

# SEGUNDA PARTE

## "JORNADA DE DERECHO SOCIAL DE LA UE CON AEDEUR y ASNALA"

### DENUNCIA DE IRREGULARIDADES Y SECRETO EMPRESARIAL

### WHISTLEBLOWING AND TRADE SECRET\*

Carmen Sáez Lara\*\*  
Universidad de Córdoba

**SUMARIO:** 1. Cuestiones introductorias: un nuevo marco para la denuncia de irregularidades empresariales. –2. Estatuto de protección de la persona denunciante y exención de responsabilidad. –3. Ámbito subjetivo de la exención de responsabilidad de la persona denunciante; 3.1. Concepto de persona denunciante; 3.2. El concepto de persona denunciante protegida; 3.2.1. El estándar de la creencia razonable; 3.2.2. El cumplimiento de las reglas de ordenación de las vías de denuncia y de revelación pública; 3.3. Propuesta de concepto de persona denunciante protegida. –4. Ámbito objetivo de la exención de responsabilidad. –5. Exención de responsabilidad por denuncias de irregularidades y secreto empresarial; 5.1. Garantía de inmunidad de denunciadores y revelación de secretos empresariales en EE.UU.; 5.2. Denuncia de irregularidades y secreto empresarial en España. –6. Denuncia de irregularidades y secreto profesional del abogado/a.

#### RESUMEN

*Entre las garantías que protegen a la persona denunciante, en la Directiva 2019/1937, se encuentra la inmunidad por revelar secretos o información confidencial, toda vez que la persona que denuncie o haga una revelación pública, de conformidad con la citada Directiva y siempre que tenga motivos razonables para pensar que revelar esa información (secreta o confidencial) es necesaria, no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información y no incurrirá en responsabilidad "de ningún tipo". En este trabajo, se analiza el ámbito subjetivo y objetivo de esta exención de responsabilidad, con especial atención a su conexión con la tutela de los secretos empresariales. A estos efectos, la trasposición de la Directiva 2019/1937 exige el estudio de normativa europea y española afectada, así como el conocimiento de la doctrina judicial nacional y europea sobre las mismas.*

#### ABSTRACT

*Among the guarantees that protect the whistleblower, in Directive 2019/1937, is the immunity for disclosing secrets or confidential information, since the person who reports or makes a public disclosure, in accordance with the aforementioned Directive and provided that they have reaso-*

\* Recibido el 3 de enero de 2022. Aprobado el 21 de febrero de 2022.

\*\* Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

*nable grounds to believe that disclosure of such (secret or confidential) information is necessary, will not be considered to have infringed any restriction on disclosure of information and will not incur liability "of any kind". In this paper, the subjective and objective scope of this exemption from liability is analysed, with particular attention to its connection with the protection of trade secrets. For this purpose, the transposition of Directive 2019/1937 requires the study of the affected European and Spanish regulations, as well as knowledge of the national and European judicial doctrine on the same.*

**Palabras clave:** Denunciantes, protección, responsabilidad, secreto empresarial.

**Key words:** Whistleblowers, protection, liability, trade secret, whistleblower protection.

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: UN NUEVO MARCO PARA LA DENUNCIA DE IRREGULARIDADES EMPRESARIALES

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, establece un sistema de denuncias de irregularidades empresariales articulado sobre un doble canal interno empresarial y externo de naturaleza pública, que debía ser aplicado en nuestro país, con fecha de 17/12/2021 (y que deberá serlo, con fecha de 17/12/2023 en relación con el canal interno en empresas de 50 a 249 personas trabajadoras). La regulación europea, partiendo de un concepto amplio de denunciante (art.4), de persona denunciante protegida (art. 6) y de las infracciones que pueden ser objeto de información (art. 2), contiene un estatuto protector, basado en la prohibición de represalias (art. 19), medidas de apoyo (art. 20) y medidas de protección frente a represalias (art. 21).

Dentro de estas medidas de protección frente a represalias se establece, entre otras, la exención de responsabilidad de la persona denunciante por revelar información confidencial o secreta. En la trasposición de la Directiva, que recoge normas mínimas, así como llamadas a la normativa estatal, la ley española habrá de pronunciarse, entre otros temas, sobre la fijación de adicionales medidas de protección de los denunciantes. Es preciso pues seguir estudiando el desarrollo de este estatuto protector de la persona denunciante. A estos efectos, centraremos nuestra atención, en el presente trabajo, en la inmunidad de la denunciante por revelar secretos o información confidencial (art. 21 Directiva y considerando 97 y 91), toda vez que la persona que denuncie o haga una revelación pública de conformidad con la Directiva, y siempre que tenga motivos razonables para pensar que revelar una información (secreta o confidencial) era necesaria no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información y no incurrirá en responsabilidad "de ningún tipo". Analizaremos el ámbito subjetivo y objetivo de esta exención de responsabilidad, con especial atención a su conexión con la tutela de los secretos empresariales.

## 2. ESTATUTO DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA DENUNCIANTE Y EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La Directiva impone, en su art. 21.1, a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección contra represalias de las personas incluidas en el concepto de denunciante de su art. 4. Esta garantía de indemnidad incluirá, en particular, medidas de diversa naturaleza, pues a favor de la persona denunciante se establece, de una parte, una garantía limitada de inmunidad, frente a las acciones emprendidas por la persona afectada o denunciada, de otra parte, una serie de garantías procesales en los procesos judiciales frente a represalias y, por último, medidas de compensación integral de los daños sufridos (apartados 2 a 8 del art. 21). Centraremos nuestra atención, como ya hemos dicho, en esta garantía limitada de inmunidad o exención limitada de responsabilidad, en primer lugar, en términos generales (art. 21.2 y art. 21.3) y después, más concretamente, en relación con la protección de los secretos empresariales (art. 21.7).

En términos generales, la Directiva declara que las personas que denuncien o que hagan una revelación pública de conformidad con la misma, siempre que tuvieran motivos razonables para creer que tal denuncia o revelación de información era necesaria: a) no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, b) no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación (art. 21.2). Esta declaración se realiza sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 y 3.3 de la Directiva, es decir, que no resulta aplicable esta protección si la información versa sobre defensa, seguridad, y seguridad nacional, se trata de información clasificada, o de información que afecte al secreto médico, al secreto profesional en la relación cliente-abogado y al secreto de las deliberaciones judiciales<sup>1</sup>.

