

**Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el whistleblowing. El fin de la ley del silencio.**

**Juan Martínez Moya**

*Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

**Resumen:** *La denuncia anónima constituye un canal válido de comunicación de infracciones o fraudes en la empresa que hayan podido cometer trabajadores en connivencia con terceros. Estos canales de denuncia exigen reforzar la protección del whistleblower. Es necesaria la correlación entre esos canales de denuncia y el programa de cumplimiento normativo en la empresa (compliance) para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ad intra.*

**Palabras clave:** *Whistleblower; canal de denuncia anónima; protección frente a represalias.*

**Abstract:** *Le signalement anonyme est un canal valide pour communiquer des infractions ou des fraudes dans l'entreprise que les travailleurs peuvent avoir commises en collusion avec des tiers. Ces canaux de signalement nécessitent un renforcement de la protection du whistleblower (lanceur d'alerte). La corrélation entre ces canaux de signalement et le programme de conformité réglementaire de l'entreprise (compliance) est nécessaire pour éviter et prévenir les délits commis par les managers et employés ad intra.*

**Keywords:** *Whistleblower, canal de signalement anonyme; protection contre les représailles.*

---

## **I. Introducción**

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acepta la denuncia anónima como canal de comunicación de infracciones o fraudes en la empresa. Anticipa, expresa y conscientemente, la respuesta sobre la posibilidad que 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 brinda “a los Estados miembros (para) decidir si se requiere a las entidades jurídicas de los sectores privado y público y a las autoridades competentes que acepten y sigan denuncias anónimas de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.” (Considerando 34).

En el caso enjuiciado, se reflexiona y considera, entre otras variadas cuestiones jurídicas – la sentencia alcanza casi el centenar de páginas-, sobre el alcance y valor de una denuncia anónima dirigida a una empresa que tras hacerse eco de ella, la utiliza para desatar una investigación judicial que ha contribuido a destapar el fraude

que varios trabajadores de esa empresa, en connivencia con personal de empresas proveedoras de material, venían realizando.

La sentencia alude abiertamente al denominado *whistleblowing*, término novedoso en nuestra cultura jurídica occidental y que etimológicamente, del inglés, significa tocar el silbato, que es la acción que realiza el *Bobby*, clásico policía desarmado, cuando constata la comisión de un delito<sup>[1]</sup>. O en palabras de la propia Directiva “*personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers)*”. Su origen hay que buscarlo en los escándalos financieros que sacudieron Estados Unidos a principios del siglo XX ( casos Enron y Lehman Brothers) que provocaron normativas que articulaban procedimientos de quejas en relación con auditorías de las sociedades<sup>[2]</sup>.

Como veremos, la sentencia despierta el interés de adentrarnos en el análisis para dar pistas sobre los futuros caminos y temáticas de transposición de la mencionada Directiva en el ámbito de las relaciones laborales, al establecer “*normas mínimas comunes para la protección de las personas que informen sobre [...] infracciones del Derecho de la Unión (...)*” – artículo 2.1 de la Directiva-.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 35/2020, de 6 de febrero.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso de casación 2062/2018.

**ECLI:** ES:TS:2020:272.

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo Sr. D. Vicente Magro Servet.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

### 1. La empresa perjudicada por la estafa

La empresa A. S.A.U - en la actualidad M.A.U, se dedica al sector de fabricación de hierro y acero para lo cual adquiere material de chatarra y la transforma en acero. Dicha empresa se nutre de materia prima adquiriéndola de numerosos proveedores de chatarra.

### 2. Los elementos de convicción del tribunal: el autoinculpaciones en fase de instrucción, las periciales y también la “denuncia anónima”

#### a. La “notitia criminis”

El 13 de marzo de 2013, la empresa recibe una “denuncia anónima” dirigida a la encargada de recursos humanos de la empresa advirtiéndole que determinados trabajadores clasificadores de la empresa, *encargados de seleccionar la chatarra por categorías y de establecer el porcentaje de descuento por estériles mezclados con la chatarra útil para la transformación en acero*, en connivencia con empresas proveedoras, estaban llevando a cabo actuaciones fraudulentas al colocar más estériles en la carga, cambiando categorías o calidades, “beneficiándose económicamente con importantes cantidades de dinero”. La responsable de recursos humanos denunció estos hechos ante la Comisaría de Policía.

