

EL SISTEMA DE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA FRENTE A REPRESALIAS EMPRESARIALES POR DENUNCIAS Y RECLAMACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y ESPAÑOL[&]

*The system of guarantees and protection of the working person against
employer's retaliation for complaints and claims in the European
and Spanish law*

ELISA SIERRA HERNÁIZ*

Universidad Pública de Navarra, España

RESUMEN

La aprobación de las Directivas (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión Europea y 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, implica, entre otras medidas, establecer un sistema de protección de las personas trabajadoras frente a represalias empresariales en los supuestos de reclamación de sus derechos laborales o por denuncias de irregularidades del derecho comunitario. Para lograrlo habría que idear un sistema de protección específico, más allá de la inversión de la carga de la prueba y la declaración de nulidad de los actos empresariales, que incluya los procedimientos de denuncia y reclamaciones, el sistema de sanciones o la protección de terceros vinculados a la persona que denuncia o presenta una reclamación, aspectos que aún no cuentan con una regulación específica en nuestro ordenamiento laboral.

Palabras clave: protección persona trabajadora, represalias empresariales, denuncia, reclamación.

[&] El presente trabajo se realiza dentro del Proyecto de Investigación: «Instrumentos normativos preventivos en la lucha contra el fraude y la corrupción». PID2020-118854GB-I00. Universidad Pública de Navarra.

* **Correspondencia a:** Elisa Sierra Hernáiz. Edificio las Encinas, c/ Cataluña, s/n (UPNA - Pamplona-España). — elisa@unavarra.es — <https://orcid.org/0000-0002-4320-026X>

Cómo citar: Sierra Hernáiz, Elisa. (2023). «El sistema de garantías y protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales por denuncias y reclamaciones en el ordenamiento jurídico comunitario y español»; *Lan Harremanak*, 49, 319-344. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24827>).

Recibido: 21 mayo, 2023; aceptado: 14 junio, 2023.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2023 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

■ *The approval of Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law and Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union entails, among other measures, establish a common system for the protection of working people against employer's retaliation for claiming their labor rights or reporting irregularities in community regulations. To achieve this goal it would be necessary to devise a specific protection that contemplates all these issues, including complaint and claim procedures, system of sanctions and the protection of third parties linked to the person who denounces or presents a claim o relation.*

Keywords: worker protection, corporate retaliation, claims, relation.

1. Introducción

Una de las novedades normativas más destacables a nivel de derecho comunitario ha sido la aprobación de dos Directivas que, si bien difieren sustancialmente en su contenido material, presentan importantes puntos de conexión en cuanto a su finalidad y objetivos, como es garantizar la máxima transparencia normativa o el cumplimiento del derecho comunitario a través de las denuncias o reclamaciones en sus respectivos ámbitos normativos. Se trata de 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 informen sobre infracciones del derecho de la Unión Europea y de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Con la primera, se pretende fomentar que las personas que trabajen en empresas públicas o privadas denuncien las infracciones de determinados ámbitos del derecho de la Unión Europea a través de los canales de denuncia en las empresas mientras que la segunda busca dar cumplimiento a los pilares europeos de derechos sociales en materia de condiciones de trabajo, protección social y formación y el derecho de las personas trabajadoras a ser informadas de sus derechos y obligaciones en un entorno laboral en constante cambio y evolución.

Pues bien, uno de los principios vertebradores comunes a ambas Directivas es proteger a través de un sistema de garantías a las personas trabajadoras que denuncien incumplimientos normativos o reclamen sus derechos laborales, ya que en muchas ocasiones se suele renunciar a presentar dichas denuncias o reclamaciones por el temor a no quedar protegido frente a posibles represalias empresariales¹. Por ello, si la finalidad es la misma, el nivel de protección y el sistema de garantías no puede diferir con independencia de su contenido material. Para analizar esta cuestión, en primer lugar, se estudia la protección de la persona trabajadora frente a las represalias empresariales en ambas Directivas, delimitando los puntos de conexión entre ellas. En segundo lugar, se analiza la importancia que van a tener los canales de información internos en este nuevo sistema de protección en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo referencia a los Protocolos de acoso sexual y por razón de sexo como modelo principal de canal de denuncia existente en nuestro ordenamiento jurídico y también a los canales de denuncia existentes en las empresas. En tercer lugar, se examina el actual sistema de protección frente a las represalias y, en cuarto lugar, se concluye con la necesidad de regular un único modelo de protección frente a represalias empresariales con independencia del origen de las mismas.

¹ Jover Ramírez, 2020: 57 y ss; Lousada Arochena; Ron Latas, 2020: 75 y ss y Sáez Lara, 2020; 254 y ss.

2. La protección de la persona trabajadora en las Directivas comunitarias 2019/1937 y 2019/1152 frente a represalias empresariales. Elementos comunes del sistema de protección de la persona trabajadora

La Directiva 2019/1937 establece los instrumentos necesarios para fomentar las denuncias o revelaciones de información sobre infracciones de la normativa comunitaria en el ámbito laboral si existe una amenaza o perjuicio de interés público, y respecto de la normativa comunitaria que se señala en los Anexos I y II. Pues bien, uno de los aspectos más relevantes del texto comunitario, a efectos de este estudio, es la protección de las personas trabajadoras, los representantes legales y terceras personas relacionadas con el denunciante, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Directiva, frente a las represalias empresariales motivadas por dichas denuncias o revelaciones. Con ello se trata de evitar el miedo que las personas trabajadoras puedan tener a no quedar suficientemente protegidas ante posibles represalias empresariales².

En ese sentido hay que destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar, se trata de una normativa mínima ya que señala la necesidad de respetar los canales de denuncia ya existentes en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo (artículo 1). En segundo lugar, por represalia habrá de entenderse «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» (artículo 5.11)³. En tercer lugar, como ejemplos de represalias se citan la suspensión, el despido, la destitución o medidas equivalentes; la degradación o denegación de ascensos y de formación; las modificaciones de las condiciones de trabajo, como cambio de puesto o lugar de trabajo, reducción salarial o cambio de horario; las referencias negativas; la discriminación o trato

² Véase al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía, de 22 de septiembre de 2022, ECLI: ES:TSJAND:2022:11254, siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS;2020:272, en relación con un supuesto de denuncia anónima. Así, se afirma por el Tribunal que la finalidad de la Directiva 2019/1937 no es otra que reforzar la protección del denunciante y el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e información para descubrir prácticas ilícitas o delictivas, puesto que los informantes o denunciantes son el cauce más importante para descubrir este tipo de delitos en las empresas. Por ello, los canales de denuncia son piezas esenciales de los planes de prevención de riesgos penales y también por ello hay que proteger a los informantes frente a represalias, como la suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes, por formalizar una denuncia externa o interna, sobre todo si se trata de trabajadores de la empresa, dado el temor que tienen a ser sancionados por el empresario.

³ Comprendidas tanto las represalias directas contra el propio denunciante como las indirectas, contra compañeros o familiares, incluidos los representantes de los trabajadores cuando desempeñen funciones de asesoramiento y apoyo. Véase el Considerando 41 de la Directiva.

desfavorable; la no conversión de contratos temporales, la finalización anticipada de los mismos o la inclusión en listas negras (artículo 19). En cuarto lugar, se establece una presunción *iuris tantum* al considerar que el perjuicio sufrido es una reacción por la denuncia o revelación pública, lo que conlleva una inversión de la carga de la prueba que implica que la persona que adoptó la medida perjudicial debe probar que la misma se basó en motivos debidamente justificados (artículo 21.5). En quinto lugar, es necesario adoptar medidas correctoras frente a las represalias, incluidas las medidas provisionales a la espera de resolución del proceso judicial (artículo 21.6); también se tendrá que garantizar el acceso a las vías de recurso y a la indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos (artículo 21.8), que deberá ser adecuada y proporcionada, y tener, también, un efecto disuasorio (Considerando 95) o cualquier otro tipo de medida para prevenir las represalias (Considerando 96). Y, en sexto lugar, se tiene que implantar un sistema de sanciones penales, civiles y administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias, para garantizar el cumplimiento de la norma comunitaria si se impide o se intenta impedir la denuncia, se adoptan medidas de represalia o se promueven procedimientos abusivos contra los denunciantes (artículo 23.1)⁴.

