

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid*

Letrado de la Seguridad Social

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurispru-
dencia y Legislación*

(Comentario a la STJCE, de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-384/2002) *

El derecho de los trabajadores a ser informados y consultados *versus* la prohibición para su representante, miembro del consejo de administración, de revelar información privilegiada (información relativa a un proyecto, con posibles consecuencias para los trabajadores).

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, actuando en Gran Sala, ha dictado una Sentencia, con fecha 22 de noviembre de 2005, en el Asunto C-284/2002, de gran trascendencia en los tiempos que nos ha tocado vivir, pues pone de manifiesto una de las cuestiones nucleares en las relaciones entre el capital y el trabajo, en los sistemas de economía de mercado en la era de la economía financiera, consistente en que el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados puede entrar en conflicto con la prohibición de revelar información privilegiada establecida con objeto de garantizar el buen funcionamiento de los mercados de capitales.

En la medida en que el Derecho comunitario y el nacional o interno de los Estados miembros contienen una prohibición de revelar información privilegiada, que comprende la información relativa a determinados proyectos empresariales, existirán casos en los que aquellas disposiciones contradigan el derecho de los trabajadores a obtener información sobre hechos que pueden afectar a su situación ¹.

Aquella prohibición de revelar información privilegiada que se contempla en la normativa comunitaria, nacional española, e igualmente de los demás Estados miembros de la Unión Europea y algunos extracomunitarios (p. ej. EE.UU.) puede chocar con el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados porque:

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 277, abril 2006.

¹ Siguiendo el contenido de la Conclusión 20 del escrito correspondiente presentado el 25 de mayo de 2004 por el Abogado General, Sr. Potares Maduro, en adelante el Abogado General.

- a) De una parte, la prohibición de revelar información privilegiada, «se impone a todos los posibles inversores, sin tener en cuenta su función específica en las empresas»² (es decir, sin diferenciar a los trabajadores de cualesquiera otros sujetos).
- b) De otra parte, la «ciudadanía en la empresa» y el fomento de los «objetivos sociales de la Comunidad» imponen el reconocimiento de procedimientos concretos de información y consulta a los trabajadores, en todas las decisiones que puedan afectarles.

Ciertamente, al encontramos ya en la «era de las finanzas», resulta que el buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en esos mercados son requisitos imprescindibles para el crecimiento económico y la creación de empleo.

No obstante el perfeccionamiento de los sistemas democráticos occidentales exige también economías sociales de mercado que suponen un progresivo incremento de la participación («implicación», en terminología comunitaria) de los trabajadores, a través de sus representantes, en las empresas (sociedades mercantiles).

Procurar ambos objetivos no está exento de conflictos de intereses que, en cuanto dignos de tutela, han de estar protegidos por el Derecho, resultando, por tanto, necesario conciliar las normas correspondientes que ordinariamente no estarán en conflicto abierto y directo.

Ha de repararse en que en la «era de las finanzas» aquéllas «han sustituido o están sustituyendo a la industria y los valores que presiden el nuevo modelo de desarrollo económico son los imperantes en el ámbito de las finanzas»³. En los sistemas de economía de mercado⁴ «los mercados financieros son los árbitros del proceso económico y los agentes que intervienen en ellos, predicando y practican los principios del mercado»⁵, con arreglo a un nuevo lenguaje, a nuevos modelos operativos y a nuevos valores⁶. En esta época de «las finanzas», se replantea el sempiterno conflicto entre trabajadores y empresarios, probablemente consustancial al sistema de economía de mercado, en términos diferentes de aquellos en los que otrora, en la era de la economía industrial, se instauró definitivamente.

² Precisa en la Conclusión 21 de su escrito el Abogado General.

³ PRIETO PÉREZ, E., *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, pág. 6.

⁴ Indica GALBRAITH, J.K., *La Economía del Fraude Inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Crítica, Barcelona 2004, pág. 18, que «el término "capitalismo" se encuentra en declive (...). La denominación destinada a sustituirlo es "sistema de mercado", una expresión respetable que cuenta con el respaldo de economistas portavoces empresariales, políticos prudentes y periodistas. La palabra "capitalismo", aunque no muy a menudo, todavía es pronunciada por los perspicaces y expresivos defensores del sistema» y, más adelante, en pág. 24, que «hablar de sistema de mercado (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente». Nuestra Constitución de 1978 establece en su artículo 38 que «se reconozca la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

⁵ PRIETO PÉREZ, E., *op. cit.* pág. 7.

⁶ Indica PRIETO PÉREZ, E., *op. cit.* págs. 12-13 que «en la Era de la industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresa, portadores del espíritu de empresa. Las finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones: en la era de las Finanzas, éstas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores».

No será ya en la fábrica, o sólo en el establecimiento fabril, y por el control de su dirección, donde se produzca la confrontación entre quien detenta la propiedad de los medios de producción (mediante sus representantes) y los trabajadores, sino que allí donde se tomen decisiones, aparentemente alejadas del proceso productivo, pero que afectan a la estabilidad en el empleo, los trabajadores exigen estar adecuadamente informados a fin de poder defender su estabilidad en el empleo, lo cual inevitablemente genera conflictos (en la concreta empresa, con el grupo y su dirección, e incluso con el Estado).

La globalización financiera que potenció la preponderancia de la economía financiera ha concluido por arraigar un nuevo economicismo (más intenso, si cabe, que el inicialmente propiciado por la teoría marxiana ⁷) según el cual la «hipótesis de partida» es que aquella globalización efectiva es «la vía para un desarrollo de la actividad económica con mayores niveles de producción, empleo y renta mundial, así como la mejora significativa de la distribución de ésta» ⁸. Con ello el conflicto entre capital y trabajo se deslocaliza y universaliza, haciendo cada vez más necesario un nuevo marco de relaciones industriales, en el que la información puntual a los trabajadores sobre todo lo que afecte a su empresa, la posibilidad de participar en las decisiones atinentes a la misma, especialmente cuando se pone en cuestión su continuidad de la misma, parece exigible.

En esta nueva era la mejora del empresariado ⁹ y del colectivo de los trabajadores, se asocian, en particular, a la obtención de «beneficios», y éste «ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste aparece como el resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación), operaciones financieras y especulativas».

De ahí que la participación de los trabajadores en las decisiones relativas a la empresa (implicación) y, consecuentemente sus derechos a ser convenientemente informados y consultados, aparezcan desligados del proceso productivo y de su laboriosidad, pues decisiones que nada tienen que ver con el mismo de ordinario cuestionarán el mantenimiento y el *modus vivendi* de numerosos trabajadores, con consecuencias siempre lacerantes, procurando su ruina económica, e incluso la pobreza y miseria extrema para muchos trabajadores y quienes de ellos dependan.

No se oculta que la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa ha venido siendo «lugar común» de todos los «propósitos reformistas», hayan sido formulados por filósofos, políticos, sociólogos, juristas, economistas, moralistas o teólogos, vinculada inicialmente, en el plano jurídico, a la reforma del derecho de propiedad.

⁷ MARX fue «el primer "economicista" de la historia, en el sentido de que desbordó el campo de la economía, convirtiendo el proceso económico en el elemento fundamental para la "realización" de una concreta concepción filosófica. A partir de MARX, todo, o casi todo, puede recibir una interpretación económica», indica MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, M.A., *Evolución del pensamiento económico*, Espasa-Calpe, Madrid 1983, pág. 111.

⁸ PRIETO PÉREZ, E., *op. cit.*, pág. 11.

⁹ Lejos de cualquier connotación economicista, constituye un descubrimiento científico, que la pobreza es causa de infelicidad humana, circunstancia suficiente para que deba ser erradicada, de estrés y deterioro de la salud individual, incluyendo la esperanza de vida, y social, que además se prolonga durante generaciones a una vez superada esa situación (son las «heridas secretas de la pobreza»), *vid.* sobre el tema PUNSET, E., *El visaje a la felicidad. Las nuevas claves científicas*, Ediciones Destino (3.ª edición), Madrid 2005, págs. 134-137, principalmente.

En una visión jurídico-objetiva de la empresa, el trabajador, por no tener la propiedad de la empresa, se consideraba que no podía participar en las decisiones relativas a la misma, a su continuidad, o a la dirección del proceso productivo. Pero también en esta perspectiva se ha producido un cambio trascendente del que resulta que la no participación en la propiedad de los medios de producción en absoluto limita los derechos de información y participación en la dirección empresarial de los trabajadores.

Al respecto ha de destacarse el nuevo enfoque del derecho de propiedad, con reflejo en los textos constitucionales, siendo al respecto significativa la Sentencia de 7 de noviembre de 2005 de nuestro Tribunal Constitucional ¹⁰, según la cual:

«La Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.» ¹¹

De ahí, continúa afirmado la meritada resolución de la justicia constitucional, «que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» ¹², precisando, en relación con la «propiedad empresarial», aquella resolución del Alto Tribunal lo siguiente:

¹⁰ STC 281/2005.

