

PRIMERA PARTE

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LA EMPRESA DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

ENTRE COOPERACIÓN Y CONFLICTO SOCIAL: EL MODELO ALEMÁN DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS*

Achim Seifert**

Universidad Friedrich Schiller de Jena

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El marco del derecho de sociedades. 2.1 Funciones del consejo de vigilancia. 2.2 El orden interior del consejo de vigilancia. –3. Los tres modelos diferentes de cogestión en Alemania. 3.1 El modelo de la industria del carbón y del acero. 3.1.1 Desarrollo histórico. 3.1.2 Elementos esenciales. 3.1.3 Su importancia relativa actual. 3.2 La cogestión a un tercio. 3.2.1 Elementos esenciales de la cogestión a un tercio. 3.2.2 Su significación actual. 3.3 El modelo de la Ley de 1976 relativa a la cogestión. 3.3.1 Génesis. 3.3.2 Elementos esenciales del modelo de la Ley de 1976. –4. Problemas de aplicación de la cogestión. 4.1 Particularidades de la cogestión en la SRL. 4.2 Representación en los comités dentro del consejo de vigilancia. 4.3 El deber de confidencialidad de los representantes de los trabajadores. 4.4 Cogestión y negociación colectiva. –5. El destino de la cogestión en el mercado interior. 5.1 Puertas de salida. 5.1.1 La participación de los trabajadores en la SE. 5.1.2 El destino de la cogestión en fusiones transfronterizas. 5.1.3 El traslado del domicilio social a otro Estado miembro. 5.2 La cogestión ante el TJUE. –6. Perspectivas.

RESUMEN

Este artículo analiza el modelo alemán de representación de los trabajadores en los consejos de vigilancia de las grandes empresas. Después de examinar brevemente el marco legal de los consejos de vigilancia en las sociedades mercantiles, en las que se contempla la representación de los trabajadores en los consejos de vigilancia, se analiza los tres modelos vigentes de representación en los órganos de dirección dentro del derecho alemán y el contexto histórico en el que se aprobaron. Además se explica los principales problemas en la aplicación de estos tres modelos en la actualidad. Finalmente el artículo aborda los desafíos a los que está sometido el derecho alemán sobre la participación como resultado de la implementación del mercado único europeo, especialmente como consecuencia de la opción de salida que se contempla en la Directiva sobre la sociedades europea, o en la Directiva sobre las fusiones transfronterizas, o en la todavía pendiente jurisprudencia europea sobre la libertad de establecimiento de empresas en torno a la cuestión de si debe quedar excluida la representación de los trabajadores europeos fuera de Alemania del modelo alemán sobre la cogestión.

*Recibido el 21 de noviembre. Aceptado el 28 de noviembre.

** Catedrático de derecho civil, derecho laboral y de derecho comparado

Texto original redactado en castellano por su autor y supervisado por Juan Pablo Landa.

ABSTRACT

"The following paper gives an outline of the German model of employee representation in the supervisory boards of big corporations. After a short presentation of the legal framework of supervisory boards in public limited companies, in which board level employee representation is embedded, it analyzes the three currently existing statutory models of board level representation in German law and the historical context in which they have been adopted. Furthermore it explains the main problems the application of employee participation in supervisory boards is facing. A last part of the paper deals with the challenges of the German model of board level representation that are resulting from the European Internal market, namely exit options such as the European Company or cross-border mergers, and the currently pending TUI-case before the ECJ which raises the question whether the exclusion of workforces outside of Germany from the German system of board level representation is in line with EU-law."

Palabras clave: cogestión; representación de los trabajadores; derecho europeo de sociedades; gobernanza empresarial.

Key words: co-determination; employee representation; european company law; corporate governance in germany.

1. INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en el seno de la empresa, es decir su cogestión en los consejos de supervisión de las grandes empresas, es sin duda uno de los rasgos más característicos del sistema alemán de relaciones laborales. En la cogestión se entrecruzan corrientes intelectuales tan diferentes como la social-democracia y el sindicalismo alemán de un lado, y la doctrina social de la iglesia católica del otro¹. La cogestión tal y como se desarrolló en Alemania ha servido y sirve todavía como fuente de inspiración a otros países europeos que recibieron en su derecho nacional la idea de una participación de los trabajadores en el seno de los órganos de dirección de las grandes empresas como, por ejemplo, en el Reino de los Países Bajos, en el Gran Ducado de Luxemburgo y en medida menos importante también en Francia², aunque los modelos de cogestión de estos países se distinguen mucho del modelo alemán por su integración en un entorno de relaciones laborales y de gobierno corporativo diferentes.

La gestión no se aplica a todas las grandes empresas con domicilio social en Alemania, sino que está limitada a empresas constituidas bajo ciertas formas jurídicas. Se ejerce en el consejo de vigilancia de grandes empresas que están constituidas bajo la forma jurídica de sociedad anónima [*Aktiengesellschaft (AG)*], sociedad comanditaria por acciones [*Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)*], sociedad de responsabilidad limitada [*Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*], sociedad cooperativa [*eingetragene Genossenschaft (eG)*] o sociedad mutualista [*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)*]. Por esto, la cogestión sólo es un derecho de empresa [*Unternehmensrecht*] fragmentado, porque no se aplica a las sociedades de personas como la sociedad civil, la sociedad colectiva o la sociedad comanditaria, lo que se justifica por la responsabilidad personal de los socios en las sociedades de personas excluyendo una participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Lo característico de la cogestión es que liga elementos del derecho laboral con el derecho de sociedades.

¹ La influencia de la doctrina social de la iglesia católica sobre la cogestión está estrechamente ligada con *Oswald von Nell-Breuning*, uno de los fundadores de la doctrina social de la iglesia católica. Véase verbigracia los escritos de éste reunificado en *Oswald von Nell-Breuning, Streit um Mitbestimmung*, Fráncfort 1968.

² Para una visión de conjunto de la cogestión en Europea Véase *Achim Seifert, Employee Participation at Board Level in Europe*, in: Jürgen Basedow, Chen Su, Matteo Fornasier y Ulla Liukkonen (dir.), *Employee Participation and Collective Bargaining in Europe and China*, Tübingen 2016, pp. 209 ss.

Además, va más allá de la participación de los trabajadores a través de los consejos de establecimiento [*Betriebsräte*] que son elegidos por todos los trabajadores de una planta con cinco trabajadores o más³, puesto que la cogestión da a los trabajadores la posibilidad de determinar y controlar la política empresarial entera de manera igual con los representantes de los accionistas, mientras que los consejos de establecimiento sólo disponen de derechos de participación en algunos asuntos enumerados por la ley y que conciernen esencialmente a la ejecución del trabajo en la planta (por ejemplo disciplina, tiempo de trabajo etc.).

Las líneas siguientes intentan ofrecer un resumen del sistema alemán de cogestión y de los desafíos a los que se enfrenta actualmente. En una primera parte, el marco del derecho de sociedades en el cual la participación de los trabajadores en la empresa está integrada será brevemente trazado. Después los tres modelos diferentes de cogestión que existen en derecho alemán serán explicados. Una tercera parte estará consagrada a analizar algunos problemas que resultan de la aplicación de las leyes sobre la cogestión. La cuarta parte examinará las presiones a las que se ve sometido el sistema de la cogestión actualmente en el Mercado Interior de la Unión Europea.

2. EL MARCO DEL DERECHO DE SOCIEDADES

La cogestión está esencialmente articulada en las formas jurídicas del derecho de sociedades. Por esto, conviene trazar brevemente la estructura de derecho de sociedades en la cual la participación de los trabajadores está integrada.

