

EFFECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA EN LAS GRANDES EMPRESAS MULTINACIONALES ALEMANAS*

Janire Mimentza Martín**

SUMARIO: 1. Introducción: retos de la participación y consulta de los trabajadores en el mercado de trabajo alemán. –2. Legislación vigente: Cogestión en el ordenamiento jurídico alemán. 2.1. Breve evolución histórica y clases de cogestión en Alemania. 2.2. Cogestión a nivel de comité de empresa (Betriebliche Beteiligungsebene). 2.3. Cogestión a nivel de empresa (Unternehmens Beteiligungsebene). –3. Dimensión extraterritorial de la implicación de los trabajadores en el ordenamiento alemán. 3.1. Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (Beteiligungsgesetz). 3.1.1. Definición y ámbito de aplicación del Estatuto Jurídico de la SE. 3.1.2 Formas de constitución de una SE. 3.1.3. Estructuras de organización de una SE. 3.1.4. Implicación de los trabajadores en la SE: Directiva 2001/86/CE. 3.1.5. Ventajas y desventajas de la SE para la empresa y el trabajador. 3.2. Ley sobre la participación de los empleados en una fusión transfronteriza (MgVG). 3.2.1. Ley MgVG por la que se transpone la Directiva 2005/56/CE. 3.2.2. Ventajas y desventajas de la MgVG. –4. Conclusiones.

RESUMEN

En Alemania se aprecia una nueva tendencia hacia la limitación de los derechos de participación y consulta de los trabajadores en la empresa esgrimiendo el derecho comunitario. La cogestión alemana ha dejado de estar limitada al principio de territorialidad y ya no puede separarse de su dimensión europea. Sobre todo las directivas comunitarias suponen un desafío. Actualmente, la cogestión conoce una variedad “europeizada” de niveles de implicación en la empresa (ej. Societas Europaeae). En cuanto la legislación comunitaria se infiltra en los sistemas nacionales, lo hace también en el sistema de participación de los trabajadores. El problema radica en que las nuevas formas societarias pueden usarse para evadir la legislación interna, eludiendo con ello los costes de tener que cambiar de sistema de organización de la empresa, o adaptar el número de representantes de los trabajadores en la comisión de vigilancia. Como consecuencia, cada vez son más frecuentes los casos en los que se ignoran las garantías de participación y consulta. De lo que no hay duda es de que la europeización de las relaciones económicas y laborales amplía el discurso del futuro del modelo de cogestión. Este trabajo intenta dar una visión del efecto de las directivas comunitarias sobre estos derechos de los trabajadores en las grandes empresas multinacionales, dentro y fuera de Alemania.

*Recibido el 15 de septiembre. Aceptado el 6 de octubre.

** Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Auditora de Telefónica Germany GmbH & Co. OHG.

ABSTRACT

*In Germany a new trend of limiting the rights of participation and consultation of employees in the company via Europe is observed. German codetermination is no longer limited to the principle of territoriality and can no longer be separated from its European dimension. Especially European Community directives are a challenge. Currently, codetermination in Germany knows a "Europeanized" variety levels of involvement in the company (the most notable example is the *Societas Europaeae*). As European legislation flows into national systems, it also flows in the system of worker participation. The problem is that the new corporate forms can be used to evade domestic legislation, to avoid the cost of having to change the system of organization of the company, or adapt the number of workers' representatives on the supervisory committee. As a result, there are more and more cases in which the guarantees of participation and consultation are ignored. What is certain, is that the Europeanization of economic and labor relations extends the discourse of the future of the codetermination model. This paper aims to give a picture of the effect of directives on these rights of workers in large multinational companies inside and outside Germany.*

Palabras clave: implicación de los trabajadores, multinacionales, directivas.

Key words: workers involvement, multinationals, directives

1. INTRODUCCIÓN: RETOS DE LA PARTICIPACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN EL MERCADO DE TRABAJO ALEMÁN

El programa Europa 2020 promueve el crecimiento y la ocupación en la Unión Europea, mejorando la competitividad, manteniendo, a la vez, su modelo de economía social y mejorando el uso de sus recursos¹. Aunque el programa no menciona expresamente los derechos de implicación de los trabajadores, éstos dependen estrechamente de los objetivos perseguidos. El cálculo basado en el índice de participación europeo (EPI)² ha demostrado que los países donde los trabajadores tienen fuertes derechos de codecisión avanzan más rápido en ejecución del programa 2020, porque ponen más énfasis en el desarrollo social y ambiental, lo que significa que la participación de los trabajadores favorece el desarrollo económico³.

Alemania se encuentra entre el grupo de países con un índice de participación más elevado. En estos tiempos de crisis, casi todos los países europeos no dejan de admirar el éxito del modelo económico alemán. Sobre todo, destaca el alto nivel competitivo y el bienestar laboral de las grandes sociedades de capital. Hay que subrayar que, aunque Alemania tiene uno de los niveles más altos de participación de los trabajadores en Europa, ello no es impedimento para el éxito empresarial. Los datos demuestran que en las empresas donde los trabajadores pueden codecidir se invierte más en el futuro que aquellas donde los trabajadores no tienen voz⁴.

Hasta hoy se defiende el modelo como uno de los factores que fomenta a la prosperidad económica. A pesar de su gran aceptación, no faltan voces de sectores económicos que critican

¹ Comunicación de la Comisión COM (2010) 2020 Final, 3.3.2010.

² El European Participation Index (EPI) es un índice que resume los derechos de participación de los trabajadores en tres niveles: en el Consejo de Administración, a nivel de establecimiento, y a través de la negociación colectiva. Disponible: <http://de.worker-participation.eu/About-WP/European-Participation-Index-EPI> (fecha de consulta, en adelante f.c: 14.8.2016).

³ VITOLS, SIGURT, „Mitbestimmung bringt Europa voran“, Böckler Impuls 5/2016, 2016, p. 2. Disponible en: http://www.boeckler.de/Impuls_2016_05_2.pdf (f.c: 1.9.2016).

⁴ VITOLS, SIGURT/SCHOLZ, ROBERT, „Wo arbeitnehmer mitbestimmen, wird mehr investiert“, Böckler Impuls 11/2016, p. 2. Vid. http://www.boeckler.de/Impuls_2016_11_2b.pdf (f.c: 1.9.2016).

la cogestión como algo anticuado y poco competitivo en un mercado globalizado. Sus detractores argumentan que la estrictamente reglamentada cogestión y sus requisitos pueden frenar la agilidad de la empresa ante las transformaciones económicas. En este momento de la historia, en el que la cogestión celebra su cuarenta aniversario en Alemania, se puede afirmar que ha sobrevivido a todas las críticas nacionales internas.

Sin embargo, se aprecia una nueva tendencia de intentar abolir la participación paritaria de los trabajadores en la empresa vía Europa⁵. De lo que no hay duda es de que la cogestión alemana ha dejado de estar limitada al principio de territorialidad y ya no puede separarse de su dimensión europea. Sobre todo las directivas comunitarias suponen un desafío para el derecho de participación de los trabajadores. La europeización de las relaciones económicas y laborales amplía el discurso del futuro del modelo de cogestión.

Un objetivo importante de la Unión Europea es la creación de un mercado interior común, que garantice derechos fundamentales como la libertad de circulación de ciudadanos, de bienes, servicios y capitales. Para lograrlo es necesario eliminar las barreras al comercio. Para garantizarlo, la UE ha puesto en vigor una serie de directivas que regulan el derecho de sociedades posibilitando la creación de diferentes modalidades. En definitiva, la Comisión persigue desde hace décadas el objetivo de europeizar el derecho de sociedades. El reto está en que la Comisión debe garantizar los derechos de implicación de los trabajadores.

En cuanto la legislación europea se infiltra en los sistemas nacionales, lo hace también en el sistema de participación de los trabajadores de Alemania. El problema radica en que las nuevas formas societarias pueden usarse para evadir requisitos obligatorios legales. Evitando con ello los costes que significa el tener que cambiar de sistema de organización (monista o dualista) de la empresa, o adaptar el número de representantes de los trabajadores en la comisión de vigilancia. Es un reto que hay que defender en dos flancos: por un lado, hay que hacer frente a la tendencia de la limitación de los derechos de participación dentro del marco europeo. Por otro lado, una parte de la patronal y de los juristas en Alemania utiliza estas tendencias europeas para limitar la cogestión. En cambio, a la oportunidad de crear un modelo europeo para el fomento de la cogestión se le da una relevancia marginal⁶.