¹¹ Afirma en este sentido FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El derecho de propiedad en la historia constitucional española», en *Propiedad e historia del Derecho*, Fundación Beneficentia Et Perita Iuris, Madrid 2005, pág. 101, que «las nuevas ideologías que sucedieron al liberalismo tendieron (...) a diversificar la titularidad del derecho de propiedad. Más que una titularidad abstracta del individuo, existirían titularidades concretas de colectivos, grupos y personas jurídicas. Esta diversificación de la titularidad se acompañaba de una paralela ampliación del objeto del derecho. En efecto, el liberalismo se refería siempre a la propiedad en términos abstractos y unitarios: (...) uno era el titular –el individuo– y uno también el objeto. Las ideologías que subyacen al Estado Social, sin embargo, no sólo parten de una pluralidad de titulares, sino también de una diversidad de objetos sobre los que puede recaer la propiedad». Así resulta frecuente que el derecho de propiedad se «pluralice», y se convierta en «derechos de propiedad».

¹² Interpretación irreprochable de la configuración del derecho de propiedad en la Constitución de 1978, que a su vez es consecuente con el tratamiento de aquella institución jurídica en nuestra historia constitucional. Como precisa FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *op. cit.*, pág. 114 «las constituciones liberales del siglo XIX y la Constitución republicana de 1931 marcaron dos puntos de inflexión en su idea de la propiedad: las primeras lo concibieron como un derecho absoluto, sobre el que sólo cabían ciertas limitaciones estatales (...), sujetas al principio de intervención mínima; la segunda relativizó ese derecho hasta convertirlo en una garantía institucional, necesitada de desarrollo normativo y limitada en extremo, hasta el punto de admitir tres formas distintas de supresión del dominio privado (expropiación, socialización y nacionalización), incluso con la posibilidad de excepcionar la correlativa indemnización. Ninguno de estos modelos fue acogido de forma pura en la constitución de 1978, pero pocas dudas puede haber de que, ante todo, en el vigente texto constitucional prevalece una concepción social de la propiedad, lo que explica, por otra parte, que en la sistemática constitucional este derecho no se integre en el "núcleo fuerte" de los derechos fundamentales».

*«El margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole, y que la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.»*¹³

Consecuentes con el absoluto predominio de la economía financiera y los cambios conceptuales y funcionales sobre el derecho de propiedad, se han producido cambios normativos de nuestro ordenamiento jurídico, tanto por la vía legislativa ordinaria como mediante la singular fuente normativa laboral convencional. Efectivamente los convenios colectivos se han mostrado como una vía útil para procurar la participación de los trabajadores en la gestión empresarial, pero donde realmente se ha producido un cambio sustancial ha sido en el ámbito de la legislación jurídico-positiva, con la aprobación de la normativa comunitaria y nacional (por lo de ahora meramente proyectada¹⁴) referente a implicación de los trabajadores en Sociedad Anónima Europea, y comunitaria alusiva a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

La importancia de la regulación normativa referida en el apartado anterior está más que en su limitado ámbito de aplicación, en el ejemplo y línea evolutiva que marca, sin duda llamada a influir de forma poderosa y decisiva en la futura ordenación del derecho de sociedades y laboral, conformando un ámbito de confluencia novedoso¹⁵.

¹³ El cambio que supone la STC 281/2005 se pone de manifiesto cuando se repasa en los términos del voto particular efectuado a la sentencia por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, el cual, tras afirmar que discrepa de la sentencia, precisa que no comparte sus fundamentos (señaladamente del 6 al 8) «porque incurren en un voluntarismo carente de base normativa, al tiempo que en un constructivismo ordenancista (...) impropio de la función jurisdiccional», indicando que «el uso de una determinada herramienta tecnológica de comunicación propiedad de la empresa (e-mail) no creo, en modo alguno, que pueda insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad, precisada para la existencia de una determinada base normativa o convencional», y que le parece un «inaceptable recurso dialéctico el acudir al contenido esencial, como fuente del pretendido derecho, para soslayar la carencia radical de otra fuente infraconstitucional de aquél». Señala también el mismo Magistrado que en la sentencia se viene a dar por sentado que la preexistencia del sistema informático supone de por sí el derecho al uso por el sindicato, cuando ésta es la base de partida que debiera justificarse, pues «sólo sobre la base de la existencia previa de ese derecho puede limitarse el derecho de propiedad de la empresa en su facultad de disposición (art. 38 del CC) sobre el uso del mecanismo tecnológico por ella establecido, y sólo sobre esa base sería aceptable la calificación como actos negativos impositivos del derecho sindical lo que (...), es puramente un acto de disposición de la empresa de los medios de su propiedad». Manifestando finalmente que «una cosa es el derecho sindical de información y otra el uso para ello de un determinado medio tecnológico ajeno a su propiedad», añadiendo que «la negativa de la empresa a que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquélla sólo puede afectar al derecho sindical si previamente se ha justificado sobre una base jurídica inequívoca el derecho del sindicato al uso de ese instrumento tecnológico, y (...) esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en nuestra sentencia».

¹⁴ Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, núm. 59-1, de 25 de noviembre de 2005.

¹⁵ Mediante la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, «sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España», se modifica la LSA texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que añadió el capítulo XII (arts. 312 a 38 LSA), mediante el cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la regulación relativa a aquel tipo de sociedad anónima. Regulación de por sí compleja, pues las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España se regirán «por lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 y por las disposi-

ciones contenidas en el indicado capítulo y por la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas». En relación con la organización social de este singular tipo social, debe destacarse, en lo que interesa al presente comentario, que la regulación resulta extremadamente compleja dada la aplicabilidad prioritaria y necesaria del Reglamento comunitario, al existir una constante remisión a la normativa general de la sociedad anónima y además establecerse, por primera vez en nuestro ordenamiento, la posibilidad de organizar la administración social mediante un «sistema dual». Tanto si el órgano administrativo se corresponde con el sistema monista como si lo hace con el dual, regirá la Ley 19/2005, «en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento comunitario» (arts. 328 y 333). En caso de que se opte por un sistema de administración monista, «será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la (...) Ley para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento CE 2157/2001, y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas». En el supuesto de que se opte por el «sistema dual» los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la junta general, siendo de «aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas y en lo establecido en el artículo 17 (LSA)». Vid. artículos 40.2, para el órgano de control en el sistema dualista, y 43.3, para el órgano de administración en el sistema monista, ambos del Reglamento 2157/2001.

La regulación contenida en el Reglamento comunitario antes citado ha de integrarse con la adaptación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros al contenido de la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. En esta norma comunitaria se da la siguiente definición de «participación» [art. 2.º k), de la Directiva 2001/86] de los trabajadores:

«La influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante:

- El derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o
- El derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad.»

Respecto del acuerdo entre la comisión negociadora y el(los) órgano(s) societario(s) competente(s), se establece lo siguiente: «en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos» [art. 4.º 2 g) de la Directiva 2001/86].

Por lo demás, y en lo que interesa al presente comentario, ha de repararse en que:

- a) «Los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una SE que sean trabajadores de la SE, de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participante gozarán en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o práctica nacional vigente en su país de empleo. De igual forma se procederá en particular respecto de la participación en las reuniones (...) del órgano administración o de control, así como al pago de su salario en el caso de los miembros pertenecientes a la plantilla de una sociedad participante de la SE o de sus filiales o establecimientos de ésta durante el período de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones» (art. 10).
- b) Cada miembro del órgano de control (sistema dual) y del órgano de administración (sistema monista) tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano (arts. 41.5 y 44.2 del Reglamento 2157/2001), debiendo repararse en que el órgano de dirección informará al órgano de control, como mínimo, cada tres meses, acerca de la marcha de los asuntos de la SE y su evolución previsible y de cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles sobre la situación de la SE, pudiendo, además, el órgano de control requerir al órgano de dirección toda la información necesaria para poder llevar a cabo sus uniones de control y vigilancia (art. 41.1, 2 y 3 del Reglamento 2157/2001).
- c) Ha de considerarse además que «los estatutos de las SE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado» (art. 12.4 del Reglamento 2157/2001).
- d) Aun cuando «no podrá ejercerse simultáneamente la función de miembro del órgano de dirección y del órgano de control de la misma SE», nada impide que el trabajador elegido miembro del órgano de control pueda ser designado por este órgano, «en caso de vacante, para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección», bien que con una duración limitada a un año como máximo (arts. 39.3 del Reglamento 2157/2001 y 332 LSA).

Importancia sobresaliente tiene también la normativa comunitaria relativa a las fusiones transfronterizas, constituida por la Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre, en cuyo artículo 16 se establece que no se aplicarán las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre el domicilio

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO APLICABLE, LOS HECHOS Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Preciso es efectuar algunas consideraciones sobre los hechos del litigio principal así como a las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia comunitario. Ciertamente unos y otras aparecen relatados en la sentencia por lo que nos limitaremos a efectuar una breve referencia secuencial y consideraciones a los mismos, así como a referir concisamente las cuestiones prejudiciales planteadas.

A) El Derecho aplicable.

La sentencia objeto de comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Københavns Byret (Tribunal de Primera Instancia de Copenhague) ante el que se seguía un proceso penal contra los Sres. Bang y Gróngaard (en adelante B. y G.), acusados de haber revelado información privilegiada infringiendo la Ley del mercado de valores danesa (Vædipapirhandelsloven), adaptada a las disposiciones de la Directiva 89/592/CEE del Consejo de 13 de noviembre de 1989, aquellas circunstancias unidas a la de la fecha en que acaecieron los hechos y al objeto pretendido con la cuestión prejudicial interpuesta explican que estas dos normas, y más concretamente la Directiva citada, constituyen el núcleo del Derecho atendido en la sentencia del Tribunal de Justicia.

