

Los programas de compliance en EEUU están en riesgo por la reciente sentencia de la Corte Suprema

Los resultados de la sentencia del Tribunal Supremo pueden llegar a ser catastróficos

El día 21 de febrero del año 2018, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se pronunció sobre el caso **Digital Realty Trust** contra el que fuera su Vicepresidente **Somers.**

El caso analizado pone en la cuerda floja la protección que la **Dodd-Frank Consumers Act**, la más importante reforma legal en Wall Street en años, proporciona a los empleados de las empresas que denuncien internamente ilícitos producidos en el seno de la sociedad, es decir los "whistleblowers".

A pesar de que en primera instancia primera el juzgado le dio la razón al empleado **Paul Somers**, quien como represalia por denunciar violaciones de la ley de valores por parte de su empresa es despedido de la misma, el Tribunal Supremo no le da la razón al directivo, ocasionando un gran revuelo entre los distintos abogados de empresa americanos.

El tribunal de instancia después de analizar distintas normas como la importante ley nacida tras el escándalo Enron -Sarbanes – Oxley-, la Securities Exchange Act y la Dodd Frank, **y a pesar de una quizás restrictiva y ambigua definición del término "whistleblower"**, finalmente decidió pronunciarse en favor del claro espíritu de las distintas normas que persiguen crear un entorno donde los empleados se vean animados, incentivados, preparados y sobre todo protegidos frente a posibles represalias a denunciar cualquier posible mala conducta en la empresa. En esta línea, la Directiva Europea 2019/1937 de 16 de diciembre del 2019, pretende que la normativa interna de los Estados miembros establezca mecanismos eficaces y serios de prohibición de represalias en las empresas públicas y privadas frente a los denunciantes.

El problema surge de la definición de "whistleblower" que da la Dodd Frank, **y que la empresa Digital ha utilizado para argumentar que para poder beneficiarse de las protecciones que la ley establece hay que denunciar directamente a la SEC** y que por tanto el empleado que denuncie internamente podría de manera legal ser despedido por la empresa. Esto, como es evidente, choca frontalmente con los programas de compliance que las empresas vienen desarrollando durante tiempo, que quedarían seriamente "dañados", y con el espíritu de conducta ética que finalmente se busca infundir en el quehacer de las empresas. **Los resultados de la sentencia del Tribunal Supremo pueden llegar a ser catastróficos**, como ha indicado el prestigioso abogado norteamericano Stephen Kohn, ya que los directivos y empleados pierden toda la protección por hacer lo que en conciencia es lo correcto, "doing the right thing", los inversores, cuyas decisiones se toman en función de la exactitud de la información proporcionada por la empresa, también se ven seriamente perjudicados y como hemos mencionado antes, los importantes programas de compliance desarrollados para luchar de manera proactiva contra el fraude quedan "tocados", debiendo modificar el espíritu de la letra.

Resulta paradójico que tanto numerosas empresas como la Cámara de Comercio de EEUU, que en el momento del desarrollo y aprobación de las distintas normas que venían a regular la figura del "whistleblower", abogaron fuertemente por incentivar que el empleado denunciara primero siempre internamente, siendo este uno de los aspectos más preocupantes para las mismas, **hayan dado una vuelta de 360 grados y luchen por dejar a los empleados desprovistos de esta protección si así lo hicieran**. La propia normativa europea, fijándose en la citada ley de EEUU con una tradición de hace siglos, concretamente desde el mandato del presidente **Abraham Lincoln**, viene a defender a toda costa, la protección del denunciante, recomendando la utilización previa de los canales internos a los canales o vías externas para denunciar. La realidad es que poco sentido tiene esta "vuelta de tuerca" del Alto Tribunal de los EEUU.

Aquella preocupación por la que los empleados no se "saltasen" y acudieran a los mecanismos de denuncia interna antes de acudir a las autoridades, que se traducía en importantes recompensas económicas para aquellos, se ha convertido hoy en **numerosos pleitos en los que las empresas pretenden que la protección que ampara a los empleados** que denuncian desaparezca y que por lo tanto

medidas como el despedido -convertido en represalia- puedan adoptarse sin consecuencias.

En el caso que nos ocupa, el experto, **Christian Mesía, Presidente del Instituto Europeo de Whistleblower**, considera preocupante la decisión del Tribunal Supremo contra la sentencia del tribunal de instancia competente en esta instancia ya que ambas normativas, la americana y la europea se contradicen, como ocurrió con la prohibición en Europa de que los canales de denuncia fueran anónimos. **La directiva europea ahora se decanta como la norma americana en permitir que los canales de denuncia en las empresas tengan el carácter de anónimo sin olvidar la confidencialidad de los datos**, si bien, y después de más de 120 años, la normativa americana exige que los empleados y directivos denuncien de manera prioritaria a la SEC en lugar de a través del canal de denuncia corporativo, obviando los derechos que asisten al empleado que actúa en línea con los programas de ética y cumplimiento de la propia empresa, si el Presidente Lincoln se levantara….

Puede resultar inquietante que el Tribunal Supremo haya dado la razón a la empresa Digital, ya que quizás desproteja a los trabajadores frente a la empresa y obligue a que los programas de compliance de las empresas tengan que ser modificados.

En nuestro entorno comunitario, los empleados y directivos desde la transposición de la Directiva Europea 2019/1937 tienen ciertas garantías de que si deciden denunciar todas aquellas violaciones de la ley y/o normas internas estarán debidamente protegidos por el Management de la empresa. **El canal de denuncia corporativo es uno de los pilares básicos de la lucha contra el fraude y la corrupción**, y las normas éticas internas ayudan a consolidar las importantes iniciativas de cumplimiento normativo y comportamiento ético en los negocios que se están intentando implantar en los tiempos recientes.

Elocuentes son las palabras del Senador Charles **Grassley** al manifestar: *“We need to send a clear message, from the very top of government, that whistleblowers who expose fraud against the federal government, will receive rewards, not reprisals (Necesitamos enviar un mensaje claro a los máximos representantes políticos, que los whistleblowers que denuncian fraudes cometidos al gobierno federal, deben de recibir recompensas no represalias)”.*

Tanto la primera Enmienda como la **Ley de derechos civiles de 1871** permitían a los trabajadores del gobierno federal reclamar a la autoridad judicial una compensación económica si, como consecuencia de la denuncia eran discriminados y/o despedidos de sus puestos de trabajo. **Estamos ante la primera norma en donde no solamente se hace referencia a la necesaria protección del “delator”, sino también, a la posibilidad de solicitar y percibir una indemnización como consecuencia de las represalias sufridas.**

Fuente: *Economist&Jurist*