Pues bien, centrando nuestra atención en la primera previsión del art. 21.2, la Directiva 2019/1937 afirma que “no se considerará que hayan infringido ninguna restricción de revelación de información” aquellas personas que denuncien o que hagan una revelación pública, de conformidad con la misma, siempre que tuvieran motivos razonables para creer que tal denuncia o revelación de información era necesaria. En concreto, ello conlleva la protección de personas trabajadoras denunciantes con deber *ex lege* de confidencialidad, es decir, los representantes de los trabajadores unitarios y sindicales en virtud del art. 65 LET<sup>2</sup>. En segundo lugar, conlleva igualmente la protección de trabajadores denunciantes, que han firmado acuerdos de confidencialidad. En relación con el deber legal de sigilo de los representantes sindicales, nuestro Tribunal Constitucional ya había señalado el carácter limitado del mismo en supuestos de eventual conflicto con el deber legal de informar a sus representados (STC 213/2002, de 11 noviembre, FJ 9).

Ahora la norma de trasposición de este art. 21.2 de la Directiva 2019/1937 deberá concretar la inoperatividad del deber legal de confidencialidad de los representantes, en caso de denuncia de infracciones cometidas por la empresa, que se realice dentro del marco legal aplicable. Esta regulación será esencial pues en virtud de ella y como aclara la Directiva en su considerando 91, las obligaciones legales (deber de buena fe) o contractuales de las personas, como las cláusulas de fidelidad o los acuerdos de confidencialidad y no publicidad, no podrán ser invocadas para impedir las denuncias, para denegar la protección o para penalizar a los denunciantes por haberlas presentado cuando la transmisión de información, que esté contemplada en dichas cláusulas o acuerdos, sea necesaria para revelar la infracción. Cuando se cumplan estas condiciones, no se podrá imputar a los denunciantes responsabilidad alguna, ya sea civil, penal, administrativa o laboral.

En su segunda previsión, el art. 21.2 de la Directiva declara que las personas que denuncien o que hagan una revelación pública, de conformidad con la misma, “no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación”. Como nos recuerda el considerando 97 de la Directiva, las medidas adoptadas contra la persona denunciante fuera del contexto laboral, por ejemplo, a través de procedimientos por difamación, violación de derechos de autor, secretos comerciales, confidencialidad y protección de datos personales, también pueden suponer un grave efecto disuasorio para la denuncia de infracciones. Más concretamente, es preciso destacar que la Directiva declara lícita la revelación de secretos comerciales, que sea consecuencia de una denuncia de infracciones efectuada al amparo de la Directiva (art. 21.7).

A continuación, se abordará, en primer lugar y en términos generales, las cuestiones relativas al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de esta exención de responsabilidad (aplicables tam-

<sup>1</sup> Más adelante nos referiremos a la exclusión del ámbito de protección de la Directiva de la denuncia que viole el secreto profesional en la relación cliente abogado. Habremos de analizar el ámbito de aplicación y los límites del secreto profesional entre el empresario cliente y el abogado.

<sup>2</sup> RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

bién en el caso de revelación de secretos comerciales o empresariales). En segundo lugar, se estudiará la revelación lícita de secretos empresariales en el marco de la denuncia de una infracción empresarial.

En todo caso, hemos de tener presente que esta exención de responsabilidad será además irrenunciable, de conformidad con el art. 24 de la Directiva.

### 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA DENUNCIANTE

La Directiva señala que la protección frente a represalias deberá establecerse por los Estados en favor de las personas a las que se refiere su art. 4 (art. 21.1) y, más concretamente, declara que “no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo” las personas que comuniquen información sobre infracciones o que hagan una revelación pública, de conformidad con su regulación. El ámbito subjetivo de la exención de responsabilidad nos conduce así al concepto de persona denunciante protegida del art. 6; si bien, abordar este concepto exige previamente delimitar el de persona denunciante del citado art. 4 de la Directiva.

#### 3.1. Concepto de persona denunciante

El concepto de persona denunciante se define muy ampliamente y se extiende a todas las personas que, en virtud de su actividad o del contexto laboral, tengan acceso privilegiado a la información sobre una infracción. El citado art. 4 incluye así, “como mínimo”, de una parte, tanto a las personas que tengan la condición de trabajador (art. 45 del TFUE) incluidos ya los funcionarios, como de trabajador no asalariado (art. 49 del TFUE), los voluntarios y los trabajadores en prácticas remunerados o no remunerados, así como cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores<sup>3</sup>. La Directiva también se aplicará a los informantes, aunque su relación laboral todavía no haya comenzado, cuando la información haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual<sup>4</sup>. Finalmente, se incluyen ya las personas que hayan finalizado su relación laboral<sup>5</sup>.

De otra parte, la Directiva también incluye en su ámbito de aplicación a los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos. Asimilados a los denunciantes, a efectos de protección, se identifican, además, otras personas físicas y jurídicas que pueden sufrir represalias, como serían los facilitadores (personas que les asisten en el proceso de denuncia), terceros relacionados con el denunciante, como familiares o compañeros de trabajo, así como entidades jurídicas propiedad o relacionadas, de cualquier forma, con la persona denunciante (art. 4.4)<sup>6</sup>.

#### 3.2. El concepto de persona denunciante protegida

Una vez analizado el concepto de persona denunciante, hemos de señalar que la Directiva establece, en su art. 6, dos condiciones para su protección. Primera, que tengan motivos fundados para pensar que la información notificada es veraz, en el momento de la denuncia y que

<sup>3</sup> *Vid.*, considerando 39 de la Directiva.

<sup>4</sup> Asumiendo soluciones judiciales en Reino Unido: *Clyde & Co LLP v. Bates Van Winkelhof*, (Bates Van Winkelhof [2014] UKSC 32). Tanto en *Ellis v. Joseph Ellis & Co* [1905] 1 KB 324 como en *Cowell v. Quilter Goodison Co Ltd* [1989] IRLR 392.

<sup>5</sup> Desde su redacción de 16 de abril de 2019, tras la aceptación de las enmiendas acordadas por el Parlamento a la Propuesta de la Comisión. Asumiendo soluciones judiciales de Reino Unido. Así lo afirmaría el Tribunal de Apelación en *Diana Woodward v. Abbey National Plc* [2006] IRLR 677) a la luz de la decisión de la House of Lords, in *Rhys Relaxion Group Plc v. Rhys-Harper* [2003] UKHL 33.