Por si los retos mencionados hasta ahora fueran pocos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁷ está a favor de la liberalización del derecho de sociedades. Ha dictado sentencias por las que, en base al derecho de establecimiento, las empresas extranjeras se pueden establecer en Alemania sin aplicar el derecho nacional sobre participación de los trabajadores. En definitiva, el tribunal ha aprobado el uso de formas de sociedades extranjeras en Alemania. Como consecuencia, a las empresas con sede en Alemania con forma societaria Ltd. & Co. KG o empresas alemanas con sucursales en el extranjero no se les aplica la cogestión⁸.

Más recientemente, la audiencia provincial de Berlín ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE⁹, argumentando que en la composición del órgano de vigilancia de la empresa "TUI" no se han tenido en cuenta los trabajadores en filiales en el extranjero. Se critica haber

⁵ BAYER, WALTER, „Mitbestimmung. Sytemwidrige Lücken schließen“, *Böckler Impuls* 11/2016, p. 2. Disponible en: http://www.boeckler.de/Impuls_2016_11_2a.pdf (f.c.: 1.9.2016).

⁶ TORNAU F. JOACHIM., „Präzise Plaziert“, *Magazin Mitbestimmung* 10/2011, p.2. Disponible en: http://www.boeckler.de/38122_38130.htm (f.c.: 1.9.2016).

⁷ Vid. Sentencia TJUE Rs. C-167/01 de 30.9.2003 (Inspire Art, Centros).

⁸ Greifenstein, Ralf., *Perspektiven der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, ungerechtfertigte Stillstand auf der politischen Baustelle?*, Abteilung Wirtschaft- und Sozialpolitik der Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 2011, p. 32; SICK, SEBASTIAN., „Der deutschen Mitbestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu“, *Mitbestimmungsförderung* 12/2015, p. 15. Disponible en: http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_8.pdf (f.c.: 12.9.2016).

⁹ Vid. Resolución de la Audiencia Provincial LG Berlin Beschl. de 16.10.2015-14 W 89/15.

aplicado el derecho activo y pasivo solo a los trabajadores en Alemania. Se pregunta al tribunal si este hecho se atiene al derecho comunitario, en concreto a la prohibición de discriminación (art. 18 TFUE) y a la libertad de circulación de trabajadores (art. 45 TFUE). La sentencia quedó pendiente de resolución hasta principios del 2017.

Actualmente, la gestión en Alemania conoce una variedad “europeizada” de niveles de implicación en la empresa (el ejemplo más destacable es el de la *Societas Europaeae*, SE)¹⁰. Como consecuencia, cada vez son más frecuentes los casos en los que se ignoran las garantías de participación. Este trabajo a intentar dar una visión más exacta del efecto de las directivas comunitarias sobre participación y consulta exclusivamente sobre las grandes empresas multinacionales, dentro y fuera de Alemania.

Para ello, es necesario hacer una diferenciación de los términos utilizados. En este trabajo se utilizará la palabra *cogestión* en cuanto se traten los derechos de participación y consulta en Alemania (parte II del trabajo). Mientras que la palabra implicación se utilizará para referirnos a los derechos de participación y consulta en conjunto en el Derecho Comunitario (parte III del trabajo).

2. COGESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN

Para entender la dimensión europea de la cogestión es necesario conocer el derecho alemán, ya que las Directivas europeas se inspiran en parte en este. Por lo tanto, es necesario explicar tanto los tipos de derechos como su evolución histórica. Es de destacar que a lo largo de las negociaciones legislativas, Alemania siempre ha defendido el nivel máximo de la participación (paritaria), consiguiendo cierta influencia legislativa, al mismo tiempo que se aceptaban compromisos con solo un mínimo de garantías, alejándose así del objetivo “ideal” de la cogestión paritaria.

2.1. Breve evolución histórica y clases de cogestión en Alemania

La cogestión (*Mitbestimmung*) nació después de la Segunda Guerra Mundial, basada en un modelo de economía de mercado social en el que empresas y sindicatos compartían responsabilidades. Tras la guerra e impulsado por los aliados se estableció el primer modelo de cogestión mediante la Ley de cogestión en la industria metalúrgica¹¹ (*Montan-Mitbestimmungsgesetz*, en adelante *MontanmitbestG*). Se trató de una ley sobre la participación de los trabajadores en los consejos de vigilancia y órgano de dirección de empresas en la industria minera y siderúrgica. Sus consejos de administración se componen, a partes iguales, por representantes de los empresarios y de los trabajadores. A lo largo del tiempo esta ley fue modificada sucesivamente.

En 1952 entró en vigor la primera Ley de establecimiento de comité de Empresa 1952, (*Betriebsverfassungsgesetz*, en adelante *BetrVG*)¹², con la que se establecen las primeras novedades legislativas de organización. No solo regulaba la cogestión a nivel de comité de empresa, sino que complementaba el *MontanmitbestG* introduciendo la cogestión en el comité de vigilancia dependiendo del tipo de sociedad y número de trabajadores. La anterior ley de cogestión de 1951 contaba desde su creación con una laguna, ya que solo cubría el sector minero. Así, la cogestión se extendió a los demás sectores de la industria fuera del ámbito del *MontanmitbestG*¹³. Mientras que las disposiciones sobre la cogestión en el comité de empresa desapare-

¹⁰ Greifenstein, R., op.cit., p. 29.

¹¹ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie. BGBl. I p. 347.

¹² Betriebsverfassungsgesetz, BGBl. I p. 868.

¹³ Edenfeld, Stefan., Betriebsverfassungsrecht. *Mitbestimmung in Betrieb, Unternehmen und Behörde*, 4 edición, C:F: Müller, Heidelberg, 2014, p. 244.

cieron con la entrada en vigor del nuevo régimen de empresa en 1972 (Betriebsverfassungsgesetz 1972), el BetrVG de 1952 siguió regulando la cogestión en el comité de vigilancia.

Finalmente, con la entrada en vigor del Drittelbeteiligungsgesetz 2004¹⁴ (en adelante DrittelbG) donde se regula la participación de un tercio en el órgano de vigilancia, se eliminó la participación de los trabajadores en el BetrVG 1952¹⁵. Con ello se consigue la estricta diferenciación legal de los dos modelos de cogestión de los trabajadores: en el comité de empresa (*Betriebsrat*) y en el de consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*).

Desde la entrada en vigor del MontanmitbestG, los sindicatos insistieron en la introducción de una cogestión paritaria en todas las empresas grandes. En 1968, un grupo de expertos recogió y resumió toda la información referente a la cogestión. Como consecuencia de las vivas discusiones en los círculos políticos y económicos, en 1976 entró en vigor la Ley de cogestión de 1976¹⁶ (*MitbestG*) como resultado de un compromiso económico. Aunque esta ley garantiza una ocupación paritaria del *Aufsichtsrat*, en caso de empate en la toma de decisiones la última palabra la tiene la parte de los accionistas. La discusión ante este desequilibrio llevó a plantear un recurso¹⁷ de inconstitucionalidad en 1979, que el tribunal resolvió a favor de la constitucionalidad del *MitbestG*.

En definitiva, en la actualidad existen de forma paralela tres tipos de cogestión, que responden a requisitos específicos de sector de industria minera (*MontanmitbestG*) y los umbrales de más de 500 (*DrittelbG*) y de 2.000 (*MitbestG*) empleados. La cogestión a nivel de comité de vigilancia tiene hoy una dimensión internacional. Como consecuencia, la cogestión de los trabajadores en la empresa privada no se limita a asuntos propios del comité de empresa, sino que se extiende a los órganos de gobernanza de la empresa. A continuación se exponen los dos modelos de derechos de consulta y participación en la medida necesaria para entender el efecto de las directivas comunitarias.

2.2. Cogestión a nivel de comité de empresa (Betriebliche Beteiligungsebene)

La institución del *Betriebsrat* materializa la cogestión a nivel del comité de empresa. Los empleados pueden expresarse sobre decisiones de explotación del trabajo del día a día, como la organización del trabajo, procesos y la composición de la plantilla. El poder de dirección del trabajador está limitado a los asuntos regulados en el régimen empresarial (*BetrVG*)¹⁸.

La cogestión de los trabajadores al nivel de comité de empresa se regula en los §§ 72-113 BetrVG de la Ley de establecimiento de comité de empresa¹⁹ de 1952. A continuación, se exponen las disposiciones generales sobre la cooperación y principales funciones (§§ 74-80 BetrVG). Seguido se regulan los derechos individuales de colaboración y reclamaciones particulares de los trabajadores (§§ 81-86 BetrVG). El núcleo del régimen empresarial se compone de: implicación en asuntos sociales (§§ 87-89 BetrVG), personal (§§ 92-105 BetrVG), económicos (§§ 106-113 BetrVG)²⁰, y disposiciones especiales para otros sectores (§§ 114-118 BetrVG). Cada sección incluye un amplio catálogo de elementos que no procede reproducir aquí.

