

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1979 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN SOBRE LA COGESTION *

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. ¿Cogestión paritaria? 3. Efectos de la Ley. 4. Compatibilidad de la Ley de Cogestión con la Ley Fundamental. 5. Interpretación de los derechos fundamentales. 6. Comentario.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley de Cogestión fue aprobada por el *Bundestag* el 18 de marzo de 1976 con sólo 22 votos en contra y una abstención, fue también votada favorablemente en el *Bundesrat* y entró en vigor el 1 de julio de 1976.

Nueve empresas y 29 asociaciones de empresarios interpusieron recurso constitucional contra los siguientes preceptos de la ley: la selección de empresas a las que la ley abarca (art. 1 I), la composición del Consejo de administración con un número igual de accionistas y trabajadores (art. 7 I), la elección del presidente del Consejo de administración (art. 27), la forma de votación en el susodicho Consejo (art. 29), el nombramiento de los miembros de los órganos autorizados como representantes legales de la empresa (art. 31), así como el nombramiento de un director de trabajo como miembro del órgano de representación (art. 33) con los mismos derechos. Asimismo interpuso recurso constitucional la asociación alemana de protección de la cartera de valores mobiliarios contra dos sentencias judiciales sobre conforme a qué disposiciones debería reunirse el Consejo de administración y si estas sentencias habían tenido en cuenta la compatibilidad de la Ley de Cogestión con la Ley Fundamental (vid. art. 100 I, Ley Fundamental). Finalmente, en base a una resolución de propuesta del L. G. HAMBURG, había que decidir si la provisión del Consejo de admi-

* Para la elaboración de este comentario se ha tenido en cuenta la Ley de Cogestión en BGBI 1976I, 1153-65; la sentencia del Tribunal Constitucional recogida en «NJW», 4 abril 1979, Heft 14, pp. 699-711; un artículo de MEESSEN, Augsburg: *Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, en «NJW», 25 abril 1979, Heft 17, pp. 833-37, y respectivos trabajos de SUHR, Augsburg: *Das Mitbestimmungsgesetz als Verwirklichung verfassungs- und privatrechtlicher Freiheit*, y WENDT, Köln: *Das Mitbestimmungsgesetz als Überschreitung der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis*, en «NJW», 22 november 1978, Heft 47, pp. 2361-75.

nistración con un número igual de accionistas y empresarios, entre los que se encuentran dos o tres representantes de los sindicatos (artículo 7 I y II), en conexión con la disposición sobre nombramiento y revocación de los miembros del órgano de representación (art. 31), infringe el artículo 9 III de la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional (I. SENAT) recusó todos los recursos y negó especialmente la infracción de los artículos 14, 9 I, 12, 2 I, 9 III y 3 I de la Ley Fundamental.

2. ¿COGESTIÓN PARITARIA?

Debido, por una parte, a la extensión de la sentencia (113 hojas escritas a máquina) y, por otra, a que el Tribunal de Karlsruhe alude a cuestiones que se extienden más allá de la problemática de la cogestión, recogeré solamente los argumentos, a mi entender, más importantes sobre el tema.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, considera que debe ser entendido por paridad (*Parität*), conforme a la Ley de 1976, la relación entre dos partes, donde ninguna de ellas puede decidir sin el acuerdo de la otra, por lo que pueden impedirse mutuamente la consecución de sus objetivos. Sin embargo, la ley no tiene como objetivo una directa cogestión de los representantes de los trabajadores en todos los órganos de la empresa, especialmente en el órgano de dirección. En él las decisiones básicas corresponden a una selección de accionistas, como, por ejemplo, en el órgano que representa a la empresa frente al exterior. Ahora bien, el Consejo de administración es provisto con igual número de accionistas y trabajadores, y puede influenciar considerablemente las decisiones de la empresa, especialmente a través de su derecho de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de representación frente al exterior (art. 31 I, Ley de Cogestión, y arts. 84 y 85, Ley de Sociedades Anónimas) y su función de vigilancia, particularmente la reserva de aprobación (art. 25 II, Ley de Cogestión, y 111, Ley de Sociedades Anónimas). Existe, finalmente, y esto es necesario fijarlo como una de las conclusiones trascendentales de la sentencia, una ligera supremacía de los accionistas en el Consejo de administración (art. 27, Ley de Cogestión), pues en caso de conflicto el presidente de éste tiene dos votos (arts. 29 II y 31 IV, Ley de Cogestión).

Esta ligera supremacía se mantiene aun en el caso de que se tome en consideración la Ley de Comités de Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*), que garantiza al Consejo de empresa (*Betriebsrat*) derechos de cogestión, los cuales pueden ser caracterizados como paritarios. Aun si se produjera una «acumulación» de ambas leyes (Ley de Cogestión y la de Comités de Empresa), tendrían que decidir sobre el asunto el Consejo de administración y el Consejo de empresa. Por otra parte, interacciones entre ambas leyes suceden solamente en caso de

asuntos de aprobación en el sentido establecido en el artículo 111 IV 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que al mismo tiempo son objeto de una cogestión del Consejo de empresa. El número de estos casos es limitado, porque una reserva de aprobación del Consejo de administración solamente se plantea en caso de asuntos con especial significado, y porque el derecho de cogestión del Consejo de empresa normalmente no se dirige a las decisiones básicas empresariales, sino a una consideración de las particularidades que se refieren a los intereses económicos y sociales del trabajador. Pero, aun en aquellos casos singulares en que se produzca una coincidencia del Consejo de administración y de empresa, no puede hablarse de un fortalecimiento de la cogestión. En efecto, en estos casos la cogestión se realiza bajo diferentes procedimientos y en órganos con diversas funciones; hemos visto que en caso de no acuerdo en el Consejo de administración deciden los dos votos del presidente, y en caso de no acuerdo del órgano de representación hacia el exterior con el Consejo de empresa decide el presidente de éste (art. 76, Ley de Comités de Empresa), que no puede ser considerado de parte de los trabajadores. Por tanto, la influencia de los trabajadores en el resultado final permanece inamovible y la cogestión no sale fortalecida.

