

CUENTA ATRÁS PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA *WHISTLEBLOWER* EN ESPAÑA

El plazo para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones de la legislación de la Unión (la "**Directiva Whistleblower**") es el 17 de diciembre de 2021 (17 de diciembre de 2023 para las organizaciones que tienen entre 50 y 249 trabajadores).

Para ello, en España un grupo de trabajo del Ministerio de Justicia comenzó a trabajar en un borrador de ley a mediados de 2020. El período de consulta pública está actualmente abierto, hasta el próximo 27 de enero. El objetivo es recabar opiniones sobre la puesta en marcha de los canales de denuncia, la determinación de las autoridades competentes para supervisarlos, el alcance de la aplicación material, la admisibilidad de las denuncias anónimas o las medidas de protección a desplegar, entre otras cuestiones.

De cara a la transposición de la Directiva *Whistleblower*, España deberá introducir un marco jurídico en materia de denuncia de irregularidades más completo del que actualmente posee a través de normas sectoriales fragmentarias. Esto significa que, entre las principales obligaciones impuestas por la Directiva, el legislador español tendrá que abordar la exigencia de que todas las empresas de más de 50 empleados introduzcan procedimientos internos de denuncia de irregularidades, así como la designación de la autoridad competente para facilitar la comunicación y el seguimiento externos.

Cuestiones clave

- Recientemente en España se ha abierto un **período de consulta pública** de cara a transponer la Directiva *Whistleblower*.
- Según la Directiva: i) las **empresas del sector privado con 50 o más trabajadores** deben implementar **canales internos** de denuncia, ii) se **prohíbe toda forma de represalia**, y iii) se permiten las **denuncias anónimas**.
- Las leyes específicas de **diversos sectores** (financiero, de lucha contra el blanqueo de dinero y de prevención general de la delincuencia) **ya contienen obligaciones** de introducir canales de denuncia internos o de exigir a las autoridades competentes que proporcionen canales de denuncia externos para los alertadores.
- El Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española permite que, **tras una denuncia, el responsable del canal de denuncia presente la denuncia penal** sin revelar la identidad del alertador.

ASPECTOS CLAVE DE LA DIRECTIVA

La Directiva establece una serie de requisitos mínimos que deberá incluirse en la regulación interna de todos los Estados Miembros en materia de protección de los alertadores. En concreto, los Estados miembros deben:

- asegurar que toda forma de **represalia** de los alertadores esté prohibida;
- obligar a las **entidades jurídicas con más de 50 trabajadores**, tanto en el sector privado como en el público, a introducir canales internos de denuncia para asegurar la confidencialidad de la identidad de los alertadores; y
- designar a las **autoridades competentes** responsables de la denuncia externa y del seguimiento.

¿A quién aplica a la Directiva?

A alertadores, tanto en el sector público como privado, que:

- hayan obtenido información sobre infracciones de la normativa de la UE en un contexto laboral;
- tengan motivos fundados para creer que la información comunicada es veraz y está enmarcada en las áreas cubiertas por la Directiva; y
- hayan comunicado la información de manera interna, externa o mediante su divulgación pública.

¿Qué áreas se encuentran cubiertas por la Directiva?

El ámbito de aplicación incluye infracciones que afectan a los intereses financieros de la UE (en particular, el fraude), infracciones relativas al mercado interior (incluidas las normas sobre competencia y ayudas estatales), así como infracciones de legislación específica de la UE relativa a las siguientes esferas:

- contratación pública;
- servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo;
- seguridad y conformidad de los productos;
- seguridad del transporte;
- protección del medio ambiente;
- protección contra las radiaciones y seguridad nuclear;
- seguridad de los alimentos y piensos, y salud y bienestar de los animales;
- salud pública;
- protección del consumidor; y
- protección de la privacidad y los datos personales, y la seguridad de la red y los sistemas de información.

¿Qué canales han de ponerse a disposición?

La Directiva ofrece a los Estados Miembros tres opciones para que los alertadores presenten sus denuncias, los cuales deben estar regulados en su legislación interna:

- canal de denuncias interno;
- denuncia externa; y
- divulgación pública.

¿Qué medidas deben seguir las empresas para asegurar el cumplimiento de la Directiva *Whistleblower*?

- poner en práctica un sistema interno de comunicación que prevea la confidencialidad (se admiten las denuncias anónimas);

- asegurar que se emita acuse de recibo al alertador en un plazo de siete días;
- designar una persona o departamento responsable del seguimiento y acompañamiento al alertador;
- asegurar un seguimiento diligente, durante todo el procedimiento;
- asegurar que se proporcione información al alertador acerca de su denuncia dentro de un plazo razonable, que no exceda los tres meses a partir del acuse de recibo de la denuncia;
- poner en práctica un procedimiento claro y de fácil acceso para la presentación de denuncias externas;
- garantizar el cumplimiento del Reglamento (EU) 679/2016, de Protección de Datos, aplicable en España y en la UE, en cuanto al tratamiento de los datos personales; y
- garantizar que se mantienen registros de cada denuncia recibida y que no se almacenan durante más tiempo del necesario.