Formalmente, la BetrVG otorga derechos relacionados con muchos temas importantes como el derecho de información, consulta y propuesta. El acuerdo entre las partes se recoge en el

¹⁴ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, de 18 mayo 2004 (BGBl. I p. 974).

¹⁵ Edenfeld, S., op. cit. p. 244.

¹⁶ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, Mitbestimmungsgesetz. BGBl. I, p. 1153.

¹⁷ La solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra el *MitbestG* fue rechazada, BVerfGE, 50, 290.

¹⁸ Edenfeld, S., op. cit. p. 20.

¹⁹ Betriebsverfassungsgesetz, en adelante BetrVG, BGBl. I p. 868.

²⁰ Edenfeld, S., op. cit. p. 20.

documento llamado Betriebsvereinbarung (BVG). El documento refleja –al contrario que en el comité de vigilancia (Aufsichtsrat)– una verdadera paridad entre el empleador y el comité de empresa²¹. Se trata de una auténtica cogestión (*echte Mitbestimmung*), ya que una medida del empleador solo se aplica si es aprobada por el comité de empresa (*Betriebsrat*).

Llegados a este punto hay que destacar que una visión en conjunto del derecho de cogestión alemán quedaría incompleta si solo se explica la implicación a nivel del comité de empresa dejando de lado la participación del trabajador en el consejo de vigilancia (Aufsichtsrat). Los dos modelos de implicación funcionan paralelamente y son interdependientes. En la práctica, se apoyan y limitan en cuanto un miembro del comité de empresa puede también ser parte del comité de vigilancia²². Todos los empeños jurídico-políticos para crear un derecho de empresa de cogestión unificado han fracasado²³.

Sabiendo que ambos modelos son las dos caras de la misma moneda y que juntos engloban la cogestión en Alemania pasamos a explicar la participación a nivel de empresa.

2.3. Cogestión a nivel de empresa (*Unternehmens Beteiligungsebene*)

Mediante la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad, se influye en la toma de decisiones y estos tienen responsabilidad en la política de empresa.

La legislación en vigor recoge cinco modelos de participación de los trabajadores en la comisión de vigilancia (*Aufsichtsrat*) regulados en diferentes leyes. La modalidad depende del tipo de sociedad y se limita a sociedades de capital (ej. GmbH, AG etc.). Tanto las empresas individuales como sociedades mercantiles personalistas (ej. Sociedad civil, OHG, KG) quedan catalogadas fuera del alcance de estas medidas²⁴.

Por lo tanto, este apartado se centra en los modelos para constituir sociedades de capital (multinacionales). En este contexto son de destacar la Ley de Participación de un tercio en el consejo de vigilancia de 2004 (*DrittelbG*) y la Ley de cogestión de los trabajadores de 1976 (*MitbestG*), sobre todo la última porque se basa en la legislación que afecta a las sociedades anónimas (las conocidas como Deutsche-AG).

El ordenamiento jurídico alemán exige que las empresas que superen el umbral de 500 empleados tengan un consejo de administración (*Aufsichtsrat*) en el que haya un tercio de representantes de los trabajadores (*DrittelbG*). En compañías con más de 2.000 trabajadores, el consejo se compone de forma paritaria (*MitbestG*), aunque en caso de empate vale más la voz del presidente que representa a los accionistas. Por lo tanto, las empresas con menos de 500 empleados quedan fuera del alcance de *DrittelbG* y *MitbestG*. Casi un tercio de todos los trabajadores del país están empleados en empresas en las que no se aplica la participación²⁵.

Aunque la *MitbestG* finalmente ha conseguido tener un gran nivel de aceptación, no fue siempre así. Tuvo unos comienzos difíciles llenos de críticas por parte de la industria y de los sindicatos. Tanta era la resistencia que en 1979 se planteó un recurso de inconstitucionalidad²⁶. La respuesta del Tribunal Constitucional confirmó y afianzó la validez de la *MitbestG*. Recientes estudios muestran sus beneficios para la industria²⁷. Se observa que hasta su 40 aniversario,

²¹ Raiser, Thomas, *Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen*, Deutsche Juristentag, Verlag C.H. Beck, Munich, 2006, p. 29.

²² *Ibidem*, p. 28.

²³ Edenfeld, S., *op. cit.* p. 243.

²⁴ Edenfeld, S., *op. cit.* p. 242.

²⁵ *Ibidem*, p. 242.

²⁶ BVerfGE, 50, 290.

²⁷ Neue Impulse für Forschung zu Mitbestimmung und Nachhaltiger Corporate Governance, wissenschaftskonferenz von Hans-Böckler-Stiftung und WZB. Disponible en: http://www.boeckler.de/63056_65170.htm (f.c: 15.8.2016).

la controversia se atenúa y, en general, mejora su percepción por parte de la industria y en la literatura jurídica. Sin embargo, la introducción de la cogestión sigue siendo un tema políticamente controvertido, dado que no es posible predecir todos los cambios a los que va a tener que hacer frente la economía del país. Una parte de la industria todavía teme que la cogestión influya negativamente en su capacidad de responder a cambios en la economía²⁸.

Según el § 7 I MitbestG, la composición de los miembros del consejo de administración de la empresa depende del número de trabajadores. Los elegidos para participar en este órgano deben de ser miembros del sindicato. Las principales funciones de los representantes de los trabajadores son: nombramiento de los órganos de representación, Junta Directiva (Vorstand), Director Gerente (Geschäftsführer) y el supervisor de la gerencia. La doctrina y la opinión mayoritaria en la literatura consideran trabajadores solo a los empleados que trabajan en suelo alemán. Es decir, en base al principio de territorialidad solo se cuenta a los empleados en las filiales y sedes alemanas. Como consecuencia, el MitbestG está vigente solo en empresas alemanas²⁹.

Sus críticas afirman que esta limitación territorial discrimina a los empleados en multinacionales alemanas en el extranjero. Entre otros derechos se limita el derecho activo y pasivo al voto frente a los trabajadores en Alemania. Sin embargo, un estudio de 2012 lo desmiente. La prohibición de discriminación del derecho comunitario se refiere a la discriminación en Alemania, y no a los empleados de empresas alemanas en un Estado miembro. Además, la limitación del derecho al voto activo y pasivo a los trabajadores en Alemania no supone una limitación al derecho a la libre circulación de trabajadores. Según la interpretación del TJCE, la limitación debería de ser tal magnitud que el trabajador no podría trabajar (no es el caso)³⁰.

En este contexto, el comité de vigilancia garantiza la participación (*Mitbestimmung*) en la empresa. Influye en las estructuras societarias y en los planes de la empresa velando por los intereses de los accionistas y de los trabajadores. Se orienta en base a la totalidad de las necesidades de la empresa³¹. A la hora de calcular composición del número de representantes de los trabajadores del Aufsichtsrat (§ 95 AktG), solo se computan los trabajadores bajo el derecho alemán³².

	Empresas AG en 2015	Empresas AG en 2002
Cogestión paritaria	635	767

En base a un estudio de 2016 se ha confirmado la tendencia de que las grandes sociedades de capital alemanas evaden la cogestión, sobre todo la paritaria. Tanto los déficits en el ordenamiento alemán, las sociedades extranjeras o comunitarias hacen que básicamente no se produzcan nuevos registros de cogestión paritaria. Respecto a la modalidad de Sociedad Limitada de entre 750-1.250 empleados (GmbH) un estudio basado en muestras reveló que solo la mitad de las empresas tiene un consejo de vigilancia. El 56% de las empresas no se ajusta a la ley (*DrittelbG*). Sin embargo, las empresas no temen las consecuencias, ya que la ley no prevé sanciones.

²⁸ Edelfeld, S., op. cit. p. 243.

²⁹ Con a excepción de la Sociedad Europea (SE) que se explicará más adelante en el tercer apartado (Dimensión extraterritorial de la implicación de los trabajadores en el ordenamiento alemán).

³⁰ KRAUSE, RÜDIGER, „Zur Bedeutung des Unionsrechts für die unternehmerische Mitbestimmung“, *Die Aktiengesellschaft* 13/2012, p. 487.

³¹ Edelfeld, S., op. cit. p. 243.

³² El § 7 MitbestG regula la elección de los representantes de los trabajadores y el § 8 MitbestG regula la elección de los representantes de los accionistas.

