

Whistleblowing y Transparencia en el Sector Privado de Alemania

Lara Puñal García

Doctora en Derecho y LL.M. (Universidad de Constanza)

Abogada y Auditora (Stuttgart)

larapq@yahoo.com

Whistleblowing and Transparency in the Private Sector of Germany

ISSN 1989-7022

RESUMEN: Se analiza el *Whistleblowing* como mecanismo de transparencia por revelación de irregularidades internas de una empresa. Surge el conflicto en el sector privado por revelar secretos y revelaciones dañinas para la misma. Se analiza la jurisprudencia del TEDH, que en general protege la libertad de de expresión e información y el interés público de conocer las irregularidades. Sin embargo, no existe en Alemania una legislación específica de protección de los *Whistleblowers* y hay diversas discusiones sobre la necesidad de tales leyes. Se describe también que en la práctica de las empresas se han creado mecanismos internos para dar a los empleados una oportunidad (normalmente anónima) de hacer una denuncia interna y facilitar que los órganos de control de la propia empresa puedan sanear las irregularidades. Estos mecanismos cada vez más avanzados se encuentran dentro del ámbito la *Compliance* (cumplimiento normativo) y pueden abarcar instrumentos como una oficina de denuncias interna o un abogado ajeno a la empresa. También se reflejan las discusiones sobre la relación entre estos mecanismos internos y la denuncia externa (policía, fiscalía, prensa), cuándo y a quién se debe acudir antes.

ABSTRACT: Whistleblowing is a transparency mechanism that occurs when a person working within an organization reveals internal information about irregularities. In the private sector this disclosure may violate the interests of the private company to keep its company secrets and avoid public scandals that could be harmful to it. Labor law frequently resolve that conflict and according to the case law of the ECHR in general freedom of expression and the public interest to know the irregularities have to be protected. There is no specific legislation to protect Whistleblowers in Germany, and intense discussions about the need for such laws and about the internal mechanisms have been created in companies. These increasingly advanced mechanisms are within the scope of Compliance and can encompass instruments such as an internal complaints office or a lawyer outside the company (so called "Ombudsman"). Also there are controversies about the relationship between these internal mechanisms and the external complaint (police, prosecution, press) and the prevalence between them.

PALABRAS CLAVE: Whistleblowing, transparencia sector privado, revelación de secretos, libertad de de expresión, Derecho Alemán, Compliance

KEYWORDS: Whistleblowing, corporate transparency, revelation of secrets, freedom for speech, German Law, Compliance

1. Introducción:

Crear transparencia es un tema cada vez más importante en el ámbito del Derecho. La mayoría de los mecanismos para aumentar la transparencia han sido establecidos en el sector público (por ejemplo, leyes para garantizar el acceso a informaciones). La transparencia pública se puede justificar fácilmente: el Estado es una cosa común (*res publica*) que nos pertenece y nos afecta a todos. En el sector privado la transparencia también existe pero de forma más débil y reticente porque, en general, es un interés legítimo proteger los datos confidenciales de las personas y de las empresas que les pertenecen. No obstante, en el contexto de la transparencia de las empresas no se puede olvidar que éstas (normalmente personas jurídicas: S.A., S.L.) también pueden ejercer una función importante y poderosa no sólo en el ámbito económico sino también en las esferas políticas y sociales. Las grandes empresas dan empleo a muchas personas, tienen numerosos clientes y sus líderes toman decisiones que pueden afectar al bienestar de muchos ciudadanos y hasta de un municipio, de una región o incluso al Estado. Cuando hay una concentración de poder siempre existe una necesidad de

Puñal García, Lara: "Whistleblowing y Transparencia en el Sector Privado de Alemania", en Cotino Hueso, Lorenzo y Boix Palop, Andrés: El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho. ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 27, 203-219



Received: 02/01/2018
Accepted: 20/04/2018

control. En el foco de este conflicto entre la propiedad (y confidencialidad) de las empresas privadas y el interés público de publicar abusos en la gestión de las empresas, está el núcleo del *Whistleblowing*.

El *Whistleblowing* es un fenómeno que se produce cuando una persona natural (sobre todo un empleado) descubre un comportamiento amoral o ilegal en la empresa que le emplea y el sujeto decide informar a otras personas fuera de la empresa, especialmente a las autoridades o a la prensa. Por este acto del *Whistleblower* se fuerza a una transparencia unilateral a la empresa. La cuestión legal decisiva es cuándo esta medida está justificada, es decir, cuándo el interés de confidencialidad de la empresa tiene que hacer hueco a otros intereses - públicos o privados - afectados por el mal comportamiento empresarial.

La denuncia de irregularidades o *Whistleblowing* es una herramienta clave para hacer que las instituciones públicas y privadas alcancen mayor grado de transparencia. Los empleados y otras personas que estén familiarizadas con el funcionamiento interno de una organización del sector público o privado y que estén en condiciones de detectar conductas irregulares, se sentirán más dispuestos a denunciar las situaciones irregulares de las que estén al tanto si se les promete proteger sus derechos.

