

Legal Status

Enero 2022

1. Compliance
2. Disputas
3. Energía
4. Laboral

Transparencia en la denuncia de infracciones en las empresas



DANAE BALCELLS

Asociada

dbalcells@bartolomebriones.com

El 17 de diciembre se cumplió el plazo para que los estados miembros transpongian 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, en adelante la “Directiva *Whistleblower*”. El Ministerio de Justicia abrió un periodo de consulta pública relativa a la transposición de la Directiva *Whistleblower* en enero de 2021, pero no ha trascendido ningún anteproyecto ni, por tanto, que dicha no ha sido aprobada antes de finalizar el 2021, a pesar de las previsiones del Gobierno.

Ámbito de aplicación

La Directiva *Whistleblower* establece unas normas comunes de protección a los denunciadores sobre infracciones del derecho de la Unión Europea que son perjudiciales para el interés público. Esta Directiva es aplicable al denunciar infracciones del derecho de la UE en uno de los ámbitos siguientes i) contratación pública; ii) servicios, productos y mercados financieros, y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; iii) seguridad de

los productos y conformidad; iv) seguridad del transporte; v) protección del medio ambiente; vi) protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear, vii) seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; viii) salud pública; ix) protección de los consumidores; x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información.

Canal interno de denuncia

De acuerdo con la Directiva *Whistleblower*, las entidades públicas y privadas que cuenten con más de 50 trabajadores están obligadas a establecer en el seno de su organización un canal interno de denuncia efectivo, confidencial y seguro donde los empleados, clientes o proveedores puedan denunciar las posibles infracciones normativas de las entidades.

El procedimiento del trámite de la denuncia constará de varias fases. La primera, es la denuncia sobre el incumplimiento, que puede ser verbal o escrita. A continuación, el departamento de la empresa encargado de investigar el acto denunciado deberá pronunciarse en un plazo máximo de 3 meses tal y como establece el artículo 9 de la Directiva *Whistleblower*.

Canal externo de denuncia

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, la Directiva *Whistleblower* también establece la obligación de los Estados miembros de facilitar canales de denuncia externa que sean independientes y autónomos y que consecuentemente sigan las denuncias.

También obliga a que las autoridades competentes de los Estados miembros designen a los miembros del personal responsable para tratar las denuncias.

“De acuerdo con la Directiva *Whistleblower*, las entidades públicas y privadas que cuenten con más de 50 trabajadores están obligadas a establecer en el seno de su organización un canal interno de denuncia efectivo, confidencial y seguro donde los empleados, clientes o proveedores puedan denunciar las posibles infracciones normativas de las entidades.”

Medidas de protección a los denunciantes y personas afectadas por la denuncia

La Directiva *Whistleblower* tiene el objetivo de fomentar las denuncias de infracciones por parte de quienes están en una mejor posición para conocer las actividades ilícitas o fraudulentas que tienen lugar en las empresas, ello incluye a trabajadores, administradores y directivos.

Para beneficiarse de las medidas de protección de la Directiva *Whistleblower*, el denunciante debe denunciar hechos que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva *Whistleblower*. Además, el

denunciante debe creer razonablemente en el momento de la denuncia que los hechos denunciados son ciertos y debe haber acudido a los canales de denuncia internos, externos, es decir las autoridades competentes, o haber hecho una revelación pública en los casos en que consideren que no se han tomado las medidas necesarias en el plazo establecido por la normativa.

La Directiva *Whistleblower* recoge un listado no exhaustivo de medidas que pueden constituir amenazas o represalias contra los denunciantes. A modo de ejemplo, se incluye la suspensión, el despido o el cambio de puesto de trabajo. Para combatir este tipo de medidas, la Directiva *Whistleblower* establece medidas de apoyo para los denunciantes, como información y asesoramiento completos e independientes sobre la protección que presta el ordenamiento jurídico, asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes y, en su caso, asistencia jurídica en los procesos en los que se pueda ver involucrado el denunciante.

Asimismo, la Directiva *Whistleblower* obliga a los estados miembros a incorporar una serie de medidas de protección del denunciante frente a represalias. Entre ellas, se encuentran la exención de responsabilidad del denunciante por incumplir alguna restricción de relevación de información o por adquirir o acceder a la información comunicada o revelada públicamente salvo que constituya por sí un delito.