<sup>6</sup> Esta previsión (adoptada en la fase de enmiendas del Parlamento a la Propuesta de la Comisión) se inspira en el modelo de Estados Unidos, *vid.*, SOX 806, 18 U.S.C. § 1514A (a); 18 U.S.C. § 1514A (a).

entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Segunda, que haya denunciado por los canales internos, con arreglo al artículo 7 y por los canales externos con arreglo al artículo 10, o haya revelado información públicamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva. La primera es denominada “exigencia de la creencia razonable” y la segunda exigencia, aunque formula una preferencia por la denuncia interna, expresa, en verdad, la sumisión a las reglas de articulación de las diversas vías de denuncia.

Por tanto, la protección de las denunciantes se somete a dos condiciones: la razonable creencia sobre la veracidad de la infracción y el cumplimiento de las reglas sobre articulación de las vías de denuncia (interna y externa) y de revelación pública. Los motivos del denunciante al hacer la denuncia deben ser irrelevantes para determinar si esa persona debe recibir protección<sup>7</sup>, en línea con la importante Resolución del Parlamento Europeo de 24/10/2017, pues la base de la protección de los denunciantes debe ser la información expuesta y no la intención del denunciante (apartado 47). En definitiva, no se exige la buena fe del denunciante que, si aparece expresamente en otras Directivas sectoriales y constituye un requerimiento especialmente valorado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), para extender el manto de tutela del art. 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH)<sup>8</sup>.

### 3.2.1. El estándar de la creencia razonable

Centrando nuestra atención en el llamado estándar de la creencia razonable, hemos de destacar que el denunciante protegido por la Directiva puede no tener pruebas concluyentes sobre la infracción denunciada y aportar solo razonables sospechas, tal y como se deduce del concepto de denuncia del art. 5 y, con mayor concreción, establece el citado art. 6. Para gozar de protección, los denunciantes deben creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos, que la información suministrada es veraz<sup>9</sup>. En la misma línea, los informantes deben tener derecho a gozar de la protección de la Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información notificada entra en su ámbito de aplicación.

La Directiva adopta así el llamado, en la práctica administrativa y judicial norteamericana, “*reasonable belief standard*”, cuya adopción ha significado un notable avance en la protección de los *whistleblowers*<sup>10</sup>. Igualmente, en Gran Bretaña, la denuncia protegida, bajo la Public Interest Disclosure Act de 1998 (PIDA), se identifica con aquella información que un trabajador “cree razonablemente” que sucedió, sucede o sucederá en el futuro. La creencia razonable no tiene que ser certeza absoluta, pero debe extenderse a que la denuncia se realice “en interés público”. La introducción por la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013 de la referida prueba de que la denuncia se realizara “en interés público” supuso que se eliminara el requisito de que el trabajador denunciara “de buena fe”. El fundamento fue que, si el interés público se beneficia de las revelaciones, no importa qué motivación tenga un trabajador para hacerlas<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Considerando 32 de la Directiva.

<sup>8</sup> *Vid.*, por todas: Sentencia Guja contra Moldavia, de 12 febrero de 2008 (Demanda núm. 14277/04).

<sup>9</sup> Salvaguardia contra denuncias abusivas o maliciosas, *vid.*, considerando 43 de la Directiva.

<sup>10</sup> En efecto, en relación con el concepto de denuncia protegida en EE. UU., establecida en la SOX Act (sección 806), se ha discutido si la denuncia protegida sería solo aquella que evidencia definitiva y específicamente la violación de una de las normas enumeradas por la citada sección 806 de la SOX Act o basta con que el trabajador pruebe una razonable creencia sobre la referida violación. En la práctica administrativa y judicial se sucedieron en el tiempo el “*definitively and specifically standard*” y el más amplio “*reasonable belief standard*”. En el ámbito de la tutela administrativa el cambio de criterio se produciría antes, en 2011 (*Sylvester v. Parexel Int'l LLC*, ARB No. 07-123, ALJ Nos. 2007-SOX-039, -042 (ARB May 23, 2011)) y en sede judicial habría que esperar hasta 2016 (*Beacom v. Oracle Am., Inc.*, 825 F.3d 376 (8th Cir. 2016)). SAEZ LARA, C., *La protección de denunciantes: Propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 173.

<sup>11</sup> En *Hayes v Reed Social Care & Bradford* (MDC ET Case Núm. 1805531/00) el tribunal confirmaría la irrelevancia de la motivación. Sin embargo, los tribunales tendrán la facultad de reducir la indemnización hasta en un 25 % por un perjuicio o despido de un trabajador relacionado con una divulgación protegida si esta no se realizó de buena fe.

### 3.2.2. El cumplimiento de las reglas de ordenación de las vías de denuncia y de revelación pública

Centrando nuestra atención en la exigencia de cumplimiento de las reglas de articulación de las diversas vías de denuncia, la Directiva condiciona la protección de la persona denunciante, en segundo lugar, a que esta haya denunciado por canales internos con arreglo al artículo 7 o por cauces externos con arreglo al artículo 10, o haya revelado la información públicamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 (art. 6.1). La persona informante no puede decidir libremente acerca de qué vía de denuncia, interna o externa, va a utilizar, es decir, si comunicará la infracción en el seno de la propia entidad afectada o ante las autoridades competentes, sino que debe cumplir las reglas de los arts. 7 y 10 de la Directiva. Igualmente, solo podrá acudir a la vía de la revelación pública, es decir, a la puesta a disposición del público de la información sobre las infracciones cometidas por la entidad, si concurre alguna de las condiciones establecidas por el art. 15. Veamos cuáles son aquellas reglas y estas condiciones.

De partida o “como principio general”, la información sobre infracciones “podrá comunicarse” a través de los canales y procedimientos de denuncia internos (art. 7.1). A estos efectos, los Estados miembros “promoverán” la comunicación a través de canales de denuncia internos, siempre que pueda ponerse remedio a la infracción internamente de manera efectiva y siempre que la persona informante considere que no hay riesgo de represalias (art. 7.2). Por tanto, los denunciantes “comunicarán” la información sobre infracciones por los canales y procedimientos externos, tras haberla comunicado, en primer lugar, a través de los cauces internos o directamente a través de los canales externos de denuncia (es decir directamente ante las autoridades competentes) (art.10).