En cuanto a la Directiva 2019/1152 su finalidad es establecer unos requisitos mínimos para garantizar el derecho de la persona trabajadora a ser informada sobre aspectos esenciales del contrato de trabajo para asegurar un mínimo de la transparencia y previsibilidad de sus condiciones laborales durante la vigencia del contrato de trabajo⁵. Una de las cuestiones clave que se plantea, al igual que en la Directiva 2019/1937, es garantizar una protección jurídica efectiva a las personas trabajadoras que reclamen el ejercicio de sus derechos laborales sin que sufran represalias⁶, perjuicios o tratos desfavorables por ello, partiendo de que la mera reparación mediante el pago de una indemnización no es suficiente, sino que se hace necesario establecer otros mecanismos, como un sis-

⁴ En la Directiva comunitaria se contemplan otro tipo de medidas de protección de la persona trabajadora denunciante o personas de su entorno o con vínculos personales pero cuya regulación va más allá de la normativa laboral, como puedan ser la garantía de inmunidad que exonera a la persona denunciante de cualquier responsabilidad por la adquisición y difusión de la información si se cumplen los requisitos de la Directiva (artículo 21).

⁵ Sobre su importancia véase Argüelles Blanco, 2002; Mercader Uguina, 2021, Miranda Boto, 2019, Rodríguez-Piñero Royo, 2019 y Sala Franco, 2022.

⁶ Para ello, la Directiva delimita los conceptos de calendario de trabajo, horas y días de referencia y patrón de trabajo, exigiendo que el empresario proporcione por escrito la información que hace referencia, entre otros aspectos, a la identidad de las partes de la relación laboral, lugar de trabajo, categoría profesional y descripción del trabajo, fecha de inicio, duración del contrato de trabajo y fecha de finalización, identificación de las empresas usuarias en el caso de las ETT, duración y período de prueba, derecho de formación, preaviso, vacaciones, remuneración, duración previsible de la jornada y calendario (artículo 4). También se establece la obligación del empresario de informar sobre las modificaciones de la relación laboral (artículo 6) y de informar adicionalmente sobre condiciones específicas en el caso de que las personas trabajadoras sean desplazadas a otros Estados miembros o a un tercer país (artículo 7), quedando todos estos aspectos protegidos por su ámbito de aplicación.

tema de sanciones o la protección eficaz frente a eventuales represalias por parte del empresario, protección que no se puede limitarse únicamente al tiempo de la vigencia de la relación laboral, sino también una vez finalizada⁷. Si bien esta Directiva, a diferencia de la Directiva 1937/2019, no regula con tanta precisión cuestiones como si es necesario seguir un procedimiento específico para presentar la reclamación o el concepto de represalia, sí que reconoce el derecho de la persona trabajadora, por un lado, a presentar reclamaciones y a recibir una reparación adecuada por el incumplimiento de las obligaciones de información (artículo 15.1.b) y, por otro lado, a gozar de la protección necesaria contra el trato o las consecuencias desfavorables por parte del empresario frente a dichas reclamaciones, debiendo establecerse las medidas necesarias para garantizar dicha protección (artículo 17).

Como ejemplos de posibles represalias empresariales la Directiva 2010/1152 contempla específicamente la prohibición de despedir, incluidos los actos preparatorios del despido, o cualquier otro perjuicio equiparable pudiendo las personas trabajadoras exigir que el empresario que fundamente por escrito las causas y motivos del despido o de las medidas equivalentes (artículo 18.1 y 2). Si ello sucede, se podrá exigir al empresario que proporcione los motivos de su decisión, recayendo la carga de la prueba sobre él si de los hechos alegados se presupone que la persona trabajadora ha sido despedida o ha sufrido un perjuicio equivalente como consecuencia de la presentación de la reclamación (artículo 18.3). Igualmente, se deben adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que pueden incluir sanciones administrativas y financieras, multas, pago de indemnizaciones y cualesquiera otros tipos de sanciones (artículo 19)⁸.

Pues bien, de la lectura integrada de ambas Directivas comunitarias se puede extraer un sistema de protección común de la persona trabajadora denunciante o que presente una reclamación, sistema que comparte una serie de fundamentos jurídicos y un sistema de garantías pese a las diferencias en el contenido material y ámbito subjetivo de ambas normas o que la intensidad de la protección puede diferir en cuestiones como las medidas provisionales o la protección a los familiares o compañeros de la persona denunciante⁹.

Por lo que respecta al sistema de protección de la persona trabajadora, en primer lugar, ambas normas parten del mismo principio, la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la persona trabajadora que denuncia o presenta una reclamación frente al empresario. Así, el Considerando 12 de la Directiva 2019/1152 lo señala respecto de las personas trabajadoras que no

⁷ Véase al respecto los Considerandos 6, 39, 40 y 41 de la Directiva 2019/1152.

⁸ Véase al respecto los Considerandos 43, 44 y 45 de la Directiva 2019/1152.

⁹ En la Directiva 2019/1152 no se contempla estas medidas, a diferencia de la Directiva 2019/1937, que si las recoge en los artículos 4.4.b) y 21.6.

tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidas las que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda, mientras que la Directiva 2019/1937 hace referencia, en el Considerando 36, a

La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen *de facto* a efectos laborales. Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias.

En segundo lugar, en ambos casos se ha de garantizar una protección jurídica efectiva y adecuada de la persona que denuncia o de la persona que reclama frente a las represalias para evitar un efecto disuasorio si la persona trabajadora percibe o intuye que no está o estará bien protegida¹⁰. Ejemplo de ello son los artículos 17 y 18 de la Directiva 2019/1152¹¹ o el artículo 18.1 de la Directiva 2019/1937¹².

En tercer lugar, si bien en la Directiva 2019/1159 no se define el concepto de represalia como tal, en su artículo 17 señala la necesidad de proteger a las personas trabajadoras frente a cualquier trato o consecuencias desfavorables resultantes mientras que la Directiva 2019/1937 se refiere a que cause o pueda causar perjuicios injustificados por lo que se puede afirmar que, por analogía, el bien jurídico protegido es el mismo, a saber, que la persona trabajadora que reclame sus derechos o denuncie incumplimientos de derecho comunitario no vea afectados sus legítimos derechos e intereses.

En cuarto lugar, ambas Directivas están vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral, más allá del derecho

¹⁰ Tal y como se indica en el Considerando 88 de la Directiva 2019/1937 y Considerando 45 de la Directiva 2019/1152.

¹¹ Considerando 42. «La aplicación efectiva de la presente Directiva exige una protección jurídica y administrativa adecuada contra cualquier trato desfavorable como represalia a un intento de ejercer los derechos contemplados en la presente Directiva, a cualquier reclamación ante el empleador o a cualquier procedimiento judicial o administrativo dirigidos a garantizar el cumplimiento de la presente Directiva».