El objeto de este artículo es abordar el concepto de *Whistleblowing* en el sector privado, explicar sus orígenes, los sistemas y las formas de divulgación de información, así como tratar su marco legislativo en Alemania. Con ese fin se analizará el *Whistleblowing* en el sector privado según el punto de vista del derecho alemán. Los *Whistleblowers* (también llamados peyorativamente "denunciantes") suelen enfrentarse a graves consecuencias por sus actos. A veces pierden sus trabajos o son condenados al ostracismo. Algunos son acusados de delitos por violación de las leyes o de contratos laborales.

En la primera parte se clarifican las diferentes formas de denuncias y se presentan los intereses afectados. Más adelante se aborda la situación legal de los *Whistleblowers* en Alemania, elaborando tanto la jurisprudencia como los intentos legislativos (segunda parte). El análisis se limita al ámbito del derecho privado y laboral. En la tercera parte se examina la práctica de grandes empresas y sus mecanismos internos para hacer denuncias a la hora de descubrir un comportamiento incorrecto. Estos mecanismos tienen como objetivo ofrecer a los *Whistleblowers* una alternativa menos perjudicial para la empresa al denunciar y así acabar con comportamientos incorrectos sin abandonar el ámbito de la empresa (guardando la confidencialidad de los asuntos internos siempre que sea posible). Como se verá, en el sector privado han sido establecidos sistemas muy avanzados de control interno: el *Whistleblowing* se ha consolidado dentro del marco de *Compliance* o conformidad corpo-

rativa. Muchas instituciones están adoptando sistemas de control interno por medio de la implantación de políticas internas, oficinas especiales de denuncias internas y, en general, con sistemas para facilitar que se revelen conductas irregulares.

2. Primera parte: Aproximación general

2.1. Origen y concepto

El término *Whistleblower* fue utilizado por primera vez en 1970 por el abogado estadounidense Ralph Nader dentro del contexto de proteger a los ciudadanos de los *Lobbies*. Él definió *Whistleblowing* como un acto por el cual un hombre o una mujer que, creyendo que el interés público prevalece sobre el interés de la organización para la que trabajan, toca el silbato para anunciar que la organización está llevando a cabo una actividad corrupta, ilegal, fraudulenta o perjudicial. Nader acuñó este término para presentar de forma positiva a quienes antes se conocía como traidores o informantes.

La figura del *Whistleblower* se remonta a la aprobación en 1863 por el Congreso de EEUU del llamado *False Claims Act*. El *False Claims Act*, también conocido como la „Ley Lincoln“. Esta ley fue promulgada durante la Guerra de Secesión para combatir el fraude perpetrado por compañías que vendían suministros al Ejército de la Unión.

Echando un vistazo a la historia reciente, la lista de *Whistleblowers* famosos es larga. Encontramos, por ejemplo, a *Deep Throat* (en castellano “Garganta profunda”). Este es el seudónimo que tomó Mark Felt, entonces director adjunto del FBI, quien informó a los periodistas del Washington Post en el año 1973 acerca de las maquinaciones de la Administración Nixon. La información de Felts llevó a la posterior dimisión del presidente Richard Nixon en agosto de 1974 en el conocido como asunto del *Watergate*. La verdadera identidad de *Deep Throat* no se supo hasta mayo de 2005.

Otro caso con relevancia mediática y graves consecuencias financieras es el de la empresa estadounidense Enron. La entonces vicepresidenta para el desarrollo corporativo de Enron se dio cuenta de que algo no encajaba en la cuentas de la empresa. Los números no cuadraban. Por eso decidió escribir una carta al Director ejecutivo, Ken Lay, en un intento por salvar a la empresa. Sin embargo, sus avisos fueron ignorados y los directivos decidieron despedirla en lugar de investigar. Más tarde, la investigación fue llevada a cabo por la *Securities and Exchange Commission*. Enron Corporation terminó en bancarrota y el escándalo llevó a la disolución de facto de Arthur Andersen en 2002, que hasta ese momento había sido una

de las cinco sociedades de auditoría y contabilidad más grandes del mundo. El escándalo Enron fue decisivo para crear nuevos estándares de cumplimiento para la contabilidad pública y la auditoría en Estados Unidos (véase Sarbanes-Oxley Act de 2002). Recientes acontecimientos como *Luxleaks* (2004) y los *Panama Papers* (2006) han reactivado la discusión sobre la protección de los *Whistleblowers* en todo el mundo.

Según la definición recogida en la Recomendación CM/Rec(2014)7 del Consejo de Europa, *Whistleblower* se refiere a cualquier persona que informe o divulgue información sobre una amenaza o daño al interés público en el contexto de su relación laboral, ya sea en el sector público o privado.

Algunos ejemplos de los hechos que normalmente suelen darse a conocer por este medio son casos de corrupción, evasión de impuestos, delitos contra las leyes de seguridad social, salud y seguridad o contra las normas de protección del medio ambiente. El *Whistleblower* decide en un determinado momento dar a conocer los hechos mediante declaraciones, quejas o denuncias de irregularidades.

2.2. Los intereses afectados y la resolución del conflicto

La situación legal del *Whistleblower* se determina en la resolución de un conflicto entre los intereses del empleado (que quiere revelar secretos o acontecimientos internos de la empresa) y de su empleador – la empresa – que tiene un interés de resolver sus asuntos internos y de mantener una imagen favorable de cara al público. Estos intereses en conflicto se basan en y son protegidos por los derechos fundamentales tal como son garantizados por la Ley fundamental alemana. También el interés público puede verse afectado cuando los hechos internos tienen relación con el bienestar del Estado y de la sociedad: el Estado de Derecho tiene interés en que las leyes sean respetadas.