A diferencia de muchos otros sistemas nacionales, el derecho alemán de las sociedades anónimas sólo prevé una estructura dualista de dirección, compuesta de un consejo de vigilancia y de la junta directiva. Por lo tanto, las S.A. sometidas al derecho alemán no pueden tener un consejo de administración como prevé el modelo monista de dirección. Sólo para la sociedad europea (Societas Europaea [S.E.]) con domicilio social en Alemania el derecho de la Unión Europea impone la posibilidad de escoger entre el modelo monista y dualista⁴.

2.1. Funciones del consejo de vigilancia

La cogestión está incluida en los consejos de supervisión o vigilancia de las grandes sociedades⁵. El establecimiento de este órgano es obligatorio no sólo para la S.A.⁶, sino también para la sociedad comanditaria por acciones⁷, la sociedad cooperativa⁸ y la sociedad mutualista⁹. Para la S.R.L. la creación de un consejo de vigilancia sólo es voluntario¹⁰.

La función principal del consejo de vigilancia es el control de la junta directiva¹¹, que dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad¹². Como regla general, la junta directiva no puede

³ Para un resumen del régimen de los consejos de establecimiento Véase *Manfred Weiss y Marlene Schmidt*, *The Labour Law in the Federal Republic of Germany*, Alphen aan den Rijn 2008, párrafos 223 ss.

⁴ Véase los artículos 43 ss. del Reglamento (CE) N° 2157/2001 de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE 2001 N° L 294/1), así como los artículos 20 ss. de la ley alemana para la ejecución del Reglamento (CE) N° 2157/2001.

⁵ Para un resumen de las misiones y poderes del consejo de vigilancia en el derecho alemán de las sociedades anónimas Véase *Katja Langenbucher*, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 3ª edición Munich 2015, § 5, párrafos 44 ss. Para un análisis más detallado Véase *Johannes Semler y Kersten von Schenck*, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3ª edición, Munich 2009, pp. 287 ss.

⁶ Art. 95 ss. de la ley relativa a las sociedades anónimas [*Aktiengesetz (AktG)*].

⁷ Art. 278, apartado 3, en relación con los art. 95 ss. de la ley relativa a las sociedades anónimas.

⁸ Véase art. 36 ss. de la ley relativa a las sociedades cooperativas [*Genossenschaftsgesetz (GenG)*].

⁹ Art. 35 de la ley relativa a la supervisión de las empresas aseguradoras [*Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)*].

¹⁰ Art. 52 de la ley relativa a las sociedades de responsabilidad limitadas [*GmbHG*].

¹¹ Art. 111, apartado 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹² Art. 76, apartado 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

trasladar al consejo de vigilancia competencias de dirección¹³, si bien la junta directiva debe coordinar la orientación estratégica de la empresa con el consejo de supervisión o vigilancia¹⁴. Este último puede efectuar su misión de control bien a través de su derecho a solicitar informaciones de la junta directiva sobre las actividades de la sociedad¹⁵, así como también a través de la consulta de expertos en asuntos determinados¹⁶, y en el nombramiento del auditor¹⁷. Además, el consejo de vigilancia controla el balance anual de la sociedad, el informe sobre la situación de la sociedad, así como la propuesta de la junta directiva sobre el destino de los beneficios¹⁸, y colabora en la aprobación del balance anual¹⁹. El control tiene también un lado prospectivo: por lo tanto, el consejo de vigilancia debe aconsejar a la junta directiva sobre la dirección estratégica de la sociedad²⁰. No obstante, el consejo de vigilancia normalmente no contribuye a determinar la estrategia de la sociedad, son los estatutos de la sociedad, así como el mismo consejo quienes deben determinar diferentes categorías de decisiones sometidas a la aprobación del consejo de vigilancia o supervisión²¹. El tipo de decisiones bajo reserva de aprobación por el consejo de vigilancia ha ganado en importancia a consecuencia de las últimas reformas de la ley sobre las sociedades anónimas²². En el caso de que el consejo de vigilancia desaprobara una propuesta de la junta directiva, éste último no está autorizado a ejecutar la medida en cuestión. Sin embargo, puede pedir que la junta general de accionistas tome una decisión sobre esta cuestión²³.

Además de esta función de control, el consejo de vigilancia elige a los miembros de la junta directiva²⁴. En el caso de abuso o prevaricación graves por parte de miembros de la junta directiva, el consejo de vigilancia tiene el derecho a destituir a estos miembros²⁵. Finalmente, el consejo de vigilancia puede convocar en todo momento la junta general de accionistas si el bienestar de la sociedad lo exige²⁶.

2.2. El régimen interno del consejo de vigilancia

El reglamento de régimen interno del consejo de vigilancia pertenece, en principio, a su autonomía propia. Por esto, puede establecer comités en su seno por razones de eficacia²⁷. El derecho de la Unión Europea así como el Código alemán de gobierno corporativo [*Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)*] recomiendan a las sociedades que cotizan en bolsa a establecer comités de nombramientos, retribuciones y auditoría en el seno de su consejo de vi-

¹³ Art. 111, apartado 4, frase 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹⁴ Véase N° 4.1.2 del Código alemán de gobierno corporativo [*Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)*].

¹⁵ Art. 111, apartado 2, frase 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹⁶ Art. 111, apartado 2, frase 2 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹⁷ Art. 111, apartado 2, frase 3 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹⁸ Art. 171 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

¹⁹ Art. 172 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

²⁰ Véase Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo de Justicia] (BGH), sentencia del 25 de marzo 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 130. Véase también N° 5.1.1 del Código alemán de gobierno corporativo.

²¹ Art. 111, apartado 4, frase 2 de la ley relativa a las sociedades anónimas. N° 3.3 del Código alemán de gobierno corporativo recomienda a sociedades que cotizan en bolsa prever en sus estatutos una reserva de aprobación para negocios de gran importancia, tales como decisiones que van a cambiar fundamentalmente la situación económica, financiera o de rentabilidad de la empresa.

²² Para un resumen de este desarrollo jurídico véase *Friedrich Kübler y Heinz-Dieter Assmann, Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 6a edición (2006) § 15 III. 4. a).

²³ Art. 111, apartado 4, párr. 3 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

²⁴ Art. 84, apartado 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

²⁵ Véase art. 84, apartado 3 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

²⁶ Art. 111, apartado 3 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

²⁷ Art. 107, apartado 3, frase 1 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

gilancia²⁸. Sin embargo, el derecho alemán limita los poderes de estos comités y no permite delegar en éstos la aprobación de negocios que precisan la aprobación por parte del consejo de vigilancia²⁹.

3. LOS TRES MODELOS DIFERENTES DE COGESTIÓN EN ALEMANIA

El derecho alemán prevé tres modelos diferentes de cogestión que garantizan a los trabajadores niveles diferentes de participación en la empresa. Esta pluralidad de regímenes es el resultado de un largo desarrollo histórico que arranca en el período de la posguerra, reflejando los cambios en las fuerzas políticas en el seno de la sociedad alemana³⁰. Por esta razón, los tres modelos de cogestión serán presentados en orden cronológico.

3.1. El modelo de la industria del carbón y del acero

El primer modelo de cogestión que fue institucionalizado por el legislador es el de la industria del carbón y del acero [*Montanindustrie*]. Se trata del modelo más extendido de cogestión donde se prevé una participación paritaria de los trabajadores en los consejos de vigilancia de las empresas de este sector.