No obstante, y dado el propósito del presente comentario, ha de tenerse en cuenta que la Directiva 89/592 ha sido derogada por la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003¹⁶, «sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado», norma comunitaria que regula ahora la materia objeto de consideración en la sentencia que se comenta, por lo que parece oportuno que sea el contenido de la Directiva 2003/6 el que se tome en consideración, sin perjuicio de efectuar, en cada caso, las oportunas referencias a la regula-

social resultante de la fusión transfronteriza, y la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza así como su implicación y definición de los derechos correspondientes, serán reguladas por los Estados miembros de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en el Reglamento 2157/2001 y Directiva 2001/86: a) si al menos una de las sociedades que se fusionan emplea, durante el período de seis meses que precede a la publicación del proyecto de fusión transfronteriza, un número medio de trabajadores superior a quinientos y está gestionada en régimen de participación con arreglo a la Directiva 2001/86; b) si la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión no prevé al menos el mismo nivel de participación aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios; c) si la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé que los trabajadores de los establecimientos de aquella sociedad situados en otros Estados miembros pueden ejercer los mismos derechos de participación de que gocen los trabajadores empleados en el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. La Directiva 2005/56 establece, en su artículo 16, un régimen complejo para la aplicación de aquella normativa comunitaria referente a la sociedad anónima europea, que no es el caso traer a colación, baste con añadir que cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad transfronteriza deba regirse por ese sistema está obligada a adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación.

¹⁶ En su artículo 20, a partir de su entrada en vigor, que fue el «día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea», el 12 de abril de 2003.

ción contenida en la derogada Directiva 89/592, indicando sus concordancias y diferencias. Como la Directiva 2003/6 es una «directiva marco» han de tomarse en consideración, en lo que sea aplicable o que pueda resultar útil, la normativa de «nivel dos(2)» de desarrollo comunitario de la aquella norma «marco», consistente en las Directivas de la Comisión 2003/124/CE, de 22 de diciembre, 2003/125/CE, de 22 de diciembre, 2004/72/CE, de 29 de abril, y el Reglamento (CE) n.º 2273/2003 de la Comisión, de 22 de diciembre.

Por razón misma de la cuestión prejudicial planteada al Alto Tribunal comunitario, y dado el Derecho aplicable en el proceso principal, la normativa aplicable se concreta en la Ley del mercado de valores danesa, antes referida, circunstancia que, en modo alguno, puede ser desatendida o soslayada, máxime cuando una de las instituciones jurídicas objeto de atención es específica de aquel ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este comentario las referencias a la normativa danesa han de ser muy limitadas, concretándose únicamente en los extremos objeto de atención por la sentencia que se comenta. Razones de oportunidad y utilidad que aconsejan semejante limitación, y además imponen la toma en consideración de la normativa española referente a la materia tratada en la sentencia objeto de comentario, concretamente los artículos 81 a 83 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores (tras la modificación y en la redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero) y el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988 en materia de abuso de mercado.

B) Referencia, particularizada y secuenciada, de los hechos.

Las cuestiones prejudiciales se plantean al Tribunal de Justicia comunitario a raíz o en el marco de un proceso penal seguido en Dinamarca, por el Københavns Byret contra los Sres. B. y G., por haber revelado el Sr. G. información privilegiada, a la que tuvo acceso por su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de una importante sociedad mercantil (RealDanmark, en adelante sociedad RD o RD, que cotizaba en bolsa y tenía cerca de siete mil empleados), al Sr. B.

El Sr. B. era el presidente del sindicato profesional de los trabajadores del sector financiero (Finansforbundet, que contaba con cerca de cincuenta mil afiliados, en adelante el «Sindicato F.»). El Sr. G. era el presidente de una de las once secciones del Sindicato F. (Kapitalkreds, en adelante sección K, que, con seis mil quinientos miembros, reunía cerca el 90%, del personal de RD) y, como ya se señaló, miembro del consejo de administración de RD elegido por los trabajadores en la citada sociedad, habiendo sido además designado por el Sindicato F. miembro del comité de enlace del grupo de RD (en adelante comité de enlace RD), creado en virtud de un convenio celebrado entre el Sindicato F. y la sociedad RD.

El consejo de administración de la sociedad RD celebró una reunión extraordinaria, el 23 de agosto de 2000, en la que se informó de la existencia de un plan para entablar negociaciones para la fusión de RD con otra importante entidad financiera de Dinamarca (la sociedad mercantil Danske Bank, también cotizada, en adelante DB). Tras la celebración de la citada reunión el Sr. G. comunicó al Sr. B., aquel propósito de RD de entablar negociaciones con DB para su fusión con la misma.

El Sr. B. a su vez, entre el 28 de agosto y el 4 de septiembre de 2000, se reunió con sus dos vicepresidentas el Sindicato F., las Sras. M. y N., y con uno de sus colaboradores en la Secretaría del Sindicato F., el Sr. Ch., a quienes comunicó la misma información que había recibido del Sr. G. acerca de los planes de fusión de las sociedades RD y DB. El 31 de agosto de 2000 el Sr. Ch. adquirió acciones de RD por un valor aproximado de 48.000 EU.

Más adelante, el 18 de septiembre de 2000, el Sr. G. participó en una nueva reunión del consejo de administración de RD durante la cual se discutieron detalles de la fusión con DB, y el 22 de septiembre participó en una reunión extraordinaria del comité de enlace RD durante el cual se mencionaron también los detalles de la fusión.

El Sr. G., el 26 de septiembre de 2000, se volvió a dirigir al Sr. B., con el propósito y objeto de concebir y planear una estrategia de protección y ayuda a los empleados de RD para afrontar las consecuencias negativas para la estabilidad en el empleo de aquellos trabajadores derivadas de la fusión en ciernes, tratando en particular sobre el calendario previsto para la fusión, así como del incremento esperado del valor de cotización de las acciones de RD (entre un 60 y un 70%).

Inmediatamente después de esta última reunión mantenida entre los Sres. G. y B., los días 27 y 28 del mismo mes de septiembre, el Sr. B. transmitió la información recibida al Sr. L. (jefe de la Secretaría del Sindicato F.) y a su colaborador Sr. Ch., incluyendo en la misma la fecha fijada para la notificación de la fusión y el tipo de conversión previsto. El 29 de septiembre de 2000 el Sr. Ch. adquirió más acciones de RD, por un valor aproximado de 214.000 EU.

El 2 de octubre se hizo pública la fusión ente RD y DB, a consecuencia de lo cual el valor de cotización de las acciones de RD aumentó un 65 por 100 aproximadamente.

El Sr. Ch. vendió inmediatamente, los días 2 y 3 de octubre de 2000, sus acciones de RD, obteniendo un beneficio neto de unos 180 EU.

El Sr. Ch. fue posteriormente condenado a seis meses de prisión por uso de información privilegiada en contra de lo dispuesto en el artículo 35, apartado 1, de la Ley del mercado de valores a la sazón aplicable. Contra los Sres. G. y B. se inició un proceso penal por haber revelado información privilegiada, en cuyo trámite, como ya se indicó, el Tribunal *a quo* planteó al Tribunal de Justicia comunitario las cuestiones prejudiciales.

C) Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal *a quo* al Tribunal de Justicia comunitario.

1. ¿Prohíbe el artículo 3.º, letra a), de la Directiva 89/292 a una persona revelar información privilegiada, cuando haya obtenido dicha información en su condición de representante de los trabajadores en el Consejo de administración de la empresa a la que se refiere la información privilegiada y la haya revelado al presidente del sindicato que agrupa a los trabajadores que han elegido a dicha persona como miembro del Consejo de administración?

2. ¿Prohíbe el artículo 3.º, letra a), de la Directiva 89/292 a una persona revelar información privilegiada, cuando haya obtenido dicha información en su condición de miembro del comité de enlace establecido por la empresa y la haya revelado al presidente del sindicato que ha elegido a dicha persona como miembro de dicho comité?

3. ¿Prohíbe el artículo 3.º, letra a), de la Directiva 89/292 al presidente de un sindicato revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en la circunstancias descritas en la primera cuestión (esto es, le haya comunicado dicha información privilegiada el representante de los trabajadores, elegido por los trabajadores agrupados por ese sindicato en la empresa a la que se refiere la información privilegiada, miembro del Consejo de administración) y la haya revelado, respectivamente a:

- a) Sus dos vicepresidentas;
- b) El máximo responsable administrativo de la Secretaría del Sindicato;
- c) Sus colaboradores en la Secretaría del Sindicato?

4. ¿Prohíbe el artículo 3.º, letra a), de la Directiva 89/292 al presidente de un sindicato revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en la circunstancias descritas en la segunda cuestión (esto es, de un miembro, designado por ese sindicato, del comité de enlace establecido por la empresa) y la haya revelado, respectivamente a:

- a) Sus dos vicepresidentas;
- b) El máximo responsable administrativo de la Secretaría del Sindicato;
- c) Sus colaboradores en la Secretaría del Sindicato?

5. ¿Qué importancia tiene para una respuesta a las cuatro primeras cuestiones el hecho de que la información privilegiada revelada se refiera:

- a) Al inicio de negociaciones para la fusión de dos sociedades que cotizan en bolsa;
- b) A la fecha en la que está prevista la fusión entre dos sociedades que cotizan en bolsa;
- c) Al aumento de la cotización de las acciones de una sociedad que cotiza en bolsa previsto como consecuencia de la fusión de dicha sociedad con otra sociedad que cotiza en bolsa?