¹² Considerandos 36 «Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad» y 44 «Debe existir una estrecha relación entre la denuncia y el trato desfavorable sufrido, directa o indirectamente, por el denunciante, para que dicho trato desfavorable sea considerado una represalia y, por consiguiente, el denunciante pueda gozar de protección jurídica al respecto. La protección efectiva de los denunciantes como medio para potenciar el cumplimiento del Derecho de la Unión requiere una definición amplia de represalia que comprenda todo acto u omisión que se produzca en un contexto laboral y que les cause un perjuicio. No obstante, la presente Directiva no debe impedir que los empresarios tomen decisiones laborales que no sean consecuencia de la denuncia o la revelación pública».

a no ser discriminado. En concreto, la Directiva 2019/1152 es manifestación, además del derecho fundamental de información, del derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 16). Respecto a la Directiva 2019/1937, en el Considerando 109 se recuerda que:

respeto los derechos fundamentales y los principios reconocidos, en particular, por la Carta, especialmente su artículo 11. En consecuencia, es esencial que la presente Directiva se aplique de conformidad con esos derechos y principios, garantizando el pleno respeto, entre otros (...) de la libertad de expresión y de información, el derecho a la protección de los datos de carácter personal o el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa.

Finalmente, otros aspectos en común son la necesidad de proteger a la persona trabajadora una vez finalizada la relación laboral para garantizar una protección jurídica efectiva¹³ y a la representación de las personas trabajadoras contra cualquier trato o consecuencia desfavorable por la presentación de una reclamación o denuncia¹⁴.

Y, en cuanto al sistema de garantías frente a las represalias empresariales, la finalidad principal de ambas normas es preservar el ejercicio de los derechos fundamentales amparados en la normativa. En primer lugar, se consagra la nulidad de los despidos, prevista tanto en la Directiva 2019/1152, artículo 18.1 y Considerando 43, mientras que en el artículo 19 de la Directiva 2019/1937 se establece la prohibición del despido. En segundo lugar, se aplica la presunción *iuris tantum* de que el perjuicio sufrido es por la denuncia o revelación pública (artículo 21.5 de la Directiva 2019/1937) o por el sistema de presunciones legales del artículo 15 de la Directiva 2019/1937. En tercer lugar, se reconoce la inversión de la carga de la prueba regulada en la Directiva 2019/1152, artículo 18.3 y Considerando 44, y en la Directiva 2019/1937, Considerandos 28, 93, 97 y artículo 21.5. Y, en cuarto lugar, se garantiza la protección frente a cualquier perjuicio equivalente al despido, como pueda ser dejar de asignar trabajo a un trabajador a demanda —Considerando 43 de la Directiva 2019/1152—, mientras que en la Directiva 2019/1937 se hace una referencia genérica a sufrir un perjuicio en general, sin detallar ejemplos del mismo (artículo 21.5).

¹³ Considerando 11 y artículo 16 de la Directiva 2019/1152 y artículo 4.2 de la Directiva 2019/1937.

¹⁴ Artículo 17 de la Directiva 2019/1152 y Considerandos 21 y 41.

3. El nuevo modelo del sistema de denuncias internas en las empresas y su importancia para la protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales al amparo de la normativa comunitaria y española

3.1. Breve análisis de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. La relevancia del canal de información interno —o canales de denuncia— en la protección de la persona trabajadora

La trasposición de la Directiva 2019/1937 en nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción¹⁵, mereciendo resaltar su regulación sobre el sistema de protección para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones y la creación del canal de información interno¹⁶.

En cuanto al sistema de protección se establece como principio general la prohibición de las represalias, incluidas las amenazas y tentativas de represalias, contra las personas trabajadoras siempre que comuniquen las infracciones conforme a lo previsto en el texto legal (artículo 36.1). En segundo lugar, por represalia para la Ley 2/2023 habrá de entenderse (artículo 36.2) «cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesio-

¹⁵ Por lo que se refiere a la Directiva 2019/1152, el Anteproyecto de Ley para la trasposición de las Directivas 2019/1152 y 2019/1151, ésta última relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, no prevé ninguna regulación de la protección de la persona trabajadora que reclame la protección del ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la Directiva 2019/1152, a diferencia de lo que ocurre con la Directiva 2019/1151, puesto que en el Anteproyecto sí se refuerza la protección del ejercicio de los derechos de conciliación para que las personas trabajadoras no sufran perjuicio alguno, incluyendo nuevas causas de nulidad del despido de los artículos 53 y 55 del ET. Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 17 de noviembre de 2022, núm. 126-1.

¹⁶ Más allá de los aspectos analizados en este trabajo, la Ley 2/2023 presenta importantes novedades que van a tener un impacto directo en el ámbito laboral en las empresas, y que suponen un reto importante para las mismas y a las cuales habrá que dar respuesta, en cuestiones tales como la obligación de crear canales internos de información en los supuestos legales previstos, así como las características, garantías y requisitos que han de cumplir, el procedimiento de tramitación de las denuncias, la integración de los canales existentes en un único sistema interno de información y la designación de las personas responsables de la gestión del mismo, el tratamiento de las denuncias anónimas, las medidas de protección y apoyo para los denunciantes o la graduación de las sanciones previstas (artículos 4 y ss). En cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, es también muy amplio, más allá del concepto tradicional de persona trabajadora del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 3).

nal, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública»¹⁷. De la lectura de este precepto se puede concluir que en la norma española este concepto se vincula de una manera más directa e intensa a la prohibición de discriminación del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que en la norma comunitaria que se limita a hablar de perjuicios.

En tercer lugar, en el artículo 36.3 se enuncian, a modo de ejemplo, conductas constitutivas de represalias que, si bien no es tan completa como la que prevé la Directiva, al tener carácter abierto, no plantea problemas a la hora de incorporar más supuestos. Con todo, la principal novedad radica en que la norma española incluye, en el apartado a), que las conductas que pudieran calificarse como represalia puedan ser consideradas como una manifestación del ejercicio regular del poder de dirección del empresario por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas y sin relación con la presentación de la denuncia, sin que dicha excepción se contemple para el resto de ejemplos de represalias del artículo 36.3¹⁸. En cuarto lugar, los actos empresariales que supongan una represalia o causen discriminación serán nulos de pleno derecho, debiéndose adoptar las medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, incluida la indemnización por los daños y perjuicios causados (artículo 36.5). Y, en quinto lugar, se establece una presunción *iuris tantum* por la cual si la persona informante ha demostrado razonablemente que ha comunicado o realizado una revelación pública en los términos establecidos en la Ley y que ha sufrido un perjuicio se presumirá que el mismo es una represalia, correspondiéndole a la persona que haya adoptado la medida que se basa en motivos debidamente justificados no vinculados con la comunicación o revelación pública (artículo 38.4)¹⁹.

¹⁷ En el Proyecto de Ley (Boletín del Congreso de los Diputados, de 21 de diciembre de 2022, núm. 123-5) dicho precepto recogía la siguiente excepción que ha sido eliminada de la redacción final. «Se exceptúa el supuesto en que dicha acción u omisión pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados», justificación estrechamente vinculada al concepto de discriminación indirecta y que no se contemplaba en la norma comunitaria. Véase al respecto los artículos 5.11 y 21.5 de la Directiva 2019/1937.

¹⁸ Los ejemplos señalados en el apartado a) del artículo 36.3, que, por otra parte, habrá que entender que se trata de una lista cerrada ya que pueden ser justificados por el empresario, son suspensión, despido o extinción de la relación laboral; finalización del contrato temporal antes de tiempo; medidas disciplinarias; ascensos; modificación sustancial de condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato temporal en indefinido. Fuera de este apartado quedan otras situaciones y condiciones laborales del artículo 36.3 que no podrán ser en ningún caso justificadas como el acoso; evaluación o referencias negativas respecto del desempeño laboral o profesional; inclusión en listas negras; anulación de licencias o permiso; denegación de formación y discriminación o trato desfavorable o injusto.