3.1.1. Desarrollo histórico

Dejando aparte los inicios tímidos de la cogestión en la República de Weimar³¹, la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas nació en la industria del carbón y del acero en el periodo posterior a la segunda guerra mundial. Las grandes empresas mineras y del acero de la zona de ocupación británica, que comprendía la región del Ruhr, una de las regiones más industrializadas de Alemania, introdujeron la cogestión de manera voluntaria. Esto era una reacción de los empresarios a la reivindicación muy común en esa época de nacionalizar la industria pesada y el temor de los propietarios –confrontados a las amplias medidas de desconcentración de la industria del carbón y del acero en la zona británica de ocupación– a ser expropiados a causa de su complicidad con el sistema nacional-socialista. A fin de evitar una nacionalización de sus empresas, los industriales del sector del carbón y del acero propusieron en 1947 a los sindicatos constituir los consejos de vigilancia de sus empresas paritariamente con representantes de los accionistas y de los trabajadores. Los sindicatos aceptaron este propósito, de manera que estas empresas practicaron desde este año voluntariamente la cogestión. Ante una amenaza de los sindicatos de declararse en huelga general, este modelo fue retomado por el legislador federal que votó la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero el 21 de mayo 1951³².

²⁸ Véase N° 5 de la Recomendación de la Comisión 2005/162/EG del 15 de febrero de 2005 relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa (DOCE 2005 N° L 52/51); véase también N° 5.3.2 y 5.3.3 del Código alemán de gobierno corporativo.

²⁹ Art. 107, apartado 3, párr. 2 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

³⁰ Según el art. 70 de la ley relativa a los consejos de establecimiento [*Betriebsrätegesetz* (BRG)] del 4 de febrero de 1920 (Reichsgesetzblatt [Boletín oficial del Imperio] 1920, 1ª Parte, p. 147), el consejo de establecimiento de una S.A. tenía el derecho a enviar uno o dos de sus miembros al consejo de vigilancia de la sociedad “a fin de defender los intereses y reivindicaciones de los trabajadores así como sus peticiones concernientes a la organización del establecimiento”.

³¹ Para un análisis del nacimiento de la cogestión en la industria del carbón y del acero, véase Erich *Potthoff*, *Der Kampf um die Montanmitbestimmung*, Colonia 1957, pp. 21 ss.

³² Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz), Bundesgesetzblatt [Boletín oficial de la R.F.A.] 1951, 1ª Parte, p. 347.

3.1.2. Elementos esenciales

Entran en el ámbito de aplicación de la ley de 1951 relativa a la cogestión todas las empresas de la industria del carbón y del acero que adoptan la forma jurídica de una S.A. o de una S.R.L. y que ocupan por lo menos 1.000 trabajadores³³. Los consejos de vigilancia de estas sociedades deben estar compuestos paritariamente por cinco representantes respectivamente de los accionistas y de los trabajadores. Todos los miembros del consejo de vigilancia tienen los mismos derechos y deberes³⁴.

El “banco” de los cinco trabajadores³⁵ está compuesto de dos trabajadores empleados por la empresa –propuestos por el consejo de establecimiento a la junta general de accionistas– otros dos miembros, propuestos por la confederación de los sindicatos al consejo de establecimiento, y un quinto miembro que es igualmente propuesto por la confederación de los sindicatos a la junta general de accionistas. Esta última está ligada a las propuestas electorales de los consejos de establecimiento. Es interesante notar que los sindicatos tengan un papel importante en el modelo de cogestión del sector del carbón y del acero, lo que les permite influir en las decisiones empresariales de estas sociedades. Normalmente, se trata de liberados o responsables de los sindicatos³⁶.

El presidente del consejo de vigilancia, el denominado “undécimo hombre” [*Der elfte Mann*] debe ser elegido en un procedimiento complicado, a propuesta de miembros del consejo de vigilancia³⁷. En caso de que ningún candidato obtenga la mayoría del consejo, un comité de conciliación propone tres personas entre las cuales la junta general de accionistas deberá elegir. Ésta puede rechazar motivadamente a las personas propuestas. Contra esta decisión, se puede recurrir al Tribunal regional superior [*Oberlandesgericht*]. Cuando éste confirma el rechazo de los candidatos, el comité de conciliación debe proponer otros candidatos a la junta general de accionistas. En el caso de que el Tribunal declare ilegal el rechazo de los candidatos, la junta general de accionistas deberá elegir a una de entre las personas propuestas. Por este procedimiento complicado, el legislador evita que el grupo de los accionistas mayoritarios sea decisivo en la elección del presidente del consejo de vigilancia.

La influencia de los trabajadores no se limita solo al consejo de vigilancia. Se extiende también a la administración de la sociedad. En efecto, en cada sociedad mercantil donde la ley de 1951 es de aplicación, se debe nombrar a un miembro de la junta directiva encargado de los asuntos del personal de la empresa³⁸. Este director de personal (de trabajo) [*Arbeitsdirektor*] no puede ser elegido contra los votos de los representantes de los trabajadores en el seno del consejo de vigilancia. En la práctica, son en su mayoría antiguos cargos o liberados de los sindicatos. De un lado, estos directores de personal son un puente entre los trabajadores y la junta directiva de la sociedad. Del otro, deben hacer malabares entre una representación de los intereses de los trabajadores y el ejercicio de las funciones de un empleador frente a los trabajadores, lo que produce en muchos casos conflictos entre los directores de trabajo y la plantilla. Por esto, el director de trabajo o de personal es una institución muy controvertida entre los trabajadores.

³³ Art. 1, apartado 1 y 2 de la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero.

³⁴ Art. 4, apartado 3, frase 1 de la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero.

³⁵ Art. 4, apartado 1, frase 1, N° b) de la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero.

³⁶ Véase *Elmar Gerum*, *Das deutsche Corporate Governance-System: eine empirische Untersuchung*, Stuttgart 2007, p. 239.

³⁷ Para los detalles del procedimiento de elecciones véase el art. 8 de la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero.

³⁸ Véase el art. 13 de la ley relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero.

3.1.3. Su importancia relativa actual

No será una sorpresa constatar que este modelo de cogestión ya no es de gran importancia. La industria alemana del carbón y del acero desapareció en gran parte desde los años 1960. En 1951, el año de la entrada en vigor de la ley de 1951 relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero, 74 empresas fueron sometidas a este modelo de cogestión, mientras que en 2011 sólo 31 empresas aplicaban esta ley; esta última cifra incluye también a las empresas que mantienen voluntariamente la aplicación de la ley de 1951 aunque ya no entren en su ámbito de aplicación³⁹. El impacto de la cogestión en la industria del carbón y del acero no puede ser determinado de manera precisa. Sin embargo, hay fuertes indicios para confirmar la hipótesis de que la cogestión haya contribuido a que las reestructuraciones profundas de este sector desde los años 1960 se hayan efectuado de manera pacífica y sin mayores conflictos colectivos⁴⁰.

3.2. La cogestión a un tercio

El segundo modelo de cogestión, la cogestión a un tercio en las empresas que ocupan por lo menos 500 trabajadores, resultado de la aplicación de los artículos 76 ss. de la ley del estatuto interno del establecimiento [*Betriebsverfassungsgesetz*] de 1952. Solo un año después de la entrada en vigor de la ley de 1951 relativa a la cogestión en la industria del carbón y del acero, las relaciones de poder habían cambiado en desfavor de los sindicatos. En efecto, el movimiento sindical no tuvo el poder social para forzar el Gobierno federal conservador de *Konrad Adenauer* a extender el modelo de la industria del carbón y del acero a toda la economía. El intento de la Confederación alemana de sindicatos de influir en el parlamento federal en este sentido por una huelga de la prensa fracasó completamente. En 2004, estas disposiciones legales fueron trasladadas sin modificaciones mayores a la ley relativa a la participación de los trabajadores en el consejo de vigilancia [*Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG)*]⁴¹ a un tercio, que está todavía en vigor.

