

ACTUALIDAD ANÁLISIS

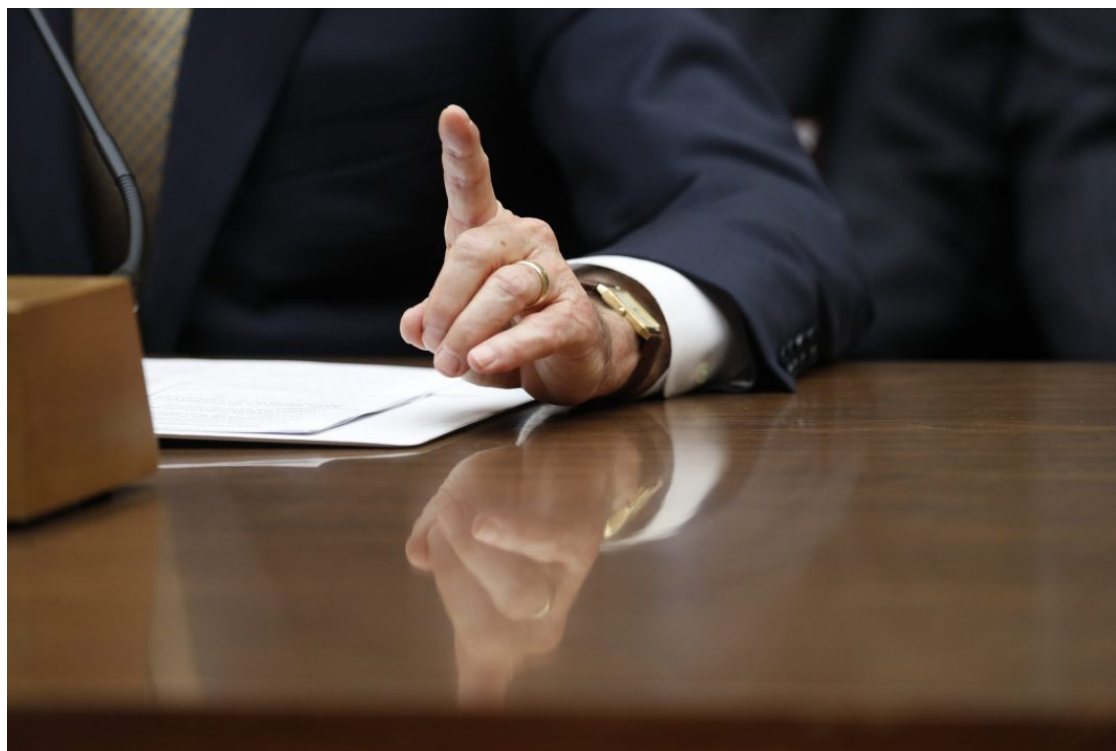
La Audiencia Provincial de Barcelona decreta que ASPERTIC-VIADENUNCIA es autoridad competente a efectos de la Directiva Whistleblower



por Josep Jover

04/03/2022

0



Hacia meses que habíamos recibido noticias a través de diversas asociaciones de denunciantes de corrupción de los primeros intentos de solicitud de medidas de protección de denunciantes de corrupción, y ahora nos ha llegado la primera de ellas, se trata del auto de la **Sección 1 Civil de la Audiencia de Barcelona**, que

pese a desestimar el recurso de apelación, confirmando el auto que fue del **Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona** que declaraba falta de jurisdicción y competencia, nos aporta unos fundamentos muy importantes y unos antecedentes que darán, sin duda un giro a las posiciones de los denunciantes de corrupción y de los afectados por las disfunciones administrativas donde la discusión de fondo es el incumplimiento del Derecho de la Unión y de los intereses de la misma.