De esta forma, la regulación de la Directiva se aparta decididamente del texto de la propuesta de 23/4/2018, que apostaba por la obligación de acudir previamente a la vía interna de denuncia, acorde con la doctrina del TEDH. Por ello, considero que, en la Directiva, los canales de denuncia interna y externa se configuran como dos vías alternativas. Aunque la vía interna sea de uso preferente, se condiciona a dos circunstancias “siempre que pueda ponerse remedio a la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias”. Si el informante “piensa” o considera “razonablemente” que hay riesgo de represalias, la vía externa de denuncia ante la autoridad competente quede expedita. Se trata de una solución que considero acertada desde la perspectiva de los diversos derechos e intereses legítimos en conflicto, como después se verá.

Finalmente, la revelación pública de la información se regula restrictivamente. El informante solo podrá acudir a ella si concurre alguna de las siguientes condiciones: a) que haya denunciado primero por cauces internos y externos, o directamente por cauces externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas en el plazo establecido (tres meses o seis meses en casos debidamente justificados); b) que tenga motivos fundados para creer que la infracción en cuestión puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público (por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles); c) que tenga motivos fundados para creer que, en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se ponga remedio a la infracción de manera efectiva, debido a las circunstancias particulares del caso (por ejemplo, que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción) (art. 15.1)<sup>12</sup>.

En conclusión, las reglas de articulación entre los diversos canales de denuncia interna y externa priorizan la vía interna, aunque no la configuran como una vía previa obligatoria, en

<sup>12</sup> Sin embargo, todos estos condicionantes no se aplicarán en los casos en que una persona revele información directamente a la prensa, con arreglo a disposiciones nacionales específicas, por las que se establece un sistema de protección relativo a la libertad de expresión y de información (art. 15.2).



todo caso, a la vía externa, pues se admite que el denunciante acuda a la vía externa si considera razonablemente que puede sufrir represalias. El cambio ha sido importante desde una propuesta anterior que apostaba firmemente por el *compliance* corporativo, por el interés de la empresa, a pesar del interés público de la información revelada. En relación con esta cuestión, el modelo británico prioriza el canal interno de denuncias, con alguna matización importante y en EE. UU. la evolución normativa ha llevado, por el contrario, hacia la promoción de la vía de denuncia externa, modelo que debe servirnos de inspiración, a mi juicio.

### 3.3. Propuesta de concepto de persona denunciante protegida

En primer lugar, en la futura norma española de trasposición, el concepto de persona denunciante debe integrarse adaptando la acertada solución de la Directiva, que de forma muy amplia la identifica como la persona física que pueda tener acceso, en un contexto laboral, a información sobre irregularidades de una organización y que, por su vulnerabilidad, precise de los canales de protección que establece la norma (art. 4 y considerando 36).

En segundo lugar, concretando las exigencias de protección de la persona denunciante de la Directiva en la próxima norma española, por lo que se refiere a la primera condición, la futura regulación debe limitarse a imponer a las personas informantes la que hemos denominado “exigencia de la creencia razonable”. La protección se extendería también a las personas que no aporten pruebas concluyentes, pero planteen dudas o sospechas razonables sobre la infracción objeto de denuncia. De otra parte, hemos de destacar que la futura norma española no puede condicionar la protección a la exigencia de buena fe de la persona denunciante, que implícitamente se establece en alguna norma sectorial<sup>13</sup>.

En relación con la segunda condición para la tutela de la persona denunciante, el cumplimiento de las reglas de articulación de las vías interna y externa de denuncia y de la revelación pública, en nuestro modelo legal, las denuncias deben articularse al mismo tiempo sobre la vía externa de denuncia ante una autoridad independiente y sobre el canal de denuncia interna, lo que permitirá conciliar los derechos e intereses legítimos en conflicto y adjurar cualquier eventual comportamiento contrario a los principios de transparencia y rendición de cuentas. Una vez que estos canales de denuncias, que lo son de control de la información, cumplan sus funciones, si la información es veraz y de interés público debe quedar a disposición de la opinión pública, base de un sistema democrático. Lo anterior se afirma sobre la base de los siguientes argumentos.

Primero, porque se trata de una regulación referida a denuncias de irregularidades de infracciones, que superan o desbordan el esquema contractual pues son, por definición, “de interés público”. Los ejemplos de las materias afectadas, corrupción, seguridad, protección del medio ambiente son una prueba de la relevancia pública de cualquier información sobre irregularidades en estos ámbitos. Priorizar la previa denuncia interna responde al cumplimiento de exigencias como la buena fe contractual y la lealtad o confianza de los funcionarios, inoperativas cuando las materias denunciadas, referidas al interés público, superan el marco (contractual o estatutario) en el que se desenvuelve el citado deber de buena fe o el deber de lealtad de las relaciones estatutarias.

Segundo, si atendemos al propio preámbulo de la Directiva, la denuncia interna es necesaria para garantizar que la información llegue a las personas que puedan contribuir a la rápida y eficaz resolución de los riesgos para el interés público, así como para evitar daños a la reputación derivados de la revelación. Por ello, considero que un sistema en el que la denuncia pueda formularse, al mismo tiempo, internamente y ante una autoridad independiente permitiría alcanzar ambos fines, pero, sobre todo, permitiría adjurar la posibilidad de encubrimientos, destrucción de pruebas y, en definitiva, evitaría que queden sin sanción comportamientos contrarios a Derecho.

---

<sup>13</sup> *Vid.*, art. 20.2 del RD-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

Tercero, por lo que se refiere a los condicionamientos de acceso a la opinión pública, tratándose de informaciones de interés público, en la balanza hemos de colocar también principios democráticos, como la transparencia y la rendición de cuentas y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad información de los medios de comunicación. Desde esta perspectiva, el legítimo interés empresarial de salvaguardar su marca (o su reputación) difícilmente puede considerarse un interés prevalente, en relación con el resto de los intereses, valores y derecho fundamentales en liza.

#### 4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

La persona denunciante no sólo no incurre en responsabilidad derivada de la comunicación de información sobre infracciones o de la revelación pública, es decir, de los actos de informar o revelar el contenido de su información, sino que igualmente el art. 21 de la Directiva, en su apartado 3, extiende expresamente esta garantía a los actos previos, relativos a la adquisición o al acceso a esta información, que es comunicada o revelada públicamente. En efecto, el citado precepto afirma que los denunciantes no incurrirán en ninguna responsabilidad relacionada con la adquisición de la información pertinente, o con el acceso a esta, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito en sí. En este último caso, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable.