#### b. Elementos probatorios de convicción

En fase de instrucción, los tres trabajadores (Jacinto, Javier y Jesús) de la empresa Arcelormittal, reconocieron los hechos, autoinculpándose, pese a que después de

desdijeron en el plenario el curso de la instrucción penal. Asimismo, la encargada de recursos humanos ratificó la denuncia en el proceso penal, y el ingeniero y director gerente de la empresa declaró en vía judicial que “tras un descenso en el descenso en el rendimiento de la producción durante el periodo que duró la investigación llevada a cabo por la empresa, cuando los proveedores cesaron en sus puestos se produjo de un nuevo crecimiento en dicho rendimiento”. La valoración contrastada de las diferentes pruebas periciales, fueron determinante en la fijación de los perjuicios derivados de esta maniobra fraudulenta, y el tribunal formó convicción partiendo de la pericial realizada por KPMG, e introduciendo algunas matizaciones derivadas de otras periciales, si bien destaca en la valoración de dicha prueba pericial en orden a concretar la fijación de la indemnización, minorándola, al considerarla excesiva el hecho de que las “no debe de alcanzar el rango de la solicitada al considerarse a todas luces excesiva, lo que provocaría un enriquecimiento injusto, máxime cuando las medidas de autoprotección que deben de ponerse en juego por la empresa perjudicada, que recibe un anónimo en la persona de la responsable de Recursos Humanos y testigo Sonia en fecha 13/03/2013 en donde se advertía de la existencia de un fraude de chatarra, no han alcanzado a nuestro juicio la eficacia exigible ante situaciones como la relatada.”

*c. El texto de la “denuncia anónima”*

Dicho anónimo, obrante al folio 156 de las actuaciones, dice expresamente: *"Buenas, En primer lugar quiero que entiendan porque me mantengo en el anonimato para no tener represalias hacia mi persona después de lo que voy a exponer. Quiero darle a conocer un posible fraude que se está produciendo en el parque de chatarra entre clasificadores y chatarreros en especial a Jacinto, beneficiando a varios chatarreros en las clasificaciones de chatarra, cambiando categorías de calidades o poniendo mucho menos residuo del que lleva. Esto se hace a varias horas pero en general cuando este señor va de turno de mañana y el viaje o viajes se receptionan de 6:00 h a 7:00 h de la mañana. A cambio de esas clasificaciones este señor se beneficia económicamente con importantes cantidades de dinero. Aquí le dejo constancia, y ahora esa en sus manos. Atentamente".* (sic)

*3. Los hechos probados constitutivos de un delito continuado de estafa*

*a. Modus operandi*

Queda acreditado en los hechos probados de la sentencia que dos empresas proveedoras de chatarra, una del *grupo R. S.L. de las que es responsable Leoncio* y la empresa *R. y D. S.L. de la que es responsable Julio*, por medio de *Lázaro*, encargado de los camiones de la empresa *Transportes M.*, en connivencia con los tres trabajadores clasificadores de la misma en *A.*, se pusieron de acuerdo para llevar la chatarra a la empresa perjudicada, mezclándola con una cantidad inusualmente alta de estériles o de cascarilla y, una vez que llegan a las básculas de *A.*, los clasificadores, , de forma consciente la calificaban como de más elevada calidad de la que realmente es, con lo que están realizando una maquinación que induce a la propia empresa a pensar que efectivamente es un producto más útil para generar acero de lo que realmente le están proporcionando, y en consecuencia, que debe pagar una cantidad superior a su real valor.

*b. La intervención ad intra de los trabajadores de la empresa perjudicada*

La colaboración de los trabajadores clasificadores era fundamental en la estafa, ya que ellos hacían un descuento inferior al que debían hacer ante el material entregado, y ello provoca un beneficio en las dos empresas que entregaban chatarra y un perjuicio en la empresa que recibe el material y en la que trabajaban los tres trabajadores citados. Así, *Arcelormittal* pagaba por chatarra convertible estériles inservibles para la transformación.

*c. El cobro de comisiones por los trabajadores*

Los tres trabajadores antes citados percibían del Grupo R. y de Reciclados y D. cantidades periódicas de dinero cuya data no se ha determinado que oscilaban entre 2.000 y 6.000 euros. El dinero se entregaba a los clasificadores, cuando la carga de chatarra provenía del Grupo R., por Leoncio y cuando provenía de Reciclados y Demoliciones San Juan por orden de Julio, por medio de Lázaro, encargado de los camiones de la empresa familiar TRANSPORTES M. S.L. (actualmente y desde febrero de 2016 TRANSPORTES C. R. S.L.).