El antecedente que evidentemente debemos anonimizar, es el de una persona funcionaria pública que denuncia a través de un canal externo de la asociación ASPERTIC, establecido como buzón externo a partir del 4 de enero de 2020 por comunicación de dicha actividad a la Comisión Europea. **Aspertic**, administra el buzón bajo el sistema **VIADENUNCIA**, siendo los ámbitos de aplicación del canal, dentro del ámbito de la Unión, los siguientes:

Ámbitos de denuncia

Se aplica en los siguientes casos, por tanto, reconocimiento explícito y positivo de qué es Derecho de la Unión:



- **Cualquier contrato público, (sea cual sea la institución implicada y la cuantía, y quien lo firme por la otra parte, persona física o jurídica, el problema de los interinos).**
- **Servicios, productos y mercados financieros (préstamos, hipotecas, IRPH, comisiones, riesgos, usura... y también alquileres)**
- **Prevención del blanqueo de capitales, cumplimiento legal, (compliance, mecanismos anticorrupción)**
- **Financiación del terrorismo (designación de quien es terrorista y quien no)**
- **Seguridad de los productos que puedan adquirirse dentro del territorio de la Unión (cualquier producto que pueda adquirirse)**
- **Conformidad de los productos bienes y servicios sometidos a la legislación Europea, aunque no afecte a la seguridad de los mismos.**
- **Seguridad del transporte, (sea por carretera, tren, avión, fluvial o marítimo, control y vigilancia de los mismos, aduanas).**
- **Protección del medio ambiente, (urbanismo, caza)**
- **Protección frente a las radiaciones, (clínicas, hospitales, antenas de telecomunicaciones, wifi)**
- **Seguridad nuclear, (centrales y almacenamiento y transporte de residuos)**
- **Seguridad de los alimentos, (etiquetado, caducidad, aditivos)**
- **Control de los piensos y aditivos para animales.**
- **Sanidad animal, (veterinaria, plagas, animales de compañía)**



- Bienestar de los animales, (*¿taurromaquia?, abandono, agresiones a los mismos*).
- Salud pública, (*riesgos, hospitales, farmacia, medicación, política sanitaria, políticas ABQ*).
- Protección de los consumidores de productos y servicios, incluidos los servicios prestados por el Estado (*Expresamente se cita a la Administración de Justicia, Policía, Ejército, Hacienda*).
- Protección de la privacidad y de los datos personales, (*transmisiones transfronterizas de datos, DPD, video-vigilancia, metadatos*).
- Seguridad de las redes telemáticas y otras infraestructuras críticas (*agua, gas, electricidad y comunicaciones*).
- Sistemas de información, (*procedimientos, acceso, agujeros de seguridad y resiliencia;*).
- Cualesquiera infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión tal como se contemplan en el artículo 325 del TFUE (*Lucha contra el fraude, a partir de 10.000 €*).
- Todas las infracciones relativas al mercado interior, tal como se contemplan en el artículo 26, apartado 2, del TFUE (*mercado interior sin fronteras; libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; mercados cautivos, dumping, vulneración de directivas sobre el trabajo*).
- Todas las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia (*competencia desleal, abuso de patentes, contratos de exclusiva*).



- Cualquier actividad que haya percibido ayudas otorgadas por los Estados, aunque no fuera dinero directo de la Unión. (*subvenciones, garantías bancarias, especial agencias, comisiones y organismos de control, transparencia, anti fraude, agencias de protección de datos, comisiones nacionales como la CNMC, -que tienen de tener siempre un mecanismo que controle al controlador -, Casa Real, Consejo de Estado, CGAE, CGPJ, CGPE, patronales, sindicatos, cofradías, clubs de futbol, fundaciones, patronatos, medios de comunicación, instituciones dedicada a Formación, asociaciones culturales, insertos o Iglesias), Consejos (Consejo de Estado), tribunales (Tribunal de Cuentas).*
- Todas las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades (*fiscalidades modificadas por decreto por la instalación de un proyecto empresarial*).
- Cualquier práctica cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades. (*vacaciones fiscales, desgravaciones específicas. Iglesia Católica-Concordato*)

El caso particular

El procedimiento de los hechos, que fueron acreditados y denunciados a la OLAF y que en estos momentos son objeto de investigación, solicitó a la gestora del buzón externo la protección que deriva de la directiva 2019/1937 CE.

La acción fue interpuesta en Barcelona, sede de la asociación que gestiona el canal de denuncias externas



y el tipo de acción fue a través del llamado DERECHO DE PETICIÓN de la Ley orgánica 4/2001 de 12 de noviembre, siendo reconocido por el juzgado de instancia y posteriormente por el propio Ministerio Fiscal, parte en el proceso, la legitimación activa del gestor del canal de denuncias.

