



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JEAN RICHARD DE LA TOUR
presentadas el 28 de abril de 2022¹

Asunto C-677/20

**Industriegewerkschaft Metall (IG Metall),
ver.di — Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
contra
SAP SE**

**SE-Betriebsrat der SAP SE,
con intervención de**

**Konzernbetriebsrat der SAP SE,
Deutscher Bankangestellten-Verband eV,
Christliche Gewerkschaft Metall (CGM),**

Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie eV

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Política social — Sociedad europea constituida mediante transformación — Sociedad europea de estructura dual — Implicación de los trabajadores — Elección de representantes de los trabajadores como miembros del Consejo de Control — Votación separada para elegir a los representantes de los trabajadores propuestos por los sindicatos»

I. Introducción

1. La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores² (en lo sucesivo, «Directiva SE») es el fruto de más de 30 años de negociaciones, pues el primer proyecto de creación de una Sociedad Anónima Europea (en lo sucesivo, «SE»), mediante un reglamento, fue propuesto por la Comisión Europea en 1970. Durante mucho tiempo, las negociaciones se trabaron en dos puntos: el sistema dual o monista de la sociedad y la implicación de los trabajadores. Finalmente, se alcanzó un acuerdo en 1989, después de que el proyecto se dividiera en dos propuestas, la primera, la del Reglamento por el que se establece el Estatuto de la Sociedad europea³ y, la segunda, la de la Directiva del Consejo por la que se

¹ Lengua original: francés.

² DO 2001, L 294, p. 22.

³ Véase la propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad europea, [COM(89) 268 final-SYN 218], presentada por la Comisión el 16 de octubre de 1989.

completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores.⁴ A raíz de dicho acuerdo, se previó la posibilidad de constituir una SE mediante la transformación de una sociedad anónima, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.⁵ Esta nueva cuarta posibilidad de constitución de una SE, junto con la constitución mediante fusión, la constitución de una SE holding y la constitución de una SE filial, llevó aparejada la introducción de disposiciones en la Directiva SE al objeto de garantizar que la transformación societaria no se utilizara para eludir el mecanismo nacional de implicación de los trabajadores existente en la sociedad previamente a su transformación. Entre estas disposiciones se halla el artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE, cuya interpretación se solicita en la presente petición de decisión prejudicial. Su objetivo es esclarecer uno de los puntos esenciales del acuerdo, alcanzado por unanimidad tras el cambio de base jurídica de la Directiva, en la medida en que dicho artículo está destinado a garantizar «un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE».

2. Habida cuenta de que el Derecho alemán prevé una votación separada para elegir a un número determinado de representantes de los sindicatos entre los representantes de los trabajadores que forman parte del Consejo de Control de una «Aktiengesellschaft» (sociedad anónima), ¿es esta particularidad uno de los elementos que deben mantenerse en caso de transformación de dicha «Aktiengesellschaft» (sociedad anónima) en SE o puede ser objeto de negociación entre los órganos competentes de la sociedad que va a transformarse y la comisión negociadora, que constituye el instrumento instaurado por la Directiva SE para establecer las modalidades de implicación de los trabajadores en la futura SE, a la luz de la normativa y las prácticas nacionales, dado que el legislador de la Unión no optó por la unificación de regímenes?

3. Propondré responder que la autonomía de negociación de la comisión negociadora no permite eludir la organización de una votación separada para elegir, como representantes de los trabajadores en el Consejo de Control, a una determinada proporción de candidatos propuestos por los sindicatos, cuando esta particularidad está prevista y es imperativa con arreglo al Derecho nacional aplicable a la sociedad que va a transformarse.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. Los considerandos 3, 5, 7, 8, 10, 18 y 19 de la Directiva SE tienen el siguiente tenor:

«(3) Para fomentar los objetivos sociales de la [Unión] deben fijarse disposiciones especiales, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, encaminadas a garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE [...]. Ese objetivo debe perseguirse mediante el establecimiento de una serie de normas aplicables en este ámbito, que completen las disposiciones del Reglamento [n.º 2157/2001].

⁴ Véase la propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores [COM(89) 268 final-SYN 219], presentada por la Comisión el 25 de agosto de 1989.

⁵ Véase el artículo 2, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO 2001, L 294, p. 1).

[...]

- (5) La gran diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las SE.

[...]

- (7) Cuando en una o más de las sociedades participantes en una SE existan derechos de participación, dichos derechos deben preservarse mediante su transferencia a la SE, una vez creada esta, salvo que las partes [...] decidan lo contrario.
- (8) Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional así como en su caso de participación de los trabajadores, aplicables a cada SE deberán definirse principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de este, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias.

[...]

- (10) Las reglas de voto de la comisión negociadora que represente a los trabajadores a efectos de la negociación, sobre todo a la hora de celebrar acuerdos que establezcan un nivel de participación más bajo que el existente en una o varias de las empresas participantes, deben estar en relación con el riesgo de desaparición o de reducción de los sistemas y las prácticas de participación existentes. Ese riesgo es mayor cuando se trata de una SE constituida mediante transformación o fusión que cuando se hace mediante la creación de una sociedad holding o de una filial común.

[...]