En primer término, cabe tener en cuenta el interés del empleado. Al respecto, en Alemania, la Ley Fundamental garantiza en el art. 2 apartado 1¹, la libertad general de actuar libremente. También protege, el derecho del trabajador a denunciar violaciones de la ley a las autoridades (y en ciertos casos a la opinión pública), así como a participar en su aclaración. Es decir, está protegido a nivel constitucional el derecho a publicar los hechos y a contribuir al saneamiento de las irregularidades. Aparte de este nivel bastante general, no hay ninguna regulación específica (a nivel de las leyes parlamentarias) que ampare y ofrezca una protección adecuada a ciudadanos, trabajadores o funcionarios que habiendo tenido conocimiento de un caso de fraude o corrupción decidan denunciarlo.

También el derecho de petición en el artículo 17² de la Ley Fundamental podría justificar la divulgación de posibles actos ilícitos del empresario frente a las autoridades (el parlamento). Si la denuncia a las autoridades o a la prensa implica una opinión, podría ampararse en la libre expresión de opiniones recogida en el artículo 5, apartado 1³ de la Ley Fundamental.

Por cuanto al interés de la empresa de guardar los hechos en secreto y evitar responsabilidad encuentra su fundamento en la libertad profesional del empresario, de conformidad con el artículo 12⁴ de la Ley Fundamental, que protege también su interés a trabajar sólo con aquellos empleados que promueven los objetivos de la empresa y la protegen de posibles daños. Además pueden ser aplicables los artículos 2 apartado 1⁵ y 14⁶ de la Ley Fundamental que protegen ciertos aspectos de la actuación empresarial.

Y, obviamente, cabe tener en cuenta el interés del Estado y de la sociedad. Del principio del Estado de Derecho recogido en el artículo 20 apartado 3⁷ en combinación con el art. 1, apartado 3⁸ de la Ley Fundamental no se deriva sólo un interés público a que los ciudadanos colaboren con las autoridades denunciando violaciones de la ley, sino también el interés de los ciudadanos a ejercer sus derechos como ciudadanos y, por tanto, a no tener que sufrir consecuencias jurídicas civiles. Se trata aquí del interés del Estado y de la sociedad a enterrarse del comportamiento empresarial incorrecto.

Expuestos los diversos intereses, hay que ver cómo debe resolverse el conflicto. A tal fin, es importante recordar que los derechos fundamentales dan derechos a las personas frente al Estado. Los derechos fundamentales no obligan a las personas privadas – al menos de manera directa. Por eso, en la relación laboral - que es de carácter privado - el empleado no puede justificar el *Whistleblowing* con los derechos fundamentales mencionados. Es tarea del Derecho civil resolver el conflicto entre las personas privadas – empleado y empleador – como partes de un contrato privado (contrato laboral). Así, los derechos fundamentales no son aplicables directamente en la relación laboral pero sí influyen la aplicación del Derecho civil por los tribunales mediante las cláusulas civiles generales (buena fe, grave infracción de deberes, causa importante). Los tribunales – como actores públicos vinculados directamente por los derechos fundamentales – tienen que tener en cuenta en la interpretación de estos conceptos legales abiertos e indeterminados los intereses afectados por medio de una ponderación en el caso concreto. Mediante este mecanismo “palanca” existe una influencia indirecta de los derechos fundamentales también en el Derecho civil. Vamos a ver a continuación cómo los tribunales resuelven el conflicto entre estos intereses (empleado y empleador) en el ámbito legal más importante para la protección de los *Whistleblowers* que es el Derecho laboral.

3. Segunda parte: Aspectos legislativos

3.1. Derecho laboral

El Derecho laboral trata de las consecuencias que se derivan cuando un empleado actúa como *Whistleblower* y publica los asuntos internos de su empleador sin el consentimiento de éste. La consecuencia es, en primer lugar, una infracción de los deberes del contrato ya que el empleado decide publicar secretos en detrimento de su empleador con quien tiene un contrato de trabajo.

Según el parágrafo 241 apartado 2 del Código civil alemán „*La relación vinculante puede obligar a cada parte al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte según su contenido*”. Esto también se aplica en las relaciones laborales y se denomina como “*Treuepflicht*” – obligación de lealtad. El resultado más probable en el caso de un acto de *Whistleblowing* será que el empleador quiera terminar el contrato con el empleado que unilateralmente decidió hacer públicos los asuntos de la empresa, comportamiento que resulta perjudicial para la misma. Es evidente que la empresa querrá terminar el contrato lo antes posible. Es una así llamada *außerordentliche Kündigung* - una terminación excepcional del contrato - que se puede declarar sin plazo previo, es decir, el empleado es despedido inmediatamente.

a. Terminación del contrato laboral por la infracción del deber contractual de lealtad

Mediante la publicación externa de irregularidades se crea por un lado un conflicto entre el interés del empleador a proteger su reputación, sus intereses empresariales y el secreto de los procesos y datos internos y la consiguiente obligación de lealtad relacionada con el trabajo del empleado. Por otro lado, se encuentra la preocupación legítima del empleado por conseguir una corrección de las irregularidades e informar a la opinión pública en caso de que se produzca un deterioro considerable del bien general.