La legitimación activa de ASPERTIC-VIADENUNCIA se basaba en unos fundamentos procesales en los que entremezclaba los arts. 2 y 6 LOPJ, el art. 45 LEC, la Directiva Whistleblowers, el efecto directo del Derecho de la Unión y el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el art. 2 de la LORDP, siendo la actora y el propio Ministerio Fiscal en su informe que razonaron que *< dado que no se preveía un procedimiento específico para canalizar la protección prevista en la directiva invocada por el solicitante, el conocimiento podía corresponder a los juzgados de primera instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 85 de la LOPJ que les atribuye el conocimiento de “los juicios que no vengán atribuidos por esta ley a otros juzgados y tribunales”. Citaba además el art. 4. bis de la misma Ley, que prevé que los “Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea”, y acababa concluyendo que no concurría falta de competencia objetiva.>*

El criterio del Ministerio Fiscal se sostuvo en todo el procedimiento dado que no se opuso al Recurso de Apelación de ASPERTIC-VIADENUNCIA, considerando que la resolución era competencia del Juzgado instructor, en este caso el Juzgado de instancia de Barcelona.



La petición y objeto del pleito no era otra que la que JUDICIALMENTE se reconociese y tutelase al denunciante de corrupción y su familia lo siguiente:

– *La prohibición de todas las formas de represalias como consecuencia de haber comunicado información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades.*

– *Medidas de apoyo frente a represalias.*

– *Una protección efectiva frente a represalias.*

– *Medidas organizativas para hacer efectivas las anteriores, como el derecho a que el expediente sea tramitado por alguien plenamente independiente y a que su identidad esté protegida mientras cualquier proceso de investigación desencadenada por la denuncia o la revelación pública esté en curso.*

No parece ni el Juzgado en su resolución ni la audiencia en apelación, sino todo lo contrario, que lo expuesto en demanda y expresamente peticionado esté fuera de lugar, ni sea un supuesto ajeno a la protección jurisdiccional, antes al contrario, pero se fundamentan en la falta de regulación legislativa, no transposición de la directiva, en las normas procesales como veremos, considerando que el supuesto no está dentro de la esfera de la vis atractiva civil y que conforme a ello consideran finalmente la falta de jurisdicción y competencia.

Legítima pues la figura del Instructor y del canal de denuncias, así como sus capacidades legales de conformidad con la Directiva 2019/1937. En este caso parece que el único canal que hasta el momento ha



sido declarado conforme a la Unión europea es ASPERTIC con el procedimiento VIADENUNCIA.

Pese a tal resolución final has aspectos muy destacables en la resolución porque si bien cierran la puerta a la resolución sobre el fondo, en el TERCERO de los fundamentos del auto de la audiencia de Barcelona, se pronuncia sobre que **ASPERTIC-VIADENUNCIA es una autoridad competente**, a efectos de la Directiva; primero al haber realizado los trámites ante la unión europea para ello, en segundo lugar porque se ha tramitado debidamente la información y denuncia. La instrucción ha sido correctamente planteada y desarrollada.

Eso sí, le indica al recurrente que la mezcla de “autoridades competentes”, reforzando lo ya sabido que las “**autoridades competentes**” en el sentido de la directiva, no son las judiciales sino **extrajudiciales**, correspondiendo a las judiciales exclusivamente la de protección de derechos fundamentales derivadas de la aplicación de la directiva y por ello tras distinguir autoridades y el reconocimiento a autoridad a la gestora de la denuncia, la deriva a la via contenciosa administrativa de la protección de los derechos fundamentales conforme a los artículos 114 y ss de la LJCA por remisión del art, 12 de la Ley Orgánica del Derecho de petición .

Se reserva pues para sí, para el poder judicial, la figura del controlador de controladores. La validación en última instancia de las resoluciones del instructor de la Directiva 2019/1937; pero la “**autoridad competente**” es el instructor del canal de denuncias, figura que, además la propia Directiva le da una protección



especial. Resoluciones con la fuerza de “autoridad competente”.

Finalmente y como claro aviso a navegantes la resolución de la audiencia de Barcelona, concluye que la falta de transposición de la directiva así como la vulneración de los Derechos de los denunciantes de corrupción conllevará seguro **la responsabilidad patrimonial del estado**, atendiendo al cumplimiento de los requisitos de la sentencia Faccini Dori de 17 e julio de 1994(C91/92) y Marleasing, de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89).

Y en Derecho de la Unión no hay inimputables ni aforados; y tampoco hay diferenciación entre lo civil, lo administrativo o lo militar.