- (18) La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no solo para la nueva constitución de una SE sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate.
- (19) Los Estados miembros deben poder disponer que los representantes sindicales puedan ser miembros de una comisión negociadora independientemente de que sean o no trabajadores de una sociedad que participe en la constitución de una SE. En este contexto, los Estados miembros, deberían, en particular, poder reconocer este derecho en los casos en que los representantes sindicales tengan derecho de participación y de voto en los órganos de administración o de control de la sociedad, de conformidad con la legislación nacional.»

5. El artículo 1 de esta Directiva, titulado «Objeto», establece lo siguiente:

«1. La presente Directiva regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (Societas Europaea, denominada en lo sucesivo SE), contempladas en el [Reglamento n.º 2157/2001].

2. A tal fin se establecerán disposiciones sobre la implicación de los trabajadores en cada SE según el procedimiento de negociación previsto en los artículos 3 a 6 o, en las circunstancias contempladas en el artículo 7, de conformidad con lo dispuesto en el anexo.»

6. A tenor del artículo 2 de la Directiva SE, titulado «Definiciones»:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

e) representantes de los trabajadores: los representantes de los trabajadores previstos en las legislaciones o en las prácticas nacionales;

f) órgano de representación: el órgano de representación de los trabajadores constituido mediante los acuerdos contemplados en el artículo 4 o con arreglo a lo dispuesto en el anexo, para llevar a cabo la información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos situados en la Comunidad y, en su caso, para ejercer los derechos de participación relativos a la SE;

g) comisión negociadora: el grupo constituido con arreglo al artículo 3 a fin de negociar con el órgano competente de las sociedades participantes el establecimiento de las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE;

h) implicación de los trabajadores: la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa;

[...]

k) participación: la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante:

– el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad [...]

– [...]».

7. El artículo 3 de la Directiva SE, que figura en la sección II y tiene por rúbrica «Constitución de la comisión negociadora», dispone:

«1. Cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, iniciarán lo antes posible, una vez publicado el proyecto [...] de transformarse en una SE, las gestiones necesarias [...] para entablar negociaciones

con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE.

2. A tal fin, se constituirá una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados, con arreglo a las disposiciones siguientes:

[...]

b) los Estados miembros determinarán la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para lograr que, en la medida de lo posible, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado miembro afectado. Estas medidas no deberán suponer un aumento del número total de miembros.

Los Estados miembros podrán prever que entre dichos miembros figuren representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado.

[...]

3. Corresponderá a la comisión negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE.

[...]

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, la comisión negociadora decidirá por mayoría absoluta de sus miembros, siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de los trabajadores. Cada miembro dispondrá de un voto. No obstante, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de los dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros,

- en el caso de una SE constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes, o
- en el caso de una SE constituida mediante la creación de una sociedad holding o de una filial, si la participación afecta al menos al 50 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

Se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros de los órganos de la SE, en el sentido de la letra k) del artículo 2, inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes.

[...]»

8. El artículo 4 de la Directiva SE, relativo al contenido del acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la SE, enuncia lo siguiente:

«1. Los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la SE.

2. Sin perjuicio de la autonomía de las partes, y con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4, el acuerdo mencionado en el apartado 1 entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora establecerá:

[...]

g) en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos;

[...]

3. El acuerdo no estará sujeto a las disposiciones de referencia establecidas en el anexo, salvo disposición contraria en el propio acuerdo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del apartado 3 del artículo 13, cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE.»

9. El artículo 7 de la Directiva SE, titulado «Disposiciones de referencia», dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«1. A fin de asegurar la consecución del objetivo descrito en el artículo 1, los Estados miembros establecerán[,] sin perjuicio del apartado 3 siguiente, disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, que deberán cumplir las disposiciones previstas en el anexo.

Las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que vaya a situarse la sede social de la SE se aplicarán a partir de la fecha de inscripción de la SE:

a) cuando las partes así lo decidan; o

b) cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido por el artículo 5 y

- los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decida[n] aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia relativas a la SE y continuar el procedimiento de registro de la SE; y
- la comisión negociadora no haya adoptado la decisión prevista en el apartado 6 del artículo 3.

2. Además, las disposiciones de referencia establecidas por la legislación nacional del Estado miembro de registro con arreglo a la parte 3 del anexo solo se aplicarán:

- a) en el caso de una SE constituida por transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban a una sociedad transformada en SE;

[...]

Si hubiere habido más de una forma de participación en el seno de las diferentes sociedades participantes, la comisión negociadora decidirá cuál de estas formas debe ser establecida en la SE. Los Estados miembros podrán establecer las normas aplicables en ausencia de decisión en la materia para una sociedad registrada en su territorio. La comisión negociadora informará al órgano competente de las sociedades participantes sobre las decisiones adoptadas con arreglo al presente apartado.»

10. A tenor del artículo 11 de la Directiva SE, relativo al uso indebido de los procedimientos:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho [de la Unión], para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer los mismos ineficaces.»

11. El artículo 13, apartados 3 y 4, de esta Directiva establece:

«3. La presente Directiva no afectará:

- a) a los actuales derechos de implicación de los trabajadores, previstos en los Estados miembros por la legislación y/o la práctica nacionales, de que gocen los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, distintos de la participación en los órganos de la SE;
- b) a las disposiciones en materia de participación en los órganos establecidas por la legislación o la práctica nacionales que afecten a las filiales de la SE.