La resolución del conflicto es tarea jurídica cuando el empleador sanciona al empleado por su denuncia externa. Normalmente el empleador va a declarar la terminación inmediata del contrato laboral por causa importante, es decir, por una infracción grave y culpable de las obligaciones contractuales por el empleado que hace intolerable al empleador continuar la relación laboral. Esta terminación excepcional está recogida en el Código civil alemán en su parágrafo 626, párrafo 1: “*La relación laboral puede ser rescindida por una de las partes por una buena causa sin respetar un período de notificación si existen hechos en base a los cuales no se puede continuar el contrato de trabajo hasta el vencimiento del período de notificación*”

o no se puede esperar hasta la terminación pactada de la relación laboral". En el caso de los *Whistleblowers*, hay que determinar si hay (1) una infracción grave de la obligación de lealtad (parágrafo 241 del Código civil alemán) y (2) si esta infracción es tan grave que justifica la terminación inmediata (parágrafo 626 del Código civil alemán). En el caso de infracciones graves, la terminación inmediata normalmente estará justificada, por eso el núcleo de la cuestión se encuentra en la pregunta (1).

Además, quien realiza una denuncia externa también corre el riesgo de ser castigado con pena de prisión o multa económica por incumplimiento de la obligación de proteger los secretos comerciales y empresariales según lo previsto en el parágrafo 17 de la Ley de competencia desleal. Esta infracción – aparte de ser delito penal - puede dar un derecho de indemnización al empleador.

b. Infracción grave: Ponderación de los intereses

El incumplimiento del deber contractual de confidencialidad (parágrafo 241, párrafo 2 del Código civil alemán) requiere justificación sopesando los intereses del empleador con los del empleado. Expresión de ello es la pregunta del Tribunal Federal de Trabajo acerca de si el *Whistleblowing* presenta una reacción inadecuada del empleado a una conducta del empresario o de sus representantes que pudiera suponer un motivo de despido importante según el parágrafo 626 del Código civil alemán.

Para determinar la gravedad de la infracción de la obligación de lealtad existen criterios – no concluyentes – aplicados en la jurisprudencia para ponderar los intereses en la relación empleado/empleador:

- **Carácter y gravedad de las irregularidades:** ¿Se trata de un delito penal (fraude, amenaza ambiental) o de un mero comportamiento incorrecto (precios exagerados, irregularidades en los viajes de trabajo)? En el caso de delitos penales hay que diferenciar si estos han causado perjuicio a la empresa (malversación de sus fondos) o al público (venta de productos nocivos para la salud o que pongan en peligro la vida de los consumidores).
- **¿Existe obligación legal de informar a las autoridades?** En el caso de un delito penal o de que haya peligro público, normalmente existe una obligación de informar a las autoridades para prevenir daños al interés general y reforzar el cumplimiento con el Derecho penal ("los criminales deben ser castigados").
- **¿Existen pruebas o sólo se trata de una sospecha?**

- ¿Cuál es la motivación? ¿Son legítimos los motivos (aclarar y sanear irregularidades) o no (revancha)?
- Denuncia interna ante la denuncia externa: ¿Es razonable dirigirse en primera instancia a la Dirección de la empresa?
- Denuncia externa: La denuncia ha de realizarse primero ante a las autoridades y sólo como *ultima ratio* por medio de la opinión pública (prensa, internet).

c. Ejemplo de resolución civil de conflicto de intereses: el caso “Heinisch” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo son de particular importancia para el Derecho alemán. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo condenó en el verano de 2011⁹ a Alemania a pagar una indemnización por daños y perjuicios en el caso de la enfermera geriátrica de Berlín, Brigitte Heinisch, basando su decisión en el artículo 10¹⁰ - Derecho fundamental a la libertad de expresión e información - del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La enfermera Heinisch había acusado al operador de la residencia de la tercera edad en la que trabajaba de que no tenía suficiente personal y, por lo tanto, no estaba garantizado el tratamiento adecuado de los residentes ni de mantener los estándares médicos adecuados. Después de que la empleada se hubiera quejado inicialmente sin éxito al operador de la residencia, finalmente presentó cargos penales. A continuación, el empleador le comunicó que terminaría su contrato de forma inmediata.

En el procedimiento judicial de terminación posterior, se acusó a la empleada de basar su acusación en hechos no probados y de haberlos recopilado únicamente para ejercer presión sobre la empresa. El tribunal provincial de Berlín-Brandenburgo en su sentencia de 2006 argumentó que la empleada había abandonado el área de protección del artículo 5 Ley Fundamental y había violado la obligación de respeto (“Rücksichtnahme”) y lealtad.

Después de recursos fallidos ante el Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Constitucional Federal, la empleada se dirigió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Contrariamente a los fallos de las autoridades nacionales, éste consideró que los tribunales alemanes habían desestimado por error el recurso interpuesto por la señora Heinisch ya que no habían encontrado un equilibrio adecuado entre el interés del empleador y el derecho del trabajador a expresar su opinión.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decidió que la denuncia penal estaba amparada por el Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La información presentada era de interés público. Incluso si no hay suficientes sospechas y se producen efectos nocivos, prima el interés público a divulgar las deficiencias en la atención institucional a la tercera edad.