III. LA PROHIBICIÓN DE REVELAR INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES

La sentencia objeto de comentario se refiere, como norma jurídica central, a la Directiva 89/592/CEE que atendía y regulaba únicamente la utilización de información privilegiada en los

mercados de valores. No obstante, habida cuenta de la fecha de la sentencia, ésta parece haber tomado en consideración la regulación sobre la materia en ese momento vigente, constituida por la Directiva 2003/6, que correctora de las deficiencias observadas y fallos en la correcta ordenación de los mercados de valores, con importantes consecuencias para su funcionamiento y, a la postre para el desarrollo económico, en la «era de las finanzas», integró aquella regulación en la más amplia relativa al «abuso de mercado», que integra tanto el régimen de la prohibición de utilización de información privilegiada como la que provino de operaciones de «manipulación del mercado», que vienen, a la postre, a constituir las dos subespecies de aquella noción general de «abuso de mercado». Efectivamente, como se precisa en la exposición de motivos del Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre:

«La aprobación de la Directiva 2003/6/CE ha supuesto un importante salto cualitativo ya que, por primera vez, se ha establecido un régimen unitario completo del abuso de mercado en el nivel europeo, al regular no sólo, como ocurría hasta ahora, la utilización de información privilegiada, sino también la manipulación de cotizaciones. En definitiva, ambas conductas constituyen dos manifestaciones de una misma realidad que ha de converger en un único concepto omnicompreensivo: el abuso de mercado.»

Desde esa nueva perspectiva en consideración ha de analizarse, como ya se indicó y sin perjuicio de referencias concretas a la derogada Directiva 89/592, cualquier cuestión referida a la utilización, uso, revelación o recomendación de uso de información privilegiada.

1. Noción de «información privilegiada».

Como noción de información privilegiada puede y debe acogerse la definición contenida en la Directiva 2003/6 (art. 1.º 1 párrafo primero), que es la siguiente:

«Aquella información de carácter concreto que no se haya hecho pública, y que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros y que de hacer pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de esos instrumentos financieros o sobre la cotización de instrumentos financieros derivados relacionados con ellos.»

Aquella definición se precisa más cuando en la propia norma comunitaria se indica:

- a) Que una información es de carácter concreto «si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica

para permitir que se pueda llegar a concluir el posible efecto de esa serie de circunstancias o hechos sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes»¹⁷.

- b) Que se debe entender por información que si se hiciera pública, tendría un efecto significativo en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes, aquella información «que podría utilizar un inversor razonable como parte de la base de sus decisiones de inversión»¹⁸.

2. Derechos de información y consulta de los trabajadores.

Los representantes del personal en la empresa, sean unitarios (delegados de personal y comités de empresa) o sindicales (delegados y secciones sindicales) tienen atribuidos por el ordenamiento jurídico, comunitario y nacional, importantes y extensos derechos de información y consulta, de vigilancia y control y de negociación colectiva, cuya operatividad real es esencial para el buen funcionamiento de nuestro sistema económico y, aunque pudiera parecer paradójico, fundamental para el funcionamiento eficaz de los mercados de valores.

Entre los primeramente indicados conviene distinguir entre facultades de información activa y pasiva, añadiéndose un «deber de sigilo profesional» (p. ej. en el art. 65.2 del ET) que garantiza la reserva de los datos comunicados por el empresario con expresa advertencia de «confidencialidad», impidiendo su transmisión a los demás trabajadores, debiendo utilizarlos aquellos representantes solamente para su actividad representativa¹⁹.

La Directiva 2002/14/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, merece especial atención, estableciéndose en la misma singulares cautelas respecto de la transmisión de cualquier información, tanto de los representantes de los trabajadores a sus representados como del empresario a los representantes de los trabajadores, pues en el ámbito de la transmisión de

¹⁷ Artículo 1.º 1 de la Directiva 2003/124 y artículo 1.º, apartado cuarto del Real Decreto 1333/2005.

¹⁸ Artículo 2.º 2 de la Directiva 2003/124 y artículo 1.º, apartado tercero del Real Decreto 1333/2005.

¹⁹ El derecho de información y consulta de los trabajadores tiene un amplio desarrollo comunitario. Así pueden citarse la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, pero posiblemente la norma comunitaria más importante en la materia sea la Directiva 2002/14/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, que obedece a la necesidad de adoptar, sin duda por razones de funcionamiento del mercado único comunitario, una acción comunitaria en materia de información y consulta de los trabajadores en las empresas de la Comunidad.

información está la necesidad de proteger a las empresas contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles, lo que incluye que el empresario tenga la posibilidad de no informar ni consultar a los representantes de los trabajadores cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo.

En todo caso, ni los representantes de los trabajadores ni los expertos que les asistan pueden revelar a terceros la información que se les haya comunicado con «carácter confidencial expresamente» por el empresario, ya sea durante la duración de su mandato o tras la expiración del mismo. Aquella normativa obedece a la necesidad de reforzar el diálogo social, así como de fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y aumentar su disponibilidad para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo ²⁰. Singular importancia se ha venido dando a la información y a la consulta a los representantes de los trabajadores sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, especialmente cuando el empleo en la empresa pueda estar amenazado ²¹.

La información y la consulta con la suficiente antelación, precisa aquella norma comunitaria, «constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo». La estrategia para el mantenimiento y mejora del empleo se basa en los conceptos de «anticipación», «prevención» y «empleabilidad», que han de ser incorporados como elementos clave en todas las políticas de empresa.

Se destaca en aquella norma comunitaria el inconveniente de que los marcos jurídicos existentes en materia de información y consulta de los trabajadores estén excesivamente orientados hacia el tratamiento *a posteriori* de los procesos de cambio. Exigencias de desarrollo armonioso del mercado y la garantía de que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico, imponen una necesaria adaptación del marco jurídico existente mediante el establecimiento de instrumentos jurídicos y prácticos que permitan ejercer aquellos derechos de información y la consulta, *a priori*.

Los derechos de información y consulta de los trabajadores se amplían y fortalecen cuando de procesos de reorganización empresarial se trata. Así los administradores de la sociedad anónima, al tenor de la legislación española, en las fusiones tienen un deber muy amplio de información a los representantes de los trabajadores, y que consiste en poner a su disposición, al publicarse la convo-

²⁰ Además de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, y fortalecer la competitividad de ésta.

²¹ Especialmente en lo referente a formación y la cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados.

catoria de la junta general que acordará en su caso que la fusión se lleve a efecto, la misma documentación que ha de ponerse a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones (art. 238 de la LSA)²². Se produce aquí una equiparación en el tratamiento de ese derecho informativo, cada vez más relevante en el ámbito de las relaciones societarias, entre los trabajadores, los «propietarios del capital». Tratamiento igualitario que en buena medida debe considerarse excepcional y que curiosamente no se produce ni se impone en otros procesos de reorganización empresarial.

La legislación mercantil comunitaria relativa a las fusiones ha de contemplarse desde la tercera Directiva del Consejo en materia de sociedades, de 9 de octubre de 1978, Directiva 78/855/CEE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y desde la Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Considerando ambas normas comunitarias y las diferencias de fechas de las mismas se puede observar un importante cambio en el tratamiento del derecho de información de los trabajadores, que se puede establecer de la siguiente manera:

- a) En la primera etapa, representada por la Directiva 78/855/CEE, no se efectúa referencia alguna a derechos informativos de los trabajadores, a través de sus representantes legales o sindicales, equivalentes o equiparables a los de los accionistas o partícipes, de tal manera que consideran suficientemente atendidos mediante la normativa comunitaria referente a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas, de establecimientos o de partes de establecimientos (a la sazón regulados por la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad²³).
- b) Con el transcurso del tiempo, ya en época reciente, se inicia una segunda etapa, produciéndose un cambio de perspectiva no considerándose extraño el derecho de información sobre la fusión de los representantes de los trabajadores²⁴. Ciertamente la Directiva 2005/56 inte-

²² Consistente en: a) El proyecto de fusión; b) Los informes de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión; c) Los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; d) Las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas; e) El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado por la junta, acompañado del informe que sobre su verificación deben emitir, en su caso, los auditores de cuentas de la sociedad; f) El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los estatutos de la sociedad absorbente; g) Los estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión; h) La relación de nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si fueran personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.

²³ Según se establece en su artículo 12: «La protección de los derechos de los trabajadores de cada una de las sociedades que se fusionen se organizará de conformidad con la Directiva 77/187/CEE».

²⁴ Por más que siga insistentemente efectuándose remisiones a la Directiva 2001/23.

gra en su contenido, bien que por remisión, la participación de los trabajadores en la sociedad²⁵, que incluye, naturalmente, la protección de sus derechos e intereses²⁶.