La inmunidad de la persona denunciante, frente a la contravención de cláusulas contractuales o del derecho de propiedad de la organización, también se extiende pues a la actividad por ella desarrollada, en orden a la obtención de la información denunciada. Como aclara el considerando 92, cuando el denunciante hubiera obtenido de manera legal el acceso a la información comunicada o los documentos que la contienen, debe gozar de inmunidad en relación con dicha responsabilidad. Esto se aplica tanto a los casos en los que el denunciante revele el contenido de documentos a los que tenga acceso legalmente como a aquellos en los que realice copias de estos o los retire de los locales de la organización de la cual es empleado, en contravención de cláusulas contractuales o de otro tipo que estipulen que dichos documentos son propiedad de la organización. Los denunciantes deben gozar asimismo de inmunidad cuando la obtención de la información o documentos pudiera generar responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral, por ejemplo, cuando el denunciante hubiera obtenido la información entrando en mensajes de correo electrónico de un compañero o consultando documentos que no utiliza habitualmente en el marco de su trabajo, o fotografiando los locales de la organización, o entrando en lugares a los que no suele tener acceso. Sólo en el caso de que dicha adquisición o acceso constituya un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable<sup>14</sup>.

En segundo lugar, en esta delimitación del ámbito objeto de la exención de responsabilidad hemos de indicar un elemento negativo. La exención de responsabilidad opera siempre que la persona que informa sobre la infracción o haga una revelación pública tuviera motivos razonables para pensar que dicha información era necesaria para revelar una infracción. Fuera de esta garantía de inmunidad quedarían las actuaciones no necesarias para revelar la información. Así, se aclara que cualquier otra responsabilidad de los denunciantes derivada de la comisión de actos u omisiones que no estén relacionados con la denuncia o no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de la Directiva seguirá rigiéndose por el Derecho nacional (art. 21.4). La exención de responsabilidad no debe hacerse extensiva pues a la información superflua que el interesado hubiera revelado sin basarse en motivos fundados.

En definitiva, podemos concluir que la exención de responsabilidad no se extiende a las actuaciones de adquisición o acceso que constituyan de por sí un delito, siendo aplicable el De-

---

<sup>14</sup> Para la interpretación de esta previsión, ampliamente: GOÑI SEIN, J. L., "El sistema europeo de protección del denunciante en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 151, 2020, p. 244.



recho penal nacional (art. 21.3) así como a los actos u omisiones no relacionados con la denuncia o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción, cuya responsabilidad seguirá rigiéndose, igualmente, por el derecho aplicable (art. 21.4). Como aclara el considerando 92, cuando el denunciante haya obtenido la información o documentos mediante la comisión de una infracción penal como la intromisión física o informática, su responsabilidad penal ha de regirse por la legislación nacional aplicable, sin perjuicio de la protección que otorga el art. 21.7. Del mismo modo, cualquier otra responsabilidad del denunciante, derivada de acciones y omisiones que no guarden relación con la denuncia o no resulten necesarias para revelar una infracción en virtud de la Directiva debe regirse por la legislación de la Unión o nacional aplicable. En tales casos, deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales quienes evalúen la responsabilidad del denunciante a la luz de toda la información objetiva pertinente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida la necesidad y la proporcionalidad de la acción u omisión en relación con la denuncia o revelación.

Se trata, sin embargo, de una aclaración que, en realidad, introduce alguna confusión pues la claridad con la que el texto de la Directiva, en concreto en los apartados 3 y 4 de su art. 21, deja fuera de su ámbito de tutela tales casos contrasta con la nueva llamada del considerando 92 a la protección del art. 21.7. Efectivamente, este párrafo 7 del art. 21 alude a los procedimientos judiciales interpuestos frente a la persona denunciante consecuencia de la información denunciada o revelada y al derecho a alegar en su descargo que su denuncia o revelación era necesaria para poner de manifiesto una infracción. En definitiva, nada aporta esta remisión del considerando 92 a la protección del art. 21.7 pues esta exención de responsabilidad exige que la denuncia se efectúe dentro del ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la misma que ya hemos definido.

## 5. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DENUNCIAS DE IRREGULARIDADES Y SECRETO EMPRESARIAL

Una de las cuestiones relevantes que plantea la fijación de vías de denuncias y de revelación pública de las infracciones cometidas por las empresas es su conexión con la tutela de los secretos comerciales y empresariales. Esta protección es el objeto de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, sobre protección de secretos comerciales y entre nosotros, y de la Ley 1/2019 de secretos empresariales. La Directiva 2019/1937 se ocupa de esta cuestión, en dos ocasiones, al abordar el tema que nos ocupa, la exención de responsabilidad de la persona denunciante y en su regulación de la vía externa. Efectivamente, es necesaria la protección de los secretos comerciales en la vía de denuncia externa ante la autoridad competente. El art. 16 de la Directiva al regular la confidencialidad, establece en su apartado 4 que los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes que reciban denuncias en las que se incluyan secretos comerciales no los usen ni revelen más allá de lo estrictamente necesario para la correcta tramitación de la denuncia<sup>15</sup>.

Pues bien, nos centraremos ya en la responsabilidad de la persona denunciante que revela secretos empresariales. A estos efectos, como se sabe, la Directiva 2019/1937, en su art. 21.7, declara lícita la revelación de secretos comerciales, consecuencia de la denuncia de infracciones, efectuada al amparo de esta. Cuando una persona presente una denuncia o revele públicamente información sobre infracciones (que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva), que contenga secretos comerciales y reúna las condiciones establecidas en la Directiva, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita al amparo de las condiciones previstas en el art.3.2 de la Directiva 2016/943 sobre protección de secretos comerciales<sup>16</sup>. El art. 3.2 de la Directiva 2016/943 habrá de aplicarse ya de conformidad con el art. 21.7 de la Directiva 2019/1937.

<sup>15</sup> *Vid.*, considerando 98 de la Directiva.