Tampoco pueden ser tomados en consideración los argumentos de los recurrentes en el sentido de que, en verdad, la Ley de Cogestión supone una cogestión paritaria, porque no es asegurada suficientemente la mayoría a los accionistas en el Consejo de administración. La ausencia del presidente de éste o algún miembro de los accionistas no puede ser tomada como regla general. Por lo demás, esta situación puede ser compensada a través del voto delegado (*Stimmbotenschaft*, artículo 108 III, Ley de Sociedades Anónimas). Si, finalmente, los trabajadores, estando presentes todos los miembros del Consejo, poniéndose de acuerdo con una minoría de accionistas, obtienen una decisión favorable a sus intereses, incluso la elección del presidente del Consejo de administración, ésta no puede ser considerada como un ejemplo de cogestión paritaria. Además, no puede suponerse a los trabajadores como un bloque homogéneo en el susodicho Consejo, pues allí están representados trabajadores, empleados y altos empleados (art. 3 III, núms. 1 y 2, Ley de Cogestión), cuyos intereses son claramente diferentes. Asimismo, tampoco puede aceptarse que habrá un permanente acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de los sindicatos.

Rechaza también la sentencia que los dos votos del presidente del Consejo de administración no tengan en la práctica ninguna validez, debido a la obligatoriedad de encontrar un acuerdo entre las dos partes en caso de conflicto. Precisamente, uno de los objetivos de esta ley es que se posibilite y estimule el trabajo en común. Ahora bien, en caso de conflicto se está garantizando con esos dos votos una supremacía a los accionistas. Finalmente, se deduce de la propia ley la influencia de los trabajadores en el Consejo de administración

para la elección de los consejeros, no contrariamente, como los recurrentes suponen, que esta influencia lleva a una provisión paritaria del Consejo.

3. EFECTOS DE LA LEY

Los efectos que la Ley de Cogestión tendrá en el futuro son inciertos. Esta incertidumbre será mayor dependiendo de la mayor o menor complejidad y alcance de las circunstancias subyacentes. En el caso de la cogestión esta inseguridad está muy relacionada con el clima de cooperación existente en la empresa. Esta cooperación la ley puede posibilitarla o potenciarla, pero no crearla. Si en ambas partes existe una disposición a trabajar en común, evidentemente los efectos de la cogestión serán muy otros que si domina en la empresa una atmósfera de desconfianza y animosidad. Asimismo es de trascendencia que círculos ajenos a la empresa estén dispuestos a aceptar favorablemente la cogestión en interés de la empresa y de la economía en general. Existen también una serie de factores, como escasez de materias primas, nueva tecnología, bajo crecimiento, etc., bajo los cuales ha de desarrollarse esta ley, que no son posibles de prever y que se añaden a los factores de inseguridad para el futuro.

El legislador ve los efectos de la Ley de Cogestión de forma diferente que los recurrentes, cuando éstos establecen que ésta tendrá efectos perjudiciales para la capacidad de funcionamiento de la empresa y para la economía. El Tribunal Constitucional sólo hubiera podido tomar en consideración esta perspectiva de los recurrentes si el legislador no hubiera sido ponderado en sus exigencias constitucionales. Sin embargo, éste no es el caso. La incertidumbre, en cuanto a los efectos de una ley en el futuro, no tiene que significar la no promulgación de ésta, aun cuando tenga gran trascendencia. Además, los pronósticos contienen siempre un juicio de probabilidad cuyo fundamento puede y tiene que ser acreditado.

La Ley de Cogestión implica transformaciones sustanciales en el campo de la economía y se diferencia de otras importantes leyes económicas por el alcance de su contenido. La ley regula un sector en el que las previsiones son complejas y difíciles de calcular si, además, se tiene en cuenta que los factores que entran en juego no se limitan a la República Federal. Por ello, no puede exigirse que los efectos de la ley sean calculados con absoluta seguridad, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos en los que no está en juego la vida o la libertad del individuo.

Los pronósticos del legislador son justificables si éste procura conseguir el máximo de experiencia sobre el tema, si agota las fuentes de conocimiento de éste, si calcula lo mejor posible que puede los efectos que su reglamentación va a tener y si evita infracciones del Derecho constitucional. En caso de hacer esto, su seriedad está justificada y el Tribunal Constitucional precisamente tiene que examinar si estas condiciones se cumplen. Como mejor pueden preverse los

efectos de una ley es examinando las experiencias sobre el tema, tanto en el interior como en el extranjero. A las experiencias en el exterior no era posible recurrir. En la República Federal existía la experiencia de veinte años de cogestión paritaria en la industria minera y metalúrgica, así como la cogestión de la Ley de Comites de Empresa de 1952. Todas estas experiencias de cogestión las ha tenido en cuenta el legislador y, a pesar de que abarcan a un número menor de empresas que la actual ley, el pronóstico es favorable. Especialmente; la cogestión paritaria en la esfera de la industria minera y metalúrgica no ha conducido a una incapacidad de funcionamiento de las empresas (BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176). Asimismo, la comisión que ha considerado la problemática que planteaba la cogestión ha investigado los puntos de vista políticos, económicos y jurídicos del tema, y ha recomendado la introducción de una cualificada cogestión. Finalmente, los posibles efectos del proyecto de ley del gobierno han sido objeto de enmiendas durante el procedimiento de elaboración parlamentaria, en base a las cuales se han producido cambios en el proyecto gubernamental. Teniendo en cuenta estas cuestiones, el legislador se ha decidido por la Ley de Cogestión, pero, aun así, si posteriormente se manifestasen errores, éste (el legislador) está obligado a su corrección (BVerfGE 25, 1 = NJW 1969, 499). *Por otra parte, el Tribunal Constitucional sólo está capacitado para verificar si la Ley de Cogestión es objetable jurídico-constitucionalmente.*

4. COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE COGESTIÓN CON LA LEY FUNDAMENTAL

Objeto de verificación son aquellos derechos fundamentales individuales que establecen los límites jurídico-constitucionales dentro de los que el legislador tiene que moverse para la introducción de la cogestión. La pretensión de los recurrentes de que sea objeto de verificación una relación institucional de la constitución económica en conexión con la protección y ordenación de los derechos fundamentales, no encuentra en la Ley Fundamental ningún apoyo. Por otra parte, no es superfluo un control de los preceptos de la Ley de Cogestión en relación con los derechos fundamentales concretos del individuo, porque la Ley Fundamental, en base a su desarrollo histórico, estaba madura para acoger la constitucionalidad de una amplia cogestión, tal como, además, han supuestos los informes del sindicato federal alemán y del profesor ZWEIGERT.