3.2. Diversos intentos y propuestas legislativas en Alemania

Las iniciativas legislativas de algunos partidos políticos que pretenden codificar los derechos y obligaciones de los *Whistleblower* no han tenido éxito hasta ahora. En comparación con otros países, Alemania no tiene regulaciones legales generales completas para la protección de *Whistleblowers*. Algunos casos de *Whistleblowers* alemanes que han tenido resonancia en los medios de comunicación, como el caso de la enfermera Heinisch, provocaron una sensibilización social acerca de la necesidad de dar protección a los *Whistleblowers*, pero no se llegó a plasmar en normas legales específicas.¹¹

Una de las consecuencias referente al Derecho Laboral que se preveían derivadas del Contrato de Coalición de diciembre de 2013 entre la CDU/CSU y el SPD era que los *Whistleblowers* estarían mejor protegidos. El Gobierno alemán quería revisar si los mecanismos de protección previstos en su Derecho se ajustaban a las normas internacionales. Se presumía que el despido de empleados que denunciasen públicamente conductas irregulares se vería dificultado. Sin embargo, la legislatura ha finalizado recientemente y no se han presentado resultados a este respecto.

Más tarde, cabe destacar la Propuesta legislativa (18/3039) sobre la promoción de la transparencia y la protección contra la discriminación de denunciantes de *Bündnis 90 / Die Grünen* y solicitud de *Die Linke*. El 18 de junio de 2015 el proyecto de ley de *Bündnis 90 / Die Grünen* para la promoción de la transparencia y la protección contra la discriminación de los informantes (la llamada Ley de Protección de *Whistleblower*) y la solicitud del grupo parlamentario *Die Linke* a una protección legal de los denunciantes en el *Bundestag* fracasó nuevamente. Tanto el proyecto de ley como la solicitud fueron denegados con los votos de los grupos parlamentarios *CDU/CSU* y *SPD*.

Cabe asimismo señalar que en el ámbito de la supervisión financiera, el Instituto Federal de Supervisión de Servicios Financieros (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) ha establecido una oficina central para la notificación de infracciones de la ley de supervisión aplicable en virtud del parágrafo 4d FinDAG¹².

El parágrafo 4d FinDAG prevé en principio la garantía del anonimato del *Whistleblower* ("Hinweisgeber"). No obstante, la protección del anonimato se acaba si la ley exige la revelación de la información en el contexto de una investigación adicional o de procedimientos administrativos o judiciales posteriores, o si la divulgación es ordenada por una decisión judicial (véase parágrafo 4d, párrafo 3, frase 2 FinDAG). El parágrafo 4d FinDAG garantiza por primera vez en Alemania la protección estatutaria legal de los *Whistleblowers* contra las sanciones o reclamaciones por daños y perjuicios en caso de que sus observaciones resulten inexactas en su totalidad o en parte. Los *Whistleblowers* no pueden ser considerados responsables por daños en el ámbito de aplicación de la Ley de Supervisión de Servicios Financieros debido a una declaración incorrecta, ni pueden ser utilizados para la compensación de daños y perjuicios, a menos que la declaración fuera intencionada o gravemente negligente.

Según la práctica hasta el momento de la Corte Federal de Trabajo ("Bundesarbeitsgericht"), el *Whistleblower* viola sus obligaciones laborales, si se dirige directamente a medios externos, sin haber intentado antes aclarar la situación por los canales internos de la empresa. Sin embargo, el contenido del parágrafo 4d FinDAG no hace que la protección del *Whistleblower* dependa de que éste haya intentado aclarar la situación previamente a través de canales internos de la empresa.

Queda por tanto ver cómo los tribunales laborales tendrán en cuenta este desarrollo fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Supervisión de Servicios Financieros.

También hay que hacer especial mención de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Esta Directiva, que debe incorporarse a la legislación nacional antes del 9 de junio de 2018, proporciona una protección común para los secretos comerciales en los estados miembros de la Unión Europea con el objetivo de aumentar la innovación transfronteriza y la competitividad empresarial dentro de la Unión.

La propuesta inicial de la Comisión no hacía referencia a la interconexión y las implicaciones de la protección de secretos comerciales para la libertad de expresión e información, así como para los *Whistleblowers*. En su versión final la Directiva incluye excepciones en su artículo 5. Según el contenido de este artículo, la protección de los secretos comerciales no se extiende a los supuestos en los que su revelación sirva al interés público, en la medida en que permita poner al descubierto una falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto comercial.

La protección de los *Whistleblowers* prevista en el Art. 5 de la Directiva, podría entenderse como un primer paso de la Unión Europea hacia lo que debería ser una protección legal comunitaria dedicada y avanzada para denunciantes. No obstante, queda por ver qué se interpretará como fin de interés general y cuáles son sus delimitaciones.

También hay que hacer referencia al Código Alemán de Gobierno Corporativo¹³. El mismo prevé requisitos legales esenciales para la gestión y supervisión de las sociedades alemanas que cotizan en bolsa y contiene recomendaciones y sugerencias de estándares reconocidos internacionalmente y nacionalmente de buen gobierno corporativo. Conviene resaltar que su contenido no es norma imperativa sino que ha sido elaborado por una comisión de expertos. El objetivo del conjunto de normas adoptado en 2002 es promover la transparencia y la trazabilidad del sistema alemán de gobierno corporativo, centrándose en particular en los accionistas y sus intereses.