Conclusión

La Directiva *Whistleblower* pretende armonizar la normativa a nivel europeo sobre la protección de los individuos que denuncien incumplimientos del derecho de la Unión Europea. Los Estados miembros tenían hasta el 17 de diciembre de 2021 para transponer la Directiva *Whistleblower*, no obstante, el legislador español todavía no se ha pronunciado sobre esta materia ni se han proporcionado fechas acerca de su adaptación a la normativa nacional.

El legislador español podría ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva *Whistleblower*, extendiéndolo del derecho comunitario al derecho interno español, de forma que se pueden utilizar los canales de denuncia para informar de infracciones de dichos derechos. El legislador deberá decidir también en materia de protección de la identidad del denunciante, según la Directiva *Whistleblower*, se garantiza la confidencialidad, y permite a los Estados miembros que establezcan la obligación de que las denuncias se realicen de manera anónima para que la protección sea no solo adecuada, sino también óptima.

Enero 2022

Acción social de responsabilidad de los administradores



ANTONI FAIXO

Of Counsel

afaixo@bartolomebriones.com

En un artículo anterior analizamos las distintas acciones que pueden instarse contra el administrador de una sociedad, por actos lesivos: la acción individual, que pueden instar los socios o acreedores a título personal por perjuicio propio; y la acción social, que pueden instar los socios por perjuicio a la sociedad.

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado la sentencia nº 889/2021, de fecha 21 de diciembre de 2021, donde analiza en detalle las características y requisitos de la acción social.

En el caso concreto, algunos socios demandaron a los administradores porque consideraban que habían dañado los intereses de la sociedad, al haber transferido a sus cuentas unas cantidades de aproximadamente 350.000€ para un administrador, y 690.000€ para otro, a lo largo de 3 años, más haber endeudado a la sociedad con un préstamo bancario de 600.000€ para sufragar esos gastos.

El Tribunal Supremo, al igual que la Audiencia Provincial, rechaza la acción instada, con base en los siguientes argumentos:

1. Que hubo pactos de socios aprobados en junta general de socios, que aprobaban pagar una retribución a los socios que trabajan para la sociedad, y los administradores eran socios que trabajaban efectivamente para la sociedad (era una escuela y ellos eran profesores).
2. Que en su caso los socios demandantes deberían haber impugnado aquellos pactos de socios cuando se aprobaron, pero no instar una acción social de responsabilidad años después.
3. Que en su caso los socios demandantes deberían instar una acción individual de responsabilidad, si consideran que sus derechos personales como socios minoritarios son perjudicados, pero no la acción social porque hubo pactos de socios aprobados.
4. Que la obtención de un préstamo bancario es una operación mercantil habitual para cualquier sociedad y debe presumirse como algo correcto, y que en este caso concreto se destinó a pagar impuestos.

La sentencia también realiza un análisis interesante sobre el concepto de "interés social", valorando que consiste principalmente en el interés del conjunto de los socios, esencialmente económico, pero que también incluye un interés de la propia sociedad, que se materializa en la

consecución de la finalidad de su objeto social.

Por otro lado, la sentencia se refiere también al requisito de buena fe de los demandantes, indicando que el mismo no concurre en este caso porque los socios demandantes también habían percibido pagos de la sociedad y no habían ofrecido su devolución, es decir que eran partícipes de los propios actos denunciados. Sin embargo, el tribunal expone que ello no obsta a que se haya entrado a valorar el fondo del asunto y que se haya considerado que no concurren los requisitos objetivos de la acción social de responsabilidad.

En conclusión, la sentencia considera que no puede haber acción social cuando la actuación de los administradores está legitimada por un acuerdo previo de los socios, y que, si el socio demandante reclama porque considera perjudicados sus intereses propios, debe instar la acción individual y no la social.

En consecuencia, es esencial analizar y valorar a fondo las circunstancias de cada caso cuando se pretende demandar a los administradores, a fin de decidir si dicha demanda debe instarse como acción individual o como acción social, más allá de otras posibles acciones judiciales pertinentes o necesarias como la impugnación de un acuerdo de junta de socios.

Enero 2022

Aprobado el PERTE de Energías Renovables, Hidrógeno y Almacenamiento

Se prevé movilizar 16.300 millones de euros y generar 280.000 puestos de trabajo



IGNACIO PUIG

Asociado Senior

ipuig@bartolomebriones.com

El pasado 14 de diciembre, el Consejo de Ministros aprobó, a propuesta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO), el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) de Energías Renovables, Hidrógeno Renovable y Almacenamiento (ERHA), para desarrollar tecnología, conocimiento, capacidades industriales y nuevos modelos de negocio que refuercen la posición de España en el campo de las energías limpias.