En la Directiva 2005/56 expresamente se indica que ha de ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta general que se ha de convocar para aprobar el proyecto de fusión, el informe destinado a los socios, que han de elaborar los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen, en el que han de explicarse y justificarse los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza, las implicaciones de dicha fusión o para los socios, los acreedores, para los trabajadores. Incluso se previene que la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen podrá condicionar la realización de la fusión transfronteriza a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En el ámbito de la legislación laboral comunitaria puede destacarse que ya la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989,

²⁵ Se indica en los considerandos 12, 13 y 14 de su exposición de motivos lo siguiente:

«12) Los derechos de los trabajadores distintos de los derechos de participación seguirán organizándose de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros contempladas por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a los despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, así como la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

13) Si los trabajadores ejercen derechos de participación en una de las sociedades que se fusionan, con arreglo a los supuestos contemplados en la presente Directiva, y si la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan –también en los comités del órgano de control con poderes decisivos–, o no prevé la misma facultad para ejercer derechos a trabajadores de sociedades resultantes de la fusión transfronteriza, la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza así como su implicación en la definición de tales derechos debe regularse. A tal fin, deben tomarse como base los principios y procedimientos del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, relativo al estatuto de la sociedad anónima europea y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, supeditados no obstante a las modificaciones que resulten necesarias al estar sujeta entonces la sociedad resultante a las legislaciones nacionales de los Estados miembros en que tengan su domicilio social. De conformidad con el artículo 3.º, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/86/CE, los Estados miembros pueden velar por el inicio inmediato de las negociaciones con arreglo al artículo 16 de la presente Directiva con objeto de no retrasar innecesariamente las fusiones.

14) A fin de determinar el nivel de participación de los trabajadores aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, se debe tener en cuenta también la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios.»

²⁶ Sin embargo el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, únicamente previene en su exposición de motivos, considerando 45, que aquella norma «no implica menoscabo alguno de los derechos colectivos de los trabajadores, tal como se reconocen en las empresas afectadas, en particular por lo que se refiere a cualquier obligación de informar o consultar a los representantes reconocidos en virtud del Derecho comunitario y la normativa nacional».

estableció que, con carácter general, la información, la consulta y la participación de los trabajadores debían llevarse a cabo en el momento oportuno, «en particular cuando se produjeran reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores».

Pero hubo de esperarse a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo ²⁷, para tener una regulación laboral coherente en la materia, espolcada por la evolución económica y las implicaciones de modificaciones de la estructura de las empresas que aquella determinaba indicándose que cuando se operasen, entre otras formas, mediante traspasos a otros empresarios de empresas, como consecuencia de fusiones o de cesiones, era necesario adoptar disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.

La Directiva 2001/23 contiene una regulación que no es meramente continuista de la Directiva 77/187 (a la que se remitía al tercera Directiva en materia de sociedades, referente a las fusiones, como antes se indicó). Estableciendo que, tanto el cedente como el cesionario, están obligados a lo siguiente:

- a) A comunicar a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso, y el cesionario, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso, lo siguiente:
- La fecha o las fechas previstas del traspaso;
 - Los motivos del traspaso;
 - Las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
- b) A establecer medidas que hagan desaparecer o, al menos, minoren las consecuencias desfavorables derivadas del traspaso para los trabajadores, estando obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo.

²⁷ Materia inicialmente regulada por la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Norma comunitaria que fue modificada de forma sustancial por la Directiva 98/59/CE. La Directiva 2001/23, que deroga a ambas Directivas (art. 12), es no obstante y sustancialmente una codificación de aquéllas, siendo adoptada porque subsistían diferencias en los Estados miembros en lo referente al alcance de la protección de los trabajadores en este ámbito y convenía reducirlas. Ha de recordarse que el Consejo adoptó la Directiva 77/187/CEE a fin de promover la armonización de las legislaciones nacionales que garantizaban la protección de los derechos de los trabajadores y exigía a los cedentes y a los cesionarios que informasen y consultasen a los representantes de los trabajadores con la suficiente antelación, y que dicha Directiva, como ya se indicó, fue posteriormente modificada por la Directiva 98/59 a la luz de las repercusiones del mercado interior, de las tendencias legislativas de los Estados miembros en lo que se refiere al rescate de las empresas en dificultades económicas, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de las consecuencias puestas de manifiesto por la aplicación de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y de las normas legales en vigor en la mayoría de los Estados miembros.

Deberes de información y consulta no desaparecen porque la legislación del Estado miembro prevea que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a un arbitraje para obtener una decisión sobre las medidas que deban adoptarse respecto de los trabajadores, en cuyo caso sí pueden, sin embargo, limitarlas abarcando, en todo caso, las medidas previstas en relación con los trabajadores y además deberán también tener lugar con la suficiente antelación.

Tampoco la falta de representantes sindicales o directamente elegidos por los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que es objeto de traspaso constituye obstáculo para que el empresario cedente y el cesionario deban cumplimentar las obligaciones de información y consulta, de tal manera que ante la falta de representantes de los trabajadores, por motivos ajenos a la voluntad de éstos, quienes de aquéllos resulten afectados por el traspaso han de ser informados previamente de la fecha o las fechas previstas, de los motivos del mismo, de sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y de las medidas previstas respecto de los trabajadores.

En nuestro Derecho nacional o interno aquella evolución se refleja en el importante cambio operado en la regulación referente a la «sucesión de empresa» contenida en el artículo 44 del ET²⁸.

²⁸ Artículo 44 del ET, titulado «la sucesión de empresa» (según la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, mediante la que se procede a incorporar al ordenamiento interno el contenido de la Directiva europea 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio), establece lo siguiente:

«1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

(...)

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión;
- b) Motivos de la transmisión;
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. *En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.*

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. *Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.* Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

10. *Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios, cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.»*

IV. LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR Y DE REVELAR INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y EXCEPCIONES

La prohibición de realizar «operaciones con información privilegiada» tiene una finalidad específica, propia y consustancial a la «era de las finanzas», y que es la siguiente:

«Proteger la confianza de los inversores en el mercado secundario de valores negociables y, por consiguiente, garantizar el buen funcionamiento de este mercado.»

La normativa comunitaria impide (art. 2.º 1 de la Directiva 2003/6) a determinados sujetos (bien que con gran amplitud), de entre los que procede destacar, dado el contenido de la sentencia que se comenta, a los miembros de los órganos de administración²⁹ del emisor, que estén en posesión de información privilegiada, tanto utilizar dicha información adquiriendo o cediendo o intentando adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros³⁰ a que se refiera dicha información, como revelar información privilegiada a cualquier persona o recomendar a otra persona que adquiera o ceda valores negociables o instrumentos financieros a que se refiere dicha información.

Como precisa la STSJ de Cantabria de 21 de abril de 2004, «la configuración de la institución de la sucesión laboral en el Derecho del Trabajo español siguió el ejemplo paradigmático de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuyo artículo 3.º 1 habló por primera vez en nuestro Derecho positivo de las "unidades patrimoniales con vida propia, susceptibles de ser inmediatamente explotadas", entendidas como un haz de derechos y obligaciones de valor constituido unitariamente de forma orgánica, que no es equivalente a la mera suma o yuxtaposición de sus componentes y es capaz de actuar no sólo como objeto, sino en ocasiones como sujeto de relaciones jurídicas. Se trata de un concepto inspirado en la figura clásica de la herencia yacente, un patrimonio con vida propia pero sin personalidad jurídica. Esta concepción sirvió igualmente de pauta interpretativa para el artículo 72 de la Ley General Tributaria de 1963 y de ahí pasó al ordenamiento de Seguridad Social con idénticos fines de garantía del cumplimiento de las obligaciones, incorporándose en el artículo 97.2 del texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social bajo la forma de responsabilidad solidaria por las deudas de Seguridad Social en los casos de "sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio", configurando la sucesión sobre el ejemplo de la tradicional sucesión *mortis causa*, de carácter universal (*in universum ius*). Tal concepción, una vez incorporada en la normativa de Seguridad Social, sin duda ha inspirado la interpretación de las disposiciones del Derecho del Trabajo, definiéndose la sucesión de empresas de forma semejante a partir del artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, fuente directa del artículo 44 del ET anterior a la Ley 12/2001. Esta concepción civilista ha impregnado la interpretación del artículo 44 del ET, de forma que finalmente ha venido siendo interpretado que el supuesto de hecho contemplado en dicha norma exige una transmisión patrimonial entre los sucesivos empleados, de forma que a falta de la misma no podrían operar las disposiciones del artículo 44».

²⁹ Se añaden a aquéllos, los miembros del órgano de gestión o control del emisor, los socios y demás partícipes en el capital del emisor, quienes tengan acceso a dicha información privilegiada debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones, o hayan llegado a su conocimiento mediante sus actividades delictivas.

³⁰ El concepto de instrumento financiero utilizado en la Directiva incluye: a) valores negociables, según lo definido en la Directiva 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables; b) participaciones de un organismo de inversión colectiva; c) instrumentos del mercado monetario; d) contratos de futuros financieros; e) equivalentes liquidados en efectivo; f) contratos futuros sobre tipos de interés; g) permutas de tipo de interés, de divisa y de participaciones; h) opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos previstos en estas categorías, incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo, en particular las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés; i) instrumentos derivados sobre materias primas; j) cualquier otro instrumento admitido a negociación en un mercado regulado de un Estado miembro o para el cual se haya presentado una solicitud de admisión a negociación en dicho mercado.

En lo que hace a la prohibición de revelar información privilegiada, en aquella norma comunitaria, el sujeto activo, esto es, a quien está prohibido, como emisor, efectuar el acto de revelación, ya ha quedado indicado (en lo que interesa al supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario), quedándonos por determinar a quién está prohibido transmitir o revelar dicha información, como receptor. En este punto la previsión normativa, tanto comunitaria como nacional, es indeterminada, amplísima, ilimitada, universal, por cuanto la referencia es «a cualquier persona».