3.2.1. Elementos esenciales de la gestión a un tercio

La ley relativa a la cogestión a un tercio se aplica a S.A., sociedades comanditarias por acciones, S.R.L., sociedades mutualistas y sociedades cooperativas que emplean a más de 500 trabajadores⁴². Sin embargo, están excluidas del ámbito de aplicación de la ley las empresas de las sociedades religiosas [*Religionsgesellschaften*], a saber, las numerosas empresas de la iglesia católica y de las iglesias protestantes⁴³.

En las sociedades comprendidas en el ámbito de la ley relativa a la cogestión a un tercio, el consejo de vigilancia debe estar compuesto por un tercio de representantes de los trabajadores⁴⁴. Por lo tanto, los accionistas mantienen una sobrerrepresentación clara en este modelo de co-

³⁹ Se trata de una cifra de la Fundación Hans Böckler Stiftung que pertenece al movimiento sindical. Véase http://www.boeckler.de/pdf/magmb_2011_05_molitor1.pdf.

⁴⁰ Véase el Informe de la Comisión de expertos para la evaluación de las experiencias sobre la cogestión: Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (Mitbestimmungskommission) von 1970, in: Bundestags-Drucksachen VI/334, pp. 29 ss. (Informe de la Comisión „Biedenkopf“).

⁴¹ Bundesgesetzblatt 2004, 1ª Parte, p. 974.

⁴² Véase el art. 1, apartado 1, n° 1 a 5 de la ley relativa a la cogestión a un tercio.

⁴³ Véase el art. 1, apartado 2, n° 2 de la ley relativa a la cogestión a un tercio. Esta excepción se explica por la garantía constitucional de la autonomía de las sociedades religiosas (art. 140 GG y art. 137 Abs. 3 WRV): para un análisis más detallado, Véase *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche: staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Arbeitsrecht, 6ª edición, Munich 2012, § 16, parafos 6 ss., 12 ss. y 38 ss.

⁴⁴ Art. 4, apartado 1 de la ley relativa a la gestión a un tercio.

gestión, al punto de que la influencia de los trabajadores en el seno del consejo de vigilancia está considerablemente limitada. Sólo en el caso de que los accionistas estén reñidos entre sí mismos —lo que puede ocurrir, en particular en empresas familiares— los representantes de los trabajadores pueden inclinar la balanza y ganar influencia en la dirección de la empresa. A diferencia del modelo de la ley de 1951 y de la ley de 1976, la ley relativa a la cogestión a un tercio no prevé el nombramiento de un director del personal o encargado de los asuntos del personal, de manera que los trabajadores y sus representantes no tendrán una voz en el seno de la junta directiva de la sociedad.

Los representantes de los trabajadores serán elegidos por los trabajadores de la empresa en elecciones directas. Consejos de establecimiento y trabajadores de la empresa tienen el derecho a hacer propuestas electorales⁴⁵. A la diferencia de la cogestión en la industria del carbón y del acero y del modelo de la ley de 1976 relativa a la cogestión, los sindicatos no tienen ningún papel en la gestión a un tercio: son prácticamente inexistentes en la ley de 2004.

3.2.2. Su significación actual

La gestión a un tercio es el modelo de cogestión -entre las tres existentes- que tiene la mayor implantación. Según un estudio empírico del 31 de diciembre 2009, 1.477 empresas tenían un consejo de vigilancia constituido de conformidad con la ley de 2004 relativa a la gestión a un tercio⁴⁶.

3.3. El modelo de la ley de 1976 relativa a la cogestión

El tercer modelo de cogestión resulta de la ley de 4 de mayo de 1976 relativa a la cogestión [*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG)*]⁴⁷. En cuanto a la intensidad de la participación que garantiza, la ley va más allá de la gestión a un tercio, pero no alcanza el nivel de la ley sobre la gestión en la industria del carbón y del acero.

3.3.1. Génesis

El debate político sobre la gestión no se terminó con la votación de la ley de 1951 y de la ley de 1952 relativa al estatuto interno del establecimiento. Sobre todo la Confederación alemana de sindicatos, pero también el partido social-demócrata (SPD), siguieron reivindicando una gestión paritaria en toda la economía. El debate ganó en intensidad cuando los social-demócratas formaban un gobierno con los cristiano-demócratas (1966-1969), y a partir de 1969 con los liberales (FDP), bajo los Cancilleres federales *Willy Brandt* (1969-1974) y *Helmut Schmidt* (1974-1982). No es exagerado decir que el debate sobre la gestión fue el debate social más importante en Alemania en los años 1960 y 1970. A fin de bien preparar una ley en la materia, el Gobierno federal estableció una Comisión encargada de examinar las experiencias con la gestión en la industria del carbón y del acero. El Informe de dicha Comisión Biedenkopf⁴⁸ jugaría un papel importante en todo el debate desarrollado durante la década de los 70.

El centro del debate político que se desarrolló fue, a parte de algunas cuestiones técnicas sobre la gestión, el de la constitucionalidad de una gestión paritaria en los consejos de vi-

⁴⁵ Art. 6 de la ley relativa a la gestión a un tercio. Los detalles del procedimiento de elecciones resultan del Reglamento sobre las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia según la ley relativa a la gestión a un tercio [*Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz – WODrittelbG)*] del 23 de junio de 2004 (Bundesgesetzblatt 2004, 1ª Parte, p. 1393).

⁴⁶ Véase Walter Bayer y Thomas Hoffmann, *Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat*, in: *Die Aktiengesellschaft (AG)* 2010, pp. R 149 ss.

⁴⁷ Bundesgesetzblatt 1976, 1ª Parte, p. 1153.

⁴⁸ Véase Bundestags-Drucksachen VI/334.

gilancia de las grandes empresas. En particular, había dudas sobre si ésta es conforme con el derecho fundamental a la propiedad⁴⁹ y a la libertad profesional (o de iniciativa) de las empresas sometidas a un régimen de cogestión paritaria⁵⁰. Este debate constitucional se terminó con la sentencia del Tribunal federal constitucional del 1º de marzo de 1979⁵¹ que confirmó la constitucionalidad de la ley de 1976. Se trata de una sentencia de cerca 160 páginas que produjo un efecto pacificador considerable. A partir de aquí, empresas, sindicatos, así como consejos de establecimiento, procedieron a la operación de cálculo de las plantillas para implantar la cogestión en las empresas afectadas.

3.3.2. Elementos esenciales del modelo de la ley de 1976

La ley de 1976 se aplica a empresas, organizadas en forma jurídica de S.A., S.A. comanditaria por acciones, S.R.L. o sociedad cooperativa que ocupen a más de 2.000 trabajadores en Alemania⁵². En los grupos de empresas los trabajadores de las empresas dependientes se asignan a la empresa dominante para el cálculo del número de los trabajadores⁵³, de forma que el exceso de 2.000 trabajadores en todas las empresas del grupo da lugar a la aplicación de la ley de 1976 en la empresa dominante del grupo, lo que quiere decir que la participación de los trabajadores tiene lugar donde las decisiones esenciales del grupo son tomadas. Al igual que la ley relativa a la cogestión a un tercio, la ley de 1976 excluye de su ámbito de aplicación a las empresas de las sociedades religiosas [Religionsgesellschaften] y a las empresas de tendencia (por ejemplo empresas de prensa)⁵⁴.