1. ¿Qué son los PERTE?

Los Proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica (PERTE) son proyectos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de carácter estratégico con gran

capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española, con un alto componente de colaboración público-privada y transversales a las diferentes administraciones.

Son una nueva figura, con vocación de permanencia, concebida como un mecanismo de impulso y coordinación de proyectos muy prioritarios, especialmente complejos o en los que exista un claro fallo de mercado, externalidades importantes o una insuficiente iniciativa o capacidad de inversión por parte del sector privado. Su objetivo es contribuir a una gestión ágil y eficiente de los fondos y reforzar aquellos proyectos que contribuyan claramente a la transformación de la economía española.

Hasta ahora, se han aprobado los PERTE para el desarrollo del vehículo eléctrico y conectado (13 julio 2021), PERTE para la salud de vanguardia (30 de noviembre de 2021) y el que aquí nos ocupa, PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento (14 de diciembre de 2021).

2. ¿Qué es el PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento?

El PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento es un conjunto de medidas con las que el Gobierno español pretende apuntalar las áreas asociadas a la transición energética en la que España está bien posicionada, como las energías renovables, la electrónica de potencia, el

almacenamiento o el hidrógeno renovable, y reforzar aquellas con menor presencia.

Para lograrlo se ponen en marcha las siguientes actuaciones:

- i. 25 medidas transformadoras encaminadas al desarrollo de tecnología capacidades industriales, nuevos modelos de negocio y su implantación en el tejido productivo del país.
- ii. El sello distintivo Energía NextGen para dar seguimiento a los proyectos relacionados con un mismo objetivo estratégico que reciban distintas ayudas.
- iii. 17 medidas de acompañamiento para favorecer el desarrollo del PERTE, como formación y capacitación que permita la adaptación de las industrias a las nuevas tecnologías y aprovechar las oportunidades de generación de empleo.
- iv. Un sistema de seguimiento, evaluación y análisis del impacto en la cadena de valor de transición energética en España.

Por otro lado, los instrumentos y medidas del referido PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento prevén:

- a) movilizar una inversión total superior a 16.300 millones de euros, entre aportación pública y privada,

- b) generar más de 280.000 empleos, entre directos, indirectos e inducidos en el resto de la economía,

- c) maximizar las oportunidades económicas, industriales, laborales, de innovación y de implicación de la ciudadanía y las Pymes.

“El PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento es un conjunto de medidas con las que el Gobierno español pretende apuntalar las áreas asociadas a la transición energética.”

3. ¿Cuándo y cómo estarán disponibles los fondos del PERTE de energías renovables, hidrógeno renovable y almacenamiento?

Según fuentes gubernamentales, las líneas de ayuda del PERTE ERHA estarán disponibles entre 2022 y 2023, aunque los proyectos beneficiarios se podrán ejecutar hasta 2026. De hecho, algunos de los programas ya están en marcha, puesto que acaban de superar la fase de información pública cuatro convocatorias dotadas con más de 500 millones de euros.

Estos programas están ligados a la cadena de valor del hidrógeno renovable, proyectos pioneros de hidrógeno verde, proyectos de I+D en almacenamiento energético y

proyectos piloto para comunidades energéticas. El resto de líneas de actuación se irán concretando en los próximos meses.

Además, y con carácter general, las ayudas de este PERTE se otorgarán mediante convocatorias de concurrencia competitiva para seleccionar los mejores proyectos. Las convocatorias compartirán criterios de selección comunes que tendrán en cuenta la participación de pymes, el impacto sobre la cohesión territorial, la transición justa, la creación de empleo o la innovación.

Asimismo, tendrá prioridad la inversión a corto plazo que sea compatible con la consecución de las metas fijadas a medio y largo plazo.