4. Con el fin de salvaguardar los derechos mencionados en el apartado 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar, después de la inscripción de la SE, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas.»

12. El anexo de la Directiva SE recoge las disposiciones de referencia previstas en el artículo 7 de esta. La parte 3 de dicho anexo, que tiene por rúbrica «Disposiciones de referencia para la participación», está redactada en los siguientes términos:

«La participación de los trabajadores en la SE se regirá por las siguientes disposiciones:

- a) en el caso de una SE constituida por transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplican antes de la inscripción, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la SE. La letra b) se aplicará *mutatis mutandis* a dichos efectos;

- b) en los demás casos de constitución de una SE, los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación tienen derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE.

Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la SE, esta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores.

El órgano de representación decidirá sobre el reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control entre los miembros representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, o sobre la forma en que los trabajadores de la SE pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse al mismo, en función de la proporción de trabajadores de la SE empleados en cada Estado miembro. Si los trabajadores de uno o más Estados miembros no están cubiertos por este criterio proporcional, el órgano de representación designará un miembro originario de uno de dichos Estados miembros, en particular del Estado miembro de la sede estatutaria de la SE cuando ello sea oportuno. Cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control.

[...]»

B. Derecho alemán

1. MitbestG

13. El artículo 7 de la Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Ley de Participación de los Trabajadores en la Empresa),⁶ de 4 de mayo de 1976, en su versión modificada por la Ley de 24 de abril de 2015,⁷ dispone:

«(1) El Consejo de Control de una empresa

1. que habitualmente no tenga más de 10 000 trabajadores se compondrá de seis miembros que representarán a los socios y de seis miembros que representarán a los trabajadores;
2. que habitualmente tenga más de 10 000, pero no más de 20 000 trabajadores, se compondrá de ocho miembros que representarán a los socios y de ocho miembros que representarán a los trabajadores;
3. que habitualmente tenga más de 20 000 trabajadores se compondrá de diez miembros que representarán a los socios y de diez miembros que representarán a los trabajadores.

[...]

⁶ BGBl. 1976 I, p. 1153.

⁷ BGBl. 2015 I, p. 642; en lo sucesivo, «MitbestG».

(2) Entre los miembros del Consejo de Control que representen a los trabajadores deberán figurar

1. en un Consejo de Control que cuente con seis representantes de los trabajadores, cuatro trabajadores de la empresa y dos representantes de los sindicatos;
2. en un Consejo de Control que cuente con ocho representantes de los trabajadores, seis trabajadores de la empresa y dos representantes de los sindicatos;
3. en un Consejo de Control que cuente con diez representantes de los trabajadores, siete trabajadores de la empresa y tres representantes de los sindicatos.

[...]

(5) Los sindicatos mencionados en el apartado 2 deben tener representación en la propia empresa o en otra empresa cuyos trabajadores participen en la elección de los miembros del Consejo de Control de la empresa de conformidad con la presente Ley.»

14. El artículo 16 de la MitbestG prevé lo siguiente respecto de la elección de los representantes de los sindicatos en el Consejo de Control:

«(1) Los delegados elegirán a los miembros del Consejo de Control que representen a los sindicatos de conformidad con el artículo 7, apartado 2, mediante voto secreto y en observancia del principio de escrutinio proporcional [...]

(2) La elección se efectuará en virtud de propuestas de candidaturas por parte de los sindicatos que tengan representación en la propia empresa o en otra empresa cuyos trabajadores participen en la elección de los miembros del Consejo de Control de la empresa de conformidad con la presente Ley. [...]»

2. SEBG

15. La Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (Ley sobre la Implicación de los Trabajadores en una Sociedad Europea),⁸ de 22 de diciembre de 2004, en su versión modificada por la Ley de 20 de mayo de 2020,⁹ en su versión vigente desde el 1 de marzo de 2020, recoge, en su artículo 2, apartados 8 y 12, las definiciones siguientes:

«(8) Implicación de los trabajadores: la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que tome la empresa.

[...]

(12) Participación: la influencia de los trabajadores en una sociedad mediante

1. el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de control o de administración de la sociedad [...].»

⁸ BGBl. 2004 I, p. 3686.

⁹ BGBl. 2020 I, p. 1044; en lo sucesivo, «SEBG».

16. El artículo 21 de la SEGB, titulado «Contenido del acuerdo», dispone:

«(1) Sin perjuicio de la autonomía de las partes en todo lo demás y con sujeción a lo dispuesto en el apartado 6, el acuerdo escrito entre los órganos de dirección y la comisión negociadora establecerá:

[...]

(3) en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo relativo a la participación, el contenido de dicho acuerdo. Se acordará en particular lo siguiente:

1. el número de miembros del órgano de control o de administración de la SE que los trabajadores pueden elegir o designar o cuya designación pueden recomendar o a la que se pueden oponer;
2. el procedimiento por el cual los trabajadores pueden elegir o designar a dichos miembros o recomendar u oponerse a su designación, y
3. los derechos de dichos miembros.