¹⁹ A su vez, en el texto de la Ley se reconocen otra serie de garantías y medidas de protección para las personas que comuniquen o releven información como son el artículo 37 que regula las medidas de apoyo; la garantía de inmunidad (artículo 38.1); las medidas para la protección de las personas afectadas (artículo 39); la preservación de los canales de denuncia en materia de seguridad y salud en el trabajo (artículo 2.3) y régimen sancionador (artículos 60 y siguientes).

Y, por otro lado, la norma española exige como requisitos para reconocer su protección que la persona que comunique o revele infracciones tengan motivos razonables para pensar que la información es veraz y que la misma se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en la ley (artículo 35.2), estando por ello las empresas obligadas a establecer un sistema interno de información (artículo 5) que permita comunicar la información de las infracciones previstas en la Ley (apartado a) y fijar las garantías para la protección de los informantes (apartado j), que, a su vez, estará integrado por los canales internos de denuncia (artículo 7²⁰).

Por lo tanto, una de las razones de la importancia del canal de información interno, o canal de denuncia en la empresa, viene dada porque la protección de las personas denunciantes frente a las represalias está condicionada a que se siga el procedimiento de denuncia a través de los mismos, exigencia común a la norma comunitaria y española.

En cuanto a la Directiva la denuncia se tiene que presentar a través del Canal interno o externo (artículo 6), que deberá ser efectivo, confidencial y seguro (Considerando 3.º)²¹. Respecto a su configuración, se da libertad a los países, si bien es cierto que la Directiva delimita un contenido mínimo. Así, establece una preferencia por los canales de denuncia internos, siempre que se pueda tratar la infracción de manera efectiva y no exista riesgo de represalias (artículo 7), siendo obligatorios en empresas de sector privado que cuenten con más de 50 trabajadores, aunque pueden exigirse en otro tipo de empresas según la regulación nacional (artículo 8). En lo que concierne a su gestión, la misma podrá hacerse internamente designando personas o departamentos a tal efecto, o a un tercero externo (artículo 8). En lo referido a su diseño, procedimiento y seguimiento se fija un contenido mínimo. Así, deben ser seguros para garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero afectado por la denuncia, impidiendo el acceso al personal no autorizado; deberá proporcionarse un acuse de recibo en un plazo de siete días desde la recepción de la denuncia; es necesario designar una persona o un departamento en la empresa, que sea imparcial para el seguimiento de las denuncias, que podrá ser el mismo que las reciba, y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en su caso, le pedirá información adicional; o para el seguimiento diligente de las de-

²⁰ Sobre la importancia de estos canales véase Blázquez Agudo, 2019: 561 y ss y Sáez Lara, 2020: 85 y ss.

²¹ La norma comunitaria incide especialmente en que para asegurar su efectividad es imprescindible que la información llegue lo antes posible a las personas que puedan investigar y remediar las infracciones de normativa comunitaria que se puedan estar cometiendo. Pues bien, los canales de denuncia internos en las empresas son un instrumento especialmente adecuado para la consecución de estos fines, ya que facilitan que el empresario tenga conocimiento de la situación, para lo cual es fundamental que las personas denunciantes consideren que dichos canales son efectivos, funcionan y no existe riesgo de represalias (Considerando 48).

nuncias anónimas, si así lo establece el derecho nacional; y para dar respuesta en un plazo razonable no superior a tres meses. A su vez, la forma de la denuncia podrá ser por escrito o verbal, o de ambas maneras. La denuncia verbal será posible por vía telefónica, mensajería de voz o, previa solicitud, mediante una reunión presencial (artículo 9 y Considerando 53).

En relación a la regulación española, el artículo 35.1.b) de la Ley 2/2023 — Condiciones de protección— exige que la comunicación o revelación se haya realizado, conforme a los requerimientos previstos en el artículo 2, a través del sistema interno de información regulado en los artículos 4 y siguientes. Es más, en el apartado 2 del artículo 35 se excluye de manera expresa las informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a). Por lo tanto, el sistema interno de información es el cauce preferente para informar sobre infracciones, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y el denunciante considere que no existe peligro de represalia (artículo 4).

A su vez, este sistema que, en su implantación habrá de ser consultado con la representación legal de las personas trabajadoras, deberá permitir que todas las personas que tengan derecho puedan comunicar las infracciones de la normativa prevista. También deberá estar establecido y ser gestionado de forma segura para garantizar, por un lado, la confidencialidad tanto de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación como de las actuaciones que se lleven a cabo en la gestión y tramitación de la denuncia, preservando el derecho a la protección de datos; permitir la presentación de comunicaciones por escrito o verbalmente, o de ambos modos; integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad; garantizar que las comunicaciones presentadas puedan ser tratadas de manera efectiva; contar con un responsable del sistema y con una política que enuncie sus principios generales y la defensa del informante, debidamente publicitada; disponer de un procedimiento de gestión de las informaciones recibidas y, por último, deberá establecer las garantías para la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad u organismo (artículos 5, 7 y 9 del texto legal español).

Pues bien, la implantación de un sistema interno de información y el procedimiento de la denuncia pasa a convertirse en una obligación de primer nivel en empresas de más de cincuenta trabajadores; para empresas que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente, que tendrán que disponer de un sistema interno de información independientemente de su número de personas trabajadoras y para los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y sus respectivas fundaciones, siempre que reciban o gestionen fondos públicos (artículo 10.1 de la

Ley 2/2023)²². Por lo tanto, dar contenido a los sistemas internos de información, regulando su contenido y garantías se convierte en una cuestión clave de la Ley 2/2023 para asegurar la eficaz protección de la persona trabajadora denunciante. En relación con este punto se hace necesario hacer referencia a los Protocolos de acoso sexual y por razón de sexo puesto que son el principal canal de denuncia existente en la actualidad en las empresas.

3.2. Los protocolos de acoso sexual y por razón de sexo como modelo de canal de denuncia en la empresa

En los protocolos de acoso, tanto sexual y por razón de sexo como por acoso laboral, regulados en los convenios colectivos y planes de igualdad²³, se establece un procedimiento de actuación y un sistema de garantías, que deberían servir como modelo formal a la hora de implantar los sistemas de información internos de la Ley 3/2023²⁴ por las similitudes que comparten en cuanto al Procedimiento a seguir, destacando los siguientes contenidos, más allá de la importantísima vertiente preventiva que puedan tener²⁵.

En primer lugar, su ámbito de aplicación y vigencia. Muchos Protocolos establecen que serán de aplicación a todas las personas que tengan un vínculo contractual con la empresa, con independencia de que el contrato sea mercantil, civil o laboral, incluido el personal de empresas auxiliares que presen su actividad en la empresa principal. Respecto de su vigencia se prevé que sea indefinida sin perjuicio de las modificaciones que se tengan que realizar en función de las necesidades que se detecten²⁶.

²² En el apartado 2 de dicho precepto se permite que las empresas que no estén obligadas a contar con un sistema interno de información lo puedan establecer de manera voluntaria.

²³ De hecho, cuentan con una regulación específica en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Así, dentro del Plan de igualdad deben de regularse medidas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo (artículo 46) y también deberán de promoverse condiciones de trabajo que eviten estas situaciones, mediante medidas negociadas con los representantes de los trabajadores (artículo 48). A su vez, en el artículo 12.1.2.º de la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual establece lo siguiente: «Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital».

