

# EL RETROCESO EN LA PREVALENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO NACIONAL: EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DEL ARTÍCULO 27 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 15 de enero de 2014 –asunto C-176/12**

**Antonio Seoane García**

*Magistrado*

## 1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

Dos son las cuestiones que se abordan por el TJUE en sentencia dictada por la Gran Sala.

La primera de ellas se refiere al supuesto debatido en los tribunales nacionales, franceses en este caso, y guarda relación con el artículo 27 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) a cuyo tenor deberá «garantizarse a los trabajadores o sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales», que es objeto de desarrollo en la [Directiva 2002/14/CE](#) que en su artículo 3 establece que es de aplicación, «a elección de los Estados miembros:

- a) A las Empresas que empleen en un Estado miembro al menos a cincuenta trabajadores.
- b) A los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a veinte trabajadores.

Los Estados miembros determinarán el modo de calcular el número de trabajadores empleados».

La cuestión litigiosa de fondo consiste en si el Código de trabajo francés se adecua o no a lo dispuesto en el artículo 27 de la Carta y Directiva 2002/14/CE ya que, por una parte (art. L.2312-1), establece como obligatoria la elección de delegados de personal en todos los centros de trabajo que cuenten al menos con 11 trabajadores y, por otra (arts. L.2142-1-1 y L.2143-3), cuando

la empresa o centro de trabajo cuentan con 50 o más trabajadores las organizaciones sindicales designan un representante sindical y constituyen un Comité de Empresa. La divergencia radica en el cómputo de esos 50 o más trabajadores ya que la legislación nacional francesa establece unas reglas de cómputo específicas (art. L.1111-2) en cuya virtud determinadas clases de trabajadores se computan en su totalidad como personal de la empresa; otras se computan teniendo en cuenta el coeficiente de parcialidad de jornada; otras por el tiempo trabajado en los 12 últimos meses y otras se excluyen siempre que sustituyan a un trabajador ausente o con contrato suspendido. Pero, sobre todo, el conflicto material se concreta porque el artículo L.1111.3 excluye del cómputo en el personal de la empresa a los aprendices, los trabajadores titulares de un contrato de iniciativa de empleo, de un contrato de fomento del empleo o un contrato para la formación profesional.

En definitiva, se cuestiona si la norma de trasposición (art. 1111.3 del Código de trabajo) es o no compatible con el Derecho de la Unión.

La segunda cuestión se refiere al método de resolución de la colisión entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional y a la solución misma que ha de darse al conflicto. Es decir, para el caso de incompatibilidad del Derecho nacional con el de la Unión, cuál deba ser la solución a ese conflicto normativo. O sea, cuáles deban ser las consecuencias que debe extraer el tribunal nacional de esa supuesta incompatibilidad. De lo que se trata es de si la directiva y su artículo 3 reúne los requisitos para producir un efecto directo y si, en caso afirmativo, puede ser invocado en un litigio entre particulares ante los tribunales de justicia para excluir la aplicación de esa normativa nacional.

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

El litigio nace del hecho de que la Unión Departamental de la CGT des Bouches-du-Rhône designa un representante sindical en la empresa Association de Médiation Sociale (AMS), que es impugnada judicialmente por esta ante el Tribunal d'instance de Marseille en la consideración de que su personal es inferior a 11 trabajadores y *a fortiori* de 50. El sindicato y sus coadyuvantes reconviene, además, interesando la celebración de elecciones sindicales para la constitución de un Comité de Empresa. El referido tribunal dicta sentencia declarando la validez de la designación del representante sindical, tras haber constatado que al dejar de aplicar las exclusiones por el artículo L.1111.3 del Código de Trabajo, el personal de la asociación supera ampliamente el umbral de 50 trabajadores.

Recurrida la sentencia ante la Cour de Cassation, por esta se plantea ante el TJUE cuestión prejudicial planteando:

1. ¿Puede invocarse en un litigio entre particulares el derecho fundamental relativo a la información y consulta de los trabajadores, reconocido en el artículo 27 de la

[Carta](#), precisado por las disposiciones de la [Directiva 2002/14/CE](#), a efectos de comprobar la conformidad con el Derecho de la Unión de una medida nacional de transposición de la directiva?