*d. El perjuicio a la empresa (estafada) de los trabajadores*

El perjuicio global causado a A. por parte del Grupo R. S.L. asciende a 456.340 euros; y el causado por parte de R. y D. asciende a 340.650 euros.

#### **IV. Posición de las partes**

*1. Recursos de casación de los tres trabajadores de la empresa perjudicada*

Los tres trabajadores (Jacinto, Javier y Jesús) que prestaban sus servicios para la empresa M. Zaragoza SAU y que habían sido condenados por un delito continuado de estafa en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, formalizan sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, en concreto derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías según los Artículos 24 y 120 de la Constitución Española y el Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesando su absolución, y en su caso, denunciando la inaplicación indebida de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y confesión de los hechos. En el interior de estos recursos y a propósito de la invocada infracción del principio de presunción de inocencia, es cuando se despliega un exhaustivo análisis de la declaración sumarial del coimputado, de los criterios de valoración cuando concurre contradicción con la prestada en el juicio, oral, la conexión del fraude con el establecimiento de medidas de autoprotección de la empresa y, principalmente, del valor de las declaraciones inculpatorias de algún coimputado, incriminando a otros, para lo cual se tiene en cuenta, además de pruebas testificales y periciales, la importancia de la denuncia anónima.

*2. Recursos de casación de los responsables de las empresas proveedoras*

Las representaciones de los acusados de las empresas proveedoras también interesan su absolución: Julio y la empresa R. y D. S.L, así como Leoncio, y la empresa condenada por la representación del responsable civil subsidiario R. 2007, S.L. invocan vulneración del principio de presunción de inocencia, cuestionando esencialmente la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia, tildándola de arbitraria e ilógica y falta de motivación.

*3. Recurso de casación del trabajador encargado del transporte*

En el mismo sentido – cuestionado la valoración probatoria e interesando su absolución- discurre el recurso interpuesto por Lázaro, condenado por complicidad, cuya condena en instancia se justificaba por ser quien realizaba el transporte en camiones y entrega los sobres de dinero a los trabajadores de la empresa por mediación de las empresas proveedoras.

*4. Recurso de casación de la acusación particular*

La Acusación Particular, empresa M. Zaragoza SAU, en el recurso de casación interesaba incrementar el importe de la indemnización por responsabilidad civil y formulaba la petición de condena a todos los acusados que en instancia habían sido condenados por el delito continuado de estafa, también por el delito de organización criminal del art. 570 ter 1 b) del Código Penal del que habían quedado absueltos.

## 5. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de todos los recursos.

## V. Normativa aplicable al caso

### 1. Derecho sustantivo

\*Código Penal. Delito continuado de estafa agravada (artículos 248.1, en relación con el art. 250.1.5º y 74 del Código Penal):

Artículo 248. 1. “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Artículo 250. “1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (...) 5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”.

Artículo 74. “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas (...)”

### 2. Derecho procesal constitucional

\*Constitución. Artículo 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión

\*Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 5. 4. “En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

### 3. Derecho de la Unión Europea

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

(53) [...] “los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos.

(55) Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo”.

## VI. Doctrina básica

En lo que afecta a la materia que se aborda en este comentario, la doctrina básica de la sentencia puede desglosarse en varias ideas:

+ *Sobre la admisibilidad y aceptación de las denuncias anónimas internas que noticien irregularidades o fraudes en el ámbito empresarial.*

Conforme a 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, este canal de denuncia interno, también denominado *Whistleblowing*, “debe(n) permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos.... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo”.

+ *Sobre las razones que justifican la necesidad de implantación de estos canales de denuncia.*

Resultan eficaces para constituir el arranque de la investigación como “*notitia criminis*”, puesto que los informantes, o denunciante, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia.

La implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades que justifican el programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma.

+ *Deben implantarse mecanismos de protección frente a represalias.*

Estos canales de denuncia exigen reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el *art. 10 CEDH* y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas.

+ *Correlación entre el “compliance” y los canales de denuncia*

Resulta necesaria la correlación entre esos canales de denuncia y el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ad intra, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad.

## VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo desestimó todos los recursos de casación interpuestos tanto por los acusados, como por el responsable civil subsidiario y por la acusación particular. Confirmaba así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 2 de abril de 2018, en causa seguida contra los mismos y otros por delito de estafa.