La Ley Fundamental, que en su primer capítulo acoge sólo derechos fundamentales clásicos, *no fija y garantiza un determinado orden económico*. En contraposición a la Constitución de Weimar (artículos 151 y ss.), que establece los principios jurídico-constitucionales de la formación de la vida económica, la Ley Fundamental cede esta función al legislador, el cual decide con libertad, necesitando sólo una legitimación democrática general. Esta tarea del legislador encuentra sus límites en los derechos fundamentales individuales, los cuales, se-

gún su historia y su contenido actual, son derechos del individuo, derechos humanos y del ciudadano, que tienen como objeto la protección de esferas especialmente en peligro y concretas de la libertad humana. Los derechos fundamentales tienen que ser comprendidos en su individualidad y en este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sería rigorismo, por tanto, hablar de una teoría de los derechos fundamentales; como máximo podría hablarse de una «compleja» teoría de los derechos fundamentales. Por otra parte, la pretensión de los recurrentes de conectar «constitución económica y derechos fundamentales» choca con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para el que la Ley Fundamental es neutral político-económicamente. Es el legislador quien debe seguir la política económica que crea conveniente (BVerfGE, 7, 377 = NJW 1958, 1035, y BVerfGE 30, 292 = NJW 1971, 1255), en tanto tenga en cuenta la Ley Fundamental y respete los derechos fundamentales (BVerfGE 4, 7 = NJW 1954, 1235). Este orden constitucional relativamente abierto es necesario, por una parte, para que las transformaciones históricas sean tenidas en cuenta, las cuales caracterizan especialmente la vida económica, y, por otra parte, para no poner en juego la fuerza normativa de la constitución. En todo caso, la libertad de realización del legislador no puede conducir a una merma de las libertades individuales garantizadas en los derechos fundamentales, sin los cuales, según la Ley Fundamental, no es posible una vida con dignidad humana. La tarea, precisamente, está en acomodar la libertad de desarrollo económico y sociopolítico que tiene el legislador con la esfera de libertad protegida del individuo, el cual tiene frente al legislador un derecho de pretensión jurídico-constitucional.

5. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Ley de Cogestión no infringe los derechos fundamentales de los accionistas o de la empresa, establecidos en los artículos 14 I, 9 I, 12 I y 2 I de la Ley Fundamental.

A) La ley no viola la garantía de la propiedad. Esta es, tanto en su actual significación como históricamente, un derecho fundamental primordial, que está en estrecha relación con la libertad personal. Este derecho fundamental tiene que asegurar a su titular una esfera de libertad en el ámbito del derecho patrimonial y posibilitarle el desarrollo responsable de su vida (BVerfGE, 24, 367 = NJW 1969, 309, y BVerfGE, 31, 229 = NJW 1971, 2163).

La propiedad protegida jurídico-constitucionalmente significa utilización privada, es decir, poder de disposición sobre aquélla (BVerfGE, 42, 263 = NJW 1976, 1783). Al mismo tiempo, la propiedad debe servir al bienestar de la comunidad (art. 14 II2, Ley Fundamental). El alcance concreto de la protección garantizada a la propiedad se determina por el contenido y límites de ésta, lo cual, conforme al artículo 14 II2 de la Ley Fundamental, es asunto del legislador. Este no es

totalmente libre y tiene que orientarse al bienestar de la comunidad, el cual establece no sólo la base, sino los límites del poder de disposición del propietario (BVerfGE 25, 112). Al mismo tiempo, tiene que establecerse el alcance de la función social de la propiedad (BVerfGE 31, 229 = NJW 1971, 2163). La garantía del artículo 14 I1, la regulación del artículo 14 I2 y la función social de la propiedad del artículo 14 II de la Ley Fundamental están en una relación inseparable. Ninguno de estos factores puede ser mermado, sino, más bien, tienen que estar en un equilibrio proporcional.

El objeto de protección de la garantía de la propiedad lleva, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a las siguientes diferenciaciones: a) en tanto sea la función de la propiedad elemento de seguridad de la libertad personal del individuo, éste disfruta de una especial protección (BVerfGE 14, 288 = NJW 1963, 29; BVerfGE 42, 64 = NJW 1976, 1391, y BVerfGE 42, 263 = NJW 1976, 1783); b) contrariamente, la autorización al legislador para establecer límites es mayor en tanto la propiedad esté en una relación social y tenga una función social (entre otras, BVerfGE 24, 73 = NJW 1967, 619, y BVerfGE 42, 263 = NJW 1976, 1783). El punto de vista expresado en el artículo 14 II de la Ley Fundamental es que la utilización y disposición de la propiedad, en este caso, no permanece sólo dentro de la esfera del propietario, sino que toca los intereses de otros titulares jurídicos a los que también les está asignada una utilización de la propiedad.

La protección del artículo 14 de la Ley Fundamental abarca a los accionistas y la propiedad de los titulares de la empresa. Al mismo tiempo, las restricciones establecidas por la Ley de Cogestión se apoyan en el artículo 14 I2 de la Ley Fundamental. La propiedad de acciones viene determinada por el Derecho de sociedades, donde se establece el derecho de los accionistas. Conforme a éste, el propietario no puede utilizar directamente su propiedad, sino que está limitado a la utilización del valor patrimonial, mientras que el derecho de disposición, exceptuando en caso de enajenación o gravación, indirectamente sólo corresponde a los órganos de la sociedad. Por otra parte, el derecho de disposición del accionista varía, dependiendo del tipo de sociedad ante la que nos encontramos (es diferente este derecho si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o de un *trust*).

