos de denuncia interna. Ello supone que, en su transposición o en su aplicación nacional, pueda extenderse la obligación a empresas que, por las circunstancias apuntadas, puedan implicar un riesgo en cualquier actividad aun cuando la directiva subraye las del medio ambiente o la salud pública, bien que no con carácter de exclusividad.

La obligación «se extenderá a todas las entidades jurídicas del sector público, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades» (art. 8.9). Señálese que, a estos efectos, deberá acudirse, por el momento, a la definición de 'sector público' contenida en la norma nacional (básicamente, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre —BOE de 27 de noviembre—, General Presupuestaria, en sus artículos 2 y 3), salvo que, como consecuencia de la transposición de esta directiva, se decida ampliar o restringir el concepto, algo, por el momento, imprevisible aunque posible.

Y comprenderá tanto a los trabajadores de la entidad «como a los de sus filiales si se tratara de un grupo de empresas», incluidos los agentes y proveedores del grupo y cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo, según la indicación del considerando 55 del preámbulo de la directiva. Podría reproducirse aquí la significativa diferenciación entre el grupo laboral y el grupo mercantil, si bien, y salvo decisión expresa del legislador cuando plantee la transposición normativa o su aplicación, ambas operarían a efectos de esta protección: el grupo laboral, porque lógicamente defiende la consideración de empleador del grupo sobre todos los trabajadores de las distintas empresas que lo conforman, y el grupo mercantil, porque, dada la *vis attractiva* de la norma, cualquier conexión servirá para eximir de responsabilidad al denunciante, sea éste trabajador o no del grupo o de las empresas que lo integren.

3. Al margen de los canales —internos o externos— de denuncia, las garantías, las formalidades, los mecanismos, las personas o autoridades responsables de ellos —que pueden ser internas o no, porque incluso cabe descentralizar dicha función— y las dificultades que podrán presentarse en empresas de menor dimensión para garantizar el anonimato o la confidencialidad del denunciante —en las empresas de menor tamaño se admite una función dual a cargo de ejecutivos de la sociedad, tales como los responsables de recursos humanos o de asuntos jurídicos, responsables financieros o de auditoría e incluso un miembro del consejo de administración—, uno de los aspectos laborales de mayor entidad lo constituyen las represalias empresariales.

En efecto, el artículo 19 prohíbe «toda forma de represalia», obligando así a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para prohibir cualquier represalia posible contra los denunciantes, incluidas las amenazas y las tentativas de represalia. Y, aun cuando el ámbito de aplicación subjetivo excede de los rasgos propios del trabajador, las principales prohibiciones expresas contenidas en el citado precepto se circunscriben a la relación laboral. Y, así, específicamente, la norma se refiere a la prohibición empresarial de acudir a la suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; a la degradación o denegación de ascensos; al cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; a la denegación de formación; a la evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; a la imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; a las coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; a la discriminación o trato desfavorable o injusto; a la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; a la no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; a los daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o a pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; a la inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; a la terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; a la anulación de una licencia o permiso o a las referencias médicas o psiquiátricas.

Tal listado, por supuesto, no tendrá carácter cerrado, dado que la propia disposición alude a «toda forma de represalia», amparando así cualquier tipo de comportamiento empresarial que suponga un reproche al trabajador denunciante por su actuación. Porque, como se ha anticipado, las consecuencias descritas derivan básicamente de una relación laboral, aunque se prevean, con menor precisión, otras de diferente naturaleza (pérdida del negocio, terminación anticipada o anulación del contrato de bienes o servicios, etcétera). Está por ver si cada Estado miembro amplía, transpone de forma idéntica o modifica dicho listado. E, incluso, cabe apreciar si se trata de medidas ya estipuladas en el ordenamiento laboral nacional siempre que se demuestre que en el origen está la voluntad de la empresa de represaliar al trabajador por su denuncia.

Por su trascendencia, y en una primera aproximación a esta nueva directiva, cabría centrar la atención en la figura del despido y, concretamente, en la calificación del despido si, pese al interés contrario de la norma europea, la empresa decide unilateralmente finalizar la relación laboral. Porque el hecho de que la directiva prohíba tal comportamiento no impide que la empresa lo realice, aunque con las debidas consecuencias. Y ésta es la cuestión: cuáles deberán ser las consecuencias. Lógicamente, y siempre prescindiendo por el momento del particular análisis de la denuncia del trabajador, si ésta se produjera y se hallara dentro del ámbito de protección de la directiva, el despido podría ser calificado de improcedente o nulo. *A priori*, la calificación debería ser de improcedencia; la actuación empresarial no se ajusta a las causas legales tipificadas para despedir, ergo, debe abonar la indemnización propia del despido