La ley de 1976 prevé una composición paritaria de los consejos de vigilancia en su ámbito⁵⁵. El banco de los trabajadores está compuesto en su mayoría de trabajadores de la empresa y por lo demás de representantes de los sindicatos⁵⁶. Todos los representantes de los trabajadores serán elegidos por los trabajadores de la empresa. En empresas con menos de 8.000 trabajadores las elecciones se efectúan de manera directa, mientras que la ley prevé para empresas con 8.000 o más trabajadores elecciones indirectas a través de delegados⁵⁷.

Si bien la ley de 1976 impone una composición paritaria de los consejos de vigilancia, no se trata de una verdadera cogestión paritaria. De un lado, no garantiza el mismo nivel de participación que la ley de 1951, puesto que el presidente del consejo de vigilancia, elegido al fin y al cabo por los representantes de los accionistas⁵⁸, dispone de un segundo voto en caso de empate⁵⁹. En consecuencia, los representantes de los accionistas poseen más peso en la toma de decisión si cierran filas. Sin embargo, en la práctica, este segundo voto del presidente del consejo es raramente practicado.

Al igual que la ley de 1951, la ley de 1976 prevé la elección de un director de personal como miembro de la junta directiva encargada de los asuntos del personal. Pero a la diferencia de la cogestión en el sector del carbón y del acero, la ley de 1976 no exige que la elección del director

⁴⁹ Véase el art. 14 de la ley fundamental [*Grundgesetz (GG)*].

⁵⁰ Art. 12 GG.

⁵¹ 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 ss. Para un análisis del aporte de esta sentencia véase *Manfred Weiss*, Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsurteils, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 2000, pp. 405 ss.

⁵² Art. 1, apartado 1 de la ley de 1976.

⁵³ Art. 5, apartado 1, frase 1 de la ley de 1976.

⁵⁴ Art. 1, apartado 4 de la ley de 1976.

⁵⁵ Art. 7, apartado 1 de la ley de 1976.

⁵⁶ Para los detalles el art. 7, apartado 2 de la ley de 1976.

⁵⁷ Art. 9, apartado 1 de la ley de 1976. Para los detalles de la elección de los representantes por los delegados véase los art. 10 ss. de la ley de 1976.

⁵⁸ Art. 27, apartado 1 y 2 de la ley de 1976.

⁵⁹ Art. 29, apartado 2, frase 1 de la ley de 1976.

del personal tenga lugar con los votos de los representantes de los trabajadores, ya que puede ser nombrado contra la voluntad de éstos⁶⁰. A pesar de esta regla, en la mayoría de los casos los directores de personal son antiguos sindicalistas.

4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA COGESTIÓN

La cogestión se ve confrontada con varios problemas y controversias en su aplicación. Aquí sólo pueden trazarse los más importantes.

4.1. Particularidades de la cogestión en la S.R.L.

La cogestión está diseñada para la S.A. Para ella, el consejo de vigilancia es un órgano obligatorio. Como vimos, las diferentes leyes sobre la cogestión someten también las S.R.L. de cierta dimensión a la cogestión. Esta extensión de la cogestión a la S.R.L. tiene por objetivo evitar que las empresas evadan la cogestión escogiendo esta forma jurídica. Sin embargo, el consejo de vigilancia no es un órgano obligatorio en la S.R.L. El control de la administración de la sociedad es efectuado por la junta general que nombra y revoca a los administradores⁶¹. Además, la junta general de la sociedad está autorizada a dar directrices a los administradores⁶². Por esto, la cogestión modifica de manera considerable la constitución de la S.R.L. previendo que el consejo de vigilancia nombre y revoque a los administradores⁶³ y que deba dar su aprobación a decisiones importantes de los administradores⁶⁴. A diferencia de la S.A.⁶⁵, el consejo de vigilancia no está facultado para intervenir en la aprobación del balance anual de la sociedad⁶⁶. En consecuencia, la cogestión en la S.R.L. es menos intensa que en la S.A.

4.2. Representación en los comités dentro del consejo de vigilancia

Una cuestión muy controvertida es la de la representación de los trabajadores en los comités creados en el seno del consejo de vigilancia. A este respecto, la ley contiene un vacío. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo [*Bundesgerichtshof*]⁶⁷, no hay una obligación por parte de las sociedades de asegurar una representación paritaria en los comités, tal y como sí existe para el pleno del consejo de vigilancia. En principio, atañe a la autonomía privada de la sociedad mercantil determinar la composición de los comités del consejo de vigilancia. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce límites a esta autonomía: exige que existan razones justificando la participación o no de representantes de los trabajadores en el comité en cuestión como, por ejemplo, se puede alegar la falta de cualificación de los representantes de los trabajadores; en caso contrario se trata de una discriminación prohibida de los representantes de los trabajadores. De todos modos, la jurisprudencia no admite la exclusión completa de los representantes de los trabajadores de un comité de nombramientos en el cual se delegó el poder de tomar la decisión final sobre el nombramiento de los miembros de la junta directiva de la socie-

⁶⁰ Art. 33 y art. 31 de la ley de 1976.

⁶¹ Art. 46 N° 6 de la ley relativa a la sociedad de responsabilidad limitada.

⁶² Art. 37, apartado 1 de la ley relativa a la sociedad de responsabilidad limitada.

⁶³ Véase el art. 31, apartado 1, frase 1 de la ley de 1976 y el art. 12 de la ley de 1951. Sin embargo, la ley de 2004 relativa a la cogestión a un tercio no confiere al consejo de vigilancia este derecho.

⁶⁴ Art. 25, apartado 1 de la ley de 1976 relativa a la cogestión, en relación con el art. 111, apartado 4, párr.2 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

⁶⁵ Art. 172 de la ley relativa a la sociedad anónima.

⁶⁶ Según el art. 46 N° 1 de la ley relativa a la sociedad de responsabilidad limitada, es la junta general quien debe aprobar el balance anual de la sociedad. Sin embargo el art. 25, apartado 1, N° 2 de la ley de 1976 relativa a la cogestión, en relación con el art. 171 de la ley relativa a la sociedad anónima confiere al consejo de vigilancia de la S.R.L. el derecho de controlar el balance anual de la sociedad.

⁶⁷ BGH, sentencia del 25 de febrero de 1982 – II ZR 102/82, BGHZ 83, pp. 144 ss.; BGH, sentencia del 17 del mayo de 1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, pp. 342 ss.

dad. De todos modos, el Tribunal Federal Supremo ha dejado sin resolver la cuestión de cuándo los trabajadores deben tener voz en todos los comités del consejo de vigilancia⁶⁸. En consecuencia, hay todavía mucha inseguridad jurídica en cuanto al ejercicio del derecho de los trabajadores a estar representados en los diferentes comités en el seno del consejo de vigilancia. Es obvio que la ausencia de los representantes de los trabajadores en los comités puede vaciar la eficacia de la cogestión de manera considerable.

4.3. El deber de confidencialidad de los representantes de los trabajadores

Otro problema en la aplicación de la ley de 1976 es el conflicto entre el deber de confidencialidad al cual todos los miembros del consejo de vigilancia están sometidos⁶⁹, incluso los representantes de los trabajadores, y la defensa efectiva de los intereses de los trabajadores frente a la empresa. Pues la gran mayoría de los representantes de los trabajadores son al mismo tiempo miembros del consejo de establecimiento y tienen un interés particular en transmitir informaciones que importan al trabajo del consejo de establecimiento, tales como una reestructuración inminente afectando el empleo en la empresa. Además, la transmisión de informaciones sobre las actividades del consejo de vigilancia permitía a los representantes de los trabajadores mantener un intercambio informativo con su electorado y rendir cuentas de su propia actividad en el consejo de vigilancia.