[...]

(6) Sin perjuicio de la relación de la presente Ley con otras normas sobre la participación de los trabajadores en la empresa, cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE. [...]»

III. Litigio principal y cuestión prejudicial

17. En 2014, una sociedad anónima de Derecho alemán se transformó en una SE de estructura dual, denominada SAP SE, tras celebrar un acuerdo con la comisión negociadora relativo a la implicación de los trabajadores en dicha empresa (en lo sucesivo, «acuerdo de implicación»).

18. Antes de que tuviera lugar la transformación, el Consejo de Control de la sociedad estaba compuesto, de conformidad con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la MitbestG, por ocho miembros representantes de los socios y ocho miembros representantes de los trabajadores. Dos de los representantes de los trabajadores eran representantes de los sindicatos, elegidos mediante una votación separada de la que condujo a la elección de los otros seis.

19. A raíz de la transformación, la sociedad SAP SE dispone, con arreglo al acuerdo de implicación, de un Consejo de Control integrado por dieciocho miembros, nueve de los cuales son representantes de los trabajadores. A tenor de la parte II, número 3.1, del acuerdo de implicación, solamente pueden ser propuestos y nombrados como representantes de los trabajadores en el Consejo de Control trabajadores de SAP o representantes de los sindicatos que tengan representación en el Grupo SAP. El número 3.3 de esta parte del acuerdo reconoce en exclusiva a los sindicatos el derecho a proponer candidatos para cubrir una determinada cuota de los representantes de los trabajadores correspondientes a Alemania, que se eligen en una votación separada.

20. Aunque SAP SE tenía previsto reducir a doce el número de miembros de su Consejo de Control, los sindicatos impugnaron las estipulaciones del número 3.4 de dicha parte del acuerdo, según el cual, en caso de formación de un Consejo de Control compuesto por doce miembros, de los primeros cuatro miembros que representan a los trabajadores, los trabajadores de Alemania elegirán el número de miembros del Consejo de Control que corresponden a Alemania y los sindicatos representados en el grupo podrán proponer candidatos para una parte de los puestos asignados a Alemania, si bien no se realizará una votación separada para elegir a los candidatos que propongan. En opinión de estos sindicatos, tales estipulaciones vulneran el artículo 21, apartado 6, de la SEBG en la medida en que no les otorgan el derecho a proponer de forma exclusiva (es decir, asegurado por una votación separada) candidatos para representar a los trabajadores en el Consejo de Control. Por su parte, SAP SE considera que el artículo 21, apartado 6, de la SEBG no protege el derecho de tales sindicatos a proponer de forma exclusiva candidatos, previsto en el artículo 7, apartado 2, en relación con el artículo 16, apartado 2, de la MitbestG.

21. En el marco de un recurso de casación contra la sentencia de primera instancia por la que se desestimó el recurso interpuesto contra los sindicatos —en particular, Industriegewerkschaft Metall (en lo sucesivo, «IG Metall») y Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (en lo sucesivo, «ver.di») —, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la validez de las normas de designación de los representantes de los trabajadores de un Consejo de Control reducido, compuesto por doce miembros, previstas en el acuerdo de implicación, a la luz del artículo 21, apartado 6, de la SEBG y del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE.

22. Dicho órgano jurisdiccional señala, en primer lugar, que las estipulaciones del acuerdo de implicación impugnadas no son compatibles con la interpretación, conforme a las normas pertinentes de interpretación del Derecho nacional, del artículo 21, apartado 6, de la SEBG, que transpuso el artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE.

23. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente estima que la autonomía reconocida a las partes para alcanzar un acuerdo de implicación está sujeta, en caso de constitución de una SE mediante transformación de una sociedad anónima, a la observancia de un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse. Añade que estos elementos de implicación de los trabajadores deben determinarse sobre la base del Derecho nacional pertinente en función de los procedimientos de implicación en dicha sociedad. A su juicio, en el acuerdo de implicación aplicable a la SE, los elementos del procedimiento que caracterizan de manera decisiva la influencia de los trabajadores en la empresa que se va a transformar deberán garantizarse en un grado cualitativamente equivalente. Dicho órgano jurisdiccional precisa que el procedimiento de votación separada para los representantes de los trabajadores que pueden ser candidatos externos, propuestos por los sindicatos y representados en la sociedad que va a transformarse o en otra empresa cuyos trabajadores participan en la elección de los miembros del Consejo de Control, forma parte de los elementos de procedimiento que caracterizan la influencia de los trabajadores y que, por lo tanto, debe garantizarse en el acuerdo de implicación mediante una medida equivalente desde el punto de vista cualitativo. El órgano jurisdiccional remitente afirma que la garantía de equivalencia en el nivel de implicación se extiende asimismo al número de representantes de los sindicatos que debe ser elegido en una votación separada y que este derecho exclusivo a proponer candidatos debe reconocerse a todos los sindicatos, y no solamente a los alemanes. Añade que esta votación separada permite elegir a personas que tienen un conocimiento profundo de las condiciones y las necesidades de la empresa, gracias a su experiencia fuera de esta y a su independencia. De todo ello se deduce, en opinión de dicho órgano

jurisdiccional, que el mecanismo previsto en el acuerdo de implicación en caso de Consejo de Control de doce miembros, al no prever una votación específica para elegir a los candidatos propuestos por los sindicatos, no garantiza suficientemente la presencia de un representante sindical en el Consejo de Control y, por consiguiente, es contrario al artículo 21, apartado 6, de la SEBG.

24. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la conformidad de esta interpretación de su Derecho nacional con las exigencias dimanantes del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE.

25. En efecto, dicho órgano jurisdiccional considera que, si ese artículo de la Directiva SE hubiera de basarse en una concepción diferente del grado de protección uniforme y menos elevado en el conjunto de la Unión, estaría obligado a interpretar el artículo 21, apartado 6, de la SEBG de conformidad con el Derecho de la Unión.

26. En estas condiciones, el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible el apartado 6 del artículo 21 de la [SEBG], del que resulta que, en caso de constitución mediante transformación de una SE establecida en Alemania, debe garantizarse un procedimiento de selección separado para una determinada proporción de los miembros del Consejo de Control que representan a los trabajadores en virtud de candidaturas propuestas por los sindicatos, con el artículo 4, apartado 4, de la [Directiva SE]?»

27. IG Metall, ver.di, SAP SE, el Konzernbetriebsrat der SAP SE (Comité de Empresa del Grupo de Sociedades de SAP SE), el Gobierno alemán y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Con excepción del Comité de Empresa del Grupo de Sociedades de SAP SE, todas estas partes, así como el Gobierno luxemburgués, formularon sus observaciones orales en la vista celebrada el 7 de febrero de 2022.

IV. Análisis

28. Antes de abordar la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, es preciso realizar ciertas observaciones en cuanto a la validez del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE a la luz del Derecho primario y, más concretamente, del artículo 49 TFUE, sobre la libertad de establecimiento, y de los artículos 16, 17 y 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, SAP SE alega que el artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE vulnera sus libertades y derechos de forma innecesaria para alcanzar los objetivos del Reglamento n.º 2157/2001 y la Directiva SE de realizar el mercado interior y fomentar los objetivos sociales de la Unión, cuando estos podrían lograrse de igual manera mediante otras normas relativas al procedimiento de negociación del acuerdo de implicación y mediante la aplicación de disposiciones de referencia en caso de que no prosperen las negociaciones.

29. A este respecto, he de recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente definir el objeto de las cuestiones que quiere plantear y, por el otro, que el artículo 267 TFUE no abre una vía de recurso para las partes en un litigio suscitado ante el juez nacional, de modo que el Tribunal de Justicia no está obligado a valorar la validez del Derecho de la Unión por la mera razón de que tal cuestión haya

sido invocada ante él mismo por una de las partes en sus observaciones escritas.¹⁰

30. En el presente asunto, la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE, sin que el órgano jurisdiccional remitente albergue dudas en cuanto a la validez de esta disposición y sin que se haya planteado ante él la cuestión de dicha validez. Por lo tanto, no es preciso que el Tribunal de Justicia se pronuncie a este respecto.

31. En cuanto al fondo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si debe mantenerse el sistema de votación separada para elegir a los representantes de los sindicatos del Consejo de Control de una SE constituida a raíz de la transformación de una sociedad anónima de Derecho alemán, en virtud del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE, o si puede descartarse de resultados de la negociación del acuerdo de implicación a que se refiere el artículo 4, apartado 1, de la Directiva SE.

A. Breve recordatorio de las normas aplicables a la constitución de una SE mediante transformación

32. A modo de recordatorio, la unanimidad exigida para la adopción de la Directiva SE no permitió armonizar, y mucho menos uniformar, los regímenes de implicación de los trabajadores en las sociedades constituidas con arreglo al Derecho de los Estados miembros. Sin embargo, la Directiva SE sí incluyó una definición del concepto de «implicación de los trabajadores», que se compone de tres partes principales: «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa».¹¹ Asimismo, la Directiva SE definió la participación como «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho de elegir [...] a determinados miembros del órgano de [...] control de la sociedad [...]».¹²

33. Ante la ausencia de armonización en cuanto a las normas de implicación, se favorece la negociación entre los órganos competentes de la sociedad y la comisión negociadora, representantes de los trabajadores de las entidades afectadas por la constitución de la SE, para alcanzar un acuerdo de implicación que debe contener un determinado número de elementos, a saber, en particular, en caso de que, como sucede en el presente asunto, la participación de los trabajadores se materialice a través de la elección de los representantes de dichos trabajadores en el Consejo de Control, el número de dichos representantes en el consejo y los procedimientos que deben seguirse para su elección.¹³ Esta negociación, sin embargo, se enmarca en el principio de antes-después, enunciado en el considerando 18 de la Directiva SE en estos términos: «los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE». Este considerando también garantiza los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación.

¹⁰ Véase la sentencia de 5 de mayo de 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275), apartados 21 y 23 y jurisprudencia citada.

¹¹ Artículo 2, letra h), de la Directiva SE.

¹² Artículo 2, letra k), de la Directiva SE.

¹³ Véase el artículo 4, apartado 2, letra g), de la Directiva SE.