El fallo que se confirma realizaba un doble pronunciamiento:

A) De condena penal: 1) como autores de un delito continuado de estafa tipificado en el artículo 248.1 en relación con el 250.1 5.º y 74 del Código Penal a Leoncio, a Julio, a Jacinto, a Jesús y a Javier, a la pena, a cada uno de ellos, de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a ocho meses de multa; 2) como cómplice de dicho delito continuado de estafa a Lorenzo a la pena de nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a seis meses de multa;

B) En materia de responsabilidad civil: la empresa A. S.A.U. (en la actualidad M. S.A.U.) deberá ser indemnizada en las siguientes cantidades: i) 340.650,66 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Julio, Jacinto, Jesús y Javier, y, subsidiariamente el cómplice Lázaro; y subsidiariamente a éste responderá R. D. S.L., y subsidiariamente a ésta, al ser la empresa a la que pertenece el acusado Lázaro TRANSPORTES M. G. S.L., y en su defecto la empresa que se haya subrogado en la anterior; ii) En la cantidad de 456.340,27 euros de la que responderán conjunta y solidariamente los acusados Leoncio, Jacinto, Jesús y Javier, y subsidiariamente R. S.L. Finalmente, la sentencia de casación en materia de costas, condenaba a todos los recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos y a la pérdida del depósito constituido por la Acusación Particular M. Zaragoza S.A.U.

### VIII. Pasajes decisivos

- Fundamento de Derecho Segundo (...)

*"Importancia de la denuncia interna presentada como "notitia criminis".-*

Importancia tiene la denuncia llevada a cabo y en la que, con la inexistencia de un programa de cumplimiento normativo interno, sí que resulta notablemente interesante que en el periodo de los hechos probados se lleve a cabo una mecánica de actuación ad intra en el seno de la empresa que ha sido recientemente regulada en el denominado "canal de denuncias interno" o, también denominado *Whistleblowing*, y que ha sido incluido en la reciente 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.

En efecto, se hace constar en esta Directiva comunitaria que *los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos.... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo.*

Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como *"notitia criminis"* se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciadores, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia.

En definitiva, se busca reforzar la protección del *whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma.

En el caso ahora analizado una denuncia interna, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio económico que se ha considerado probado. Resulta, pues, necesaria la correlación entre el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados *ad intra*, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad, como aquí ocurrió perjudica a la propia empresa, y, al final, a los propios trabajadores, si el volumen de la irregularidad podría poner en riesgo y peligro hasta sus propios puestos de trabajo, pero más por el propio sentimiento de necesidad de la honradez profesional y evitación de actividades delictivas, o meras irregularidades en el seno de la empresa, circunstancia que de haber existido en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que por su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente.

- (Fundamento de Derecho noveno. 5)

“Frente al alegato del recurrente acerca de la falta de motivación de la sentencia y la prueba de descargo que refiere hay que reseñar que se ha expuesto que en modo alguno ha pecado de falta de motivación el Tribunal, sino que en el proceso de valoración de la prueba, en el que tiene privilegio el tribunal de instancia por su inmediación se ha dado virtualidad probatoria a la prueba (...) Pero ello no es ausencia de motivación, sino proceso de valoración de la prueba. Falta de motivación sería dictar la sentencia sin hacer mención a qué pruebas son las tenidas en cuenta para dictar una condena. Pero no ocurre en este caso así, sino que el Tribunal describe cuáles son esas pruebas, cuales son las declaraciones de los coimputados, la valoración que lleva a cabo el Tribunal entre las efectuadas en sede de plenario y de instrucción, la "notitia criminis" de la denuncia anónima, las testificales tenidas en cuenta por el Tribunal y el exquisito detalle de motivación de la prueba pericial que arroja claramente el fraude llevado a cabo y la cuantificación de su resultado, para con el privilegio de la inmediación y ateniéndose a las reglas de valoración de la prueba del Tribunal de instancia ya expuestas con anterioridad validar que esa valoración es acertada”.

## IX. Comentario

La jurisprudencia penal analiza el valor probatorio de una denuncia anónima que recibe la encargada de recursos humanos de una empresa. En la denuncia se le advertía que determinados trabajadores de la empresa, en concierto con proveedores de la misma, estaban defraudando a la empresa. La denuncia desencadena una investigación policial que después se judicializa.