La tendencia se aprecia sobre todo en el sector de comercio al por menor, donde empresas que superan el umbral de 2.000 empleados no tienen un consejo de vigilancia con una representación paritaria de los trabajadores. Como consecuencia se calcula que 400.000 empleados de un total de 21 sociedades de capital del sector minorista se hallan sin representación.

Algunos ejemplos de estas empresas minoristas sin consejo de vigilancia son³³:

Construcción societaria de fundación	Número de empleados
Aldi Nord	28.000
Aldi Süd	38.000
Edeka Hannover-Minden	30.000
Edeka Nordbayern-Sachsen-Thuringen	25.000
Kaufland	81.000
Lidl	70.000
Norma	10.000
Construcción societaria extranjera	Número de empleados
C&A	16.000
Esprit	3.600
H&M	14.000
HR Group	3.000
K+K Klaas & Kock	7.500
Müller	24.000
Netto (Stavenhagen)	4.000
New Yorker	3.400
Primark	6.300
Zara	4.000
Construcción societaria SE	Número de empleados
Deichman	10.000
Gebr. Heinemann	2.500
Zalando	5.000

El ejemplo de Aldi demuestra que las estrategias para anular los derechos de cogestión funcionan en líneas generales. Las dos empresas Aldi Nord y Aldi Süd que juntas emplean 170.000 trabajadores están gobernadas por dos fundaciones familiares. Las fundaciones no contabilizan a sus trabajadores porque la MitbestG no vincula a este tipo de modelo de sociedades. Por debajo de estas fundaciones operan empresas con estructuras regionales que por poco no llegan al umbral de 2.000 empleados. Además, por su forma jurídica de GmbH & Co. KG, se aseguran de no necesitar una representación de una tercera parte de los trabajadores según el DrittelbG. La Ley lo excluye explícitamente. Como consecuencia, los trabajadores de Aldi quedan privados de su derecho de participación³⁴.

3. DIMENSIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO ALEMÁN

Como se ha explicado, la dimensión territorial de la cogestión alemana ha evolucionado y ha dejado de basarse en exclusiva en el principio de territorialidad. Sobre todo, en el contexto

³³ KLUGE, NORBERT/SICK, SEBASTIAN/PÜTZ, LASSE, „Wie Firmen die Mitbestimmung aushebeln“, *Böckler Impuls* 6/2016, p. 2. http://www.boeckler.de/Impuls_2016_06_2-3.pdf (f.c.:1.9.2016)

³⁴ KLUGE, N./SICK, S./PÜTZ, L., op. cit. pp. 2-3.

del Espacio Económico Europeo es evidente que desde hace una década las Directivas sobre la participación de los trabajadores han ganado influencia en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el contexto del derecho de sociedades, destaquemos que existen dos leyes alemanas que regulan la participación de los trabajadores en la empresa. Tenemos, por un lado, la Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (SE-BG)³⁵ y por otro, la *Ley sobre la participación de los empleados en una fusión transfronteriza* (MgVG)³⁶. De ellas se puede apreciar la influencia del derecho comunitario en los derechos de participación. Las dos leyes sirven como ejemplo para explicar el efecto de las directivas comunitarias sobre participación y consulta sobre las grandes empresas multinacionales (por lo general Sociedades Anónimas) en Alemania.

3.1. Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (*Beteiligungsgesetz*)

Alemania aplica la Directiva 2001/86/CE³⁷ mediante la *Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*³⁸ (*Beteiligungsgesetz*, en adelante SE-BG), que regula la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (SE-DI). La Directiva es un complemento necesario al Reglamento 2157/2001³⁹.

La UE aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE constituyen un complemento indisoluble al Reglamento y deben aplicarse de forma concomitante (ver considerando 19 del SE-RE). En otras palabras, tanto el reglamento como la directiva son complementarias para crear una Sociedad Europea (en adelante SE). Mientras que el reglamento regula el funcionamiento de la SE, la directiva garantiza que la creación de una SE no reduzca las prácticas de implicación de los trabajadores en las empresas vinculadas en la SE.

Es relevante destacar que los principios de participación en la SE, sirven de base para las directivas posteriores sobre la participación de los trabajadores en las sociedades de capital. Es decir, las directivas comunitarias a la hora de regular la participación remiten a la SE⁴⁰. Para entender la implicación de los trabajadores en la SE, es necesario tener una visión en conjunto del estatuto de la SE. Por lo que procede explicar primero los contenidos sobre el ámbito de aplicación del Estatuto Jurídico y sus formas de constitución, para finalmente poner el foco en la implicación de los trabajadores en base a la Directiva 2001/86/CE⁴¹.

3.1.1. Definición y ámbito de aplicación del Estatuto Jurídico de la SE

Los cambios debidos al mercado interior europeo han sido y siguen siendo un reto para las multinacionales alemanas y sus trabajadores. A nivel internacional Alemania es uno de los pa-

³⁵ Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einem Europäischen Gesellschaft, SE- Beteiligungsgesetz, de 22 de Diciembre 2004, BGBl. I p. 3675, 3686.

³⁶ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. BGBl. p. 332.

³⁷ Vid. Diario Oficial nº L 294 de 10/11/2001 p. 22-32.

³⁸ Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einem Europäischen Gesellschaft, SE- Beteiligungsgesetz, de 22 de Diciembre 2004, BGBl. I p. 3675, 3686.

³⁹ Reglamento 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). DO L 294 de 10.11.2001, p. 1.

⁴⁰ En cambio no se remite a la SE en lo relativo a los derechos de los trabajadores distintos a los derechos de participación, como información y consulta.

⁴¹ Tal y como se mencionó anteriormente la Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (*SE-Beteiligungsgesetz*) por la que se transpone la Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

íses donde los derechos de participación tienen más alcance. En el pasado se temía que las empresas trasladaran su sede fuera de Alemania para evadir esta reglamentación. Se especulaba que tener la sede central en Alemania podría suponer una desventaja para las empresas (Deutsche-AG). Las multinacionales alemanas no serían atractivas para cooperar⁴². Para hacer frente a este problema, se pensó equiparar los estándares alemanes a los estándares extranjeros. En definitiva, se observó la necesidad de regular una sociedad Europea (Europäische-AG). Así, empezaron las iniciativas para crear una sociedad Europea competitiva que garantizara los derechos de participación de los trabajadores en la empresa⁴³.

La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea, en adelante SE) es una estructura legal con personalidad jurídica propia (art. 1.3 SE-RE), que opera en distintos países de la Unión Europea con un único estatuto común. Lo que permite a las empresas tramitar sus negocios sobre una base transfronteriza bajo el mismo régimen corporativo (comunitario), y no ya bajo varias legislaciones nacionales. Una SE se establece con, al menos, dos empresas originarias de distintos países de la UE y debe contar con un capital mínimo de 120.000 € (art. 4.2 SE-RE). Según el considerando 13, el propio régimen de la SE debe de ser el de una sociedad de capital por acciones. Porque es el régimen que mejor se adapta a las necesidades de las empresas con actividades a escala europea.

La SE se rige por las disposiciones del Reglamento 2157/2001 que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (art. 9.1.a SE-RE). En definitiva, se trata de una combinación del Reglamento y de la legislación nacional. Así, las materias no cubiertas por el Reglamento se rigen por las disposiciones nacionales. Según el art.1.4. SE-RE la implicación de los trabajadores en una SE se regula por la Directiva 2001/86/CE (SE-DI). A este respecto el considerando 21 aclara que la directiva garantiza que los trabajadores tengan derecho a implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la SE. Otras cuestiones, como el derecho a la información y consulta, se rigen por las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas.

El domicilio social de la SE se sitúa dentro de la comunidad en el lugar en que tenga su administración central (art. 7 SE-RE). La SE podrá trasladar su domicilio social dentro de la UE sin tener que disolver la empresa original y crear una nueva (art. 8 SE-RE). Según el art. 12, toda SE debe estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social. No podrá registrarse ninguna SE sin la selección de un modelo de implicación de los trabajadores por acuerdo entre el órgano de dirección y los propios trabajadores. Este acuerdo deberá incluir información y procedimientos de consulta, y cuando proceda, la implicación de los trabajadores en los órganos de gestión de la SE (art. 4 SE-DI). No obstante, dicha implicación solamente será obligatoria si los trabajadores ya se beneficiaban de ella antes de la creación de la SE. Cuando las dos partes no lleguen a un acuerdo, se aplican una serie de principios generales enumerados en el anexo de la Directiva 2001/86/CE. En definitiva, el registro de la SE está directamente vinculado a las negociaciones sobre la implicación de los trabajadores (art. 12.3 SE-RE).