Como la designación del receptor es absolutamente amplia («cualquier persona») necesariamente surge una correlativa excepción a la prohibición, que se formula normativamente, dada aquella generalidad del receptor, con referencia al emisor. Esto es, se establece que a aquellos sujetos a los que está prohibido revelar información privilegiada a «cualquier persona», no les alcanza semejante impedimento: Cuando la revelación la lleven a efecto «en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o funciones».

Nuestro ordenamiento jurídico, dado el carácter mínimo de norma comunitaria antes referida, toma la perspectiva universal no sólo para el receptor sino también para el emisor, estableciendo (art. 81.2 de la LMV) que *todo el que disponga de información privilegiada* deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes:

- a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros, contrato de cualquier tipo, negociado o no en un mercado secundario, que tenga como subyacente a los valores negociables o instrumentos financieros a los que la información se refiera ³¹.
- b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo.
- c) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores negociables o instrumentos financieros o que haga que otro los adquiera o ceda basándose en dicha información.» ³²

³¹ Se exceptúan de la prohibición «la preparación y realización de las operaciones cuya existencia constituye, en sí misma, la información privilegiada, así como las operaciones que se realicen en cumplimiento de una obligación, ya vencida, de adquirir o ceder valores negociables o instrumentos financieros, cuando esta obligación esté contemplada en un acuerdo celebrado antes de que la persona de que se trate esté en posesión de la información privilegiada, u otras operaciones efectuadas de conformidad con la normativa aplicable».

³² El artículo 81.2 de la LMV reproduce, no literalmente, el contenido de la Directiva en los siguientes términos, «todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes:

- a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros de los mencionados en el apartado anterior a los que la información se refiera, o sobre cualquier otro valor, instrumento financiero o contrato de cualquier tipo, negociado o no en un mercado secundario, que tenga como subyacente a los valores negociables o instrumentos financieros a los que la información se refiera. Se exceptúa la preparación y realización de las operaciones cuya existencia constituye, en sí misma, la información privilegiada, así como las operaciones que se realicen en cumplimiento de una obligación, ya vencida, de adquirir o ceder valores negociables o instrumentos financieros, cuando esta obligación esté contemplada en un acuerdo celebrado antes de que la persona de que se trate esté en posesión de la información privilegiada, u otras operaciones efectuadas de conformidad con la normativa aplicable.
- b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo.
- c) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores negociables o instrumentos financieros o que haga que otro los adquiera o ceda basándose en dicha información. Las prohibiciones establecidas en este apartado se aplican a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información».

El carácter universal de la prohibición, no obstante, se matiza en nuestro ordenamiento, al indicarse que aquellas prohibiciones «se aplican a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información». Como no podía ser menos, al venir así impuesto por la norma comunitaria, nuestro ordenamiento jurídico recoge también la correlativa excepción a la prohibición de revelar información privilegiada. Para ello utiliza la misma técnica que la norma comunitaria. Esto es, mantiene la prohibición de revelar aquella información privilegiada a «cualquier persona», a menos que se lleve a efecto «en el ejercicio normal de su (del emisor) trabajo, profesión o funciones».

Puede pues concluirse, como indica la sentencia objeto de comentario, que la Directiva³³ [arts. 2.º y 3.º a)] y nuestro ordenamiento jurídico:

- a) «Prohíbe(n) a las personas que por su condición de miembros de los órganos de administración o debido a su trabajo, de su profesión o de sus funciones dispongan de una información privilegiada, *explotar* esta información adquiriendo o cediendo dichos valores negociables» y, habría que añadir, *revelarla* a «cualquier persona».
- b) «Sin embargo, dicha prohibición no es absoluta», pues «la prohibición de revelar información privilegiada no se aplica a la revelación de ésta por una persona en el ejercicio normal de su trabajo, su profesión o sus funciones».

1. La interpretación restrictiva de la excepción a la prohibición de revelar información privilegiada.

Todas las observaciones en su momento presentadas ante el Tribunal de Justicia comunitario defendían una interpretación estricta o restrictiva de la excepción a la prohibición de revelar información privilegiada, la cual, precisa el Abogado General, «debe prevalecer», justificando su criterio en las siguientes consideraciones:

- a) La interpretación restrictiva se apoya en la interpretación literal de la disposición.
- b) Tal interpretación se ajusta a la finalidad de la Directiva, que consiste en garantizar que los inversores estén en igualdad de condiciones y estén protegidos frente al uso ilícito de información privilegiada.
- c) Para alcanzar estos objetivos, la prohibición de revelar información privilegiada cumple una función preventiva, y
- d) Representa una excepción a la norma general y, como tal, debe interpretarse estrictamente.

³³ Con referencia a la derogada Directiva 89/592, pero que es perfectamente predicable de la vigente Directiva 2003/6.

Efectivamente, aunque el significado exacto del precepto comunitario que establece la excepción a la prohibición de revelar «a cualquier persona» información privilegiada [art. 3.º, letra a), de la Directiva 2003/6], sólo puede aclararse en relación con supuestos específicos, conviene determinar la función de esta disposición dentro de la Directiva con el fin de evaluar su alcance. El principal objetivo de la Directiva es garantizar el buen funcionamiento del mercado secundario de valores negociables. Para ello, la Directiva promueve la confianza de los inversores. Dicha confianza se basa en el hecho de que todos los inversores se encuentren en igualdad de condiciones. De este principio se deriva que debe concederse a todos los inversores un acceso idéntico a la información. De hecho, la igualdad de acceso a la información sobre las sociedades que cotizan en bolsa y sobre los valores garantiza la formación racional de los precios en el mercado ³⁴.

Situar a los inversores en igualdad de condiciones en los mercados de capitales precisa de la transparencia de las sociedades que cotizan en bolsa, las cuales, por ello, están obligadas a publicar determinados datos con el fin de que el precio de sus acciones corresponda al valor objetivo de la empresa ³⁵, pero además también es necesaria para el logro de aquella igualdad de los inversores la prohibición del uso y revelación de información privilegiada que establece la Directiva ³⁶.

En relación con la prohibición de revelar información privilegiada y de la concreta excepción a esa prohibición, antes referida, que es de lo que trata la sentencia objeto de comentario, conviene precisar que:

- a) Aquella prohibición es una consecuencia necesaria de la prohibición de usar dicha información,
- b) Tiene una función preventiva ³⁷,
- c) Consecuentemente cualquier excepción a esta prohibición podría menoscabar la confianza de los inversores en el mercado y, por consiguiente, debe ser objeto de interpretación restrictiva ³⁸.

Concluyendo la sentencia objeto de comentario lo siguiente:

«Aunque esta norma [art. 3.º letra a), de la Directiva, que contiene la excepción a la prohibición de revelar información privilegiada], habida cuenta de los términos utilizados, puede referirse a situaciones muy diversas, debe ser objeto de una interpretación estricta, como excepción a una prohibición general y a la luz del efecto útil de la Directiva.»

³⁴ Al tenor de la Conclusión 27 del escrito correspondiente del Abogado General.

³⁵ Indica el contenido en Conclusión 28 del escrito correspondiente del Abogado General.

³⁶ Se precisa en Conclusión 28 del escrito correspondiente del Abogado General.

³⁷ Según Conclusión 29 del escrito correspondiente del Abogado General.

³⁸ Se indica en Conclusión 29 del escrito correspondiente, por el Abogado General.

No obstante, esa interpretación estricta o restrictiva encuentra un serio obstáculo en que se contradice con la interpretación literal o gramatical de aquella excepción, pues la expresión «a menos de que se haga en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o funciones», puede aplicarse a la mayoría de los que, en cada momento, pueden estar en posesión de información privilegiada.

Precisamente la norma previene y prohíbe su utilización a aquellos que hayan tenido acceso a la misma por el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, porque ése es el medio habitual de acceso a la información privilegiada, y mediante el que ordinariamente, a diario, un número importante de personas tienen acceso a la misma.

El único referente modalizador del alcance de la excepción se contiene en el término «normal» que utiliza (en el «ejercicio normal de un trabajo, profesión o funciones», dice), el cual, plantea el siguiente interrogante:

«¿Qué debe considerarse comprendido en el ejercicio normal de un trabajo, una profesión o unas funciones?»

La respuesta «depende en gran medida, ante la ausencia de armonización (comunitaria) en la materia, de las normas que regulan estas cuestiones en los diferentes sistemas jurídicos nacionales»³⁹. Efectivamente, según la sentencia objeto de comentario, aquella excepción prevista en el artículo 3.º, letra a) de la Directiva comunitaria, de que la revelación de una información privilegiada «tenga lugar en el ejercicio normal del trabajo, profesión o funciones de una persona (...) establece el requisito de un vínculo estrecho entre esa revelación y el ejercicio de este trabajo, esta profesión o estas funciones para justificar tal revelación (que) debe apreciarse teniendo en cuenta los objetivos que persigue la Directiva»⁴⁰.

El Alto Tribunal perfila el alcance de la excepción tomando en consideración dos circunstancias:

- a) La «necesidad», y
- b) La «adecuación» de la revelación.

Concluyendo el Alto Tribunal comunitario que, «a la luz de los objetivos de la Directiva», la revelación de esta información únicamente está justificada:

«Si es estrictamente necesaria para el ejercicio de un trabajo, una profesión o una función y respeta el principio de proporcionalidad.»

³⁹ Fundamento Jurídico 40.

⁴⁰ Fundamentos Jurídicos 31 y 32.