34. A falta de acuerdo, se aplican a la SE las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que está registrada,¹⁴ con sujeción a los principios establecidos en el anexo de la Directiva SE. Entre estos principios figura la regla, aplicable en caso de transformación, según la cual «si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano [...] de control se aplican antes de la inscripción, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la SE. La letra b) se aplicará *mutatis mutandis* a dichos efectos». ¹⁵ La letra b) de la parte 3 del anexo de la Directiva SE dispone que «en los demás casos de constitución de una SE, los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos [...] tienen derecho a elegir [...] un número de miembros del órgano [...] de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE».

35. Además, conviene señalar que la constitución de una SE mediante transformación está protegida por garantías adicionales respecto de las tres otras modalidades de constitución. En este sentido, en primer lugar, en caso de transformación, solo cabe renunciar a iniciar negociaciones en el seno de la comisión negociadora o a terminar las negociaciones ya iniciadas, sobre la base de las disposiciones de referencia.¹⁶ En consecuencia, en caso de transformación de una sociedad sujeta a participación, solo cabe que las negociaciones aboquen a un acuerdo de implicación que sea conforme a las exigencias del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE, o bien que se apliquen las disposiciones de referencia específicas en materia de transformación. En segundo lugar, en caso de transformación, la comisión negociadora no podrá votar una reducción de los derechos de participación, entendida como «una proporción de miembros de los órganos de la SE, en el sentido de la letra k) del artículo 2, inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes». ¹⁷ En tercer lugar, el Reglamento n.º 2157/2001 prevé asimismo dos mecanismos de protección para los supuestos de constitución mediante transformación, a saber, por un lado, la prohibición de trasladar el domicilio social de la SE con motivo de la transformación (artículo 37, apartado 3, del referido Reglamento) y, por el otro, la facultad de que disponen los Estados miembros para condicionar la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores (artículo 37, apartado 8, de este mismo Reglamento).

36. El artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE debe interpretarse en este contexto. Esta interpretación debe abordar dos elementos diferentes: por una parte, «todos los elementos de implicación [de los trabajadores]» y, por la otra, «un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente [al de la] sociedad que vaya a transformarse en SE». Comenzaré mi análisis por el segundo elemento.

B. Interpretación de la expresión «un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente [al de la] sociedad que vaya a transformarse en SE»

37. En primer lugar, este segundo elemento remite sin duda alguna al Derecho nacional aplicable a la implicación de los trabajadores en la sociedad que va a transformarse.

¹⁴ Véase el artículo 7, apartado 1, de la Directiva SE.

¹⁵ Parte 3, letra a), del anexo de la Directiva SE.

¹⁶ Véase el artículo 3, apartado 6, de la Directiva SE.

¹⁷ Artículo 3, apartado 4, de la Directiva SE.

38. Ello no significa, no obstante, que todas las normas aplicables a dicha sociedad vayan a seguir aplicándose a la SE. En efecto, la aplicación de las disposiciones de referencia en caso de que no prosperen las negociaciones es lo único que permite mantener, sin modificaciones, las normas aplicables hasta ese momento a la sociedad que va a transformarse, puesto que, según las disposiciones de referencia previstas en la parte 3 del anexo de la Directiva SE antes mencionadas, en caso de transformación, todos los elementos de la participación de los trabajadores se seguirán aplicando al amparo de la letra a) de dicha parte 3, en particular, la mayor de las proporciones de representantes de los trabajadores en el Consejo de Control, en virtud de la letra b) de dicha parte 3, aplicable *mutatis mutandis*. En consecuencia, contrariamente a cuanto afirma SAP SE, se promueve la negociación al permitir a la comisión negociadora apartarse del Derecho nacional en la medida en que lo permita la interpretación del otro elemento del artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE.

39. En segundo lugar, debe seguirse el mismo razonamiento por lo que respecta a la garantía de no desaparición o reducción del régimen de implicación y de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación y al principio de antes-después, enunciados en los considerandos 3 y 18 de la Directiva SE.

C. Interpretación de la expresión «todos los elementos de implicación»

40. Adoptar el razonamiento de SAP SE resulta tentador. Esta sociedad propone una interpretación uniforme en el ámbito de la Unión de estos «elementos», en el sentido de que solo se refieren, en materia de participación, a la proporción y la influencia de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Control y no exigen una votación separada para elegir a los representantes sindicales. En efecto, esta interpretación puede apoyarse en distintos elementos.

41. Por una parte, en sentido estricto, la Directiva SE no confiere protección a los derechos de los sindicatos, sino a los de los trabajadores, pues esta Directiva solo se refiere expresamente a los sindicatos en cuanto atañe a la constitución de la comisión negociadora.¹⁸ Sin embargo, esta única mención puede explicarse por el hecho de que no existen, por definición, normas nacionales relativas a tal constitución y de que no se previó la participación expresa de los sindicatos, cuya función se regula en determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

42. Por otra parte, la reducción de los derechos de participación, tal como se menciona en la Directiva SE, se concibe como una proporción inferior de los representantes de los trabajadores en las sociedades participantes.¹⁹ De forma análoga, la Directiva (UE) 2017/1132²⁰ dispone que, en caso de transformación transfronteriza, las normas del Estado miembro de destino en materia de participación de los trabajadores no se aplicarán cuando dicho Estado miembro no prevea «al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en la sociedad antes de su transformación transfronteriza, medido en función de la proporción de los miembros que

¹⁸ Véanse el artículo 3, apartado 2, letra b), y el considerando 19 de la Directiva SE.