3.1.2. Formas de constitución de una SE

La constitución de una SE se rige por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social (art. 15 SE-RE). Una SE no puede formarse aislada, requiere que exista una empresa con al menos dos sociedades miembros de Estados del EEE. La sociedad puede constituirse mediante diferentes formas (título II SE-RE): mediante fusión (art.17-31 SE-RE), creación de una SE holding (art. 32-34 SE-RE), constitución de una SE filial (art. 35-36) y la transformación de una sociedad anónima existente en SE (art. 37 SE-RE). También existe la posibilidad de adquirir una sociedad de valores (*SE-Vorratgesellschaft*). Este tipo de sociedades ejerce funciones de intermediación de productos financieros, gestión de carteras de activos financieros y asesoramiento financiero, sin llegar a operar ni tener empleados⁴⁴.

⁴² Raiser, T., op. cit. p. 36.

⁴³ Ibidem, p. 9.

⁴⁴ Para más detalles sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea ver información disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26016&from=ES> (f.c.: 2.9.2016)

Hay que destacar que todas las formas de constitución de la implicación de los trabajadores en la SE remiten a la Directiva 2001/86/CE (se analiza en el apartado 3.1.4).

3.1.3. Estructuras de organización de una SE

El título III del reglamento regula la estructura de gobernanza de la SE (art. 38-51 SE-RE). La SE básicamente consta de una junta general de accionistas y un tipo de órgano escogido en los estatutos (art. 38 SE-RE). En el momento de su creación, los estatutos de la SE (también conocido como Deutsche-AG) pueden optar por dos sistemas distintos de gobernanza: el sistema dual y el monista.

El sistema dual establece un órgano de dirección (*Vorstand*) y uno de control (*Aufsichtsrat*) (art. 39-42 SE-RE). El último designa el órgano de dirección que es responsable de la gestión de la SE (art. 39.1 SE-RE). Los estatutos de la SE fijan el número de miembros del órgano de dirección (art. 39.4 SE-RE), mientras que los del órgano de vigilancia son nombrados por la junta general según lo establecido en la Directiva 2001/86/CE (art. 40.2 SE-RE). La Europa-AG no es más que una Sociedad Anónima alemana con cobertura europea. En el sistema de gobernanza dual, la Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*, en adelante AktG) se aplica plenamente.

El sistema monista dispone únicamente de un órgano de administración (art. 43-45). Este sistema reduce el órgano de control y gestión a un consejo de administración (*Verwaltungsrat*), que gestiona la SE. El número de miembros del órgano se fija en los estatutos y estos son nombrados por la junta general. Cada Estado miembro puede establecer un número mínimo y otro máximo. Sin embargo, cuando la participación de los trabajadores se organiza según la Directiva 2001/86/CE el órgano debe constar de un mínimo de tres miembros (art. 43.2 SE-RE). En el sistema monista, los §§ 76-116 AktG se sustituyen por §§ 20-49 SE-BG. Por lo que en una sociedad anónima europea monista (Europa-AG) se diferencia mucho de una sociedad anónima alemana (Deutsche-AG).

Otra novedad ante la sociedad anónima alemana (Deutsche AG) es que el reglamento ofrece en la SE la posibilidad de escoger el modelo de gobernanza (Art. 38.B SE-RE). Mientras que la Ley de Sociedades Anónimas (*AktG*) solo permite el sistema de estructura de organización dualista.

Los datos del 2015 en Alemania muestran que el sistema dualista es más común que el monista⁴⁵. Del total de 2.472 SE constituidas en Europa, solo 385 entran en la categoría de SE “normales”. De ellas hay 185 alemanas, de las que 124 siguen el sistema dualista y el resto 61 el monista. Del total 56 son Sociedades de valores (*Vorrat-SE*) activadas.

SE 12/2015	Nº de SEs	Implicación de trabajadores
Sistema dualista	14/124	Participación paritaria (1/2) de representantes de trabajadores en el consejo de vigilancia
	29/124	Participación 1/3 parte representantes de trabajadores en el consejo de vigilancia
	81/124	Ningún representante de trabajadores en el consejo de vigilancia

⁴⁵ SE-Datenblatt- Fakten zur Europäische Aktiengesellschaft (de fecha: 31.12.2015), p.1. Disponible en: http://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2015_12.pdf (f.c: 20.8.2016).

El órgano de dirección o el de administración elabora un proyecto de constitución de la sociedad en base a la forma de constitución: como fusión (art. 20 SE-RE), holding europeo (art. 32 SE-RE), SE-filial (art. 36 SE-RE), o como transformación (art. 37 SE-RE). La junta general aprueba el modelo de organización y se reserva el derecho de aprobar (o no) el acuerdo sobre las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores (art. 52 SE-RE). En los dos sistemas encontramos artículos que remiten a la Directiva 2001/86/CE en lo que respecta a la participación de los trabajadores: sistema dualista (art. 40 SE-RE) y en el sistema monista (art. 43 SE-RE) (ver apartado 3.1.4).

3.1.4. Implicación de los trabajadores en la SE: Directiva 2001/86/CE

La participación de los trabajadores en la SE no se regula por el *MitbestG* o el *DrittelbG*, sino por la ya mencionada *Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*⁴⁶ (*Beteiligungsgesetz*, SE-BG), por la que se transpone la Directiva 2001/86/CE⁴⁷. El SE-BG determina los detalles respecto a la participación, acordados entre empleados y dirección de la empresa. La SE-DI tiene como objeto regular la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas⁴⁸, contempladas en el Reglamento 2157/2001. El Reglamento establece un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los diferentes Estados miembros lleven a cabo sus actividades económicas a escala comunitaria.

Debido a la variedad de normas sobre la implicación de trabajadores en las decisiones de las empresas no fue aconsejable establecer un modelo único de implicación para la SE (considerando 5 SE-DI). Además, como estas no podían ser alcanzadas a nivel nacional, finalmente fueron tomadas en conjunto a nivel comunitario.

La implicación de los trabajadores incluye la información, la consulta y la participación de los representantes de los trabajadores en la empresa (considerando 9 SE-BG). La directiva asegura los procedimientos de información y consulta en la SE (considerando 6 SE-DI). En cambio los derechos de participación se transfieren a la SE con anterioridad a la transformación, y cuando las partes estén de acuerdo (considerando 7 SE-DI).

Se distinguen dos tipos de implicación de los trabajadores en la empresa: Por un lado, el comité de empresa europeo (*SE-Betriebsrat*) ejerce regularmente el derecho de información y de consulta en representación de los trabajadores. Son derechos limitados a los asuntos que afectan a la SE, filial con sede en otro Estado miembro o exceden de las competencias de los órganos de decisión en un solo Estado. Por otro lado, la participación de los trabajadores a nivel de consejo de vigilancia se ejerce mediante su representación ante el órgano de vigilancia (*Aufsichtsrat* en el sistema dualista) o en el administrativo (*Verwaltungsorgan* en el sistema monista)⁴⁹.

La SE-DI da especial protección a los derechos de participación mediante el principio de antes-después (*Vorher-Nacher-Prinzip*), garantizando dichos derechos mediante la transferencia de una de las sociedades a la SE, salvo que se decida lo contrario (ver considerando 7 SE-DI). La participación se entiende como la influencia del órgano de representación de los trabajadores en una sociedad mediante: por un lado, el derecho a elegir y designar a determinados miembros del órgano de administración o vigilancia de la sociedad. Por otro, el derecho de recomendar u oponerse a la designación de miembros del órgano de administración o de vigilancia de la sociedad (art. 2 SE-DI).

⁴⁶ Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einem Europäischen Gesellschaft, de 22 de Diciembre 2004, BGBl. I p. 3675, 3686.

⁴⁷ Vid. Diario Oficial n° L 294 de 10/11/2001 p. 22-32.

⁴⁸ Vid. Diario Oficial n° L 294 de 10/11/2001 p. 1-21.

⁴⁹ Edenfeld, S., op. cit. p. 255.