Añadiendo que «en el caso de revelaciones sucesivas, cada una de ellas debe satisfacer estos requisitos para acogerse a la excepción prevista en el artículo 3.º, letra a) de la Directiva» pues «cada revelación adicional puede aumentar el riesgo de que esta información (privilegiada) sea explotada con una finalidad contraria a la Directiva», y precisando que es necesario observar una especial prudencia cuando se trata de aplicar la excepción a la prohibición de revelar información privilegiada, permitiendo su comunicación, en aquellos supuestos en que la información privilegiada sea «manifiestamente capaz de afectar, de manera apreciable, la cotización de los correspondientes valores negociables», como «generalmente» sucede con la información no hecha pública relativa a una fusión entre dos sociedades que coticen en bolsa ⁴¹.

V. LA REVELACIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA POR UN CONSEJERO, REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, AL PRESIDENTE DE UN SINDICATO (UN «EXPERTO») Y A SU «BASE» (LOS TRABAJADORES)

El representante de los trabajadores, miembro del consejo de administración de una sociedad anónima o por acciones, dada su condición de consejero, tiene acceso a cualquier información privilegiada, especialmente cuando de una sociedad cotizada se trate ⁴². El hecho de que el representante de los trabajadores lleve a efecto su función administradora «por medio del consejo de administración», no excluye el debido cumplimiento de sus deberes, ni su responsabilidad por desatenderlos ⁴³, recayendo sobre ese consejero, como sobre cada uno de los demás miembros del consejo de administración, «los deberes de diligente administración, de fidelidad o de lealtad» ⁴⁴.

En las sociedades cotizadas el deber del consejero representante de los trabajadores de informarse sobre los asuntos sometidos a debate en la sesión de consejo «es un aspecto ciertamente importante, no simplemente por la consideración del poder que la información representa, sino también por ser un presupuesto necesario para la declaración de voluntad de cada uno de los miembros del consejo de administración» ⁴⁵, al extremo de que su falta podrá afectar a la validez del acuerdo si afecta a la mayoría de sus miembros ⁴⁶.

La prohibición de revelar información privilegiada «comprende la información relativa a los proyectos de fusión, con posibles consecuencias para los empleados» ⁴⁷. En el supuesto objeto de atención en la sentencia comentada la divulgación de esa información privilegiada se retrasó por la

⁴¹ Precisamente el supuesto de hecho de la propia sentencia objeto de comentario.

⁴² En relación con la sociedad anónima europea domiciliada en España *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Los Administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Madrid 2005, pág. 848.

⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* (*Los Administradores en las sociedades de capital*), pág. 486.

⁴⁴ Véase nota anterior.

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* (*Los Administradores en las sociedades de capital*), pág. 776.

⁴⁶ Véase nota anterior.

⁴⁷ Como señala el Abogado General en la Conclusión 21 de su escrito.

sociedad por motivos justificados y al amparo de lo permitido por la normativa comunitaria ⁴⁸, así como por nuestro ordenamiento jurídico ⁴⁹, incluyendo las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad de esa información privilegiada, como precisa el ordenamiento jurídico comunitario y, consiguientemente, nuestro propio ordenamiento ⁵⁰.

⁴⁸ Como precisa la Directiva 2003/6, en su artículo 6.º 2: «Un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad, retrasar la divulgación pública de la información privilegiada a que se refiere el párrafo primero para no perjudicar sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de esta información. Los Estados miembros podrán exigir que el emisor informe inmediatamente a la autoridad competente sobre su decisión de retrasar la divulgación pública de la información privilegiada». En desarrollo de ese precepto comunitario el artículo 3.º de la Directiva 2003/124, bajo el título de «Intereses legítimos para retrasar la revelación pública de información y confidencialidad», establece «intereses legítimos pueden, en particular, estar relacionados con las siguientes circunstancias no exhaustivas los siguientes: a) Negociaciones en curso, o elementos relacionados, cuando el resultado o el desarrollo normal de esas negociaciones pueda verse afectado por la revelación pública de información. En particular en el caso de que la viabilidad financiera del emisor esté en peligro grave e inminente, aunque no entre en el ámbito de la legislación sobre insolvencia aplicable, la revelación pública de información pondría en grave peligro el interés de los accionistas existentes y potenciales debilitando la conclusión de negociaciones específicas concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo del emisor; b) Decisiones tomadas o contratos celebrados por el órgano de administración de un emisor que necesiten la aprobación de otro órgano del emisor para hacerse efectivos, cuando la organización de ese emisor exija la separación entre dichos órganos, siempre que la revelación pública de la información anterior a esa aprobación junto con el anuncio simultáneo de que dicha aprobación está pendiente pusiera en peligro la correcta evaluación de la información por parte del público».

⁴⁹ Según establece el artículo 7.º del Real Decreto 1333/2005, titulado «deber de confidencialidad», quedan excluidos del deber de información al público, siempre que se mantengan las debidas salvaguardas de confidencialidad, «los actos de estudio, preparación o negociación previos a la adopción de decisiones que tengan la consideración de relevantes, pudiendo, en particular, acogerse a esa exclusión: a) Negociaciones en curso, o circunstancias relacionadas con aquéllas, cuando el resultado o el desarrollo normal de esas negociaciones pueda verse afectado por la difusión pública de la información. En concreto, en el caso de que la viabilidad financiera del emisor esté en peligro grave e inminente, aunque no sea aplicable la legislación concursal, la difusión al mercado se podría retrasar durante un plazo limitado, si tal difusión pudiera poner en grave peligro el interés de los accionistas existentes y potenciales debilitando la conclusión de negociaciones específicas concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo del emisor; b) Decisiones adoptadas o contratos celebrados por el órgano de administración de un emisor que necesiten la aprobación de otro órgano del emisor para hacerse efectivos, cuando la organización de ese emisor exija la separación entre dichos órganos, siempre que la difusión pública de la información anterior a esa aprobación, junto con el anuncio simultáneo de que dicha aprobación está pendiente, pusiera en peligro la correcta evaluación de la información por parte del mercado». Como se indicó en el apartado II el consejero representante de los trabajadores reveló al presidente del sindicato el plan de la sociedad, de la que era consejero, para entablar negociaciones para la fusión de esa sociedad con otra importante entidad financiera, del que se informó en una determinada reunión del consejo de administración del que formaba parte (celebrada el 23 de agosto de 2000), en una nueva reunión de aquel consejo de administración se discutieron los detalles de la fusión (reunión de 18 de septiembre de 2000). Sólo posteriormente, el 2 de octubre de 2000, se hizo pública la fusión a consecuencia de lo cual el valor de cotización de las acciones de la sociedad de la que era consejero el representante de los trabajadores aumentó considerablemente (un 65% aproximadamente).

⁵⁰ Nada se indica sobre la no revelación de esa información privilegiada por otros miembros del consejo de administración, por lo que bien puede colegirse, no sin un cierto riesgo que la sociedad adoptó las medidas precisas para su no divulgación.

Cabe recordar que el artículo 3.º 2 de la Directiva 2003/124 «a efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 6.º de la Directiva 2003/6/CE», establece que los Estados miembros exigirán que, para poder asegurar la confidencialidad de la información privilegiada, los emisores controlen el acceso a esta información y, en especial, que: «a) los emisores hayan adoptado las medidas oportunas para negar el acceso a esa información a personas que no sean las que deban tenerlo en el ejercicio de sus funciones en el emisor; b) los emisores hayan adoptado las medidas necesarias para garantizar que las personas que tengan acceso a esa información reconozcan las obligaciones legales y reglamentarias que implica y que sean conscientes de las sanciones relacionadas con el uso inadecuado o impropio de la circulación de dicha información; c) los emisores cuenten con medidas que permitan la revelación pública inmediata de información en caso de que el emisor no pudiera garantizar la confidencialidad de la información privilegiada pertinente».

Efectivamente, los emisores de valores negociables e instrumentos financieros han de hacer pública «cuanto antes» la información privilegiada que afecte directamente a esos emisores (art. 6.º 1.1 de la Directiva 2003/6), si bien durante las fases de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores o instrumentos financieros afectados, siempre y cuando se adopten las cautelas precisas, pueden eludir esa divulgación.

No obstante, cuando un emisor o una persona que actúe en su nombre o por cuenta de aquél revele información privilegiada a un tercero en el normal ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones⁵¹, es exigible que se haga pública, en su integridad y de manera efectiva tal información, únicamente se exceptúa de aquel deber el supuesto en que la persona que recibe la información tenga un deber de confidencialidad, con independencia de que esa obligación se base en una norma legal, reglamentaria, estatutaria o contractual. Ése fue el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario.

En ese escenario pueden diferenciarse dos supuestos, uno sería aquel en que el representante de los trabajadores en el consejo de administración busque el asesoramiento de un experto, y otro el supuesto de que ese representante consulte con su «base» (los trabajadores de la empresa, y, por extensión, en su caso, el sindicato mayoritario)⁵².

En relación con el primer supuesto, se plantean a su vez varias cuestiones, a saber, si aquel consejero puede consultar, acerca de las consecuencias de la fusión para los trabajadores, a un «experto», si acaso el presidente del sindicato correspondiente se puede considerar un «experto en relaciones entre empresarios y trabajadores», si se puede revelar información privilegiada al asesor o «experto», y si la información recibida por el consejero y transmitida al «experto» puede ser revelada a terceros. En respuesta a aquellos interrogantes, el Alto Tribunal comunitario manifiesta lo siguiente:

- a) Que «un miembro del consejo de administración sólo puede revelar información privilegiada en el ejercicio normal de sus funciones cuando solicite asesoramiento para llevar a cabo sus funciones y limite la revelación de información a lo necesario para obtener el pertinente asesoramiento»⁵³.