Los artículos 7, 27, 29 y 31 de la Ley de Cogestión afectan a la influencia que los accionistas tienen en el Consejo de administración y, en base a esto, a la elección y revocación del órgano de dirección de la empresa y a su control. Por ello, estos preceptos repercuten, por una parte, sobre el derecho de disposición de los accionistas y, por otra, sobre el valor patrimonial del derecho de participación. Ahora bien, frente a la concepción de los recurrentes no significan estos efectos un cambio de estructura o sustancia de la propiedad de acciones. En efecto, aun en el caso de que los accionistas perdiesen la preponderancia, establecida jurídicamente, debido a una unión de los trabajadores con una minoría de accionistas, esto no significaría

ningún cambio jurídicamente relevante de la estructura o sustancia de la propiedad de acciones. Más aún si se tiene en cuenta que la Ley de Cogestión no elimina ni la utilización privada de la propiedad de acciones ni afecta a la relación de coordinación de los accionistas. Tampoco ataca la sustancia de la propiedad de acciones la eliminación de la posibilidad de nombrar y revocar a los miembros de los órganos de representación a través de la asamblea de accionistas.

Aunque no puede hablarse de un cambio cualitativo de la propiedad de acciones a través de la Ley de Cogestión, sin embargo, ésta significa una restricción parcial de la posición de los accionistas. En efecto el Derecho de sociedades confiere a la totalidad de los accionistas, con el derecho a la elección de los miembros del Consejo de administración, un poder, que en algunos tipos de sociedades es aumentado por medio de la competencia, para elegir y revocar a los miembros de los órganos de representación. Estos derechos son disminuidos por la Ley de Cogestión, si bien esto no significa, a través del informe del legislador, que el elemento jurídico-patrimonial de la propiedad de acciones tenga que soportar un menoscabo esencial. Este pronóstico es apoyado por el hecho de que el informe sobre la cogestión en la esfera de la industria minera y metalúrgica no pudo fijar las repercusiones de la cogestión sobre el principio de rentabilidad, la política de dividendos de la empresa y el mercado de capital.

La función social de la propiedad de acciones es evidente, pues el propietario de éstas lo es de medios de producción, por lo que necesita para su utilización de la colaboración de los trabajadores. El ejercicio del derecho de disposición del propietario puede repercutir al mismo tiempo sobre la existencia del trabajador, por lo que afecta con ello la esfera de derechos fundamentales de éste. Los derechos fundamentales de los trabajadores no pueden mermar, tal como los recurrentes suponen, el derecho fundamental de los accionistas, establecido en el artículo 14 de la Ley Fundamental, porque aquéllos (como también artículo 74, núm. 12, Ley Fundamental) no incluyen ningún mandato constitucional obligatorio para la introducción de la cogestión en la empresa, tal como efectivamente hace la Ley de Cogestión. Ahora bien, éstos (los derechos fundamentales) se refuerzan a través del legislador como obligaciones sociales concretas de la propiedad de acciones: la cogestión en la empresa influye de forma esencial las condiciones bajo las cuales los trabajadores hacen valer su derecho fundamental a la libertad de profesión, lo que tiene trascendencia para todas las capas sociales (BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035).

Los derechos de los accionistas no son afectados en la relación del propietario con su propiedad, como, por ejemplo, en caso de enajenación, sino solamente cuando éstos se presentan en su relación social. Hasta qué punto el legislador puede establecer límites a la propiedad en caso de medidas sociales no necesita una determinada fijación, pero estos límites no pueden significar que el capital invertido en la empresa lo sea contra la voluntad de los accionistas, que éstos pierdan el control en base a la cogestión sobre la dirección de

la empresa o que el derecho a la última decisión les sea quitado. Esto, de cualquier forma, no ocurre con la Ley de Cogestión.

B) Los preceptos de la Ley de Cogestión tampoco infringen el derecho fundamental de la libertad de asociación (art. 9 I, Ley Fundamental). Eso no significa, como el gobierno federal y los recurrentes suponen, que el artículo 9 I de la Ley Fundamental sólo podía desempeñar el papel de garantizar el ejercicio de derechos colectivos y que su esfera de protección no puede ir más allá que la establecida en el artículo 14 I de la Ley Fundamental. Con el derecho a formar organizaciones y sociedades, garantiza el artículo 9 I de la Ley Fundamental un principio constituyente del orden democrático y del Estado de Derecho: el principio de la libre formación de grupos sociales (BVerfGE 38, 281 = NJW 1975, 1285). En este principio se encuentran muy próximamente unidos el contenido de derecho del hombre, de la libertad de asociación y su importancia para la conformación de la sociedad y el Estado. Este contenido de derecho del hombre es el establecido en el artículo 1 de la Ley Fundamental, que no es el del individuo aislado y autocrático, sino el de la persona establecida y ligada a la sociedad (BVerfGE 4, 7 = NJW 1954, 1235), cuyo desarrollo tiene múltiples facetas, las cuales pueden realizarse en gran parte a través de asociaciones.

El bien protegido determina el contenido del derecho fundamental. Se garantiza al ciudadano la libertad en tanto se le permita reunirse con otros, siempre que los objetivos no vayan contra la Constitución. Las condiciones de esta libertad, y con ello del artículo 9 I de la Ley Fundamental, abarcan a la posibilidad de entrar, salir o ausentarse de una asociación (BVerfGE 10, 89 = NJW 1959, 1675). Asimismo, a causa de la estrecha relación de la libertad de asociación individual y colectiva, ésta es protegida por el artículo 9 I de la Ley Fundamental. El derecho fundamental protegido abarca tanto a los miembros como la autodeterminación de las asociaciones sobre la propia organización, el procedimiento de la formación de su voluntad y la forma de llevar los asuntos. Por otra parte, el legislador tiene que orientarse al bien protegido por el artículo 9 I de la Ley Fundamental, de tal forma que exista un equilibrio entre la formación de asociaciones libres y la autodeterminación de éstas y la consideración de la necesidad de una vida asociativa organizada. Para conseguir esto, el legislador tiene a su disposición una multiplicidad de formas jurídicas que abarcan a los diferentes tipos de asociaciones. El tiene que garantizar la capacidad de funcionamiento de estas asociaciones, especialmente de sus órganos. En este sentido, los preceptos de la Ley de Cogestión no chocan con el artículo 9 I de la Ley Fundamental, pues no entran en conflicto con el principio de la libre asociación. Tampoco eliminan la capacidad de funcionamiento de las grandes sociedades de capitales, ni atacan de forma impropia la autodeterminación de éstas a formar su voluntad y su organización interna. La ley no afecta la facultad de los miembros de estas sociedades a entrar, salir o permanecer en la entidad. Frente a la idea de los recurrentes, la ley no

