

**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

**SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



**X CONGRESO EUROPEO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Sevilla, España

21 al 23 Septiembre de 2011

**DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LIBERTADES
ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA
NUEVA PERSPECTIVA EN EL CONFLICTO ENTRE LO
ECONÓMICO Y LO SOCIAL?**

Ponencia a la que se adscribe

**DERECHOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE UNA ECONOMÍA
GLOBALIZADA**

FRANCISCA FERRANDO GARCÍA

Profesora Titular De Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
España

RESUMEN

El Tratado de Lisboa ha incorporado en el Derecho primario los derechos sociales fundamentales, obligando a revisar el enfoque de las situaciones de conflicto entre estos derechos y las libertades económicas recogidas en el TUE, desde su tradicional consideración de jerarquía y subordinación de los derechos sociales a las libertades, postulada por la jurisprudencia comunitaria, a una nueva aproximación basada, cuanto menos, en la igualdad.

En las líneas que siguen se analizan, con particular referencia al derecho a la negociación colectiva, las consecuencias de este nuevo enfoque en la doctrina del TJE, en lo que concierne a la aplicación bilateral del test de proporcionalidad y al discutible criterio de necesidad como condicionante de la validez de la cláusula restrictiva de la libertad económica.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA
2. LA POSICIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS
 - a) Causas de justificación de las restricciones a las libertades económicas
 - b) El principio de proporcionalidad
3. ¿HACIA UNA NUEVA VISIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES DE EJERCICIO COLECTIVO Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS?
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

El rango que en el Derecho comunitario poseen los derechos sociales de índole colectiva (negociación colectiva, huelga, libertad sindical), y por ende, la protección que éstos merecen frente a acciones, medidas o normas que comporten restricciones a su ejercicio, constituye uno de los aspectos más debatidos por la doctrina, particularmente en lo que atañe a las situaciones de conflicto con las libertades económicas recogidas en el TUE.

Por su capacidad de imponer límites a la libre competencia en cuanto instrumento de la autonomía colectiva para la fijación de condiciones de trabajo, la negociación colectiva se halla en el punto de mira del Tribunal de Justicia (TJE) que, con una visión mercantilista de la fuerza de trabajo¹, viene rechazando aquellas cláusulas que por establecer protecciones reforzadas pueden obstaculizar la libre prestación de servicios.

La jurisprudencia comunitaria parte de una premisa, la subordinación del derecho a la negociación colectiva (de los derechos sociales, en general) a las libertades económicas fundamentales que no se puede sostener, pues contraría tanto el Derecho primario de la UE como la tradición social de los Estados Miembros.

Como se sabe, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa², el art. 6 TUE reconoce no sólo las libertades, sino también los derechos y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³ (en adelante, CFUE). Es más, el citado precepto confiere a la Carta el mismo valor jurídico que el reconocido a los Tratados, estableciendo su carácter vinculante. En virtud de dicha remisión, el derecho a la negociación colectiva, consagrado en el art. 28 CFUE, queda incorporado expresamente en el Derecho primario. La incorporación del derecho se efectúa, según el Preámbulo y art. 136 del TFUE, tal y como se define en la Carta

¹ *Vid.* en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El caso *Rüffert* ¿una constitucionalización del *dumping* social?, *RL*, 2008-II, págs. 213 y ss.

² Firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

³ De 7 de diciembre de 2000.

Social Europea (Turín, 1961)⁴ y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (Estrasburgo, 1989)⁵.

El derecho a la negociación colectiva es, de otro lado, uno de los máximos instrumentos de expresión de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales, cuyo papel, conviene no olvidarlo, la UE está llamada a reconocer y promover (art. 152 TFUE).

En fin, los derechos sociales fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, según reconoce el art. 6.3 TUE, y, como tales, han de servir como referente en su interpretación.

2. LA POSICIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Pese a lo que pudiera inferirse del carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva predicado en los Estados Miembros y en la CFUE, reiterada doctrina del alto Tribunal comunitario le ha negado una posición de supremacía frente a los derechos y libertades expresamente reconocidos en los Tratados. Dicha doctrina expresada fundamentalmente en los casos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* y *Luxemburgo*, viene a declarar que “el ejercicio de un derecho fundamental como el derecho a la negociación colectiva puede quedar sometido a ciertas restricciones”⁶. En su argumentación, el Tribunal invoca el art. 28 CFUE, según el cual, el derecho a la negociación colectiva debe ser ejercitado de conformidad con el Derecho de la Unión, y concluye que las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de personas⁷.

⁴ En su art.6.2, las partes se comprometen a “promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizadores de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos”.

⁵ *Vid.* aptdo. 12 de la Carta.