²⁴ A su vez, el modelo de Protocolo de denuncia de Acoso sexual y por razón de sexo ya está protocolizado en todas sus fases y contenido. Véase al respecto Instituto de la mujer (2021). *Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral. Manual de referencia*. Madrid: Instituto de las Mujeres; CEM (2019). *Guía para la elaboración e implantación de un protocolo de acoso en la empresa*. Málaga: Confederación de Empresarios de Málaga o Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña (2021). *Guía de elaboración para la prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.

²⁵ Sobre la vertiente preventiva véase: Vallejo Da Costa, 2021: 313 y ss y López Rubia, 2020: 579 y ss.

²⁶ Para el presente estudio se han seleccionado por la relevancia de su regulación únicamente tres Protocolos de reciente aprobación de Acoso sexual y por razón de sexo. Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias, BOE de 21 de marzo de 2023.

En segundo lugar, la representación legal de las personas trabajadoras tiene un papel fundamental en estos procedimientos, tanto en el conocimiento de estas situaciones como en el procedimiento de denuncia de las mismas²⁷.

En tercer lugar, se regula todo el procedimiento formal de denuncia. Los aspectos más relevantes de dicho procedimiento son los siguientes: por un lado, los principios que han de regir dicho procedimiento, como son la celeridad, confidencialidad²⁸, imparcialidad y la protección de la intimidad y dignidad de las personas implicadas²⁹; por otro lado, contempla las fases del procedimiento de la denuncia, incluidos los requisitos de la misma³⁰. Así, en la fase de inicio, se señalan las personas u órganos encargados de tramitar la denuncia, como pueden ser el departamento de recursos humanos, representantes legales de las personas trabajadoras, la comisión de igualdad, el comité de seguridad y salud o cualquier persona que tenga conocimiento de la situación³¹.

A su vez, se concreta el contenido mínimo de la denuncia que, a modo de ejemplo, comprenderá la³²

identificación de la persona denunciante y datos para contactar con la misma; identificación del/la presunto/a acosador/a, y puesto que ocupa; Identificación de la víctima y puesto que ocupa; una descripción cronológica y detallada de los hechos (desde cuando se tiene conocimiento de los hechos, personas implicadas, origen del conflicto, hechos ocurridos especificando lugar y fechas, etc.); identificación de posibles testigos; copia de toda la documentación que pueda acreditar los hechos u otra información que se estime pertinente y firma del/la denunciante en prueba de conformidad.

²⁷ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024, *BOE* de 19 de enero de 2023; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, *BOE* de 22 de marzo de 2023.

²⁸ «Las personas participantes en la instrucción (dirección, sindicatos o cualesquiera), quedan sujetas a la obligación de sigilo profesional sobre las informaciones a que tengan acceso durante la tramitación del expediente». Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

²⁹ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

³⁰ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024

³¹ Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

³² Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024 y Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias.

En cuanto a la fase de instrucción, el Órgano instructor estará integrado normalmente por el área de recursos humanos de la empresa y, generalmente también, por representantes de las personas trabajadoras, a los que se les exigirá que cumplan condiciones de aptitud, objetividad e imparcialidad durante la tramitación del mismo. El procedimiento se podrá iniciar³³:

tanto de oficio —cuando cualquiera de las personas que puedan formar parte del órgano tengan indicios suficientes de la existencia de una conducta constitutiva de acoso— o a instancia de parte, prestará apoyo y ayuda a los trabajadores/as presuntamente acosados/as, y realizará las gestiones y trámites oportunos para el esclarecimiento de los hechos, recabando cuanta información considere conveniente y realizando las entrevistas y demás actuaciones que estime necesarias³⁴.

Igualmente, y dependiendo de la gravedad e intensidad de las conductas denunciadas, el procedimiento podrá ser abreviado³⁵, marcando por ejemplo un plazo de siete días para resolver la denuncia, o bien formal³⁶. En este último caso, el procedimiento es más complejo, puesto que habrá que realizar entrevistas a las partes afectadas; realizar todas las pruebas documentales que se consideren oportunas, proponiendo, en el caso de que se estime necesario, la adopción de medi-

³³ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

³⁴ Otro ejemplo de la importancia de esta medida de apoyo «Durante la tramitación del expediente las partes implicadas podrán ser asistidas y acompañadas por una persona de confianza, sea o no representante de los trabajadores, quien deberá guardar sigilo sobre la información a que tenga acceso. Esta persona de confianza podrá estar presente en la toma de declaraciones y en las comunicaciones que la parte instructora dirija a las personas implicadas» o «Durante la tramitación del expediente a propuesta de la parte instructora, la Dirección de la Empresa podrá tomar las medidas cautelares necesarias conducentes al cese inmediato de la situación de acoso, sin que dichas medidas puedan suponer perjuicio en las condiciones laborales de las personas implicadas». Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

³⁵ Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería. «Procedimiento previo. Con la puesta en conocimiento de la situación de acoso, se iniciará de forma automática un procedimiento previo, salvo que la gravedad de los hechos recomiende lo contrario, cuyo objetivo es resolver el problema de forma inmediata ya que, en ocasiones, el mero hecho de manifestar a la persona que presuntamente acosa a otra las consecuencias ofensivas o intimidatorias que genera su comportamiento, es suficiente para que se solucione el problema. En esta fase del procedimiento, la persona que instruya el expediente se entrevistará con las partes con la finalidad de esclarecer los hechos y alcanzar una solución aceptada por ambas. El procedimiento previo es muy recomendable, pero en cualquier caso facultativo para la presunta víctima. Una vez iniciado, y en el caso de que el mismo no finalice en un plazo de diez días desde su inicio habiendo resuelto el problema de acoso, dará lugar necesariamente a la apertura del procedimiento formal».

³⁶ Díez días en el Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024.

das provisionales, como la separación de las personas implicadas sin que se vean afectadas sus condiciones laborales o cualquier otro tipo de medida cautelar. El plazo del procedimiento, en este supuesto, varía entre veinte y treinta días naturales, y concluirá con un Informe, cuyo contenido mínimo versará sobre³⁷:

Antecedentes del caso, que incluirán un resumen de los argumentos planteados por cada una de las partes implicadas; descripción de los principales hechos del caso; resumen de las diligencias practicadas; valoración final con las aportaciones particulares que pudiera haber y propuestas de medidas; determinación expresa de la existencia o no de acoso y firma de los miembros del comité instructor.

Si no se prueba la existencia de acoso, se archivará el expediente y, en el caso contrario, se dará traslado del Informe a la dirección de la empresa para que, a modo de ejemplo, en el plazo máximo de veinte días naturales, tome las medidas disciplinarias que procedan³⁸. En el supuesto de que no se despida a la persona acosadora, se adoptarán las medidas necesarias para que la persona acosada no comparta su entorno laboral con la acosadora, pudiendo elegir entre permanecer en su puesto de trabajo o solicitar un traslado³⁹.

En cuarto lugar, se contemplan medidas durante el proceso de instrucción, como las de carácter disciplinario, contra la persona o personas cuya conductas de acoso resulten acreditadas⁴⁰ o separar cautelarmente a la presunta víctima de la persona presuntamente acosadora conducentes al cese inmediato de la situación de acoso, sin que dichas medidas puedan suponer perjuicio en las condiciones laborales de las personas implicadas⁴¹, medidas que pueden ser adoptadas, a propuesta de la parte instructora, por la Dirección de la Empresa o bien por figuras como la persona mediadora⁴².

En quinto lugar, se prevé aplicar la inversión de la carga de la prueba durante el procedimiento⁴³. Así

³⁷ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

³⁸ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024.