El presupuesto de cada una de las actuaciones será aproximadamente el siguiente:

ÁMBITO	LÍNEAS	Inversión Pública	Inversión Privada
Medidas transformadoras del PERTE ERHA	Renovables innovadoras	765 M€	1.600 M€
	Almacenamiento, flexibilidad y nuevos modelos de negocio	620 M€	990 M€
	Hidrógeno Renovable	1.555 M€	2.800 M€
	Transición Justa	30 M€	
	Sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación	588 M€	-
SUBTOTAL		3.558 M€	5.390 M€
Medidas facilitadoras	Transición Energética	2.245 M€	2.303 M€
	Movilidad con gases renovables	80 M€	143 M€
	Capacitación, formación profesional y empleo	496 M€	-
	Ámbito tecnológico y digital	541 M€	1.614 M€
SUBTOTAL		3.362 M€	4.060 M€
TOTAL PERTE ERHA		6.920 M€	9.450 M€
TOTAL		16.370 M€	

Como se puede observar, el PERTE de Energías Renovables, Hidrógeno y Almacenamiento movilizará una cantidad muy sustancial de recursos económicos y generará cientos de miles de empleos, reafirmando la importancia de las energías limpias y compromiso con el medio ambiente por parte del estado español y la Unión Europea.

Se espera que se publiquen otros PERTE referentes a materia aeroespacial, cadena agroalimentaria y lengua española. Sin embargo, el más ambicioso y que más impactará en la economía española, será el de Energías Renovables, Hidrógeno y Almacenamiento.

Negociación del Plan de Igualdad en empresas sin representación legal de los trabajadores

¿Es posible constituir una comisión “Ad Hoc” de trabajadores?



BEATRIZ CORRAL

Asociada

bcorral@bartolomebriones.com

Habida cuenta de las numerosas consultas sobre esta cuestión de gran trascendencia práctica, el Tribunal Supremo, (Sentencia de 26 de enero de 2021, rec. 50/2020), se pronuncia descartando la posibilidad de negociar el Plan de Igualdad a través de una comisión “ad hoc” de trabajadores en empresas que no tienen representación legal de trabajadores, ratificando así el criterio mantenido por la Audiencia Nacional (Sentencia de 10 de diciembre 2019, rec. 163/2019).

En el caso particular, una empresa suscribió el Plan de Igualdad con una comisión de cinco empleados nombrados unilateralmente por la empresa. Establece el Tribunal Supremo que esta comisión no puede considerarse como una comisión “ad hoc”. En concreto:

“descartado que la negociación de los planes de igualdad pueda encomendarse a una comisión ad hoc, puesto que el ‘...Plan de igualdad ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, lo que no permite sustituir el mismo por un acuerdo entre la empresa y una comisión de trabajadores creada ad hoc para su negociación”

Es más, el artículo 5.3 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo no habilita explícitamente esta opción. En este sentido, dicho artículo convoca para estos casos a la representación de trabajadores integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa, con un máximo de seis miembros. Esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquellas organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días.

Razona el Tribunal que la comisión “ad hoc” es una fórmula negociadora excepcional habilitada por el legislador cuando no hay representación legal de trabajadores para determinadas modalidades de negociación colectiva de flexibilidad interna y externa, por ejemplo, en períodos de consulta de la movilidad geográfica (art. 40 ET), modificaciones sustanciales colectivas (art. 41 ET), suspensiones de contratos y reducciones de jornadas (art. 47 ET), despidos

colectivos (art. 51 ET) e inaplicaciones de convenios (art. 82.3 ET).

Sin perjuicio de todo lo anterior, resulta conveniente analizar qué ocurre en aquellos casos en los que, además de no existir representación legal de los trabajadores, ningún sindicato responde en el citado plazo de 10 días a la convocatoria de la empresa, puesto que la normativa nada señala sobre qué ocurre si la empresa no ha obtenido dicha respuesta.

Pues bien, la empresa tendrá que agotar todas las posibilidades previstas, requiriendo nuevamente a las centrales sindicales legitimadas para que formen parte de la comisión negociadora del plan. Evidentemente, la no respuesta del sindicato o sindicatos legitimados no deja sin efecto la obligación empresarial de suscribir el Plan de Igualdad.

En caso de que finalmente la empresa no obtenga respuesta, deberá adoptar el Plan de Igualdad de forma unilateral. En tal supuesto, resulta bastante recomendable dar entrada a la plantilla de la empresa en la medida en que puede agilizar la implementación del Plan.

Recuerda así la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su artículo 47 la transparencia al proceso de implantación del Plan de Igualdad, toda vez que *“se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos”*.

Por tanto, ante la ampliación de las empresas obligadas a realizar el plan de igualdad a partir del próximo 7.03.22 (empresas de más de 50 empleados), resulta importante advertir que no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión ad hoc, debiendo recurrir a la negociación de los Planes de Igualdad a través de los Sindicatos más representativos en sector en el que opere la Empresa.

Enero 2022

Legal Statute

www.bartolomebriones.com

*Estos artículos no constituyen asesoramiento legal.