Dejemos clara la situación: la denuncia anónima no es el único elemento de convicción para la condena por fraude. Hay otros e importantes elementos probatorios que corroboran la *notitia criminis* que albergaba aquella. Sin embargo, la importancia de esa denuncia anónima dentro del elenco probatorio es empleada tanto por la



acusación y defensa con sentidos o finalidades dispares: a) las defensas lo utilizan como argumento para atenuar, incluso exonerar la responsabilidad penal, precisamente por la falta de protocolos empresariales para evitar fraudes (“*compliance*”). Llegan a destacar la trascendencia de la necesidad de implantar canales de denuncia interna (“*whistleblowing*”) puesto que la eficacia de esta clase de denuncias, al constituir el arranque de la investigación como “*notitia criminis*” en la constatación de que los informantes, o denunciante, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones. b) La acusación acepta y da validez a la denuncia anónima, que sirve de arranque a la investigación policial y a su judicialización, y se erige como elemento de convicción atractivo y atrayente sobre el que giran otros importantes elementos de convicción, entre ellos el reconocimiento de los hechos en fase instructora realizado por alguno de los acusados, las testificales, y, principalmente, la pericial que corrobora la realidad de los perjuicios de los que era sujeto pasivo la empresa defraudada.

Se introduce en el debate y en el proceso a un “personaje invisible”: al denunciante de irregularidades, al alertador, al informante, en términos coloquiales, al “chivato” que en su acepción 4 del DRAE se define como el “*dispositivo que advierte de una anomalía o que llama la atención sobre algo*”<sup>[3]</sup>. La sentencia no desvela quién es ese informante, pero la segunda parte de los hechos, los efectos colaterales, vendrían dados si con posterioridad es identificado. ¿Qué ocurre si resulta ser un trabajador de la empresa defraudada o de una de las proveedoras condenadas? ¿Qué medidas de protección o tutela le brinda el ordenamiento jurídico si sufre represalias? Atinadamente, ha tenido ocasión de señalar la doctrina que, en estos casos, el dilema en el ámbito laboral radica en la necesidad de “*ponderar, por una parte, el interés en que sean objeto de denuncia por los trabajadores las violaciones de las reglas legales y los comportamientos corruptos o deshonestos que pueden provocar daños a terceros por parte de las empresas, y, por otra, el respeto de la “confianza ética” del empresario en el trabajadores en la ejecución de la prestación laboral*” <sup>[4]</sup>. La necesidad de establecer canales de denuncia son piezas esenciales de los planes de prevención de riesgos penales y, por derivación, también de su vertiente de incumplimientos laborales. Una suerte de “*garganta profunda de las empresas*” <sup>[5]</sup>

Esta sentencia nos conduce a otros escenarios de reflexión. Poniendo la mirada en el horizonte legislativo habría que identificar cuáles serían los aspectos a los que habría de acomodarse los mandatos de la Directiva en el ámbito laboral. Algunos de ellos, aunque no integran el núcleo decisorio de la misma, aparecen apuntados o implícitamente insinuados en la sentencia. Nos referimos a tres aspectos concretos: (1) *la Directiva es norma de mínimos*. Como doctrinalmente se ha apuntado, la Directiva sólo habilita para denunciar incumplimientos empresariales y no laborales de las personas trabajadoras –salvo naturalmente en la medida en que participen en esos incumplimientos laborales<sup>[6]</sup>. Además, como previene expresamente, “*la Directiva no afectará a las normas nacionales relativas al ejercicio del derecho de los trabajadores a consultar a sus representantes o sindicatos, a la protección frente a posibles medidas perjudiciales injustificadas derivadas de tales consultas ni a la autonomía de los interlocutores sociales y su derecho a celebrar convenios colectivos. Ello se entenderá sin perjuicio del nivel de protección otorgado por la presente Directiva*”<sup>[7]</sup>. (2) *Las medidas de protección frente a represalias* de los informantes, y en particular si se trata de trabajadores de la propia empresa, extremo que no forma parte del objeto enjuiciado y la reflexión acerca de que “*la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia*”. Y, finalmente, (3) también la necesidad de establecer *canales o sistemas de denuncias internas*<sup>[8]</sup>, extremo a su vez muy vinculado con la protección de datos personales (art. 24 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)<sup>[9]</sup>