2. En caso de respuesta afirmativa, ¿deben interpretarse dichas disposiciones en el sentido de que se oponen a una disposición legislativa nacional que excluya del cómputo del personal de la empresa, en particular a los efectos de determinar el número de trabajadores requerido legalmente para constituir órganos de representación del personal, a los trabajadores titulares de contratos [apoyados]?

### 3. DOCTRINA SENTADA. POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

Respecto de la primera de las cuestiones, el TJUE precisa y reitera la doctrina ya sentada en anteriores pronunciamientos ([Sentencia de 18 de enero de 2007](#), en que fue parte también la CGT francesa, C-385/05) en la consideración de que la normativa de trasposición no aplica el Derecho de la Unión sino que, al excluir determinadas categorías de trabajadores, inicialmente comprendidas en el marco, vacía de sustancia a la directiva y priva a esta de su efecto útil. Y en tal sentido se remite al artículo 11 de la referida [directiva](#) a cuyo tenor los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar los resultados exigidos por ella (ordinales 24 a 29 de la sentencia comentada). Por otra parte, en interpretación del inciso final del artículo 3.1 («Los Estados miembros determinarán el modo de calcular el número de trabajadores empleados»), el TJUE distingue «el modo de cálculo» del número de empleados, cuya fijación corresponde a los Estados miembros y la «obligación de tenerlos en cuenta» (ordinal 34 de la sentencia objeto de comentario). Por nuestra parte entendemos que ese «modo de cálculo» a lo que se refiere es a la posibilidad de que la normativa nacional opte por el cálculo en un ámbito de empresa o en un ámbito de centro de trabajo.

La segunda de las cuestiones es resuelta por el TJUE en sentido negativo, entendiendo que el artículo 27 de la [Carta](#) no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de la normativa nacional concreta (L.1111-3 del Código de trabajo francés). Esta decisión judicial se construye sobre una trabazón argumental compleja que se integra por las siguientes líneas configuradoras del supuesto:

1. El litigio en que se suscita la cuestión prejudicial, lo es «exclusivamente entre particulares», esto es, no consta en el mismo como demandado ni un Estado miembro ni instituciones europeas. Tal condición de particulares la tienen tanto las demandadas, instancias del sindicato, como la demandante, la citada AMS, que es una asociación privada para la prestación de servicios sociales.
2. La normativa nacional en presencia es una normativa contraria al Derecho de la Unión e incompatible con este en el sentido de que no es susceptible de una interpretación conforme con la [Directiva 2002/14/CE](#).

3. El artículo 27 de la Carta por sí solo o en su consideración conjunta con las normas de desarrollo «no confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal».

De estas tres líneas argumentales las dos primeras no precisan de mayor comentario porque se trata de conclusiones, en principio, irrefutables. No así acontece con la tercera, que se nos antoja confusa en el razonamiento de la resolución. Por un lado se afirma, ordinal 35 de la sentencia, que el artículo 3.1 de la directiva reúne los requisitos para producir efecto directo pero no es invocable en un procedimiento entre particulares (ordinal 37) para distinguir finalmente entre determinados derechos (como el principio de no discriminación por razón de edad, con cita de la [Sentencia de fecha 19 de enero de 2010](#), asunto Kűcűkdeveci) que «son suficientes por sí mismos para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal» (ordinal 49). De este modo, el TJUE parece establecer que determinados derechos pese a tratarse de pleitos entre particulares sí son susceptibles de ser invocados y autorizan la derogación normativa. El problema es que el tribunal no define cuáles puedan ser estos de una manera clara y objetiva. Remitiéndonos a la citada Sentencia de 19 de enero de 2010, resulta que «incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la [Directiva 2000/78/CE](#), dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, en los casos previstos en el artículo 267 del [TFUE](#), párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del citado principio». Lo cierto es que la Directiva 2000/78/CE no establece normas específicas diferentes de las establecidas en la Directiva 2002/14/CE para que a tenor de aquella los jueces nacionales gocen de una prerrogativa que se les niega al amparo de esta. La dificultad reside, por tanto, en su catalogación. Quizás el criterio para esta tarea pudiera estribar en la distinción entre derechos garantizados y no garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales, aunque este es todavía un concepto jurídico indeterminado, que, muchos adelantan, ya se han producido reacciones, que se concretará incluyendo en su seno los derechos sociales de los trabajadores.