<sup>16</sup> Según esta Directiva, secreto comercial es la información que reúna de forma acumulativa los siguientes requisitos: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de in-

La Directiva 2016/943 establece normas tendentes a garantizar medidas suficientes y sistemáticas de reparación civil en caso de obtención, utilización o revelación ilícitas del secreto comercial. No obstante, también admite que la obtención, utilización o revelación del secreto comercial se considerarán lícitas en la medida en que estén permitidas por el Derecho de la Unión. Pues bien, las personas que revelan secretos comerciales obtenidos en un contexto laboral deben gozar únicamente de la protección que otorga la Directiva Whistleblowing (también por lo que se refiere a la exención de responsabilidad civil) siempre que cumplan las condiciones establecidas en ella, incluida la de que la revelación fuera necesaria para descubrir una infracción, siempre que ésta entre en el ámbito de aplicación material de esta Directiva (sobre protección de informantes).

En definitiva, cuando se cumplan dichas condiciones se considerará que la revelación de un secreto comercial está “permitida” por el Derecho de la Unión, en virtud del art. 3. 2, de la Directiva 2016/943. Ambas directivas deben considerarse complementarias y las medidas, procedimientos o recursos de reparación civil, así como las exenciones previstas en la Directiva 2016/943 deben interpretarse de conformidad con la Directiva Whistleblowing. Al tratarse, como decimos, de dos directivas complementarias, puede plantearse si la Directiva 2019/1937 impondría una nueva interpretación de algunos preceptos, por ejemplo, de su art. 5, cuando declara lícita la obtención, utilización o revelación de los secretos comerciales, para poner al descubierto falta, irregularidad o actividad ilegal si actúa “en defensa del interés general”. Es decir, si la licitud de la revelación de los secretos comerciales (al igual que su obtención o utilización) con ocasión de la formulación de una denuncia o revelación estaría condicionada por las exigencias subjetivas y objetivas establecidas por la Directiva Whistleblowing. En primer lugar, deberían así cumplirse las condiciones de protección de la persona denunciante del art. 6 y, en segundo lugar, la concurrencia de motivos razonables para pensar que tal comunicación o revelación pública era necesaria a los efectos de su denuncia. De esta forma, la licitud de la revelación de secretos comerciales queda delimitada mediante el ajuste de las dos directivas comunitarias.

Antes de abordar la regulación española analizaremos la regulación en EE. UU.

### **5.1. Garantía de inmunidad de denunciantes y revelación de secretos empresariales en EE. UU.**

La regulación europea ha caminado paralela a la regulación en Estados Unidos, donde al elaborar la *Defend Trade Secrets Act* (DTSA) o Ley de Defensa de los Secretos Comerciales, de 2016, el Congreso abordó la cuestión del uso indebido de los acuerdos de confidencialidad (*non disclosure agreements*, NDA en adelante) para desalentar las denuncias de actividad ilegal en una variedad de áreas. El Congreso reconoció que la inmunidad de los denunciantes frente al riesgo (y el coste) de la responsabilidad por revelación de un secreto comercial, derivado de proporcionar información al gobierno, podría estimular la aplicación o el cumplimiento de la ley. Pero la cuestión fue si podría lograrse este objetivo sin poner en peligro la legítima protección de secretos comerciales.

Al abordar este doble objetivo de fomentar la aplicación de la ley, mientras se protegen los secretos comerciales, el Congreso otorgó a los empleados y contratistas, denunciantes de irregularidades, la inmunidad, pero siempre y cuando sigan un proceso claro y directo. La disposición de inmunidad del denunciante implica efectivamente que un individuo no puede ser considerado criminal o civilmente responsable, bajo cualquier ley federal o estatal de secreto comercial, por la divulgación de un secreto comercial, si esta se hace confidencialmente a un

---

formación en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control (art. 2.1 Directiva 2016/943).

funcionario del gobierno federal, estatal o local, ya sea directa o indirectamente, o a un abogado y con el único fin de informar o investigar una sospecha de violación de la ley; o bien si se hace en una queja o en otro documento incorporado a una demanda en proceso judicial o en otro procedimiento, si tal presentación se realiza de forma oficial<sup>17</sup>.

Pues bien, la comparación entre la garantía de inmunidad de los denunciantes en caso de secretos comerciales, establecido por la Directiva europea y la regulación norteamericana llevaría a afirmar que el régimen de EEUU brinda una protección más restringida a la persona denunciante, pues sólo está exenta de responsabilidad por la divulgación de irregularidades, si la misma ha sido hecha al gobierno de forma confidencial y con el único objetivo de informar sobre una sospecha de violación de la ley o en una demanda judicial registrada. La Directiva sobre secretos comerciales otorga mayor protección para denunciantes y para la prensa, pues incluye numerosas excepciones que explícitamente permiten la aparente divulgación pública de secretos comerciales en circunstancias que, de lo contrario, serían violaciones ilícitas, incluyendo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información dentro del respeto por la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y la revelación de mala conducta, actividad ilícita o ilegal, siempre que se actuara con el propósito de proteger el interés público general<sup>18</sup>.

De otra parte, hemos de destacar que, en la norma estadounidense, el propósito del régimen de inmunidad de los informantes es claro, la ley de secreto comercial no puede ser utilizada para ocultar una conducta supuestamente ilegal o para desalentar la investigación de tales asuntos. Al elegir la inmunidad, el Congreso cambió la ley y el proceso legal, desde una postura favorable a los intereses del empleador a otra favorable a los intereses del empleado y del interés público.

Una cuestión relevante ha sido la aplicación por los órganos judiciales de la previsión de inmunidad, establecida por la DTSA, pues en ocasiones, erróneamente, la han aplicado como una causa de defensa del denunciante<sup>19</sup>. Como se ha afirmado, por su naturaleza, la inmunidad extingue la responsabilidad antes del litigio, actúa previamente, al igual que una vacuna inmuniza al paciente contra la enfermedad, y por lo tanto se diferencia de una “defensa” frente a la demanda de exigencia de responsabilidad<sup>20</sup>. En el contexto de la DTSA, el propósito de la inmunidad era eliminar la necesidad de que un informante sufra los gastos y la tensión de la defensa frente a una demanda de secreto comercial. En consecuencia, se afirma que el único papel del tribunal en un caso de revelación de secretos comerciales, consecuencia de denuncia de irregularidades, es decidir si se aplica la inmunidad, atendiendo a las actividades protegidas de la DTSA y a los fines públicos perseguidos por esta norma<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> 18 U.S.C. § 1833(b) (2012).