¹⁹ Véase el artículo 3, apartado 4, *in fine*, de la Directiva SE.

²⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DO 2017, L 169, p. 46; corrección de errores en DO 2020, L 5, p. 9), en su versión modificada por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (DO 2019, L 321, p. 1; corrección de errores en DO 2020, L 20, p. 24) (en lo sucesivo, «Directiva 2017/1132»).

representan a los trabajadores en el órgano de administración o de supervisión».²¹ Esta formulación es idéntica a la empleada en el caso de escisiones transfronterizas²² y de fusiones transfronterizas.²³

43. Así pues, en estos supuestos, el nivel de participación se evalúa en proporción a los representantes de los trabajadores en el órgano en cuestión. Si bien es cierto que estas consideraciones permiten concluir que la proporción forma parte de los elementos de la participación que disfrutan de protección, ello no basta, sin embargo, para descartar el hecho de que los demás elementos de dicha participación puedan estar protegidos de la misma forma, siempre que tengan un impacto en la capacidad de los trabajadores de influir en la marcha de la sociedad.

44. En efecto, en los supuestos previstos en la Directiva 2017/1132, esta referencia a la proporción se realiza en un momento del proceso en el que es preciso determinar, en primer término, la ley aplicable a la operación por lo que respecta a los derechos de participación y, en segundo término, si deben iniciarse las negociaciones a través de una comisión negociadora para establecer tales derechos, determinación esta que exige la aplicación de un criterio objetivo respecto del cual no quepa discusión alguna.

45. En cuanto atañe a la referencia a esta proporción recogida en el artículo 3, apartado 4, *in fine*, de la Directiva SE, tampoco es suficiente para excluir el hecho de que otros elementos de la participación puedan disfrutar de protección, puesto que este artículo regula los demás casos de constitución de la SE. Ello es perfectamente coherente con el hecho de que las disposiciones de referencia aplicables a esos demás casos de constitución solo confieren protección a la proporción.²⁴

46. Además, dado que la propia formulación de la expresión «todos los elementos de implicación» es especialmente amplia, de ella no puede deducirse que la proporción en el Consejo de Control sea el único elemento al que se confiere protección, aun cuando el contenido del acuerdo de implicación debe estipular no solo el número de representantes de los trabajadores en dicho consejo, sino también los procedimientos que deben seguirse para elegir a tales representantes.²⁵

47. Si bien es cierto que algunos elementos de procedimiento deben disfrutar de la misma protección que la proporción, no estoy convencido de que todos ellos tengan el mismo valor, o incluso de que influyan en la marcha de la sociedad.

48. Los sindicatos demandantes en el litigio principal comparten este punto de vista, pues resulta patente que han censurado la reducción del Consejo de Control a doce miembros, aunque en el ordenamiento jurídico alemán el número de miembros de dicho consejo dependa, sin excepciones, del tamaño de la sociedad. En este sentido, han admitido que el número de miembros de dicho consejo puede ser objeto de negociación y han reconocido durante la vista que pueden existir varias modalidades de reparto de los puestos de representantes de los trabajadores, siempre que los candidatos de los sindicatos sean elegidos mediante una votación

²¹ Artículo 86 *terdecies*, apartado 2, letra a), de la Directiva 2017/1132.

²² Véase el artículo 160 *terdecies*, apartado 2, letra a), de la Directiva 2017/1132.

²³ Véase el artículo 133, apartado 2, letra a), de la Directiva 2017/1132.

²⁴ Véase la parte 3, letra b), del anexo de la Directiva SE.

²⁵ Véase el artículo 4, apartado 2, letra g), de la Directiva SE.

separada (en una proporción aplicable únicamente a los puestos atribuidos a Alemania²⁶ o en una proporción global que permita a todos los sindicatos de las entidades afectadas repartirse los puestos reservados a los mismos).²⁷

49. Por consiguiente, es preciso que el elemento de procedimiento influya en la toma de decisiones en el órgano en cuestión dado que, como se ha expuesto, la participación de los trabajadores se define como la influencia de los representantes de los trabajadores en una sociedad.²⁸ Por lo tanto, este criterio de influencia permite afirmar que el número total de miembros del Consejo de Control puede ser objeto de negociación siempre que se respete la proporción.

50. Ahora bien, dicho criterio es más difícil de aplicar cuando se refiere a la cuestión de proteger o no la votación separada que se prevé respecto de los sindicatos, dado que ello equivaldría a realizar un juicio de valor sobre el número de representantes sindicales en comparación con otros representantes de los trabajadores en el Consejo de Control. Tanto el órgano jurisdiccional remitente como IG Metall y ver.di citan a este respecto una doctrina alemana dividida en la materia, pese a que los tres concluyen que la participación de representantes sindicales fomenta la participación de los trabajadores. En consecuencia, no puede concebirse que este elemento deba apreciarse en cada caso concreto, de modo que la única forma de evitar tal juicio de valor es ajustarse a la apreciación efectuada conforme al Derecho nacional.