Y si importante es la exposición de los basamentos positivos de la Sentencia del TJUE no menos relevante es que dejemos constancia de los negativos porque delimitan el ámbito de aplicación de la doctrina comunitaria. Y a tal fin debe tenerse en cuenta:

1. Que la misma no es de aplicación a los litigios suscitados en que intervienen las Administraciones públicas que integran la Administración de los Estados miembros, o las instituciones comunitarias, es decir, no particulares. En este supuesto es de aplicación la doctrina jurisprudencial tradicional conforme a la cual los particulares están legitimados para invocar las disposiciones de una directiva, no sujetas a condición alguna y suficientemente precisas, ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no adapte el Derecho nacional a la directiva, dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta de esta ([Sentencia de 5 de octubre de 2004](#), Pfeiffer y otros).

2. Que en un litigio suscitado entre particulares los tribunales nacionales están obligados al aplicar las normas del derecho interno a interpretarlas, en tanto sea posible, a la luz de la letra y la finalidad de las directivas (Sentencias de [4 de julio de 2006](#), asunto Adelener; de [5 de octubre de 2004](#), asunto Pfeiffer; y [24 de enero de 2012](#), asunto Domínguez), con el límite objetivo que establecen los principios generales del Derecho (inderogabilidad judicial de la norma y prohibición de la interpretación *contra legem* de la misma).
3. Que como excepción, la invocación de determinados derechos, aun en pleitos entre particulares, excluye la inderogabilidad judicial de la norma y la prohibición de interpretación *contra legem* de esta.

#### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

La doctrina comunitaria no precisa de reiteración ni consolidación para constituir jurisprudencia habida cuenta de su carácter vinculante para los tribunales nacionales que actúan como jueces comunitarios. Pero evidentemente habrá que atender al desarrollo de la actividad futura del tribunal para comprobar en qué quedan las líneas de ruptura que se anuncian. En cualquiera de los casos el hecho de que la Sentencia que comentamos provenga de la Gran Sala es indiciaria del establecimiento de un criterio vinculante para el futuro.

De este modo ha de constatarse que la Sentencia de 15 de enero pasado es manifestación de una tendencia a restringir la vigencia y prevalencia del Derecho comunitario y constituye un evidente refuerzo de las legislaciones nacionales, aún en el caso que contraríen aquel. Y todo ello en un momento histórico en que en una buena parte de Europa las legislaciones nacionales están recortando y restringiendo los derechos de sus ciudadanos y en que para muchos de estos últimos el Derecho comunitario y su Tribunal de Justicia se venía contemplando como la instancia final de defensa de su patrimonio jurídico, la última frontera.

Hasta el momento, la doctrina que con carácter general venía aplicándose explicitaba siguiendo los ordinales 45 y 46 de la Sentencia del [TJUE de 26 de febrero de 2013](#), asunto AkerbergFransson que «las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de su Derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (Sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartados 21 y 24; de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, Rec. p. I-11049, apartado 81, y de 22 de junio de 2010, Melki

y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43). En efecto, sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión al negar al juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión (véase la sentencia Melki y Abdeli, antes citada, apartado 44 y jurisprudencia citada)». Todo ello con la precisión de que el derecho en presencia en este asunto era el principio sancionador de *non bis in idem*.

Lo que es seguro es que la sentencia que es objeto de nuestro comentario establece una restricción de la competencia del propio TJUE mediante la expulsión de su ámbito propio, con las excepciones que hemos apuntado, de los pleitos entre particulares que morirían en principio ante los tribunales y juzgados nacionales. Estos pleitos deberían ser reconducidos a lo que la Sentencia parece considerar el procedimiento adecuado en su ordinal 50: la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar la jurisprudencia dimanante de la [Sentencia de 19 de noviembre de 1991](#), asunto Francovich y [Sentencia de 24 de enero de 2012](#), asunto Domínguez, encaminada a obtener la reparación del daño sufrido, ante los tribunales nacionales.