El 14 de febrero de 2017, la Comisión Gubernamental publicó la nueva versión del Código. Con la adición al número 4.1.3 de las frases 2 y 3, las compañías que cotizan en bolsa deberán permitir a los empleados de manera apropiada la posibilidad de denunciar de manera protegida violaciones realizadas en la compañía. El artículo 4.1.3 del Código¹⁴ prevé concretamente que *"Corresponde a la Dirección velar por el cumplimiento de los requisitos legales y las directrices internas de la empresa y actúa para que sean cumplidas por las empresas del Grupo (Compliance). Ella debe asegurar medidas adecuadas al perfil de riesgo de la compañía (Compliance Management System) y publicar sus principios. Los empleados deben tener la posibilidad de proporcionar de manera adecuada información sobre infracciones legales en la empresa y ser protegidos, esta posibilidad también debe concederse a terceros."*

A pesar de que las empresas de cierto tamaño son cada vez más propensas a establecer un sistema de información, no hay, según la opinión general, ninguna obligación legal general de mantener un sistema de *Whistleblowing*.¹⁵

Finalmente, cabe también hacer mención a la Ley alemana de Sociedades Anónimas (AktG). Según el art. 91 apartado 2 AktG el Órgano de Dirección tiene que tomar medidas idóneas (sobre todo establecer un sistema de supervisión) para descubrir desarrollos que ponen en peligro la existencia de la sociedad anónima. En la actualidad se suele considerar en Alemania que este artículo es en parte la base de la obligación de establecer una organización de *Compliance*, aunque la propia sociedad anónima tiene un interés inherente en prevenir posibles pérdidas.

El diseño concreto de la organización *Compliance* queda a discreción de la empresa. No existe una estructura predefinida que deba aplicarse. La administración de la sociedad anónima nombrará regularmente a un miembro responsable de la junta directiva para el cumplimiento de todo el grupo (delegación horizontal), que a su vez deposita la tarea de implementación en un “Chief Compliance Officer” o “CCO”.

4. Tercera parte: *Compliance* y organización en el sector privado

4.1. *El Compliance como organización dentro de la empresa: prevención, detección, investigaciones internas e incentivos para los empleados*

a. *Compliance como organización dentro de la empresa.* El término anglosajón “Compliance” significa obrar en consonancia con las normas y leyes aplicables. Los esfuerzos de una empresa para asegurar, a través de un conjunto de procedimientos y buenas prácticas, identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan así como establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos se engloban dentro de “Corporate Compliance”. La organización *Compliance* debe ayudar a la empresa, a sus órganos y a sus empleados a guiarse dentro de la creciente “selva legislativa” para evitar infracciones.

b. *Primer pilar: Prevención.* El primer pilar dentro de *Corporate Compliance* es el dedicado a la prevención. Es aquí donde se encontrarán departamentos dedicados a establecer procesos basados en el Código de Conducta interno y en las Directivas internas de la empresa. Asimismo, habrá un departamento dedicado a responder consultas de los empleados referidas, por ejemplo, a la aceptación de invitaciones o regalos pero también a temas referidos al Derecho de la competencia o a la protección de datos. En este sentido, es necesaria también una labor de concienciación mediante cursos de formación. Un programa sólido de *Corporate Compliance* sólo puede existir en el contexto de la adecuada cultura corporativa, liderada y ejemplificada por la más alta dirección de la compañía (“tone from the top”). Es necesario un esfuerzo de comunicación permanente para que los empleados entiendan e interioricen el mensaje de una conducta ética profesional. Si se trata de empresas que operan a nivel internacional, será recomendable establecer sistemas de *Compliance* locales que velen por el cumplimiento de las normas corporativas teniendo en cuenta las especialidades legislativas propias del ordenamiento jurídico nacional concreto.

c. *Segundo pilar: Detección.* Como la prevención no siempre es suficiente, la compañía, además, ha de contar con un segundo pilar dedicado a establecer mecanismos para detectar

los posibles casos de malas prácticas. El elemento central es establecer canales de comunicación como la oficina *Whistleblowing*, accesible tanto a nivel interno (para los empleados) como externo (para proveedores y clientes) de la organización. En la práctica suele ponerse a disposición, además de una oficina de denuncias interna, un abogado ajeno a la empresa que es contratado para prestar servicios de recepción de informaciones sensibles referidas a denuncias de irregularidades. Esta figura se conoce en Alemania con el nombre de "Ombudsmann". Se pretende así ofrecer un nivel superior de protección y anonimato del empleado respecto al empleador y evitar posibles represalias. Este tipo de sistemas tienen su origen en el ámbito anglosajón (véase Sarbanes-Oxley Act de 2002).¹⁶

d. Tercer pilar: Investigaciones internas. El tercer pilar del sistema de compliance lo conforman las consecuencias que se deben adoptar en el caso de detección de incumplimiento de la legislación vigente o de las normativas internas. Para averiguar si el contenido de la denuncia contiene elementos de veracidad o no, se llevará a cabo una investigación interna. Es más eficiente prevenir los posibles problemas que puedan salir a la luz mediante una investigación interna y tratar de darles solución. De esta manera se evitarán daños reputacionales y posibles sanciones de las autoridades dedicadas a la vigilancia del cumplimiento.

e. Incentivos para los empleados. Muchas empresas además incluyen el cumplimiento de los códigos éticos y de conducta como componente de la remuneración variable de los empleados. Así, se incluyen dentro del acuerdo de objetivos anuales el cumplimiento de contenidos de *Compliance* predefinidos (por ejemplo, participación en cursos de formación). Este tipo de medidas ayudan a una implementación exitosa de los programas de *Compliance*, además de generar un cambio en la cultura de la compañía.