³⁹ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024; Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

⁴⁰ Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

⁴¹ Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

⁴² Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024.

⁴³ Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias.

En los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo operará la inversión de la carga de la prueba. Es la parte demandada, por tanto, quien debe probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En sexto lugar, se regulan garantías frente a las represalias, como la indemnidad frente a las mismas, asegurando que no se producirá ningún trato adverso o efecto negativo a las personas que denuncien actos de acoso, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran arbitrarse en situaciones de denuncia que sean manifiestamente falsas⁴⁴ o protegiendo a la víctima, testigos y cualquier otra persona que haya intervenido en el procedimiento frente a cualquier tipo de represalias, calificándose las mismas como faltas muy graves⁴⁵.

Y, por último, se regula la calificación de estas conductas como faltas graves o muy graves y se gradúan las sanciones según la gravedad de las mismas en los convenios colectivos que regulan el Protocolo⁴⁶, como, por ejemplo,

Todo comportamiento o acción constitutiva de cualquier tipo de acoso se graduará proporcionalmente a la gravedad de los hechos. Se considerará un agravante el hecho de servirse de la situación jerárquica con la persona afectada o con las que tengan relación laboral de carácter temporal, por lo que la sanción se aplicará en su grado máximo⁴⁷.

3.3. Los canales de denuncia en las empresas anteriores a la Ley 2/2023

Es muy común que las empresas cuenten con canales de denuncia vinculados a los Códigos Éticos y Programas de cumplimiento normativo, canales de denuncia que tendrán que adecuarse al contenido y obligaciones de los sistemas de información interna de la Ley 2/2023. Del análisis de estos textos se puede afirmar, tal y como ya ha sido señalado, que su estructura es muy similar en muchos aspectos a la de los Protocolos de Acoso sexual y por razón de sexo, aunque no sean tan completos en su regulación y sistema de garantías.

En primer lugar, las empresas que cuentan con Protocolos internos de canal de denuncias también establecen su ámbito de aplicación y su finalidad. Así⁴⁸

El presente protocolo será de aplicación a todas aquellas personas que forman parte de la entidad, ya sean directivos o trabajadores, así como a cualquier

⁴⁴ Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

⁴⁵ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024.

⁴⁶ Anexo II del IX Convenio colectivo para las industrias de pastas alimenticias y Anexo IV del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

⁴⁷ Anexo IV del Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024.

⁴⁸ Protocolo interno del canal de denuncias sobre cumplimientos normativos de la Confederación Plena Inclusión España, 2021, última consulta junio de 2023 y Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria, 2019, última consulta junio de 2023.

otra persona, vinculada o no a la entidad, que pueda tener conocimiento de cualquier incumplimiento de las normas jurídicas o de las normas internas de la entidad contenidas en su Código Ético y en el Programa de cumplimiento normativo (COMPLIANCE) adoptado por la Confederación Plena Inclusión España.

En segundo lugar, igualmente se regula todo el procedimiento formal de denuncia, basado en los principios de confidencialidad y celeridad⁴⁹, y sus fases y su duración⁵⁰, como es la fase de denuncia, señalando el órgano receptor de la misma⁵¹ y su contenido mínimo, así como la necesidad de que el denunciante aporte las evidencias de que disponga para sustentar la denuncia o en su caso rechazarla⁵²; la fase de recepción, señalando a modo de ejemplo un plazo de 3 días; la fase de análisis, con un plazo máximo de 5 días, delimitando las causas de inadmisión de las mismas⁵³; la fase de investigación e instrucción, con un plazo máximo de tres meses, en la que se deberá elaborar un informe cuyo contenido mínimo será: «Infracciones detectadas; posibles responsables; riesgos definidos; controles establecidos; cuantificación de pérdida; planes de acción y alegaciones del denunciado»; y, finalmente, la fase de resolución, con un plazo máximo de 20 días, con las conclusiones y posibles acciones legales, informando tanto al denunciante como al denunciado de las decisiones adoptadas⁵⁴. En el supuesto de que se compruebe que el incumplimiento normativo no se ha producido se archivará la denuncia. En el caso contrario, habrá que fijar las medidas correctoras o sancionadoras que procedan que pueden consistir, dependiendo del resultado de la investigación y del expediente tramitado, en la imposición de alguna sanción conforme a lo regulado en el Código Ético o Manual de Compliance o bien dar traslado al juez o a la fiscalía si se considera que existe un ilícito penal, así como, en su caso, la adopción de las medidas preventivas

⁴⁹ Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria señala también la sencillez para el comunicante; divulgación máxima de su existencia y fiabilidad de la información.

⁵⁰ Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria establece que dicho procedimiento podrá ser gestionado internamente a través de los departamentos internos de la empresa o bien puede externalizarse en un tercero.

⁵¹ Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria crea el Órgano de Compliance e instrucción de denuncias cuyas funciones será velar por el cumplimiento del Protocolo y realizar las funciones de instrucción y gestión de las denuncias, siendo un canal colegiado.

⁵² Protocolo interno del canal de denuncias sobre cumplimientos normativos de la Confederación Plena Inclusión España.

⁵³ Procedimiento de Canal de Denuncias del Grupo Cesce, 2019 (última consulta junio de 2023). «1. Cuando el contenido de la denuncia no conlleve un incumplimiento de los principios y valores definidos en el Código Ético. 2. Hechos manifiestamente infundados y sin acreditación alguna. 3. Inexistencia de indicios razonables para soportar la misma. 4. Descripción de los hechos de forma genérica, imprecisa o inconcreta».

⁵⁴ Procedimiento de Canal de Denuncias del Grupo Cesce y Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria.

que se estimen oportunas para evitar que incumplimientos similares se vuelvan a producir⁵⁵.

Y, en tercer lugar, en cuanto a las garantías de la persona denunciante, se resalta que son imprescindibles para la efectividad del Canal de denuncia, ya que su ausencia desincentivaría la utilización del mismo, siendo las principales garantías, tanto para la persona que denuncia como para terceros afectados o implicados, las siguientes⁵⁶

Confidencialidad: el canal de denuncias implantado permite y garantiza la confidencialidad del denunciante y de las comunicaciones; —Indemnidad frente a represalias. La denuncia efectuada no puede dar lugar a represalias contra el denunciante. Por tanto, la entidad no podrá imponer ninguna sanción al empleado denunciante que esté motivada o guarde relación con la denuncia; —Derecho a ser informado del resultado y seguimiento de la denuncia; Se garantiza la protección de la intimidad y dignidad de las demás personas que puedan resultar implicadas y el denunciante debe asegurarse de que la información consignada en la denuncia en relación al incumplimiento producido es correcta, ya que podría afectar a otras personas diferentes del denunciado.

Sin embargo, la regulación de los actuales canales de denuncia muestra carencias importantes en cuestiones como, por ejemplo, la participación y funciones de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de medidas de apoyo, la inversión de la carga de la prueba, una regulación más completa de las garantías frente a las represalias o la graduación de sanciones, aspectos claves en la Ley 2/2023 y que las empresas habrán de cumplir⁵⁷.

4. La protección de la persona trabajadora frente a las represalias empresariales en el ordenamiento jurídico español

El punto de partida para analizar los mecanismos de protección existentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral frente a las represalias empresariales es el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Como bien es conocido, este precepto supone la aplicación de la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución española, declarando la nulidad de los efectos de cual-

⁵⁵ Protocolo interno del canal de denuncias sobre cumplimientos normativos de la Confederación Plena Inclusión España y Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria.