El apartado 3 del artículo 6.º de la Directiva 2003/6, establece lo siguiente: «Cuando un emisor o una persona que actúe en su nombre o por cuenta de aquél revele información privilegiada a un tercero en el normal ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones, según lo mencionado en la letra a) del artículo 3.º, los Estados miembros exigirán que haga pública, en su integridad y de manera efectiva tal información, debiendo hacerlo simultáneamente en el caso de revelación intencional, o bien prontamente en caso de revelación no intencional. Las disposiciones del primer párrafo no se aplicarán si la persona que recibe la información tiene un deber de confidencialidad, con independencia de que esa obligación se base en una norma legal, reglamentaria, estatutaria o contractual. Los Estados miembros requerirán que los emisores, o las personas que actúan en su nombre o por cuenta de aquéllos, confeccionen una lista de las personas que trabajan para ellas, en virtud de un contrato laboral o de otra forma, y que tienen acceso a información privilegiada. Los emisores y las personas que actúan en su nombre o por cuenta de aquéllos actualizarán periódicamente esta lista y la remitirán a la autoridad competente cada vez que ésta lo solicite».

⁵¹ Supuesto, cabe recordar, que exceptiona de la prohibición de revelar información privilegiada, según se ha indicado al tenor de la letra a) del artículo 3.º de la Directiva 2003/6.

⁵² Siguiendo las Conclusiones del Abogado General.

⁵³ Según la Conclusión 41 del escrito del Abogado General.

b) Que «la legislación comunitaria no parece excluir, en principio, que el presidente de un sindicato actúe como experto en determinadas circunstancias»⁵⁴.

El segundo supuesto depende de cada ordenamiento jurídico concreto, pues siendo así que todos los miembros del consejo de administración gozan de los mismos derechos y prerrogativas, prohibir al representante de los trabajadores en aquel órgano societario que revele información a su «base», si los demás consejeros pueden hacerlo a sus electores o personas con vínculos específicos, podría considerarse discriminatorio. En nuestro ordenamiento no parece posible aquella revelación de información privilegiada por los miembros del consejo de administración, al contrario de lo que sucede en otros sistemas jurídicos⁵⁵.

No obstante ha de repararse en que cuando de un consejero representante de los trabajadores se trata, los intereses que representa son vitales (empleo y salario, único medio de vida, ordinariamente de los trabajadores y sus familias), que deben considerarse más dignos de protección que los meramente económicos de los inversores. Pudiéndose concluir lo siguiente:

«La posibilidad de consultar con sus respectivas bases es diferente para los miembros elegidos por la junta general, por un lado, y los elegidos por los trabajadores, por otro. Los contactos entre el representante de los trabajadores en el consejo de administración y el representante de un sindicato pueden formar parte inherente de la función del representante de los trabajadores.»⁵⁶

⁵⁴ Indica el Abogado General en su Conclusión 43.

⁵⁵ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* (*Los Administradores en las sociedades de capital*), pág. 516, que «El vocal designado por una agrupación de accionistas ha de estimarse que tiene una posición jurídica dentro del consejo de administración igual a la de los demás miembros del mismo (...). Sus funciones estarán dominadas por la función que corresponde al órgano administrativo, debiendo desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, está sometido a los deberes de fidelidad o lealtad, al tiempo que debe guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones. Este último aspecto ha de resultar de hecho de difícil cumplimiento, pero está claro que no puede comunicar a terceros las informaciones de carácter confidencial, y como tales han de considerarse los accionistas que han propiciado su nombramiento, debiendo guardar sigilo de las informaciones cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social». Lo mismo cabe afirmar, cambiando lo que debe ser cambiado, cuando de un consejero elegido por los trabajadores se trata.

Puede ser útil efectuar una referencia al Derecho comparado, y al respecto cabe destacar que el Derecho alemán excluye la posibilidad de que un miembro del consejo de administración consulte con un accionista en su condición de base, en el Derecho italiano. Se admite, por parte de la doctrina, el que un consejero pueda transmitir incluso información confidencial si se corre riesgo de que se vean afectados los intereses de los accionistas. En el Derecho holandés la comunicación de un miembro del consejo de administración a un accionista no está en principio permitida, sólo en supuestos excepcionales, por ejemplo cuando el éxito de una oferta pública de acciones pudiera depender del acuerdo de los accionistas, cabe informar a éstos antes de que la información se haga pública. El Derecho danés permite que los miembros del consejo de administración revelen información a los accionistas con los que tengan vínculos específicos o a aquellos que los han designado.

⁵⁶ LUJÁN ALCARAZ, J., *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid 2003, pág. 209 indica, respecto del delegado sindical que su derecho y acceso a la misma información que se ponga a disposición del comité de empresa constituye «una competencia de carácter instrumental respecto de la más genérica función del delegado sindical como representante de la sección ante el empresario (siendo) el propósito de la norma (...) que la información llegue a la sección y por tanto al sindicato». Similares consideraciones cabe efectuar sobre un consejero elegido por los trabajadores o designado por un sindicato.

El fundamento de las razones de esa afirmación reside ⁵⁷ en que si bien en cualquier interpretación normativa ha de tenerse en cuenta el riesgo de que se socave la confianza en los mercados de capitales, y que la excepción a la prohibición de revelar información privilegiada ha de interpretarse de forma estricta, resulta que también han de tomarse en cuenta los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados, que el Derecho comunitario protege.

Efectivamente, baste con enunciar que los derechos sociales relativos a la consulta e información de los trabajadores se recogen en los artículos 17 y 18 de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en el artículo 136 de la Constitución Española y en el artículo II-87 de la Constitución Europea. Derechos que además «pertenecen al ordenamiento jurídico comunitario como principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» ⁵⁸, y que han tenido un amplio desarrollo por las normas de Derecho comunitario derivado. Consecuentemente,

Todas esas disposiciones «organizan la transmisión de información en el seno de la empresa con el fin de aumentar el acceso a la información conferido a los representantes de los trabajadores, a través de los comités de empresa o de representantes de los trabajadores en los consejos de administración» y deberán tenerse en cuenta aun cuando esa legislación nacional no reconozca el derecho consultar con la «base» accionarial ⁵⁹.

Cuando a la condición de miembro del consejo de administración, como representante de los trabajadores se añade que la misma persona forma parte de un órgano empresarial diferente al que se notifica el propósito de fusión y los detalles de la misma, como es el «comité de enlace» (órgano entre laboral y societario), típico del Derecho danés y que está formado paritariamente por representantes del empresario y del sindicato, no parece que existan dudas de que ese representante del sindicato en el «comité de enlace» deberá poner en conocimiento del sindicato que lo designó lo que se trate en ese comité, debiéndose conjugar ese deber con la prohibición de revelar información privilegiada contenida en la Directiva 2003/6, pareciendo que el único modo será a través de la imposición por el ordenamiento jurídico correspondiente de un deber de sigilo o secreto al miembro(s) del sindicato al que se revele aquella «información privilegiada».

VI. CONCLUSIÓN

El supuesto objeto de atención en la sentencia comentada no es de fácil solución, pudiéndose cuestionar si, en definitiva, de la conciliación de «dos lealtades» se trata (lealtad a la empresa y leal-

⁵⁷ Precisa el Abogado General en su Conclusión 55.

⁵⁸ Como se establece en las SSTJCE de 29 de mayo de 1997 (Asunto C-299/95, Friechrich Kkremzow) y 10 de julio de 2003 (Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, broker Aquaculture Ltd. y Hydro Seafood GSP Ltd.), entre otras, «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido».

⁵⁹ En Conclusión 56 del escrito correspondiente del Abogado General.

tad a los trabajadores). Ante esa dificultad el Tribunal de Justicia resuelve de un modo salomónico, estableciendo lo siguiente:

«El artículo 3.º a) de la Directiva 2003/6 (que impide revelar información privilegiada a cualquier persona, a menos que se haga en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o funciones) prohíbe a una persona que recibe información en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración o en su condición de miembro del "comité de enlace" de un grupo de empresas revele tal información al presidente del sindicato que agrupa a estos trabajadores que ha designado a esta persona como miembro del comité de enlace salvo:

- *Si existe un vínculo entre la relación y el ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones, y*
- *Si esta revelación es estrictamente necesaria para el ejercicio de dicho trabajo, profesión o funciones.»*

Debiendo tenerse en cuenta, según precisa el Alto Tribunal, «en particular» que la «excepción a la prohibición de revelar información privilegiada debe ser objeto de interpretación estricta», «que cada revelación adicional puede aumentar el riesgo de que esta información sea explotada con una finalidad contraria a la Directiva (2003/6)», que la información privilegiada, en un supuesto como el de una fusión, es de «carácter delicado».

En fin, una sentencia no del todo convincente, pero útil y sobre todo interesante en cuanto a la materia que aborda, que en un futuro más o menos inmediato será objeto de atención en los más diversos ámbitos, desde la sociología a la economía, pasando por la politología y la ética empresarial, pero que sin duda requiere ya de urgente regulación jurídica (legislativa, doctrinal y jurisprudencial).