Los procedimientos concretos de información y consulta así como de participación de los trabajadores se definen mediante acuerdo entre las partes. En el primer paso del proceso negociador se crea una comisión negociadora. Se deberá garantizar que sus miembros sean elegidos en proporción al número de trabajadores empleados a razón de cada Estado miembro (art. 3.2 SE-DI, §§ 5-7 SE-BG). La proporción de representantes de los trabajadores debe estar en el porcentaje más alto que tuvo antes de la inscripción de la SE (principio de antes y después). Éstos tienen los mismos derechos y obligaciones que los representantes de los accionistas. En caso de empate en la participación paritaria contará el voto del presidente. El objetivo de las negociaciones es llegar a un acuerdo escrito que recoja el derecho a la información, consulta y participación de los trabajadores tanto en el Comité de empresa (*SE-Betriebsrat*) como en el Órgano de vigilancia (*Aufsichtsrat*) o consejo de administración (*Verwaltungsrat*)⁵⁰. A la hora de calcular el número de representantes se aplica el principio de antes-después (ver argumentación 18 SE-DI) en base a derecho de participación estándar más alto en una de las sociedades participantes (art. 7 SE-DI). La SE-DI y SE-BG no regulan el objeto del acuerdo, sino que se rigen por la autonomía de las partes (art. 4.2 SE-DI, § 21.1 SE-BG). Cuando las partes se oponen a un acuerdo escrito deciden los accionistas (art. 3.6 SE-DI).

La comisión negociadora puede decidir no iniciar o terminar las negociaciones y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores. La mayoría necesaria es la de dos tercios de los miembros. En una SE constituida por transformación no se aplicará el presente apartado cuando exista participación (art. 3.6 SE-DI). Según el art. 4.4 SE-DI, cuando la SE constituye mediante transformación, el acuerdo debe estipular un nivel de implicación de los trabajadores al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad (principio antes-después) (§ 35.1 SE-BG). En este caso, la cogestión se mantiene excepcionalmente para evitar la fuga del régimen de cogestión (art. 37.8 SE-RE).

Si finalmente no se llega a un acuerdo se aplica una garantía de participación por fuerza de ley (*Auffangsregelung*) (art. 7 SE-DI)⁵¹. En Alemania se aplica la solución legal del §§ 22-39 SE-BG, que garantiza armonización de la participación al nivel más alto. Según el § 36.1 SE-BG, en los comités de vigilancia (sistema dualista) y en el órgano de administración (sistema monista) hay una regla de cuotas por país. El comité de empresa reparte las plazas. La asignación se basa en la proporción de empleados en cada uno de los Estados miembros.

Desde el punto de vista jurídico, todavía no está claro si los derechos de participación del SE deben de ser revisados en cuanto se activa una sociedad de valores (*SE-Vorratgesellschaft*). Según el § 1 párr. 4 SE-BG, en cuanto ocurran "cambios estructurales" en la Empresa, se debe de renegociar la participación. En caso de fracaso se aplica la solución legal. Sin embargo, ni la Directiva 2001/86/CE, ni la SE-BG definen que es un cambio estructural.

Finalmente, hay una paradoja entre, por un lado, la flexibilidad de la fase de negociaciones en la que se llega a un acuerdo entre los derechos de participación y las necesidades operativas de la empresa, y por otro lado, en el hecho de que mediante el principio de antes-después y el esfuerzo de mantener el nivel de participación se garantiza una regulación de la negociaciones al mismo nivel⁵². La práctica europea demuestra que el objetivo de asegurar los derechos de implicación no se cumple. Es más, la implicación de los trabajadores en las SE es más bien una excepción que la regla⁵³.

⁵⁰ Ibidem, p. 255.

⁵¹ Según el art. 7.2.a. en caso de transformación, se aplica la solución legal si existían derechos en la sociedad antes de la transformación. En caso de la fusión: si antes de la inscripción de la SE, ya existía participación y cubriría como mínimo al 25% de los trabajadores, si antes de la inscripción de la SE, ya existía participación y cubriría al menos al 25% y la comisión revisora lo decide de tal manera.

⁵² Raiser, T., op. cit. p. 27

⁵³ Overview of current state of SE founding in Europa (2014). Disponible en:

<http://www.worker-participation.eu/index.php/European-Company-SE/Facts-Figures> (f.c.: 3.9.2016)

3.1.5. Ventajas y desventajas de la SE para la empresa y el trabajador

La participación de los trabajadores en la SE se diferencia de las demás formas de participación reguladas a nivel nacional (*DrittelbG*, *MitbestG* etc.) básicamente en los siguientes puntos: es un reglamento de mutuo acuerdo entre una comisión de negociación de empleados y la dirección de la empresa; y la solución legal solo se aplica si no se llega a un acuerdo entre las dos partes.

En base al deseo expreso del legislador de asegurar los derechos de participación de los trabajadores, el objetivo del SE no es eliminar un derecho de participación existente. De hecho hasta ahora ninguno de esos casos se ha dado a conocer. Sin embargo, sí se observa que este modelo de sociedad beneficia más al sector empresarial. En definitiva, excluyendo el derecho activo y pasivo de voto a los trabajadores en filiales en el extranjero, la SE ofrece pocas ventajas a los trabajadores. En cambio, el accionista tiene muchos argumentos a favor de constituir una SE. A continuación se expondrán algunas razones. Las ventajas de la SE benefician sobre todo a la parte accionista de la sociedad:

- El SE es sobre todo interesante para aquellas empresas que emplean más de 500 o 2.000 trabajadores, sin un consejo de supervisión con participación. Además, la forma de sociedad SE permite congelar este estado libre de cogestión de forma permanente.
- Una SE puede trasladar su sede a otro país sin la disolución o creación de una nueva sociedad. Pueden optar a mejores ventajas de competencia que ofrezcan otras jurisdicciones en Europa.
- La SE ofrece la posibilidad de que el Comité Ejecutivo de la empresa se organice en un Sistema monista. Esta opción posibilita que una multinacional mantenga la misma organización administrativa en todo el grupo.
- Una SE puede mantener sucursales en diferentes Estados miembros. Esto permite ahorrar en costes en la administración y gestión de filiales.
- La SE permite una configuración individual de participación de los trabajadores tanto en el Comité de vigilancia, como en el comité de empresa. En comparación al *MitbestG* alemán, que se supedita únicamente al derecho de sociedades alemán (*AktG*), ofrece más flexibilidad. Por ejemplo, no hay ningún requisito legal sobre el tamaño del consejo de administración.
- El derecho de voto activo y pasivo respecto a los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia se extiende a todos los empleados del grupo, incluyendo los que trabajan fuera de Alemania.

Por otro lado, las desventajas afectan sobre todo a los derechos de participación:

- La SE se rige por un régimen jurídico complejo en el que se aplican diferentes ordenamientos jurídicos al mismo tiempo. Es decir, existen tantas formas jurídicas como países miembros. El establecimiento de una SE es económicamente más costoso que una forma jurídica nacional.
- A la hora de tomar la decisión sobre el modelo de participación, la decisión se toma sólo por los órganos de gobierno.
- En una SE en cuanto no se llega a un acuerdo se aplica la solución legal según el principio antes-después, lo que significa que en las sociedades donde antes no existían derechos de participación después tampoco los habrá. Es el compromiso al que se tuvo que llegar para garantizar el mismo nivel que existía antes de formar la SE.

- Si se “congela” el nivel de la participación, antes de llegar al umbral de más de 500 o 2.000 empleados. En cuanto crezca el número de empleados en la empresa no habrá posibilidad de aumentar el nivel de derechos de participación. Esta modalidad es especialmente atractiva para empresas medianas que crecen con rapidez. Sin embargo, a sus empleados no se les garantizan los derechos al nivel de la MitbestG.

Actualmente, contrariamente a sus expectativas, la difusión de las SE en Europa es todavía baja, existen unas 2.700 SEs. Además, gran número de estas sociedades están vacías (SE-Vorratgesellschaft). Por lo tanto, la Comisión está considerando modificar los estatutos para fomentar su aceptación.

3.2. Ley sobre la participación de los empleados en una fusión transfronteriza (MgVG)

La *Ley sobre la participación de los empleados en una fusión transfronteriza* (MgVG)⁵⁴ basada en los principios de la SE sirve para explicar el efecto de las directivas comunitarias en la participación y consulta en las multinacionales alemanas.

3.2.1. Ley MgVG por la que se transpone la Directiva 2005/56/CE

La MgVG por la que se transpone la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.⁵⁵ Entró en vigor en 2006 para dar respuesta a las necesidades de cooperación de las sociedades de capital de los diferentes Estados. La Directiva 2005/56/CE es una respuesta de la Comisión a las dificultades existentes a nivel legislativo y administrativo. Persigue garantizar el funcionamiento del mercado interior creando disposiciones comunitarias para facilitar las fusiones transfronterizas entre diferentes modelos de sociedades de capital (ver considerando 1 Directiva).