LEGISLACIÓN SECTORIAL VIGENTE EN ESPAÑA

Actualmente no existe una normativa uniforme sobre la protección de los alertadores de irregularidades en la legislación española. Sin perjuicio de lo anterior, las leyes específicas de diversos sectores ya contienen algunas disposiciones que se ajustan a los requisitos establecidos por la Directiva, como la obligación de introducir canales de información internos o la exigencia de que las autoridades competentes establezcan canales de información externos para los alertadores.

A. REGULACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO

Las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito), las empresas de servicios de inversión, las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva, los órganos rectores de las bolsas de valores y los proveedores de servicios de información tienen las siguientes obligaciones de información:

- *Comunicación interna*

Estas personas están obligadas a introducir canales para la denuncia anónima de infracciones de la ley o las normas éticas, que deben garantizar i) la confidencialidad de la identidad de los alertadores, ii) el tratamiento adecuado de sus denuncias y procedimientos de seguimiento, y iii) que el alertador esté protegido contra represalias o trato injusto, como resultado de la denuncia.

- *Comunicación externa*

A la CNMV: Existe la obligación de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre otros:

- infracciones del Reglamento (UE) 596/2014, sobre abuso de mercado;
- infracciones del Reglamento (UE) 600/2014, sobre los mercados de instrumentos financieros; o
- infracciones del Reglamento (UE) 1286/2014, relativo a los documentos de información clave para productos de inversión minorista empaquetados (por sus siglas en inglés, PRIIPS).

Al Banco de España: infracciones de las obligaciones de supervisión de las entidades de crédito, que se recogen en la Ley 10/2014¹ y en sus reglamentos de desarrollo..

La notificación tanto a la CNMV como al Banco de España debe incluir todos los hechos de los que se pueda derivar razonablemente al menos una sospecha fundada de infracción. La denuncia a la CNMV puede ser anónima o incluir la identificación de la persona que la emite, mientras que la denuncia al Banco de España siempre debe incluir la identificación de la persona que la emite.

¹ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

La CNMV y el Banco de España están obligados a garantizar la independencia de los medios de comunicación utilizados para denunciar estas infracciones, así como la confidencialidad de la información proporcionada. No se podrá revelar al auditor o a la empresa de auditoría ningún dato personal del alertador, y se deberá garantizar su anonimato.

B. REGULACIÓN EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALS

En virtud de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (la "**Ley 10/2010**"), en España todas las entidades legalmente obligadas a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (los "**Sujetos Obligados**") tienen determinadas obligaciones:

- Todos los Sujetos Obligados tienen el deber de **aplicar y adoptar por escrito políticas y procedimientos adecuados para asegurar la comunicación de irregularidades y el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 10/2010**, con el fin de prevenir y evitar las transacciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.
- El **canal de denuncia puede ser un procedimiento autónomo o integrarse en los sistemas** que los Sujetos Obligados puedan tener implementados para comunicar información sobre actos o conductas contrarias a otras normas generales o sectoriales que le sean de aplicación (como las referidas anteriormente en relación con la comunicación interna del sector financiero).
- Los Sujetos Obligados deben adoptar también **medidas para garantizar que los alertadores estén protegidos contra las represalias, la discriminación o cualquier otro trato injusto**. La gestión del canal de denuncias estará sujeta a la normativa sobre protección de datos personales en el marco de los sistemas internos de presentación de denuncias.

C. PROGRAMAS DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN ESPAÑA

El Código Penal español incluye "*la obligación de comunicar al órgano de cumplimiento cualquier violación de las normas y controles (canal de denuncia)*". Esto, si se evalúa llegado el momento como un instrumento eficaz de cumplimiento, en conjunción con otros elementos esenciales de los programas de cumplimiento penal de la legislación española, **podría dar lugar a la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica**.

La disposición carece de detalles sobre la forma en que se debe gestionar esa información interna, qué contenidos mínimos o líneas de información se deben incluir y, lo que es más importante, **no proporciona ninguna orientación para la protección de los alertadores**. Sin embargo, la Fiscalía General ha insistido repetidamente en la importancia de preservar la confidencialidad de la identidad de los alertadores y de asegurar que no sufran represalias o un trato injusto.

D. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL INCLUYE ALGUNAS DE LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA WHISTLEBLOWER

El recientemente publicado Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española prevé que si determinados hechos han sido comunicados por un alertador a una entidad pública o privada el responsable del canal pueda presentar denuncia penal, sin revelar la identidad de dicho alertador, salvo que la autoridad competente lo solicite expresamente.

CONTACTO



Carlos Zabala
Counsel

T +34 91 590 7415
E Carloz.Zabala
@cliffordchance.com



Sonia Trendafilova
Asociada sénior

T +34 91 590 4172
E Sonia.Trendafilova
@cliffordchance.com



Sonsoles Callejo
Asociada

T +34 91 590 4133
E Sonsoles.Callejo
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.