El artículo 79, apartado 1 de la ley relativa al estatuto interno del establecimiento de 1952 permite explícitamente que los miembros de un consejo de establecimiento transmitan informaciones sometidas a su deber de confidencialidad a los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia de su empresa. Sin embargo, una transmisión de informaciones por los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia al consejo de establecimiento está considerablemente limitada. El Tribunal federal del Trabajo, en una sentencia del 23 de octubre de 2008⁷⁰, ha decidido que el deber de confidencialidad de los miembros del consejo de vigilancia prohíbe también la transmisión de informaciones confidenciales sobre las deliberaciones de este último al consejo de establecimiento. Es decir que un miembro de un consejo de establecimiento, que es al mismo tiempo representante de los trabajadores en el consejo de vigilancia, tiene que erigir un “muro chino” en su cabeza, diferenciando en cada diferente ocasión y sede entre sus funciones como representante de los trabajadores en una y otra instancia de representación.

Tampoco el deber de confidencialidad permite a los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia transmitir informaciones confidenciales sobre las deliberaciones del consejo a los sindicatos.

4.4. Cogestión y negociación colectiva

Otro conflicto puede resultar entre el interés de la empresa, al cual todos los miembros del consejo de vigilancia están sometidos, y el sistema de negociación colectiva, con ocasión de una huelga contra la empresa. La preponderancia de los accionistas en el consejo de vigilancia, particularmente el segundo voto de su presidente en el caso de un empate, asegura que la empresa estará en la situación de determinar autónomamente su propia voluntad durante una negociación colectiva. Una cuestión más controvertida es, sin embargo, si la participación de representantes de los trabajadores en una huelga es conforme con su deber de lealtad al que están sometidos.

⁶⁸ Véase BGH, sentencia del 17 del mayo de 1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, p. 358.

⁶⁹ Véase los art. 116 y 93, apartado 1, párr. 2 de la ley relativa a las sociedades anónimas.

⁷⁰ BAG, sentencia del 23 de octubre de 2008 – 2 ABR 59/07, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2009, pp. 855 ss. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal regional [*Oberlandesgericht*] de Stuttgart del 7 de noviembre de 2006, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2007, p. 72 (*Carl Zeiss SMT AG*).

A este respecto, la mayoría de la doctrina distingue entre una participación “pasiva” y otra “activa” en una huelga. En principio, se reconoce que los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia no renuncian a su derecho fundamental de huelga, garantizado constitucionalmente por el artículo 9, apartado 3 de la Ley Fundamental, cuando acepten el mandato de ser miembro del consejo de vigilancia. Por lo tanto, están autorizados a participar en una huelga lícita de su sindicato dirigida contra la empresa, a menos que estén participando activamente en la organización de la huelga. En este caso, si es una participación “activa” en la huelga, la mayoría de los autores en la doctrina considera que el deber de lealtad de los representantes de los trabajadores frente a su empresa debe prevalecer. El precedente en este contexto es el caso de *Frank Bsirske*, presidente del sindicato de los servicios *ver.di* y al mismo tiempo vicepresidente del consejo de vigilancia de la línea aérea alemana Lufthansa. En su calidad de presidente de *ver.di*, *Bsirske* estuvo implicado de manera esencial en la preparación de una huelga contra la compañía operadora del aeropuerto internacional de Francfort (*Fraport*) que tuvo como efecto la anulación de un gran número de vuelos de Lufthansa desde Francfort⁷¹. En consecuencia, se trataba de un impacto indirecto de la huelga organizada por *Bsirske*. Las opiniones en la doctrina han estado divididas: la mayoría de los especialistas del derecho de sociedades considera que la organización de una huelga y los daños que resultaban del conflicto colectivo en este caso violó el deber de lealtad al cual *Bsirske* estaba sometido. Por el contrario, una gran parte de la doctrina laboralista daba más valor al derecho de huelga y aceptaba que un sindicalista que es al mismo tiempo representante de los trabajadores en el consejo de vigilancia pueda organizar una huelga contra la empresa en cuyos órganos de dirección se sienta. Como quiera que sea, el caso *Bsirske* no dio lugar a decisiones de los tribunales⁷². Por lo tanto la cuestión de la conciliación entre el deber de lealtad de los miembros del consejo de vigilancia y el derecho fundamental de huelga no está todavía resuelta de manera definitiva.

5. EL DESTINO DE LA COGESTIÓN EN EL MERCADO INTERIOR

El modelo alemán de cogestión, y particularmente el de la ley de 1976, se ve confrontado desde hace algunos años con una presión creciente que proviene del derecho de la Unión Europea. Pues el establecimiento de un Mercado interior ha originado varias opciones para evitar o por lo menos aliviar el sistema de cogestión (4.1.). Además, la cogestión en empresas transnacionales sólo incluye a los trabajadores que están empleados en Alemania, lo que ha provocado la cuestión de saber si la exclusión de los trabajadores empleados en otros Estados miembros es conforme con el derecho de la Unión Europea (4.2.).

5.1. Puertas de salida

5.1.1. La participación de los trabajadores en la SE

La primera puerta de salida de la cogestión es la sociedad europea (S.E.). Se trata de una forma jurídica del derecho de la Unión Europea que está reconocida en el Mercado Interior entero. Su marco jurídico emana del Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (S.E.)⁷³ y de la Directiva 2001/86/CE del 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 trabajadores⁷⁴.

⁷¹ Para un resumen de los hechos de este caso véase *Otto Ernst Kempfen*, Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf die Unternehmensmitbestimmung? (Der Fall Bsirske), in: Alfred Söllner, Wolfgang Gitter, Reimund Waltermann, Richard Giesen y Oliver Ricken (dir.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, München 2005, pp. 437 ss.

⁷² Para un análisis del caso *Bsirske* y de la tensión entre el interés de la empresa y del derecho de huelga véase *Achim Seifert*, Unternehmensinteresse und Aufsichtsratsmitbestimmung im Spannungsverhältnis, in: Ulrich Jürgens, Dieter Sadowski, Gunnar Schuppert, Manfred Weiss (dir.), *Perspektiven der Corporate Governance – Bestimmungsfaktoren unternehmerischer Entscheidungsprozesse und Mitwirkung der Arbeitnehmer*, Baden-Baden 2007, pp. 258 ss.

⁷³ DOCE 2001 N° L 294/1.

⁷⁴ DOCE 2001 N° L 294/22.

La Directiva 2001/86/CE está basada en el modelo de una participación negociada de los trabajadores en la S.E. Prevé un procedimiento para negociar un acuerdo entre las empresas participantes en la creación de la S.E. y una comisión negociadora representativa de todos los trabajadores empleados por las empresas participantes en el seno del Mercado interior⁷⁵. Este procedimiento de negociación debe ser respetado, porque en caso contrario la S.E. no podrá ser registrada como tal⁷⁶. Sólo en el caso de que la comisión negociadora tomara la decisión, por una mayoría de dos tercios, de no iniciar negociaciones el procedimiento de negociación no sería obligatorio⁷⁷. Las negociaciones están limitadas a un periodo de seis meses, a menos que las partes extiendan este plazo⁷⁸.