<sup>18</sup> PATELA, A. B., PADE, J. A., CUNDIFF, V., NEWMAN, B., “The Global Harmonization of Trade Secret Law: The Convergence of Protections for Trade Secret Information in The United States and European Union”, *Def. Counsel Journal*, n.º 83, 2016, p. 472.

<sup>19</sup> La aplicación judicial ha sido criticada por ejemplo en el caso *Unum Group v. Loftus* (*Unum Group v. Loftus*, No. 4:16-CV-40154-TSH, 2016 WL 7115967 (D. Mass. Dec. 6, 2016). donde el tribunal, malinterpretó el esquema de protección del denunciante bajo la DTSA y, en lugar de reconocer que Loftus gozaba de inmunidad de responsabilidad, el tribunal trató la disposición de inmunidad de los informantes, simplemente, como una causa en su defensa, que debe ser alegada y probada como una *affirmative defense* o defensa positiva.

<sup>20</sup> Como explicó el juez Anthony Kennedy en un caso distinto pero muy ilustrativo (en *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194 (2001)) la inmunidad no es una “mera defensa” frente a una exigencia de responsabilidad sino una “inmunidad frente a una demanda judicial”.

<sup>21</sup> *Unum Group v. Loftus*, No. 4:16-CV-40154-TSH, 2016 WL 7115967 (D. Mass. Dec. 6, 2016). Donde, como aquí, el empleado afirma bajo juramento que divulgó documentos de la compañía a funcionarios gubernamentales o a un abogado de confianza únicamente con el propósito de informar o investigar una presunta violación de la ley, El régimen de inmunidad de los denunciantes bajo la DTSA requiere al empleador, propietario del secreto comercial, presentar pruebas concretas de que el empleado o contratista ha compartido información de secretos comerciales

## 5.2. Denuncia de irregularidades y secreto empresarial en España

Por lo que respecta a nuestro país, para abordar el tema que nos ocupa, es decir, la denuncia que conlleve revelación de un secreto empresarial será necesaria la coordinación entre la futura ley de trasposición de la Directiva 2019/1937 y la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales, según la cual es lícita la obtención, uso y revelación de los secretos empresariales “con la finalidad descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial” (art. 2.3. b).

En iguales términos que la citada Directiva de 2016, en España, la Ley 1/2019 ampara, vía excepción, a cualquier denunciante, que señale “alguna falta, irregularidad o actividad ilegal”, siempre que se realice “en defensa del interés público”. De esta forma, esa actividad de denuncia, que conlleve revelación de un secreto empresarial, quedaría a salvo de una posible demanda por parte de la empresa afectada pues, como señala en su preámbulo esta ley, las vías de acción civil frente a la obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos empresariales no deben comprometer ni menoscabar los derechos y libertades fundamentales, ni el interés público.

El art. 2 de la Ley 1/2019, que marca los límites en la obtención, uso y revelación “lícitas” de los secretos empresariales, indica claramente que no procederán las acciones ni las medidas previstas en esa ley cuando la actividad del denunciante tenga “como finalidad descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial” (art. 2.3. b). De esta forma, el citado precepto ampara, vía excepción, a cualquier denunciante, que señale “alguna falta, irregularidad o actividad ilegal”, siempre que se realice “en defensa del interés público”. Por ello, esa actividad quedaría a salvo de una posible demanda por parte de la empresa afectada pues, como señala en su preámbulo esta ley, las vías de acción civil frente a la obtención, utilización o revelación ilícitas de secretos empresariales no deben comprometer ni menoscabar los derechos y libertades fundamentales ni el interés público. En definitiva, la Ley de Secretos Empresariales protege indirectamente a los denunciantes en el ámbito empresarial, pues la empresa carece de acción (civil) contra ellos por revelación de secretos empresariales.

Ahora bien, será precisa la coordinación entre la Ley 1/2019 y la próxima ley sobre protección de informantes, que impondrá una nueva lectura de algunos de sus preceptos. En primer lugar, la tutela de la persona informante o denunciante también en estos casos de revelación de secretos empresariales exigirá que la misma cumpla con las exigencias legales para que esté protegida y que, como vimos, estaban referidas a la exigencia de la creencia razonable sobre la veracidad de la información y al uso correcto de las vías de denuncia establecidas. Además, también será necesario que la revelación del secreto fuera necesaria a los efectos de realizar la referida denuncia.

En segundo lugar, sería aconsejable además que la ley de trasposición de la Directiva abordará la cuestión procedimental en la protección de la persona alertadora o denunciante, que revela un secreto comercial. Ya vimos que la Directiva 2019/1937 establece de forma genérica que esta persona “no incurrirá en responsabilidad de ningún tipo” y, más concretamente, afirma el derecho a alegar en su descargo en los procedimientos judiciales el ser denunciante protegido (art. 21.7), pero no se determina traslación de la carga de la prueba a su favor. Solo en sus considerandos se afirma que la persona que inicie procedimiento por vulneración de secreto empresarial debe tener la carga de probar que el denunciante no cumple los requisitos de la Directiva (considerando 97).

---

fuera de las categorías protegidas o para un propósito no permisible. A falta de tal evidencia, el contratista o el empleado es libre de trabajar con un abogado para investigar e informar supuestas violaciones de la ley y estaría inmune a la demanda por violaciones de secretos comerciales. Por ello, se critica la citada sentencia *Unum Group v. Loftus* en MENELL, P. S., “Misconstruing Whistleblower Immunity under the Defend Trade Secrets Act”, *Nevada Law Journal Forum*, n.º 1, 2017, p. 92.

De otra parte, si atendemos al contenido de la Ley 1/2019, esta afirma que, en todo caso, no procederán las acciones y medidas previstas en esta ley cuando se dirijan contra actos lícitos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial (art. 2.3 Ley 1/2019). Por lo tanto, cuando se revele un secreto empresarial en el curso de una denuncia protegida, no proceden las acciones civiles previstas en el art. 9 de la Ley 1/2019.

Sólo es preciso recordar que sigue vigente el art. 279 del Código Penal relativo a la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva<sup>22</sup>, aunque, dada la interpretación de este, no resultaría aplicable en supuestos de revelación o denuncia de infracciones cometidas por la empresa<sup>23</sup>. Sobre el tema, podemos recordar la SAP de Valencia, de 30/5/2012, que condenaría por un delito continuado de descubrimiento de secretos y que fue revocada por la STS (II) de 22/10/2013. En esta última sentencia, el TS afirmaría que la conducta de poner en conocimiento de la autoridad competente una información para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impuesta en el art. 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), el deber de denunciar impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (art. 262 LECr.).