contiene ningún elemento que haga la asociación obligatoria. Puesto que los representantes de los trabajadores en el Consejo de administración no llegan a ser miembros de la sociedad, no impiden a otros el serlo. La Ley de Cogestión, incluso, no cambia el tradicional desarrollo jurídico-societario del Consejo de administración, porque, con excepción de las cooperativas, la pertenencia a éste no implica el ser miembro de la sociedad. En este contexto, tampoco puede decirse que la Ley de Cogestión amenaza la capacidad de funcionamiento de las sociedades y que por ello existe una infracción del artículo 9 I de la Ley Fundamental.

Una función esencial de las sociedades de capitales es la concentración y utilización del capital. La pertenencia a éstas no es elemento esencial de la vida del individuo, y los vínculos de los miembros entre ellos y con la sociedad son de mucha menor intensidad que en las asociaciones de personas. Esto se evidencia si se considera que, exceptuando en las cooperativas, el derecho y el peso del voto no depende de la pertenencia a la sociedad, sino del capital que se posea (artículo 134 I, Ley de Sociedades Anónimas), si se tiene en cuenta que el derecho al voto puede ejercitarlo un apoderado no miembro de la sociedad (art. 134 III, Ley de Sociedades Anónimas), si se piensa que la pertenencia a la sociedad puede ser concedida sin el derecho al voto (arts. 12 I2 y 139 y ss., Ley de Sociedades Anónimas) y si se considera que los miembros del Consejo de administración y de representación no necesitan ser miembros de la sociedad. La consecuencia de todo esto es que se trata de una esfera organizativa formal (BVerfGE 14, 263 = NJW 1962, 1667) y que la pertenencia a la sociedad tiene un carácter formal (BVerfGE 4, 7 = NJW 1954, 1235). Si se trata de sociedades que no corresponden al tipo básico de asociaciones establecidas en el artículo 9 I de la Ley Fundamental: a la libre unión de miembros con iguales derechos, con objetivos comunitarios, que deciden sobre sus actividades sin influencias ajenas.

Por otra parte, las sociedades de capitales tienen que ser reguladas jurídicamente en mayor medida que otras sociedades, por ejemplo, deportivas o culturales, por sus efectos sobre la vida económica y social. Su organización y la realización de sus decisiones afectan a una pluralidad de intereses: de los accionistas, de terceros, especialmente de los trabajadores, así como intereses públicos. Por ello, las leyes tienen que proteger equilibradamente estos diferentes intereses. Si la cogestión empresarial no afecta esencialmente, sino sólo periféricamente, la esfera de protección del artículo 9 I de la Ley Fundamental y se respeta, en principio, la libre asociación y autodeterminación de la sociedad, no obliga este artículo al legislador a que excluya en el desarrollo del derecho de estas sociedades de capitales ciertas «influencias extrañas» en la formación de su voluntad. Si esto no fuera así, la Ley de Comités de Empresa de 1952 hubiera sido inconstitucional. En tanto la reglamentación se realice teniendo en cuenta todos los intereses dignos de protección, puede el legislador aceptar, en una cierta medida, estas «influencias extrañas». Así ocurre

con los preceptos de la Ley de Cogestión. Los intereses que se persiguen con una participación de los trabajadores en el Consejo de administración son: ampliación de la legitimación en la empresa, cooperación e integración. Estos fines entran dentro de la esfera del artículo 9 I de la Ley Fundamental y justifican la solución de equilibrio que la Ley de Cogestión, en los artículos 7, 27, 29 y 31, ha establecido. En definitiva, la Ley de Cogestión, frente a la anterior situación legal, ha aumentado el número de los representantes externos a la sociedad en el Consejo de administración. Sin embargo, su inclusión no disminuye en tan gran medida la influencia de las personas afectadas y accionistas de las sociedades de capitales sobre la formación de la voluntad de éstas como para que pueda dar resultado que los requisitos y límites del artículo 9 I de la Ley Fundamental no se cumplen.

C) Los preceptos de la Ley de Cogestión no infringen los artículos 12 I y 2 I de la Ley Fundamental en tanto este último derecho fundamental proteja la libertad de actuación económica.

En ambos derechos fundamentales pueden los recurrentes apoyarse. El artículo 12 I no se suprime a través del artículo 14 I de la Ley Fundamental, pues ambos derechos se encuentran en situación de reciprocidad. Asimismo tiene que ser considerado el artículo 2 I de la Ley Fundamental, pero no es necesario precisar en detalle las zonas protegidas por este derecho fundamental. En cualquier caso, los preceptos de la Ley de Cogestión recurridos están dentro de la esfera protegida por los derechos fundamentales.

El artículo 12 I de la Ley Fundamental no es infringido. Punto de partida de la concretización de este derecho fundamental a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la circunstancia de que se trata de la garantía de un derecho fundamental, no de proclamar la libertad profesional como un principio objetivo del orden económico y social. El artículo 12 I de la Ley Fundamental protege la libertad del ciudadano en una esfera especialmente importante para la sociedad moderna: él garantiza al individuo el derecho a tomar como profesión cualquier trabajo para el que éste (el individuo) se siente capacitado, es decir, a hacer de la profesión el fundamento de la vida (BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035). Según esta interpretación, el artículo 12 I de la Ley Fundamental va más allá que la libertad profesional. Además, «la profesión» se entiende relacionada con la personalidad del individuo, y su consagración a una actividad es base y tarea de su vida, lo que le supone al mismo tiempo su aportación al rendimiento total social. Por tanto, este derecho fundamental tiene trascendencia para todas las capas sociales; el trabajo como «profesión» tiene para todos igual valor y dignidad (BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035).