En el caso ideal, las partes celebran un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la S.E.⁷⁹. Este acuerdo debe cubrir no sólo la participación de los trabajadores en los órganos de la S.E. sino también la información y consulta de los representantes de los trabajadores, semejante a la regulación del comité de empresa europeo (según la Directiva 2009/38/CE)⁸⁰. Hasta ahora 202 acuerdos sobre la implicación de los trabajadores en una S.E. han sido celebrados en el marco del derecho alemán⁸¹. Entre estos acuerdos hay algunos ejemplos prominentes como el grupo asegurador *Allianz*, las empresas farmacéuticas *BASF* y *Fresenius*, el fabricante de coches *Porsche* y la empresa de energía *E.ON*. En cuanto al contenido de estos acuerdos, algunas tendencias son perceptibles. Todos mantienen el nivel de cogestión que existía en una o varias de las empresas participantes en el momento de la fundación de la S.E.; esto se aplica también para los casos de necesaria composición paritaria del consejo de vigilancia para las empresas encuadradas en la ley de 1976. Sin embargo, un gran número de los acuerdos reducen la talla del consejo de vigilancia, por ejemplo de 20 a 12 miembros, o retiran a los sindicatos el derecho de proponer un cierto número de representantes de los trabajadores tal y como les reconoce el artículo 7, apartado 2 de la ley de 1976. Además, en muchos casos el grupo de los altos cargos pierde su derecho a representante según la ley de 1976, y el banco de los trabajadores representa a todos los trabajadores empleados por la S.E. en el seno del Mercado interior; por consiguiente los acuerdos están produciendo una internacionalización de la representación de los trabajadores en la sede alemana de la empresa.

En el caso que las partes no alcancen a celebrar un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la S.E., ésta se determina según las disposiciones de referencia del artículo 7, apartado 1 en relación con el anexo de la Directiva 2001/86/EG y su implementación en derecho alemán por los artículos 34 ss. de la ley sobre la implicación de los trabajadores en la S.E. [*S.E.-Beteiligungsgesetz*]. Éstas parten del principio antes-después, lo que quiere decir que sólo hay una participación de los trabajadores en los órganos de dirección de la S.E. cuando hubiese existido con carácter previo un régimen de cogestión en una de las sociedades participantes

⁷⁵ Para el procedimiento de creación de la comisión negociadora, su composición y su misión véase art. 3, apartados 2 a 7 de la Directiva 2001/86/CE.

⁷⁶ Véase art. 12, apartado 2 del Reglamento (CE) N° 2157/2001.

⁷⁷ Art. 3, apartado 6, párrafo 1 de la Directiva 2001/86/CE. En este caso, la comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 % por lo menos de los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad (art. 3, apartado 6, párrafo 4 de la Directiva 2001/86/CE).

⁷⁸ Art. 5, apartado 1 de la Directiva 2001/86/CE.

⁷⁹ Zum Inhalt dieser Vereinbarung siehe Art. 4 Richtlinie 2001/86/EG.

⁸⁰ Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo de 2009 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 (DOCE 2009 N° L 122/28).

⁸¹ Es la cifra de la Fundación Hans Böckler que pertenece al movimiento sindical de la Confederación alemana de los sindicatos (DGB), a descargar sobre el sitio de la Fundación: http://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2015_12.pdf. El texto de los acuerdos SE puede descargarse sobre el sitio web del Instituto Sindical Europeo (ETUI): <http://de.worker-participation.eu/>.

en la creación de la S.E.⁸². De todos modos, parece que las disposiciones de referencia no tienen ninguna relevancia en la práctica.

Los acuerdos existentes sobre la implicación de los trabajadores muestran que la S.E. no pone en peligro la cogestión en sí. Sin embargo, se trata de una puerta de salida del régimen de cogestión que se aplicaba antes de la creación de la S.E., puesto que estos acuerdos transforman el derecho de los trabajadores a la cogestión, de un derecho legal imperativo a un derecho contractual susceptible de modificaciones ulteriores por medio de acuerdo. Por lo tanto, el traslado de la cogestión a la S.E. marca un cambio cualitativo.

5.1.2. *El destino de la cogestión en fusiones transfronterizas*

Una problemática comparable a la huida de la cogestión puede resultar de las fusiones transfronterizas, según la Directiva 2005/65/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Pues una fusión transfronteriza de una sociedad que aplica un régimen de cogestión en una sociedad de otro Estado miembro que no impone un régimen de cogestión, o su fusión con otra sociedad en la nueva sociedad resultante esté sometida a un derecho nacional que no reconoce la participación de los trabajadores en los órganos de la sociedad, tendrá el efecto de que la cogestión anteriormente existente se extinguirá con la entrada en vigor de la fusión. Para evitar este efecto, la Directiva 2005/56/CE retoma el modelo de negociación de la Directiva 2001/86/CE en sus principales rasgos, con el fin de facilitar la celebración de acuerdos sobre la participación de los trabajadores en los órganos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza⁸³. La cogestión negociada que resulta de fusiones transfronterizas ha ganado en importancia durante los últimos años. El primer caso fue la fusión de una sociedad dependiente con domicilio social en Italia en la sociedad dominante del grupo *Münchener Rückversicherung*. Otro caso conocido fue la fusión transfronteriza en el seno del grupo *UniCredit* en el año 2010.

5.1.3. *El traslado del domicilio social a otro Estado miembro*

Una tercera puerta de salida resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 TFUE. En sus sentencias bien conocidas en los asuntos *Centros*⁸⁴, *Überseering*⁸⁵ y *Inspire Art*⁸⁶, el TJUE se separó del principio de reconocimiento mutuo de las formas jurídicas de los derechos nacionales de los Estados miembros⁸⁷. Para el derecho internacional de sociedades esta jurisprudencia significa dar el paso del principio de la sede al principio de fundación. Por lo tanto, los Estados miembros tienen que reconocer a las sociedades establecidas según el derecho nacional de otro Estado miembro en su propio ordenamiento jurídico. Esto aumenta considerablemente la movilidad de sociedades en el seno del Mercado interior. Así, por ejemplo, una *limited company* establecida de conformidad con el derecho inglés o una S.A. fundada según las reglas del derecho español podrán trasladar su domicilio social del Reino Unido o del Reino de España a otro Estado miembro como la República Federal de Alemania y serán autorizadas a participar en la vida jurídica como una *Aktiengesellschaft* alemana.

⁸² Para un análisis más detallada de las disposiciones de referencia de la Directiva 2001/86/CE véase *Adriaan Dorresteijn, Tiago Monteiro, Christoph Teichmann y Erik Werlauff*, *European Corporate Law*, 2ª edición, Alphen aan den Rijn 2009, párr. 4.35 ss.

⁸³ Para un análisis del procedimiento véase *Achim Seifert*, *L'implication des travailleurs dans une fusion transfrontalière*, in: Pierre-Henri Conac (coord.), *Fusions transfrontalières de sociétés – droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruselas 2011, pp. 121 ss.

⁸⁴ TJUE, sentencia del 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Recopilación de la Jurisprudencia 1999 I-01459.

⁸⁵ TJUE, sentencia del 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Recopilación de la Jurisprudencia 2002, I-9919.

⁸⁶ TJUE, sentencia del 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Recopilación de la Jurisprudencia 2003, I-10955.

⁸⁷ Para una visión de conjunto de la jurisprudencia del TJUE Véase *Matthias Habersack y Dirk Verse*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 4ª edición, Munich 2011, § 3, párr. 12 ss.

Los riesgos que pueden resultar de esta jurisprudencia del TJUE para la cogestión son obvios. Pues la libertad de establecimiento en la interpretación del TJUE abre la puerta a que las empresas creen una sociedad según el derecho de un Estado miembro que no prevea un régimen de cogestión (verbigracia una *limited company* en conformidad con el derecho inglés) y trasladen después su domicilio social a Alemania. Aunque empleen más de 500 trabajadores no estarán sometidas a la cogestión alemana, puesto que las leyes sobre la cogestión sólo se aplican a las formas jurídicas de derecho alemán enumeradas por ellas como, por ejemplo, la *Aktiengesellschaft* [sociedad anónima] o la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* [sociedad de responsabilidad limitada]. En algunos grupos de empresas el régimen de cogestión existente en una de sus empresas será mantenida, sin embargo la empresa dominante estará organizada de acuerdo con una forma jurídica extranjera, de manera que la cogestión se verá vaciada de operatividad, puesto que sólo estarán sometidas a la cogestión las empresas dominantes de un grupo organizadas en una forma jurídica del derecho alemán.