En todo caso, tras la transposición del transcrito art. 21.7 de la Directiva Whistleblowing, quedará clara la inexistencia de responsabilidad de ningún tipo de los denunciante de infracciones empresariales que conlleve una revelación de secretos empresariales. Como señala GOÑI SEIN, aunque la conducta quedara encuadrada en el ámbito del tipo básico del delito de revelación de secretos empresariales del artículo 279 Código Penal, el alertador no podría ser objeto de sanción<sup>24</sup>. La ley española de trasposición también debe aclarar la protección de la persona denunciante en el procedimiento por revelación de secretos empresariales, es decir, si la persona que inicie el procedimiento debe tener la carga de probar que el denunciante no cumple los requisitos legales.

## 6. DENUNCIA DE IRREGULARIDADES Y SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO/A

Finalmente, el tema analizado también suscita ciertos interrogantes sobre la relación entre la denuncia de infracciones empresariales y la salvaguardia del secreto profesional entre cliente y abogado. De partida, la Directiva ha optado por excluir este caso de la exención de responsabilidad de la persona denunciante, pues la misma se reconoce en el art. 21.2 “sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 3.2 y 3.3” en los que la Directiva se refiere entre otros a la protección del secreto profesional de los abogados. Como indica en su considerando 26, esta Directiva no debe afectar a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes (prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado) tal como se establezca en el Derecho nacional y, en su caso, en el Derecho de la Unión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En consecuencia, esta garantía de indemnidad de la persona denunciante no le protegerá si revela información que afecte al secreto profesional en la relación cliente-abogado (art. 3.3).

Sin embargo, atendiendo al amplio concepto de persona denunciante, el abogado de empresa puede entenderse sujeto protegido cuando acceda a información sobre infracciones relevantes, en el contexto de su actividad y siempre que actúe de conformidad con la norma legal de trasposición de la Directiva. En este caso, podríamos plantearnos si se le aplicaría la exención de responsabilidad prevista normativamente. Será preciso pues centrarnos en la exclusión del ámbito de protección de la Directiva de la denuncia que viole el secreto profesional en la relación cliente abogado; en su ámbito de aplicación y límites, y en concreto, en su aplicación a los abogados/as de empresa.

<sup>22</sup> Según el cual esta actividad se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

<sup>23</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 864/2008, de 16 diciembre, (Recurso de Casación núm. 491/2008).

<sup>24</sup> GOÑI SEIN, J. L., “El sistema europeo de protección del denunciante en la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre”, cit., p. 243.



Si analizamos rápidamente nuestro régimen jurídico, podemos constatar que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 542, limita el ámbito del secreto profesional de los abogados a los actos de asesoramiento y defensa de los clientes y que el art. 416. 2 LEcr. dispensa a los abogados de testificar sobre hechos delictivos de sus clientes, al haber obtenido su conocimiento a través de ellos mismos. Por su parte, de una forma mucho más amplia también puede traerse a colación que el art. 5 Código Deontológico de la Abogacía Española señala el deber y derecho del abogado al secreto profesional como una garantía del proceso (art. 24 CE), si bien no establece distinciones ni limitación alguna entre los letrados que ejercen la abogacía de forma independiente y los abogados de empresa.

En el contexto normativo, hemos de destacar la regulación sobre denuncia de blanqueo de capitales y, entre nosotros, la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, pues podría ser cuestionado el secreto profesional ante presuntas operaciones de blanqueo de capitales detectadas por el abogado en su relación profesional con el cliente. En España, el art. 22 Ley 10/2010 exonera a los abogados de la obligación de comunicar sospechas de estos delitos, contribuyendo así a preservar el derecho al secreto profesional. En todo caso, el secreto profesional en este ámbito ha sido ya matizado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup>.

Pues bien, centrándonos ya en la aplicación del secreto profesional a los abogados de empresa hemos de hacer referencia a la doctrina del TJUE, al que remite el considerando 26 de la Directiva 2019/1937. El TJUE ha afirmado que el secreto profesional constituye una garantía esencial de la libertad del individuo y del buen funcionamiento de la Justicia, de manera que forma parte del orden público en la mayoría de los Estados, condicionando a dos requisitos la confidencialidad de los abogados/as. En primer lugar, a su relación con los derechos de defensa, la correspondencia mantenida se circunscribe al marco e interés de los derechos de defensa del cliente y, en segundo lugar, a la independencia del abogado, que no puede estar vinculado a su cliente mediante una relación laboral<sup>26</sup>.

Esta doctrina limita así la operatividad del secreto profesional al abogado/a de empresa. El TJUE considera que el abogado/a de empresa se encuentra sometido a una relación dependiente en el plano orgánico, jerárquico y funcional, es decir, existe una identificación personal con la empresa. En un sentido similar podemos citar, en la práctica judicial norteamericana, la Sentencia *Wadler v. Bio-Rad Laboratories*, (9th Cir. 2019). Esta sentencia declara la violación por parte de la empresa de la Ley SOX y la Ley Dodd-Frank (sobre protección de denunciantes en EE. UU.), al despedir al abogado de la empresa en represalia por un informe interno, en el revelaba que la compañía había cometido violaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en concreto en China.

Por lo tanto, atendiendo a la doctrina judicial del Tribunal de Justicia, podemos concluir que la exención de responsabilidad de la persona que denuncie de conformidad con la Directiva 2019/1937, será aplicable al abogado/a de empresa, que estaría protegido en su derecho a denunciar irregularidades de la empresa en los términos de la citada norma y de su trasposición por la próxima ley de protección de alertadores y denunciantes en España.

---

<sup>25</sup> Pues en relación con la normativa francesa ha afirmado que la obligación de informar de los abogados sobre la sospecha de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo de sus clientes no representa una interferencia desproporcionada en las obligaciones profesionales de los abogados, ni viola el artículo 8 del CEDH. *Vid.*, ampliamente sobre la sentencia: GONZALEZ PASCUAL, M., “Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, 2014, pp. 381-404.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 mayo 1982, AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas, 155/79 (ECLI:EU:C:1982:157; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea. Asunto C-550/07.