La cuestión que ahora se plantea es si esta concepción jurídica individual puede trasladarse también a las personas jurídicas (artículo 19 III, Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional ha respondido afirmativamente a esta pregunta en una permanente jurisprudencia: el bien protegido por el artículo 12 I de la Ley Fundamental

es respecto a las personas jurídicas la libertad de realizar una actividad lucrativa, especialmente empresarial, en tanto esta actividad pueda ser ejercitada de igual manera (dependiendo de su naturaleza y modo) tanto por una persona jurídica como física (BVerfGE 30, 292 = NJW 1971, 1255).

En tanto se trate de actividades que se corresponden con los requisitos de una «profesión», está también protegida en principio, a través del artículo 12 I de la Ley Fundamental, «la libertad de empresa», en el sentido de una dirección y creación libre de la empresa. Ahora bien, es necesario considerar que este derecho fundamental abarca muy diferentes hechos económicos, así la dirección de una empresa pequeña o mediana como también la actividad de una grande. Mientras en el primer caso los elementos personales del derecho fundamental tienen una plena aplicación, aun en la esfera económica, en el caso de grandes empresas aquéllos se pierden. Por ello, en este último caso la libertad de empresa no es elemento de la conformación de la personalidad del hombre, sino garantía jurídico-fundamental de un proceder, cuyos efectos se extienden más allá de la suerte económica de la propia empresa (BVerfGE 14, 263 = NJW 1962, 1667); esto mucho más acentuado en una economía como la de la República Federal, en que la concentración de empresas se encuentra en un proceso muy avanzado. Esta situación de hecho, sin embargo, no puede conducir a otorgar la libertad de empresa sólo a las empresas pequeñas y medianas: las grandes empresas e incluso los *trusts* son elementos esenciales de una economía capaz de prestaciones y altamente desarrollada.

Los preceptos recurridos de la Ley de Cogestión conducen a una limitación de la libertad de profesión en la empresa, cuyos órganos de representación son coartados en su libertad de planificación y decisión, debido a la nueva composición del Consejo de Administración, porque aquéllos, en el contorno de dependencia del Consejo de Administración, están obligados a cooperar con los miembros de este órgano no elegidos por los accionistas. Respecto a esta objeción, el legislador ha actuado dentro de los límites del artículo 12 I de la Ley Fundamental.

La limitación no afecta el derecho de la empresa a la libre elección de profesión. Sólo puede suponerse una infracción de este derecho si las personas jurídicas interesadas, de forma regular y no sólo en casos excepcionales, no pueden realizar una actividad lucrativa empresarial (BVerfGE 39, 292 = NJW 1971, 1255). Esta situación no se plantea aquí. En último caso, la situación jurídica de aquéllos viene determinada por el contenido y límites del artículo 14 I 2 de la Ley Fundamental.

Los titulares de derechos fundamentales sólo pueden ejercitar la libertad garantizada con ayuda de la otra parte, los trabajadores, que en todo caso son también titulares del derecho fundamental del artículo 12 I de la Ley Fundamental. En este sentido, «su libertad tiene

una perspectiva y función social». Si se considera que están entre sí relacionados los derechos fundamentales de los artículos 12 I y 14 I, la apreciación jurídica-constitucional, en principio, no puede ser otra, aun si se plantea desde el desarrollo del artículo 12 I de la Ley Fundamental, que la representada por el artículo 14 I2 de la Ley Fundamental: los límites a la libertad de profesión, que abarca a las empresas, aparece justificada a través de objetivas y razonables consideraciones de la comunidad. La importancia de la intervención está en relación proporcional al peso y urgencia de los motivos con que se justifique aquélla (BVerfGE 30, 292 = NJW 1971, 1255). Por tanto, los preceptos de la ley afectan al núcleo personal del derecho fundamental de la libertad de profesión sólo marginalmente. La influencia de la participación de los trabajadores en el Consejo de Administración no es decisiva para la dirección de la empresa; más bien corresponde el derecho de decisión definitiva a los miembros del Consejo de Administración elegidos por los accionistas como titulares de la empresa. Por tanto, se trata de límites de pequeña intensidad. Este es el precio a la complementariedad de una legitimación social en la dirección económica de las grandes empresas, de la cooperación e integración en la empresa de todas las fuerzas activas, cuyas cuotas de capital y trabajo es requisito de la existencia y eficacia de la empresa.

En tanto exista espacio para el artículo 2 I de la Ley Fundamental, este derecho fundamental tampoco es infringido. Tal como el Tribunal Constitucional ha expresado en múltiples ocasiones, el artículo 2 I de la Ley Fundamental garantiza la libertad de actuación en la esfera económica; es intangible una determinada esfera de juego para el desarrollo de la iniciativa empresarial (BVerfGE 29, 260 = NJW 1971, 368).

Los artículos 7, 27, 29 y 31 de la Ley de Cogestión son elementos del desarrollo económico público y es misión del legislador, por principio, determinar sus objetivos y medios. Aquéllos persiguen objetivos comunitarios, son compatibles con la Ley Fundamental y pertenecen por ello «al orden constitucional» en el sentido del artículo 2 I de la Ley Fundamental.

D) Los artículos 7, 27, 29 y 31 de la Ley de Cogestión son compatibles con el artículo 9 III de la Ley Fundamental.

El artículo 9 III de la Ley Fundamental no forma parte de los derechos fundamentales «clásicos». La libertad de asociación surgió con el moderno trabajo industrial, que se desarrolló a lo largo del siglo XIX. Para la interpretación de este derecho fundamental sólo es posible remontarse históricamente, de forma relativa, debido a su corta tradición. Punto de referencia para su concretización sería el artículo 159 de la Constitución de Weimar. Correspondientemente, el Tribunal Constitucional ha destacado en su jurisprudencia al artículo 9 III de la Ley Fundamental, la necesidad de considerar su desarrollo histórico para determinar el alcance de este derecho funda-

mental (BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881; BVerfGE 18 = NJW 1964, 1267; BVerfGE 19, 303 = NJW 1966, 491; BVerfGE 38, 386 = NJW 1975, 968; BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255).