improcedente. Pero, quizá, para alcanzar esta consecuencia no haría falta una protección reforzada como la que impone la nueva norma europea. De ahí que parezca más adecuado a la finalidad de esta última optar por la nulidad del despido. Ocurre, sin embargo, que, con carácter general, la norma laboral española recurre a tal calificación cuando existe la vulneración de un derecho fundamental que, aquí y en principio, no se produce (salvo que se extiendan las garantías previstas para los representantes de los trabajadores —en los que se justifica por la vulneración del derecho a la libertad sindical— o que se identifiquen derechos indirectamente vulnerados al efectuar tales denuncias —por ejemplo, la libertad de expresión del trabajador—, lo que, por lo demás, fuerza la interpretación del alcance de los derechos fundamentales en la relación laboral). Nada impide, con todo, que el legislador nacional transponga la directiva con estas consecuencias. De hecho, el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el que, como causa de nulidad general, se parte de la discriminación o de cualquier vulneración de los derechos fundamentales o de las libertades públicas, añade que «también serán nulos» otros supuestos. En el entendimiento de que el legislador puede ampliar dichas causas, señálese que antes se consideraba nulo el despido que no cumplía los requisitos formales previstos. En consecuencia, y como factor de protección reforzada, ésta podría ser la calificación del despido derivado de la denuncia del trabajador. Quizá sea ésta la pretensión del legislador europeo cuando, al abordar el despido como consecuencia de la denuncia, alude a la «reintegración» del trabajador (cdo. 94 de su preámbulo) o cuando señala que plantear la alternativa entre indemnización o reincorporación podría tener un efecto «disuasorio» sobre la denuncia (cdo. 95 de su preámbulo).

Y, en este apartado, procede efectuar dos consideraciones adicionales de interés. La primera, que, tal y como señala el artículo 24 de la directiva, los Estados miembros deberán velar por que no puedan limitarse los derechos y vías de recurso previstos en tal norma ni se pueda renunciar a ellos por medio de ningún acuerdo, política, forma de empleo o condiciones de trabajo, incluida cualquier cláusula de sometimiento a arbitraje. De forma muy similar a lo que establece la ley laboral nacional (art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores), la directiva pretende preservar un «derecho» a la denuncia —cabría cuestionarse si tal derecho existe, como tampoco parece derivarse ninguna «obligación» de denunciar, salvo, en su caso, ante la comisión de un delito— ante una posible intimidación del empleador para impedirlo —convendría asimismo valorar la actuación contraria, esto es, el posible «chantaje» del trabajador al empresario para evitarlo—. Y, la segunda, que la regulación contenida en el artículo 23 de la directiva permite a los Estados miembros establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que impidan o intenten impedir las denuncias; que adopten medidas de represalia; que promuevan procedimientos abusivos; que incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciados, etcétera. Pero también permiten establecer —y quizá se convierta éste en un elemento sensible en la transposición o directa aplicación de la norma europea— sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables «respecto de denunciados cuando se establezca que habrían comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas» (art. 23.2), con las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios en cualquiera de estos supuestos.

4. Un último punto de interés se centraría en la preocupación del legislador europeo por impedir cualquier retroceso en la protección laboral. En efecto, la nueva directiva añade su protección a la dispensada por otras directivas que ya otorgan garantías a los trabajadores cuando informan sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral, en especial en aquello que se refiere a la seguridad y salud en el trabajo (Directiva 89/391, de 12 de junio —DOCE de 29 de junio—, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo). Esta última obliga ya a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo (arts. 7.2, 8.4, 8.5, 9.4, de la Directiva 89/391 citada, entre otros). En el mismo sentido, y a título meramente ejemplificativo, el artículo 21.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, 8 de noviembre —BOE de 10 de noviembre—) garantiza que ni los trabajadores ni sus representantes puedan sufrir ningún tipo de perjuicio derivado de la adopción de las medidas para prevenir riesgos laborales, salvo que hubieran obrado «de mala fe o cometido negligencia grave».

Del mismo modo, el artículo 3.4 de la directiva impide que esta norma afecte tanto a la regulación nacional que prevea el derecho de los trabajadores a consultar a sus representantes o sindicatos y a estar protegidos frente a posibles medidas perjudiciales injustificadas derivadas de tales consultas como a la autonomía de los interlocutores sociales y a su derecho a celebrar Convenios Colectivos. Todo ello se entenderá «sin perjuicio del nivel de protección otorgado por esta nueva directiva». Pero ¿qué supone esta advertencia? Cabría entender que se trata de una orientación meramente descriptiva; puesto que existen normas de otra naturaleza —prevención de riesgos, representación de los trabajadores, negociación colectiva— que imponen un grado de protección del trabajador ante posibles denuncias sobre irregularidades de la empresa, serán las materias ya debidamente protegidas aquellas sobre las que no deberá pronunciarse la transposición de esta última norma laboral ni ejercerse su aplicación directa. Pero entonces no tendría sentido añadir que todo ello ha de entenderse «sin perjuicio del nivel de protección» contenido en esta nueva directiva. Podría considerarse que, en caso de concurrencia, deberán prevalecer aquellas normas por tratarse de materias específicamente asumidas y con una protección propia. Mas no tendría sentido que, si en la aplicación normativa el trabajador estuviera mejor protegido por esta nueva directiva, se optara por otra que le otorgara menor protección. Cabría aceptar, por ejemplo, que todo lo dispuesto en esta nueva normativa podría ser susceptible de concreción mediante la negociación colectiva. Y, sí, la negociación puede precisar canales internos, procedimientos, medidas que reafirmen las garantías del denunciante, pero, para alcanzar tal fin, sería innecesaria esta mención expresa en la nueva norma europea. De ahí que probablemente se imponga una interpretación integradora que permita dispensar protección al trabajador denunciante, independientemente de la norma que la regule, siendo la de mayor protección la que se aplique en cada caso y en su caso.