La sociedad resultante de la fusión transfronteriza está sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social. En el caso de que la sociedad resultante no prevea el mismo nivel de participación, esta debe regularse en base a los principios de la SE (en base al SE-RE y la SE-DI). Sin embargo, la regulación está sujeta a modificaciones por estar sometida a las legislaciones nacionales de su domicilio social (ver considerando 13 Directiva). Los derechos de los trabajadores distintos a los derechos de participación (consulta e información) se organizan en base a las disposiciones de los Estados miembros (ver considerando 12 Directiva).

La MgVG regula los derechos de participación de los trabajadores en los órganos de gobernanza de la empresa tras la fusión. El objetivo principal de la ley es garantizar los derechos de participación que existían en las sociedades involucradas en la fusión.

Si el ordenamiento jurídico del país no ofrece las garantías para proteger los derechos de participación se llega a un acuerdo, y de lo contrario se garantizaran por ley (§ 1.3 MgVG). Tanto esta ley como el acuerdo se interpretan con el objetivo de la UE de fomentar la garantía de los derechos de participación en la nueva sociedad tras la fusión (§ 1.3 MgVG). Estos derechos se definen igual que en la SE. La reglamentación sobre la participación se aplica si antes del plan de fusión al menos una de las sociedades tenía más de 500 empleados (§ 5.1 MgVG).

Si los derechos nacionales antes de la fusión no ofrecen garantías mínimas de protección, el nivel de participación se mide en base al porcentaje de representantes de los trabajadores en los diferentes órganos de la empresa (§ 5.2 MgVG)⁵⁶.

⁵⁴ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. BGBl. p. 332.

⁵⁵ Diario Oficial n° L 309/1 de 25/11/2005.

⁵⁶ No se aplican las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante si al menos una de las sociedades que se fusionan em-

Si comparamos la composición de la comisión negociadora no se observan diferencias relevantes respecto a la SE (§ 7.1 MgVG). La comisión negociadora puede terminar las negociaciones relativas al acuerdo por mayoría de dos tercios de sus miembros, siendo dos tercios de los representantes de los trabajadores en dos Estados miembros (§ 18 MgVG). Igual que en la SE se prevé que las negociaciones pueden durar de seis meses a un año (§ 21 MgVG).

Lo novedoso de esta ley respecto a la SE es que el acuerdo entre la dirección y la comisión negociadora se deja en manos de la autonomía de las partes (§ 22 MgVG). La ley solo indica los puntos generales del acuerdo: el ámbito de aplicación, entrada en vigencia y duración, número de miembros de los órganos de empresa, proceso para la elección de estos miembros y sus derechos. Deja los detalles al albedrío de la dirección y de la comisión negociadora (§ 22.1 MgVG).

En el caso de que la sociedad resultante sufra cambios estructurales deben de iniciarse nuevas negociaciones sobre los derechos de participación de los trabajadores (§ 22.2 MgVG). Aquí, al igual que en la SE, el problema radica en que la ley no define que es un "cambio estructural", por lo que es imposible identificar cuándo ocurre.

La ejecución de los derechos de participación por ley entra en vigor después del registro de la nueva sociedad. Antes del registro de la nueva sociedad deben de haber existido derechos de participación que se extienden al menos a una tercera parte de los empleados (§ 23 MgVG). En comparación con la SE, los porcentajes⁵⁷ establecidos para la aplicación de las normas sobre fusiones incrementan del 25% al 33% (art.7.2 b SE-DI). Se puede registrar la nueva sociedad en cuanto se crea (art. 13 Directiva 2005/56/CE), incluso sin tener un acuerdo sobre los derechos de participación. Los trabajadores de la nueva sociedad tienen derecho a elegir una parte de los miembros de la comisión de vigilancia (sistema dualista) y órgano administrativo (sistema monista). El número de los representantes en los órganos de gobierno se mide en base al número más alto de empleados en las sociedades de los diferentes estados involucrados en la fusión (§ 24.1 MgVG).

3.2.2. *Ventajas y desventajas de la MgVG*

Las reglas de MgVG se orientan sobre las leyes nacionales y los principios de la SE. La fusión transfronteriza de las sociedades de capital es, con algunas diferencias, una alternativa a crear una SE. Está claro que las razones que llevan a una fusión de empresas pueden ser muy diferentes. Sin embargo, se aprecia que la MgVG tiene unas particularidades que a largo plazo pueden debilitar los derechos de participación⁵⁸. Algunos estudios demuestran que la fusión transfronteriza es una opción atractiva para abandonar el ámbito de aplicación de los derechos de participación de Alemania, incluso sin haber negociado con los representantes de los trabajadores. Los datos de empresas alemanas que utilizan esta forma de transformación aumentan continuamente⁵⁹.

plea, durante el período de seis meses que precede a la publicación del proyecto de fusión transfronteriza, un número medio de trabajadores superior a 500 y está gestionada en régimen de participación de los trabajadores con arreglo a la SE-DI (art. 16.2 Directiva 2005/56/CE). O bien si la legislación nacional no prevé al menos el mismo nivel de participación aplicada a las sociedades que se fusionan o tampoco prevé que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gozan los trabajadores empleados en el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social.

⁵⁷ Art. 7.2.b SE-DI: Las disposiciones de la legislación nacional del Estado miembro de registro solo se aplicarán en el caso de una SE constituida por fusión: si, antes de la inscripción o el registro de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la comisión negociadora así lo decide.

⁵⁸ HÖHMANN, INGMAR, „Fusion mit Hintertür“, *Magazin Mitbestimmung* 10/2011, p. 26.

Disponible en: http://www.boeckler.de/38122_38140.htm (f.c.: 11.9.2016).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 26.

Al igual que en la SE⁶⁰, la MgVG permite “congelar” el nivel de la participación, sin tener que adaptarlo en cuanto aumente el número de empleados al superar los umbrales de 500 y 2.000 empleados. Parece que son sobre todo las empresas medianas las que más se benefician. Así, en cuanto aumenta el número de empleados, no debe de aumentar el número de representantes en los órganos de gobierno.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo por fuerza de ley, el órgano de gobierno se compone orientándose en el número más alto de representantes de alguna de las sociedades. En caso de que una sociedad Alemana tenga una representación paritaria, esta se mantiene si al menos el 33% de los empleados de las sociedades ha seguido este modelo. En el caso de la SE, el porcentaje exigido (25%) es más bajo que en la MgVG (art.7.2 b SE-DI). Por ello se puede afirmar que mediante la fusión MgVG las exigencias para mantener la participación paritaria se elevan. Significa que se endurecen las exigencias legales. Es decir, el “principio de protección del antes-después” en la MgVG exige al menos un tercio de todos los empleados, a diferencia de la SE que solamente exige un cuarto.

Desde el punto de vista del derecho alemán se observan desventajas en relación a los derechos de participación al nombrar la junta directiva de la MgVG. En concreto, según el *MitbestG*, en la primera ronda del nombramiento se requiere una mayoría de dos tercios, mientras que en la MgVG –al igual que en la SE– es suficiente con una mayoría simple.

En definitiva, en cuanto una empresa alemana se fusiona con empresas de otros Estados miembros, los derechos de participación dejan de regularse según el derecho alemán (*MitbestG*), y se aplica el MgVG. Las negociaciones, que a diferencia de la SE no son obligatorias, tratan solamente sobre el consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*). Por lo tanto, a diferencia de la SE, las partes negociarán solo los derechos de participación en el consejo de vigilancia si se cumple con unos requisitos. Como por ejemplo, que los empleados de una empresa tuvieran más derechos de participación, que en el ordenamiento jurídico del domicilio de la nueva sociedad. Los derechos que tiene un comité de empresa transnacional a información y consulta no son parte de las negociaciones.

Además, después de una fusión transfronteriza se crea una nueva sociedad, que a diferencia de la SE continúa teniendo una forma jurídica nacional⁶¹. Por lo tanto, después de una fusión se aplica el derecho en el país donde se establezca su domicilio social.

La MgVG, a diferencia de la SE, posibilita eliminar las negociaciones entre representantes de trabajadores y empresarios, para con ello acelerar el proceso y fijar el nivel de participación según lo establecido por ley donde la sociedad tenga su domicilio. Con ello no solo se consigue evadir la obligación de cumplir con los derechos de los trabajadores, sino en general dejar de aplicar la legislación Alemana. El resultado seguramente no es el más conveniente para los trabajadores⁶².

4. CONCLUSIONES

Cogestión en Alemania

La Universidad Duisburg-Essen entrevistó –para un reciente estudio de la Fundación Hans Böckler– a 1.900 empleados sobre la percepción de la implicación de los trabajadores en el puesto de trabajo (sin diferenciar entre la cogestión en el comité de empresa o en el órgano de

⁶⁰ ROSENBOHM, SOPHIE., „Europa AG. Arbeitnehmerrechte eingefroren“, *Böckler Impuls* 11/2016, p. 1. Disponible en: http://www.boeckler.de/Impuls_2016_11_1.pdf (f.c.: 11.9.2016).