Tal como señala el texto del artículo 9 III de la Ley Fundamental, y el desarrollo histórico, la libertad de asociación es, en primer lugar, un derecho de libertad, que garantiza la libertad de coalición para la consecución de mejores condiciones de trabajo y económicas, y la libertad de perseguir estos objetivos (BVerfGE 4, 96 = NJW 954, 1881; BVerfGE 38, 386 = NJW 1975, 968); sobre ambas cuestiones deben decidir los interesados responsablemente y, por principio, libres de la influencia gubernamental. Elementos garantizadores de este derecho son la creación, entrada, salida y permanencia libre, así como la protección de la libertad de asociación como tal (BVerfGE 19, 303 = NJW 1966, 491; BVerfGE 28, 295 = NJW 1970, 1635).

Para la consecución de estos fines son medio los convenios colectivos, a través de los cuales las asociaciones regulan, bajo su propia responsabilidad y sustancialmente sin influencia gubernamental, las condiciones salariales y de trabajo material (BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255); en este sentido la libertad de asociación sirve para una ordenación plena de la vida del trabajo (BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267). El artículo 9 III de la Ley Fundamental deja a las asociaciones la elección de medios para la consecución de sus objetivos.

El Tribunal Constitucional, en una permanente jurisprudencia, establece que el artículo 9 III de la Ley Fundamental sólo protege la libertad de asociación en su esfera básica (BVerfGE 19, 303 = NJW 1966, 491; BVerfGE 38, 386 = NJW 1975, 968); es más bien tarea del legislador determinar el alcance de la libertad de asociación, para que él desarrolle y regule detalladamente las necesidades de las asociaciones. Con ello el legislador puede tener en consideración las exigencias especiales que plantee cada circunstancia. En todo caso, al derecho de actividad de las asociaciones sólo se le pueden imponer los límites necesarios para la protección de otros bienes jurídicos. Las reglamentaciones que no se justifiquen desde estos presupuestos violan el contenido básico de actividad de las asociaciones, protegido por el artículo 9 III de la Ley Fundamental (BVerfGE 19, 303 = NJW 1966, 491; BVerfGE 28, 295 = 1970, 1635).

Esto es válido también para la autonomía de convenios colectivos. El legislador tiene una amplia esfera de juego para su elaboración, lo que le permite acomodar las condiciones de los convenios colectivos realizados a la realidad social, y con ello que las asociaciones cumplan sus objetivos (BVerfGE 20, 312 = NJW 1966, 2305). Por otra parte, el derecho fundamental de la libertad de asociación prohíbe que los convenios colectivos realizados se salgan de los límites exigidos para el cumplimiento de la tarea de pacificación y ordenación de la vida del trabajo (BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267). El legislador encuentra sus límites en cuanto a la regulación de los con-

venios colectivos en la esfera básica garantizada jurídicamente por la libertad de asociación.

Los artículos 7, 27, 29 y 31 de la Ley de Cogestión no se infieren en la esfera básica, protegida por el artículo 9 III de la Ley Fundamental de la libertad de asociación. Ellos no afectan la libertad de creación y entrada, así como la garantía de actividad libre de las asociaciones. Tampoco significan para el sistema de convenios colectivos un fomento inconstitucional de las condiciones económicas y de trabajo. Asimismo, no afectan ilícitamente a la independencia de la parte contraria, ni la capacidad de funcionamiento de la autonomía de los convenios colectivos.

Cuando los recurrentes perciben en la cogestión en los Consejos de administración un impedimento a la formación y organización de las asociaciones de empresarios, ignoran que las transformaciones de la estructura interna de las asociaciones de empresarios no pueden afectar a su libertad de creación, garantizada por el artículo 9 III de la Ley Fundamental.

Tampoco es afectada por los preceptos recurridos la libertad de actuación de las asociaciones. Aquel decisivo elemento de la libertad de asociación no es afectado, en ningún caso, por la Ley de Cogestión. La pregunta a la compatibilidad de los preceptos recurridos con el artículo 9 III de la Ley Fundamental puede concernir solamente a las garantías que el derecho fundamental contiene respecto al sistema de convenios colectivos.

Si la Ley de Cogestión, junto al sistema de convenios colectivos, fomenta la cogestión en la empresa como otra forma de reivindicación de las condiciones económicas y de trabajo, esto no infringe el artículo 9 III de la Ley Fundamental. No se puede deducir de este artículo que él garantiza el sistema de convenios colectivos como única forma de reivindicación de las condiciones económicas y de trabajo, pues esto estaría en contradicción con la idea básica y desarrollo histórico de la libertad de asociación.

Como derecho de libertad, el artículo 9 III de la Ley Fundamental desea garantizar, en una esfera libre de las reglamentaciones gubernamentales, que los interesados puedan determinar autorresponsablemente, conforme a qué criterios desean reivindicar las condiciones económicas y de trabajo. Si esto solamente fuera posible a través de los convenios colectivos, significaría una limitación de la libertad garantizada. Más bien la plena pacificación y ordenación de la vida del trabajo puede ser perseguida, conforme al artículo 9 III de la Ley Fundamental, a través de diferentes caminos. Por ello, el legislador no tiene que entorpecer aquellos preceptos que prevean una cogestión de los trabajadores y sus asociaciones en la empresa. La coexistencia del sistema de convenios colectivos y cogestión, que con ello resulta, puede conducir a transformaciones de peso, pero también a competencias que hagan necesario un equilibrio. En primer lugar, éste depende de que en una coexistencia de la cogestión y sistema

de convenios colectivos se garantice la independencia de las partes antagónicas en el sentido de que éstas sean suficientemente independientes para representar duradera y eficazmente los intereses de sus miembros en la esfera del trabajo y jurídico-social (BVerfGE 4, 96 = NJW 1954, 1881; BVerfGE 18, 18 = NJW 1964, 1267).