4. 2. Canales de información y denuncias externas e internas

Una cuestión bastante discutida es la referida a si el *Whistleblower* ha de intentar aclarar primero la situación utilizando los canales de denuncia internos de la empresa antes de acudir a los llamados canales externos.

a. La denuncia externa. En caso de que el *Whistleblower* no utilice los canales de información internos preestablecidos en la empresa para tal fin, se habla de denuncia de irregularidades externa. La denuncia externa frente a las autoridades prevalece cuando existen obligaciones legales de denuncia inmediata o cuando se tiene duda razonable de que la acción interna correctiva no tenga lugar, tal vez porque el empleador está personalmente involucrado en la infracción o porque es conocedor de la situación irregular y la tolera. La admisibilidad depende del caso concreto. Las autoridades (policía, fiscalía, autoridades reguladoras) están vin-

culadas por el secreto profesional y supervisadas por los tribunales mientras que la difusión por la prensa es (casi) ilimitada. Además, en los procedimientos oficiales, la empresa tiene las garantías del Derecho público o penal (derecho a ser oído y a defenderse). Por eso esta vía de información externa a la opinión pública (prensa) debe ser elegida en última instancia.

b. La denuncia interna se da en el caso de que el *Whistleblower* utilice los canales de información internos preestablecidos en la empresa para tal fin y decida dirigirse a compañeros o superiores, a la Dirección o al Comité de Empresa u otras instancias. Esta forma no puede ser sancionada cuando el actor sigue el procedimiento previsto por la empresa (especialmente cuando existen sistemas de control internos).

Un deber adicional de avisar puede derivarse para el empleado de las llamadas cláusulas de denuncia de irregularidades internas. Las políticas internas de buenas prácticas o éticas de empresa pueden determinar el comportamiento de los empleados unidas a la obligación de informar acerca de comportamientos que contradigan la política de comportamiento de la empresa.

Con la introducción de mecanismos de información internos, la dirección de la asegura obtener información sobre todo acerca de aquellos empleados que contradigan la ley o las normas internas de comportamiento de la empresa.

Los sistemas de información ofrecen a sus empleados un centro de coordinación (por ejemplo, línea telefónica, *Ombudsmann* o los sistemas basados en la Web) donde pueden expresar sus inquietudes de manera confidencial. Esto permite a la compañía operar y evitar daños económicos y reputacionales.¹⁷

4.3. Algunos datos y estadísticas y la experiencia de Estados Unidos: "Dodd-Frank-Act"

Según un estudio de la consultora Ernst & Young referente a *Compliance* en Alemania, Austria y Suiza para el año 2016¹⁸, el 82% de las empresas encuestadas poseen un sistema de *Whistleblowing* interno a través del cual se pueden realizar denuncias de forma anónima. Muchas de las empresas que cuentan con este tipo de sistema, ofrecen también la posibilidad de contactar por otros medios (correo electrónico, línea telefónica) e incluso cuentan con un *Ombudsmann*. Sin embargo, a pesar de que el sistema de denuncias debería hacerse accesible a terceros (proveedores o clientes) para garantizar su efectividad, sólo el 48% ofrecen esta posibilidad a terceros.

Un factor decisivo para garantizar el éxito de los sistemas de *Whistleblowing* es garantizar el anonimato del *Whistleblower*. Según este estudio, el 86% de las empresas aseguran el anonimato de sus empleados. Otro factor importante es la protección contra posibles re-

presalias. Según este estudio, el 76% de las empresas encuestadas aseguraron estar sujetas a una prohibición estricta de represalias o venganza contra los *Whistleblower*. Sin embargo, un 10% de las empresas encuestadas aún no cuenta con un sistema que pueda utilizarse para garantizar que las denuncias de los empleados sean seguras y confidenciales.

Cabe también hacer mención a la experiencia de Estados Unidos: "Dodd-Frank-Act". El *Whistleblower* no sólo no cuenta con una protección amplia, sino que no tiene un aliciente económico para realizar una denuncia externa (policía, fiscalía, prensa). En el mejor de los casos no habrá de afrontar consecuencias legales por su conducta. Esta situación resulta más sorprendente aún si se compara con el contenido de algunas leyes estadounidenses que prevén la recompensa económica para animar a los *Whistleblowers* a denunciar violaciones en el mercado de valores - incluyendo información privilegiada o informes fraudulentos entre otros - o casos de fraude.

Según lo previsto por el *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* ("Dodd-Frank-Act") en su sección 922, si una empresa es condenada a una multa de más de un millón de dólares a raíz de una denuncia de un *Whistleblower*, éste recibirá del Ministerio de Justicia entre el 10% y el 30% del importe de la multa. Esta ley además prohíbe expresamente que los empleadores tomen represalias contra los *Whistleblowers* y les brinda la posibilidad de emprender una demanda privada ante los tribunales en caso de que sean despedidos o discriminados violando el contenido de la ley.