⁵⁶ Protocolo interno del canal de denuncias sobre cumplimientos normativos de la Confederación Plena Inclusión España y Canal de denuncias de la Bodega Cuatro Rayas Sociedad Cooperativa Agroalimentaria, que recalca la necesidad de que todos los empleados tengan total confianza en que ningún caso habrá represalias por haber efectuado la denuncia si se ha actuado de buena fe.

⁵⁷ Véase los artículos 3.3, 5.1, 36, 37, 38.1 o 63 de la Ley 2/2023.

quier acto o decisión que den lugar a una discriminación directa o indirecta por los motivos señalados en la norma. Pues bien, en dicho precepto se consideran también nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación por parte de la persona trabajadora. Es lo que se denomina garantía de indemnidad plenamente consagrada en la interpretación de los tribunales laborales a la hora de examinar demandas de las personas trabajadoras que han sufrido represalias empresariales como consecuencia de haber denunciado o presentado quejas por incumplimientos contractuales de carácter laboral y que supone la nulidad de los efectos de la represalia empresarial, tanto para los supuestos de despido (son los casos más comunes) como para cualquier otro tipo de represalia (por ejemplo, no promocionar al trabajador o trabajadora). Es por ello necesario determinar las condiciones de su aplicación.

Por un lado, la finalidad de la garantía de indemnidad no es otra que asegurar una inmunidad o indemnidad plena declarando la nulidad radical por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y reconocido en el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores de las represalias y sanciones empresariales por las reclamaciones o el ejercicio de los derechos laborales que plantee la persona trabajadora, garantizándose, de esta manera, que quede libre de cualquier daño o perjuicio y limitando, al mismo tiempo, el poder disciplinario del empresario y evitando que sea utilizado para coaccionar a sus trabajadores, limitación que se justifica por la situación de dependencia y subordinación intrínseca a la relación laboral entre la persona trabajadora y la persona empresaria (Álvarez Alonso, 2005: 27 y ss). A su vez, con esta protección se evita el temor que puedan tener a plantear las reclamaciones ante futuras sanciones por parte del empresario, lo que implica que la garantía de indemnidad también tiene un componente preventivo, además del reparador. Por lo tanto, la persona trabajadora tiene derecho a no ser objeto de represalia alguna por el legítimo ejercicio de acciones contenciosas frente al empresario (Álvarez Alonso, 2005: 70 y ss), abarcando cualquier tipo de represalia, con independencia de la forma que adopte, no solo el despido y cualquier momento de la relación laboral, como los actos previos al contrato; durante el contrato y extinción y una vez finalizada la misma (Álvarez Alonso, 2005: 27 y ss.; 70 y ss.; y 95 y ss.; Folgoso Olmo, 2021).

Y, por otro lado, como cualquier derecho fundamental, se aplica la inversión de la carga de la prueba, cuyos requisitos son que exista una acción ejercitada por la persona trabajadora, una represalia empresarial y un nexo de causalidad entre ambos, esto es, una conexión estrecha entre el ejercicio de la acción por parte de la persona trabajadora y la decisión empresarial. Para ello, y teniendo en cuenta que el empresario puede esconder su represalia en otros mo-

tivos, la persona trabajadora deberá realizar una mínima actividad probatoria, aportando unos indicios razonables que avalen una sospecha de violación del derecho fundamental. Si es así, al empresario le corresponderá probar que su conducta es razonable, objetiva, proporcional y ajena a toda intención lesiva de derechos fundamentales. En el caso de que no lo logre, se entenderá que existe violación del derecho fundamental⁵⁸ (Álvarez Alonso, 2005: 123 y ss).

Así delimitada, la garantía de indemnidad sirve para proteger a las personas que reclaman al amparo de la Directiva 2019/1152, pero no comprende, en primer lugar, las represalias que se puedan adoptar contra terceros o familiares de los denunciantes, ya que no implica la actuación de la persona trabajadora en el ejercicio de sus derechos

Y desde luego, no puede apreciarse tal hecho por la petición de información ni denuncias efectuadas por su pareja sentimental, que en su caso, podría dar lugar a las reclamaciones que aquél entendiera aplicables sobre su persona, pero no motivar la vulneración del derecho a la garantía de indemnidad que lleva implícita la actuación del trabajador en ejercicio de sus derechos, lo que no se infiere de una actuación de tercero, por mucho que la persona en cuestión se encuentre unida a la recurrente por una relación sentimental⁵⁹.

Y, en segundo lugar, tampoco protege a los denunciantes de la Directiva 2019/1937 —ni lógicamente de la Ley 2/2023—, puesto que esta última no contempla denuncias de incumplimientos contractuales de la normativa laboral. Aunque es cierto que existen fallos judiciales en los que se considera que se está ante una denuncia que queda comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1937, sin embargo, se trata de reclamaciones por incumplimientos estrictamente contractuales de las obligaciones laborales y no de la normativa comunitaria contemplada en dicha Directiva, tratándose de supuestos que más bien deberían ser analizados conforme al contenido de la Di-

⁵⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de enero de 2000. «Para imponer la carga probatoria expresada, el actor ha de aportar indicios razonables de que el acto impugnado lesiona sus derechos fundamentales, a lo que añade que no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que al demandante le corresponde aportar un indicio razonable de que la alegada lesión se ha producido, esto es, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto para una vez alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias, para calificar de razonable su decisión. Así pues, sólo una vez constatada la existencia de tales indicios, es cuando se debe producir la inversión de la carga probatoria que obliga a la empresa a acreditar que su conducta ajena a cualquier intención de atentar contra derechos fundamentales del trabajador accionante, sin que ello se trate de colocar al demandado ante la denominada prueba diabólica de un hecho negativo, como en la inexistencia del móvil lesivo de los derechos fundamentales».

⁵⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de marzo de 2022, que, de nuevo, cita la Directiva 2019/1937 aunque debería de referirse a la Directiva 2019/1152. ECLI:ES:TSJCV:2022:5234.

rectiva 2019/1152, pero que, en todo caso, aplican la garantía de indemnidad del artículo 17.1 del ET para determinar si ha existido o no vulneración de derechos fundamentales⁶⁰ o bien de denuncias que no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/1937⁶¹.

En relación con la protección de las personas trabajadoras denunciantes al amparo de la Directiva 2019/1937, hasta el momento no existen muchos análisis jurisprudenciales, lo que es de prever que cambiará en un futuro cercano, pero, al no tratarse de acciones judiciales interpuestas por la persona trabajadora contra el empresario, el examen se realiza desde la violación del derecho fundamental a la información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española.

Ejemplo de ello es el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de marzo de 2023, núm. 164/2023⁶², que analiza, entre otras cuestiones, las condiciones de protección de los denunciantes y las medidas de protección frente a las represalias. La demanda presentada solicitaba la declaración de nulidad del despido objetivo basado en causas organizativas que se llevó a cabo tras las denuncias presentadas por el trabajador en cumplimiento de sus funciones como jefe del área de cumplimiento normativo de la empresa, que también actuó en calidad de testigo, por el incumplimiento del deber de lealtad por parte de la junta directiva perjudicando el patrimonio de la Comunidad de Madrid.

Pues bien, por un lado, el Tribunal entiende que no existió vulneración de la garantía de indemnidad puesto que el despido no fue motivado por el ejercicio de acciones judiciales contra el empresario, sino por una declaración testifical prestada en un procedimiento en el que el trabajador no fue parte. En cambio, sí que se vulneró el derecho a comunicar libremente información veraz, protegido por el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, que consagra

el contenido constitucional de aquel precepto constitucional consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz, si bien también se ha precisado que la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva o incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, y que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido

⁶⁰ Véase al respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 14 de marzo de 2023, ECLI:ES:JSO:2023:663, que analiza la denuncia de encuentros sexual entre dos trabajadores en una residencia de la tercera edad durante su jornada o las Sentencias del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha, de 10 de octubre de 2022, sobre un caso de maltrato de una empleada al resto de compañeras ECLI:ES:TSJCLM:2022:2656.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de diciembre de 2022, que estudia un supuesto de infracción del sigilo profesional ECLI:ES:TSJM:2021:14177 y de Andalucía, de 22 de septiembre de 2022, sobre un supuesto de grabaciones en un centro de menores, ECLI:ES:TSJAND:2022:11254.