Si y en qué medida la Ley de Cogestión abre las asociaciones de empresarios a una influencia de los sindicatos o trabajadores, no es posible determinarlo con seguridad. Tal influencia, si se tiene en cuenta la legislación, no puede darse por supuesta ni puede tampoco excluirse totalmente. Sin embargo, las limitaciones a la independencia de las asociaciones de empresarios que con ello puede resultar no infringe la esfera básica del artículo 9 III de la Ley Fundamental. La exigencia de independencia de las asociaciones de empresarios contribuye a la defensa de los intereses de sus miembros y a ella están obligados los pertenecientes a los órganos de representación de las empresas. Si se hace evidente una influencia de los trabajadores en las asociaciones de empresarios, aquélla tiene que permanecer en un segundo plano respecto a la influencia interparitaria de los trabajadores en la empresa. Una permanente influencia no cuestiona en principio la independencia frente al adversario de las asociaciones de empresarios y no infringe por ello el artículo 9 III de la Ley Fundamental. Es necesario añadir que el principio de la independencia frente al adversario implica la autogestión de las asociaciones en cuanto a su propia organización, el procedimiento de la formación de su voluntad y la dirección de los asuntos.

Asimismo, resulta del examen jurídico-constitucional que la Ley de Cogestión no conduce a una merma o incapacidad de funcionamiento del sistema de convenios colectivos. Sin embargo, con cualquier clase de cogestión pueden plantearse colisiones y conflictos que dañan la capacidad funcional de los convenios colectivos o incluso de la cogestión. Si estas colisiones contienen problemas jurídicos, éstos tienen que ser juzgados por los tribunales específicos, que ya anteriormente tenían esta función. Esto solamente ocurriría en caso de incapacidad de funcionamiento de los convenios colectivos y que afectasen, además, su esfera básica.

E) Solamente se examinarían los preceptos recurridos del artículo 33, 1 y 2, de la Ley de Cogestión si existiese una posible infracción del artículo 2 I de la Ley Fundamental en conexión con el principio del Estado de Derecho. Esta infracción no es perceptible y los preceptos son suficientemente claros y determinados.

Las tareas y funciones del director de trabajo se deducen con claridad del texto de la ley. Esto es aplicable en primer lugar a la función de aquél como miembro con iguales derechos del órgano de representación (art. 33 II, Ley de Cogestión) y su obligación a actuar, como los demás miembros, en estrecho acuerdo con todos los órganos (art. 33 III, Ley de Cogestión). Una determinación más concreta de

sus tareas es transmitida, según el artículo 33 II2 de la Ley de Cogestión, al reglamento de régimen interior.

El artículo 11 de la Ley de Cogestión, de cuya compatibilidad con la Ley Fundamental dudan los recurrentes, no choca contra el artículo 3 I de la Ley Fundamental. No es ilegal que la determinación de las empresas a las que abarca la ley se acoja a la forma jurídica. A su favor habla que el amplio número de grandes empresas a las que la ley engloba está incluido en una de las formas jurídicas del artículo 1 I, número 1, de la Ley de Cogestión y que el legislador ha partido de las formas de sociedades ya existentes. Asimismo, la elección de las empresas incluidas no es arbitraria; el legislador se limitó esencialmente a las sociedades anónimas y se orientó hacia el artículo 76 y siguientes de la Ley de Comités de Empresa de 1952.

También en cuanto a la elección de empresas a las que la ley se extiende (artículo 1 I, número 2, de la Ley de Cogestión), se ofrecen fundamentos objetivos, puesto que si se sobrepasa un determinado tamaño en la empresa, se plantean problemas de masificación de los trabajadores, de burocratización en la dirección de la empresa y con ello el surgimiento de vías jerárquicas que hacen aconsejable la cogestión de los trabajadores. Cuando el legislador, de acuerdo con la Comisión de Estudio de la Cogestión, ha partido de la frontera de los dos mil trabajadores no ha sobrepasado los límites de su esfera de actuación (BVerfGE 1, 14 = NJW 1951, 877; BVerfGE 38, 154 = NJW 1975, 439).

6. COMENTARIO

Es necesario destacar en primer lugar que se trata de una resolución con gran trascendencia en el panorama económico-social alemán y de un valor jurídico-constitucional, como se hace evidente a lo largo del trabajo, innegable.

Por otra parte, hay que saludar la línea de ponderación que sigue el tribunal de Karlsruhe a lo largo de su razonamiento en un tema tan conflictivo, pues se está regulando para el futuro el camino que han de seguir las instancias políticas en el contexto socio-económico alemán.

Según el Tribunal Constitucional, el legislador se ha procurado el máximo de experiencia sobre el tema para calcular lo mejor posible los efectos que su reglamentación va a tener y evitar infracciones constitucionales. En este sentido ha tenido en cuenta la experiencia de la cogestión existente en la industria minera y metalúrgica, ha investigado los puntos de vista políticos, económicos y jurídicos del tema, además de aceptar enmiendas durante el proceso de elaboración parlamentaria, que han significado cambios en el proyecto gubernamental: Incluso el Tribunal Constitucional, en un intento de calcular al máximo los posibles efectos de la ley, ha establecido que si posterior-

mente se manifestasen errores, el legislador está obligado a su subsanación.

Es a considerar también la interpretación que el alto Tribunal hace de los derechos fundamentales. En primer lugar, frente a la interpretación liberal de carácter negativo, aquél está interpretando los derechos fundamentales clásicos con un claro carácter positivo (por ejemplo, función social de la propiedad). Pero, además, a pesar de que la Ley Fundamental no reconoce derechos fundamentales sociales, sin embargo, a mi entender, el Tribunal Constitucional en su discurso, tácitamente, los supone y los acomoda en una situación concreta.

Finalmente, los límites jurídico-constitucionales que el tribunal de Karlsruhe se pone a sí mismo tienen importancia al tratarse de la más alta magistratura y defensor de la Ley Fundamental.

El vencedor realmente de esta sentencia, tal como dice Meessen, es el sistema político de la República Federal.

Ricardo GARCÍA MACHO

Profesor ayudante del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, y becario del DAAD en la Facultad de Derecho, Universidad de Bonn

BIBLIOGRAFIA