⁶¹ HÖHMANN, I., op. cit. p. 26.

⁶² TORNAU, J., op. cit. p. 2.

vigilancia). Un 65% de los entrevistados afirma que los empleados deberían de tener los mismos derechos de implicación que los empresarios. Solamente el 13% de los entrevistados se mostró en contra de la cogestión. En general la cogestión tiene una gran aceptación en todos los niveles jerárquicos de la empresa, incluyendo los jefes. Sin embargo, se aprecia una excepción entre los empresarios con más de cinco trabajadores. Únicamente una tercera parte se muestra a favor de que los empleados tengan su mismo nivel de derechos de participación. Aunque en general este grupo relaciona la cogestión y el comité de empresa (*Betriebsrat*) con asociaciones positivas, la situación cambia en cuanto estos derechos suponen una amenaza a su facultad de disponer⁶³.

En la práctica, los estudios revelan que las grandes empresas Alemanas –sobre todo las de comercio al por menor– aprovechan los vacíos legales y déficits de la cogestión alemana para acogerse a formas societarias (ej. GmbH & Co. KG o fundaciones) que posibilitan la evasión de las obligaciones relacionadas con la cogestión. Los datos actuales hablan por sí solos: mientras que en 2002 había 767 empresas (Deutsche-AG) con una cogestión paritaria, a finales de 2015 la cifra se redujo a 635⁶⁴.

Directivas & dimensión extraterritorial de la implicación de los trabajadores en la empresa

A nivel europeo, la aceptación de la cogestión Alemana es baja. En general las empresas y los ordenamientos jurídicos de los estados soberanos son reacios a imposiciones externas.

En primer lugar, llegados a este punto es importante recordar que los países europeos necesitaron décadas hasta aprobar el compromiso del estatuto de la Sociedad Europea actual. Fue imposible llegar a un acuerdo unilateral sobre los derechos de implicación de los trabajadores. Finalmente, se aceptó el hecho de la imposibilidad de crear un modelo único de SE. Desde el punto de vista del sector económico se puede afirmar que la SE ofrece ventajas de flexibilidad ante la sociedad anónima alemana (AG). Por ejemplo, la SE posibilita escoger entre los dos sistemas de gobernanza, mientras que la AG solo permite la dualista, con las limitaciones que esto supone. En definitiva, las normas de SE dejan tanto espacio al legislador nacional, que las ventajas y desventajas del SE deben de investigarse en cada perspectiva nacional.

Este trabajo se ha centrado en la Sociedad Anónima alemana (Deutsche AG) y la SE (en base a la *Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea* (SE-BG)). Mientras que la SA Alemana regula los derechos de participación por ley (MitbestG y DrittelbG), el derecho comunitario ha abierto una vía más flexible en base a negociaciones y acuerdos. En el caso del ordenamiento jurídico alemán, la SE posibilita una forma adicional de evadir el cumplimiento de los requisitos de la cogestión. La práctica demuestra que las empresas justo antes de llegar al umbral de 500 (DrittelbG) o al de 2.000 (*MitbestG*) trabajadores se transforman en una SE para no cumplir con las obligaciones relativas a la cogestión alemana.

En la constitución de la SE, en cuanto a la comisión de negociación no llegue a un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores, este derecho se aplica por fuerza de ley para garantizar los derechos de información y consulta, y los derechos de participación solo se aplican si alguna de las sociedades tuvo este derecho antes de transformarse en una SE (en base al principio de antes-después). Se observa un abuso por parte de las empresas ya que sociedades que crecen rápido utilizan el principio de antes-después para mantener (“congelar”) este status quo, y evitar en un futuro implantar el sistema que garantice la cogestión paritaria⁶⁵.

⁶³ NIENHÜSER, WERNER./GLÜCK, ESTHER./HOFELD, HEIKO, „Einstellungen der Arbeitnehmer - welchen Einfluss haben Mitbestimmungserfahrungen“, *WSI-Mitteilungen* 3/2016, pp-161-162. Disponible en: http://www.boeckler.de/wsi-mitteilungen_64427_64464.htm (f.c.: 1.9.2016).

⁶⁴ KLUGE, N./SICK, S./PÜTZ, L., op. cit. p.3.

⁶⁵ ROSENBOHM, S., op. cit. p. 1.

En segundo lugar la Directiva relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital –transpuesta por la Ley sobre la participación de los empleados en una fusión transfronteriza (MgVG)– destaca porque la participación de los trabajadores se basa en los principios de la SE (ver considerando 13 Directiva 2005/56/CE). Sin embargo, las condiciones de derechos de participación son más flexibles que la SE. Parece ser que una vez más el derecho comunitario ha creado un instrumento que facilita evadir las reglas de cogestión alemanas, con lo que el nivel de garantías de los derechos nacionales de los trabajadores vuelve a bajar.

En tercer lugar, es importante recordar que la cogestión alemana tiene sus orígenes en una época en la que no se había previsto el derecho de libertad de establecimiento. Como consecuencia, hoy, las formas societarias jurídicas extranjeras (ej. Ltd. & Co. KG) suponen un instrumento eficaz para evadir las reglas de la cogestión alemana. Según la opinión mayoritaria actual, al combinar formas jurídicas alemanas con extranjeras, la sociedad escapa del ámbito de aplicación de la cogestión alemana. El número de estas empresas en Alemania aumenta continuamente: en el año 2005 (46 empresas), en el 2010 (70) y en el 2014 (94).

Propuestas de mejora de vacíos legales

Los investigadores recomiendan tres reformas para acabar con los déficits detectados en relación con la participación de los trabajadores⁶⁶:

En primer lugar, la Ley sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (SE-BG) debe de especificar que al rebasar el umbral de 500 o 2.000 empleados, la cogestión debe de ser negociada de nuevo. Para ello debe definirse por ley qué se entiende por “cambio estructural” (§ 18.3 SE-BG)⁶⁷. Esto ayudaría a aclarar las dudas respecto las sociedades de valores (*Vorrat-SE*), en las que el acuerdo solo se renegocia ante cambios estructurales. En la práctica, sin embargo, no se vuelve a negociar porque la ley no especifica cuáles son las circunstancias estructurales.

En segundo lugar, en la *DrittelbG* habría que introducir las mismas reglas de sociedades que la *MitbetG*, por las cuales habría que contar todos los empleados de la empresa matriz. Además, estas dos leyes deberían de incluir la forma societaria GmbH & Co. KG más claramente que hasta ahora.

Por último, los expertos sugieren una fórmula por la que se elimine la posibilidad de evadir la cogestión mediante formas jurídicas extranjeras⁶⁸.

Resultado

Aunque en un principio solo un número reducido de empresas (de 70 a 124 dependiendo de la forma societaria) se ajusta a las modalidades especiales del derecho de sociedades nacional (ej. GmbH & Co. KG y Ltd. & Co. KG) y Derecho Comunitario (SE, MgVG), todas juntas representan un número significativo de empresas que eluden el derecho alemán. Llegamos a la conclusión de que todas ellas en su conjunto representan un número significativo de sociedades multinacionales, lo que erosiona el ámbito de aplicación del derecho de participación alemán (*MitbestG* y *DrittelbG*). Esto significa que los derechos de implicación de los trabajadores en las grandes empresas alemanas están en peligro. Además, debido a la tendencia imparable de deslocalización de la participación de los trabajadores en Europa es probable esperar aún más cambios en el sistema alemán de la cogestión⁶⁹.

⁶⁶ KLUGE, N./SICK, S./PÜTZ, L., op. cit. p.3.

⁶⁷ Rose, Edgar/Köstler, Roland, “*Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft. Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Analyse und Handlungsempfehlungen*, volumen 2, Bund Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 2014, p. 161.

⁶⁸ SICK, S., op. cit. p.15.

⁶⁹ Greifenstein, R., op.cit. p. 32

Como conclusión final se puede afirmar que, a primera vista, las Directivas comunitarias ofrecen una única ventaja⁷⁰ respecto a sus derechos de participación: el derecho a voto activo y pasivo se extiende a todos los empleados del grupo, incluyendo los empleados que trabajan fuera de Alemania. Como consecuencia, los empleados de una empresa alemana en el extranjero pueden ser elegidos y al mismo tiempo elegir a los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia.

⁷⁰ No procede volver a repetir todas las desventajas.