51. Por otra parte, los sindicatos y el Gobierno alemán proponen el criterio del elemento característico del procedimiento nacional de la participación de los trabajadores para diferenciar los elementos que no pueden ser objeto de negociación. En mi opinión, este criterio pone de manifiesto que la influencia, asociada a elementos cualitativos, no puede ser objeto de una apreciación o negociación en cada caso concreto, sino que debe evaluarse en función de las opciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional, mientras no se lleve a cabo una armonización en el ámbito de la Unión. En efecto, es preciso que la comisión negociadora disponga de unas indicaciones claras sobre el alcance de su libertad de negociación y de las normas nacionales.

52. Por lo tanto, es innegable que la votación separada de los representantes de los sindicatos es un elemento característico del régimen de participación de Alemania y no puede ser objeto de negociación.

53. En mi opinión, la interpretación dada al artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE es aplicable, debido a su idéntica formulación, a las sociedades cooperativas europeas²⁹ y, por remisión a esta disposición, a las escisiones³⁰ y transformaciones³¹ transfronterizas.

²⁶ Lo que sería conforme a la lógica subyacente al tercer párrafo, de la letra b), *in fine*, de la parte 3 del anexo de la Directiva SE (Disposiciones de referencia), según el cual «cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control».

²⁷ Lo que sería más acorde con la lógica de la sentencia de 20 de junio de 2013, Comisión/Países Bajos (C-635/11, EU:C:2013:408), apartados 40 y 41, que interpreta el principio de antes-después en el sentido de que exige la ampliación de los derechos de participación a todos los trabajadores afectados por la constitución de una SE.

²⁸ Véase el artículo 2, letra k), de la Directiva SE.

²⁹ Véase el artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO 2003, L 207, p. 25).

³⁰ Véase el artículo 160 *terdecies*, apartado 2, letra b), de la Directiva 2017/1132.

³¹ Véase el artículo 86 *terdecies*, apartado 2, letra b), de la Directiva 2017/1132.

54. Pese a que el órgano jurisdiccional remitente no pregunta directamente al Tribunal de Justicia sobre las cuestiones relativas a la ampliación de este derecho a una votación separada a todos los trabajadores afectados por la transformación, a la extensión de esta votación a sindicatos distintos de los sindicatos alemanes y a la posibilidad de presentar candidatos de sindicatos, al margen de que sean o no trabajadores de la entidad de que se trate, todas ellas subyacen a la motivación de su resolución. Por lo tanto, considero interesante responderlas de forma sucinta, dado que las respuestas pueden deducirse de la Directiva SE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

55. Para empezar, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de señalar que «de la Directiva SE se deduce que la protección de los derechos adquiridos deseada por el legislador de la Unión implica no solo el mantenimiento de los derechos adquiridos de los trabajadores en las sociedades participantes en la fusión, sino también la ampliación de tales derechos a todos los trabajadores afectados». ³² En este sentido, es evidente, a mi parecer, que todos los trabajadores deberían poder recurrir a esta votación separada, aun cuando el Derecho nacional no la permita como tal. ³³ Por otra parte, el acuerdo de implicación puede establecer las normas precisas de elección de los representantes de los trabajadores. Ello podría conducir a que la comisión negociadora acepte durante la negociación que sindicatos distintos de los alemanes puedan presentar candidatos, sin que ello resulte ni de una obligación de la Directiva SE ni, por definición, del Derecho nacional. Por último, a la luz de la posición adoptada en la Directiva SE en virtud de la cual se permite la participación en la comisión negociadora de representantes sindicales que no sean trabajadores de una entidad afectada por la transformación ³⁴ y en la medida en que así lo disponga el ordenamiento jurídico nacional de la sociedad que va a transformarse, los candidatos de los sindicatos podrían no ser trabajadores de dicha entidad.

56. Por lo tanto, el artículo 4, apartado 4, de la Directiva SE debe interpretarse en el sentido de que el acuerdo relativo a la implicación de los trabajadores en una SE constituida mediante transformación debe prever una votación separada para elegir, como representantes de los trabajadores en el Consejo de Control, a una determinada proporción de candidatos propuestos por los sindicatos, cuando esta particularidad está prevista y es imperativa con arreglo al Derecho nacional aplicable a la sociedad que va a transformarse.

V. Conclusión

57. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) del siguiente modo:

«El artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, debe interpretarse en el sentido de que el acuerdo relativo a la implicación de los trabajadores en una sociedad europea constituida mediante transformación debe prever una votación separada para elegir, como representantes de los trabajadores en el Consejo de Control, a una determinada proporción de candidatos propuestos por los sindicatos, cuando esta particularidad está prevista y es imperativa con arreglo al Derecho nacional aplicable a la sociedad que va a transformarse.»

³² Sentencia de 20 de junio de 2013, Comisión/Países Bajos (C-635/11, EU:C:2013:408), apartado 41.

³³ Véanse los hechos del asunto que dio lugar a la sentencia de 18 de julio de 2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562), conforme a los cuales el Derecho alemán en materia de participación no podía extenderse fuera del territorio alemán.

³⁴ Véanse el considerando 19 y el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva SE.