5. Conclusión

Los actores políticos están de acuerdo acerca de la importancia de proteger a los *Whistleblowers* cuando se trata de descubrir irregularidades de interés público. Sin embargo, no hay acuerdo acerca de cómo concretamente llevar a cabo la protección. Existen regulaciones puntuales relativas a la protección de los *Whistleblowers* como la prevista para el ámbito financiero, sin embargo, hay reticencia a crear protección legal amplia mediante una ley específica. Algunos de los argumentos esgrimidos por los grupos parlamentarios contrarios a una legislación específica se basan en que la situación jurídica actual es suficiente para proteger a los *Whistleblowers* ya que la jurisprudencia ha evolucionado y garantiza la protección de los *Whistleblowers* en casos individuales (por ejemplo, mediante el pago de una cuantiosa indemnización si se termina injustificadamente el contrato laboral). Se plantea reticencia a abrir la posibilidad de que el *Whistleblowers* se dirija directamente a la opinión pública - se habla en concreto de "precaución" - para evitar daños a las empresas. Los grupos

parlamentarios coinciden en la necesidad de una evaluación concreta de la situación de los *Whistleblowers* pero no se observa interés en llevarla a cabo.

Por estas razones, la resolución de los conflictos está dejándose en manos de los tribunales que deben encontrar una solución justa en el caso concreto ponderando los derechos fundamentales en cuestión. Se aprecia una tendencia en la jurisprudencia que indica que la denuncia tiene que realizarse primero agotando los canales internos establecidos dentro de la empresa.

Por su parte, las empresas tienen gran interés en crear dichos canales, no sólo para evitar consecuencias legales, sino para prevenir daños reputacionales que puedan perjudicar su imagen. Además, los altos cargos evitan así responsabilidad personal por incumplimiento de su deber de organización de la empresa ("Organisationspflicht"). Se invierten así sumas económicas importantes para establecer estructuras de control dentro de la misma que van desde una oficina de denuncias interna hasta un abogado ajeno a la empresa.

Partiendo de las regulaciones amplias de protección de *Whistleblowers* en el Derecho estadounidense y de la cada vez mayor globalización, es de esperar que las iniciativas para crear normas de protección de los *Whistleblowers* a nivel internacional – y europeo – aumenten. Hay que tener en cuenta también que hay frecuentes casos con relevancia mediática referidos a comportamiento incorrecto de empresas, lo cual demuestra que los sistemas de control interno no son suficientes. Aunque a nivel europeo no haya sistemas de incentivos que prevean una recompensa para los *Whistleblowers*, es de esperar a la luz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se creen a medio plazo regulaciones que den mayor seguridad jurídica a los *Whistleblowers* (véase la Directiva Europea referente a los secretos comerciales). A primera vista podría parecer una desventaja para la economía pero en un examen más detallado, tales regulaciones sobre la transparencia y el cumplimiento legal podrían mejorar la imagen de las empresas europeas y, en última instancia, también de su posición de mercado a nivel mundial.

Notas

1. Art. 2 (1) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.*”
2. Art. 17 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*Toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente, por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y a los órganos de representación del pueblo.*”

3. Art. 5 (1) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.*”
4. Art. 12 (1) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.*”
5. Véase la nota 3)
6. Art. 14 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „(1) *La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.*”
7. Art. 20 (3) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.*”
8. Art. 1 (3) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: „*Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*”
9. Número de registro de la sentencia: EGMR, 21.07.2011 - 28274/08
10. Art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (libertad de expresión): „1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*”
11. Detalles, véase Groß, Dr. Nadja /Platzer, Matthias: Whistleblowing: Keine Klarheit beim Umgang mit Informationen und Daten, Revista Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2017, 1097.
12. Ley de Supervisión de Servicios Financieros de 22.04.2002 basada en la Directiva de la UE sobre la armonización del mercado financiero europeo.
13. Deutsche Corporate Governance Kodex
14. 4.1.3 Código Alemán de Gobierno Corporativo: „*Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance). Er soll für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance Management System) sorgen und deren Grundzüge offenlegen. Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben, auch Dritten sollte diese Möglichkeit eingeräumt werden*”
15. Detalles, véase Baur, Dr. Alexander/Holle, Dr. Philipp Maximilian, Ergänzungen und Anpassungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2017 / Ausbau der Compliance-Verantwortung? Revista Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2017, 170.
16. Detalles, véase Sonnenberg, Dr. Thomas: Compliance-Systeme in Unternehmen /Einrichtung, Ausgestaltung und praktische Herausforderungen, Revista Juristische Schulung (JuS) 2017, 917
17. Detalles, véase Griese en Küttner Personalbuch, Auflage 2017, Rd. 2.
18. Existing Practice in Compliance 2016 Stand und Trends zum Integritäts- und Compliance-Management in Deutschland, Österreich und der Schweiz: ([http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-existing-practice-in-compliance-2016-survey/\\$FILE/ey-existing-practice-in-compliance-2016-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-existing-practice-in-compliance-2016-survey/$FILE/ey-existing-practice-in-compliance-2016-survey.pdf))