## X. Apunte final

Nuevos formatos para temas clásicos y conceptos bien elaborados por la doctrina jurisprudencial, constitucional y científica. La Directiva “*whistleblowing*” recoge una regulación de mínimos sobre los canales de denuncia por irregularidades empresariales. Exige una transposición que comprenda no sólo infracciones del Derecho de la Unión Europea sino también que aborde infracciones de Derecho interno o nacional. En manos del legislador nacional se encuentra la regulación del régimen jurídico de los canales externos e internos de denuncias. Las opciones de técnica legislativa son plurales: texto legal de carácter transversal o bien legislación especial laboral o común, en el propio Estatuto de los Trabajadores. Mientras tanto, nada impide la anticipación de estas prevenciones (programas de *compliance* o de responsabilidad empresarial) en los convenios colectivos. Ahora bien hablemos claro también: la prevención frente a represalias, se llama garantía de indemnidad; la doctrina sobre la libertad de expresión de los trabajadores también integrará los resortes de protección equilibrada y efectiva en estos casos; el deber de secreto y los pactos de confidencialidad y sus límites también tienen respuesta legal, por ejemplo en la Ley 1/2019 de secretos empresariales.<sup>[10]</sup> El equilibrio y la ponderación en estos casos no es algo que no haya tratado la doctrina constitucional, como sucede por ejemplo en la emblemática sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero<sup>[11]</sup> cuando en un despido nulo por violación del derecho a comunicar libremente información, pues no había deber de secreto, ni se acreditó en juicio el animus nocendi, versando la información misma sobre hipotéticas anomalías que habrían de merecer la atención pública, afirmó que “sí que importa subrayar que el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no se puede interpretar en términos tales que vengan a resultar amparadas por esta exigencia de honestidad y de lealtad en el cumplimiento de las obligaciones situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normalidad, merecedoras, acaso, de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas, cuando se aprecie una contravención del ordenamiento, o para hacer llegar a la opinión pública la existencia de eventuales anomalías que -aun no constitutivas, en sí, de ilicitud alguna- sí pudieran llegar a poner en juego el principio de responsabilidad que pesa sobre todos los poderes públicos. *Difícil es, en tales casos, poner la buena fe al servicio del silencio, sin matices, del trabajador*”.

## Referencias:

1. ^ LOUSADA AROCHENA, J.F., RON LATAS, R.P, *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. *Básicos de Derecho Social*. 116. Ed. Bomarzo, abril 2020, pág.9.
2. ^ *Accounting Reform and Investor Protection Act Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, conocida como Sarbanes-Oxley Act of 2002*.
3. ^ <https://dle.rae.es/>

4. ^ MERCADER UGUINA, J.R. *La protección de alertadores, informantes o denunciante: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. Trabajo y Derecho, nº 64, Sección `Práctica y Despachos profesionales/Estudios de práctica jurídica, abril 2020, Wolter Kluwer. La Ley Digital 3546/2020.*
5. ^ ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E., “Whistleblowing” o canales de denuncia: *La garganta profunda de las empresas. Diario La Ley, núm 9342, Sección Tribunal, 22 de enero de 2019, Wolter Kluwer. La Ley 15656/2018.*
6. ^ LOUSADA AROCHENA, J.F., RON LATAS, R.P, *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing), op. cit. págs.. 91 y 92*
7. ^ Artículo 3.4 de la Directiva (UE) 2019/1937
8. ^ BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. *El canal de denuncias o Whistleblowing en el ámbito laboral: un instrumento preciso para implantar en la empresa. Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social / Ana de la Puebla Pinilla (dir.), Jesús R. Mercarder Uguina (dir.), 2019.*
9. ^ BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. *El canal de denuncias o Whistleblowing en el ámbito laboral: un instrumento preciso para implantar en la empresa. Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social / Ana de la Puebla Pinilla (dir.), Jesús R. Mercarder Uguina (dir.), 2019.*
10. ^ Art. 2.3 d) de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales *que previene que En particular, no podrá invocarse la protección dispensada por esta ley para obstaculizar la aplicación de la normativa que exija a los titulares de secretos empresariales divulgar información o comunicarla a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de las funciones de éstas, ni para impedir la aplicación de la normativa que prevea la revelación por las autoridades públicas europeas o españolas, en virtud de las obligaciones o prerrogativas que les hayan sido conferidas por el Derecho europeo o español, de la información presentada por las empresas que obre en poder de dichas autoridades.*
11. ^ BOE 31/1988, de 5 de Febrero de 1988, rec. 1221/1986