⁶² ECLI:ES:TSJM:2023:2893.

tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones.

Y, por otro lado, se produce la inversión de la carga de la prueba puesto que, en palabras del Tribunal, hay un indicio de que el despido pudo ser debido a la petición de informar, personificación como testigo y ejercer de forma confidencial la obligación del trabajador de colaborar en la investigación de los hechos, más teniendo en cuenta que esa petición se formuló el 28 de octubre de 2021 y el despido se llevó a cabo el 8 de noviembre de 2021. En cambio, la empresa no pudo justificar la causa organizativa alegada, puesto que el servicio para el que había sido contratado no había concluido y se pidió a una filial de la empresa matriz que continuase desempeñando las funciones que venía realizando el demandante por lo que el despido fue calificado como nulo.

5. A modo de conclusión. Hacia un único modelo de protección de la persona trabajadora que denuncie o reclame el ejercicio o la protección de sus derechos frente a represalias empresariales

La protección frente a las represalias empresariales es la garantía más importante para asegurar los propósitos de las Directivas comunitarias 2019/1937 y 2019/1152. En ambos casos, se vincula al ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos, como son el de información y expresión o la tutela judicial efectiva. En cuanto a su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 2/2023, además de reconocer expresamente la inversión de la carga de la prueba, prohíbe las represalias empresariales y las declara nulas, debiendo repararse todos sus efectos. Sin embargo, no cuenta con la protección específica en el Estatuto de los Trabajadores, debiéndose articular la protección genérica de los derechos fundamentales. La segunda Directiva aún no ha sido traspuesta, pero queda amparada por la garantía de indemnidad del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que también declara su nulidad.

Con todo, y sin restar relevancia alguna a esta tutela, la misma puede no ser suficiente para cumplir el objetivo último de ambas normas comunitarias, que no es otro que fomentar las denuncias y reclamaciones sin temor a ser sancionado por ello, puesto que ambas normas comunitarias dan un paso más y exigen medidas de protección a terceros vinculados con la persona trabajadora que denuncia o reclama, o la regulación de medidas de apoyo específicas, un sistema de protección para represalias una vez finalizada la relación laboral, un sistema

de sanciones específico o unas indemnizaciones efectivas, adecuadas y disuasorias, medidas que hasta el momento no están reguladas como tales en el Estatuto de los Trabajadores y en el resto de normas sociales.

De lo expuesto hasta ahora, se puede afirmar que existe una cierta dispersión normativa en la protección de las personas trabajadoras frente a represalias empresariales, por lo que sería necesario equipar y unificar la protección jurídica tanto para los casos de denuncias como para las reclamaciones para asegurar el cumplimiento efectivo de los fines perseguidos por el legislador comunitario y nacional.

En primer lugar, habría que reforzar su protección de manera específica en el Estatuto de los Trabajadores, independiente de la regulación del artículo 17.1. En este sentido, sería oportuno que el artículo 4 del ET reconociese la presentación de denuncias como un derecho básico, al igual que sucede con la propuesta de incluir un nuevo apartado h) «el derecho a conocer por escrito los aspectos esenciales de su relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles» del Anteproyecto de trasposición de la Directiva 2019/1152 o bien incluyese específicamente como nueva causa de nulidad del despido en el Estatuto de los Trabajadores las represalias que se puedan sufrir por las denuncias al amparo de la Ley 3/2023, nulidad que sí está recogida específicamente en el artículo 17.1 para las represalias por reclamar los derechos laborales.

En segundo lugar, sería también oportuno disponer de un Procedimiento común que regule todas las fases y medidas del proceso de denuncia o reclamación en cuestiones formales y que proteja de manera igual a todas las personas trabajadoras con independencia de que sea una denuncia o una reclamación, esto es, de su contenido material. No se puede olvidar que la protección frente a represalias por denuncias está condicionada por la utilización de los canales de denuncia —o canales de información internos según terminología de la norma española—, lo que a su vez sirve para reforzar la inversión de la carga de la prueba en el caso de represalias, con lo que se garantiza aún más la protección del derecho fundamental. Para ello, se puede partir de los Protocolos de Acoso sexual y por razón de sexo como modelo de denuncia en la empresa, no solo en cuanto al procedimiento, sus fases, principios, etc, sino también en la regulación de medidas de apoyo o provisionales o la graduación de sanciones que realizan los convenios colectivos conforme a la gravedad de las conductas de acoso.

Y, en tercer lugar, la normativa laboral tiene que regular aspectos clave en la nueva normativa como la protección de terceros vinculados a la persona denunciante o que reclama, que pueden ser utilizados como forma indirecta de sanción, qué sucede con las represalias que se producen una vez finalizada la relación laboral, el sistema específico de sanciones o la compensación por los daños morales.

Bibliografía

- ALVÁREZ ALONSO, Diego (2005). *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo.
- ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa (2022). «Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152», *NET21*, 10, 1-9.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva (2019). «El canal de denuncias o Whistleblowing en el ámbito laboral: un instrumento preciso a implantar en la empresa» en DE LA PUEBLA PINILLA, Ana; MERCADER UGUINA, Jesús. *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 561-586.
- CEM (2019). *Guía para la elaboración e implantación de un protocolo de acoso en la empresa*. Málaga: Confederación de Empresarios de Málaga.
- CONSEJO DE RELACIONES LABORALES DE CATALUÑA (2021). *Guía de elaboración para la prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo en la empresa*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- FOLGOSO OLMO, Antonio (2021). *La garantía de indemnidad*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- INSTITUTO DE LA MUJER (2021). *Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral. Manual de referencia*. Madrid: Instituto de las Mujeres.
- JOVER RAMÍREZ, Carmen (2020). *La protección de los Whistleblowers en el seno de la relación jurídico laboral. Una mirada al panorama actual con perspectiva de futuro*. Murcia: Laborum.
- LÓPEZ RUBIA, Edurne (2020). «Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo» en SIERRA HERNAIZ, Elisa; VALLEJO DACOSTA, Ruth (Directoras). *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas: cuestiones clave*. Cizur Menor: Aranzadi, 579-608.
- LOUSADA AROCHENA, Fernando; RON LATAS, Ricardo (2020). *La protección laboral frente a represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Bomarzo.
- MERCADER UGUINA, Jesús (2021). «Los tiempos de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos», *Documentación Laboral*, 122, 9-22.
- MIRANDA BOTO, José María (2019). «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español», *Temas Laborales*, 149, 71-100.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2019). «La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea», *Derecho de las relaciones laborales*, 11, 1089-1108.
- SÁEZ LARA, Carmen (2020). *La protección de denunciantes: propuestas de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALA FRANCO, Tomás (2022). «La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 251, 29-48.

VALLEJO DACOSTA, Ruth (2021). «Los canales de denuncia y la protección del whistleblower en la Directiva (EU) 2019/1937 y la perspectiva de género: una reflexión integral e integrada con el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo» en OLAIZOLA NOGALES, Inés; SIERRA HERNÁIZ, Elisa; LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (directores). *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Cizur Menor: Aranzadi, 313-353.