En la práctica, ya hay varios casos de este tipo. A fin de cerrar esta puerta de salida a la cogestión, algunos reivindican una extensión de las leyes sobre la cogestión a empresas organizadas en una forma jurídica extranjera y teniendo su domicilio social en Alemania⁸⁸. Sin embargo, el legislador federal no ha adoptado este remedio hasta el momento presente. Por consiguiente, la puerta de salida, facilitada por la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE), está todavía abierta.

5.2. La cogestión ante el TJUE

Las leyes alemanas sobre la cogestión sólo incluyen a los trabajadores de la empresa o de un grupo de empresas que estén empleados en el territorio alemán. En consecuencia, todos los trabajadores de la empresa o del grupo de empleados en el extranjero no tienen representación en el consejo de vigilancia de la sociedad. Este hecho puede dar lugar a convertir en prioritarios los intereses de los trabajadores empleados en Alemania, especialmente en el marco de reestructuraciones. Es obvio que puede poner en duda la legitimidad de la cogestión en empresas transnacionales que tienen su domicilio social en Alemania. Por eso, no es una sorpresa que un número creciente de autores reivindique la integración de los trabajadores empleados fuera del territorio alemán en el sistema de cogestión⁸⁹.

Desde hace algunos años este debate doctrinal ha ganado una nueva dimensión, puesto que una parte de los autores estima que la exclusión de los trabajadores empleados en otros Estados miembros vulnera la libre circulación de los trabajadores (artículo 45 TFUE) y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 18 TFUE)⁹⁰. En 2015, el Tribunal regional de Berlín [Kammergericht] planteó una decisión prejudicial sobre la cuestión de si la exclusión de trabajadores empleados fuera de Alemania del régimen de cogestión es conforme con los artículos 45 y 18 TFUE⁹¹. Sin embargo, hay serias dudas de que la ley de 1976 vulnere estas

⁸⁸ Una extensión de las leyes sobre la cogestión a formas jurídicas extranjeras sería en conformidad con el derecho de la UE. Para un análisis más detallado véase *Manfred Weiss y Achim Seifert*, *Der europarechtliche Rahmen für ein „Mitbestimmungserstreckungsgesetz“*, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 2009, pp. 542 ss.

⁸⁹ Para un análisis detallado del problema véase *Thomas Raiser*, *Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen*, Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags*, Munich 2006, tomo I, B 93 ss.

⁹⁰ Así el Informe de la Reflection group on the Future of EU Company law, 2011, pp. 53 ss. Véase también: *Hans-Jürgen Hellwig y Caspar Behme*, *Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Unternehmensmitbestimmung*, in: *Die AG* 2009, pp. 261 ss.; *Peter Ulmer, Matthias Habersack y Martin Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, 3a edición, Munich 2016, Einleitung, párrafo 74.

⁹¹ Kammergericht Berlin, sentencia del 16 de octubre de 2015 – 14 W 89/15, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2015, pp. 1311 ss. (*TUI AG*). El procedimiento prejudicial ha sido registrado por el TJUE como asunto C-566/15.

disposiciones del derecho de la Unión Europea⁹². En efecto, el derecho de la unión no impide a los Estados miembros establecer su propio régimen nacional de participación de los trabajadores. El principio de no discriminación sólo tiene vocación de garantizar a los trabajadores un acceso sin discriminación a los mercados de trabajo en otros Estados miembros y no la armonización de los derechos nacionales de los Estados miembros relativos a la cogestión. Además, es necesario tener en cuenta que el principio de territorialidad impide a un Estado miembro extender su régimen de cogestión a otros Estados miembros. En cuanto a la vulneración alegada de la libre circulación de los trabajadores, ésta supondría que la pérdida del derecho de voto en el consejo de vigilancia que sufriera un trabajador migrante en otro Estado miembro de la Unión Europea tendría un efecto semejante a una barrera a la entrada en el mercado de trabajo de este Estado miembro, lo que es harto dudoso. Hasta ahora, el abogado general no ha publicado todavía sus conclusiones en el asunto TUI. De todas maneras, ya es obvio que la sentencia del TJUE en este asunto supondrá un gran impacto sobre el régimen de cogestión en empresas transnacionales.

6. PERSPECTIVAS

Desde sus inicios, después de la segunda guerra mundial, la cogestión ha sido siempre muy controvertida en la sociedad alemana. Aunque se haya convertido en una parte integrante de las relaciones laborales en Alemania, complementando la negociación colectiva, así como la participación de los trabajadores al nivel de la planta a través de consejos de establecimiento, se ve confrontada con varios desafíos. Las puertas de salida de la cogestión que emergieron con el derecho del Mercado interior, sin duda, contribuyen a su erosión lenta, particularmente del régimen de la ley relativa a la cogestión de 1976. En este clima ha surgido un debate sobre la reforma del sistema de la cogestión. Las propuestas hechas a tal fin son numerosas⁹³. Así, algunos autores reivindican la sustitución de la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas por un consejo de información y de consulta de los trabajadores⁹⁴. Otros recomiendan la reducción de la dimensión real de los consejos de vigilancia, a los cuales se aplica un régimen de cogestión, o bien la abolición de la presencia de sindicalistas en el consejo de vigilancia cuando no sean empleados de la empresa⁹⁵. Además, se propone el establecimiento de una cláusula de apertura permitiendo, al igual que la Directiva 2001/86/CE, negociaciones colectivas sobre la participación de los trabajadores en los órganos de dirección. Con todo, la reforma de la cogestión no forma parte del programa del Gobierno federal bajo la Canciller *Angela Merkel*.

Como quiera que sea, la decisión del TJUE en el asunto *TUI* podrá cambiar profundamente la situación. Si el TJUE considerara que la exclusión de los trabajadores que están empleados fuera del territorio alemán vulnera la libre circulación de los trabajadores o el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, el legislador alemán se verá forzado a reformar la ley relativa a la cogestión de 1976. Aunque una sentencia del TJUE en contra del régimen existente facilitaría el incremento de la legitimidad de la cogestión al tener que incluirse a los trabajadores de otros Estados miembros donde la empresa está operando, se trata de un escenario que sindicatos, grupos de empleadores, así como el Gobierno federal temen mucho, ya que generaría complicaciones políticas imprevisibles. Pero este capítulo de la historia de la cogestión queda todavía por escribirse.

⁹² Para un análisis más detallado véase *Rüdiger Krause*, Die AG 2012, pp. 485 ss; véase también Tribunal regional [*Landgericht*] Landau, sentencia del 18 de septiembre de 2013 – HK I 27/13, in: NZG 2014, pp. 229 ss.

⁹³ Véase, por ejemplo, Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA)/Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Bericht der Kommission Mitbestimmung, Berlin 2004; *Raiser*, Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag; Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II“), Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, 2006: http://kohte.jura.uni-halle.de/recht/Kommissionsbericht_Endfassung.pdf; Berliner Netzwerk Corporate Governance, 12 Thesen zur „Modernisierung der Mitbestimmung“, Die AG 2004, pp. 201 ss.

⁹⁴ Así el Berliner Netzwerk Corporate Governance, in: Die AG 2004, pp. 201 ss.

⁹⁵ Véase particularmente BDA/BDI, Bericht der Kommission Mitbestimmung, pp. 52 ss.