⁶ *Viking* (STJUE de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*, C-438/05, aptdo. 44), y *Laval* (STJUE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, aptdo. 91).

⁷ *Viking*, aptdo. 54.

Si bien es cierto que la jurisprudencia comunitaria permite excepciones a las libertades económicas, ello únicamente será posible cuando tengan justificación en ciertas causas, la medida sea proporcional a la restricción de la libertad que comporta⁸, y la causa de justificación invocada no se aplique de un modo discriminatorio⁹.

a) Causas de justificación de las restricciones a las libertades económicas

El Tribunal de Justicia viene admitiendo restricciones a las libertades económicas, con base en ciertas causas de justificación que aparecen consagradas en el Tratado o se deducen implícitamente del mismo. Entre las causas de justificación no escritas se hallan las razones imperiosas de interés general, incluyéndose en tal categoría la protección de los trabajadores (*Viking* y *Laval*).

En lo que concierne a las restricciones impuestas por medio de la negociación colectiva, en las sentencias *Albany* y *van der Woude*¹⁰, el Tribunal declara que la regulación y las decisiones basadas en un convenio colectivo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la libre competencia si concurren dos requisitos, a saber, que el acuerdo se haya celebrado en el marco de una negociación colectiva, y con el objetivo de mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

En *Rüffert*¹¹, donde se pretendía garantizar mediante la imposición legal del suelo salarial fijado en convenio a los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos públicos de obras, el TJCE valora como posibles causas de justificación de la restricción a la libre prestación de servicios, junto a la ya mencionada protección de los trabajadores, la estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social y el objetivo de garantizar la libertad de asociación, si bien concluye que el caso enjuiciado no concurre ninguna de estas causas.

⁸ *Viking*, aptdo. 46, y *Laval*, aptdo 94.

⁹ Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asunto *Comisión vs España* (C-153/08), aptdo. 36.

¹⁰ *Albany*, Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C 67/96); *Van der Woude*, Sentencia de 21 de septiembre de 2000 (C 222/98).

¹¹ Sentencia de 3 de abril de 2008 (C-346/06). En el caso *Rüffert*, las disposiciones contenidas en determinada norma nacional establecían que las entidades adjudicadoras podían designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometieran por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se tratara, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución, aun cuando no se tratara de un convenio colectivo declarado de aplicación general.

b) El principio de proporcionalidad

Una vez constatado que la restricción a la libertad económica en cuestión se halla fundada en alguna de las causas de justificación reconocidas por el Tribunal, es preciso comprobar si la medida controvertida es proporcionada, es decir, resulta idónea y adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo¹². En consecuencia, según doctrina reiterada del Tribunal de Justicia, la consideración como fundamentales de los derechos sociales reconocidos por el Derecho comunitario no basta para admitir la restricción de una libertad (económica) fundamental, como tampoco la existencia de una causa justificativa de la restricción.

En este sentido, la llamada «excepción *Albany*» es interpretada restrictivamente a la hora de justificar la inaplicación de las normas del Derecho primario en materia de competencia. Así, los convenios colectivos que afecten de modo apreciable a la competencia podrían ser impugnados cuando las restricciones a la competencia que resulten de dicho convenio o de su aplicación excedan de lo necesario para lograr el objetivo de mejorar las condiciones de empleo y de trabajo. Por ello, lejos de establecer una excepción convencional general e incondicionada a las normas sobre la competencia del Derecho primario para los convenios colectivos, se trata de un límite intrínseco a la libre competencia en función del concreto contenido de las cláusulas convencionales¹³.

De lo anterior se deduce que el principio de proporcionalidad actúa como criterio determinante de la legitimidad de la medida o cláusula en que se concreta el ejercicio del derecho social. Ahora bien, en la práctica, la carga de demostrar el carácter justificado y proporcionado de la medida pesa sobre el derecho social en beneficio de la

¹² El test de proporcionalidad constituye un examen en tres fases, en el cual deben controlarse la idoneidad, la necesidad y la adecuación de la medida de que se trate [Asunto *Agrana Zucker* (C-365/08)].

¹³ Conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en el Asunto *van der Woude*, de 22 de mayo de 2000, aptdo. 32. De otro lado, la excepción *Albany*, acuñada para resolver el conflicto entre el derecho de negociación colectiva y la libre competencia, no es automáticamente extrapolable al ámbito de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento. En efecto, el TJCE ha señalado que, el hecho de que un convenio o una actividad queden fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia no significa necesariamente que también queden excluidos del ámbito de aplicación de las normas sobre libertad de circulación. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en el Asunto *Comisión vs RFA*, presentadas el 14 de abril de 2010 (apdo. 62).

disposición de desarrollo de la libertad económica¹⁴, cuya compatibilidad con el Derecho primario no llega a cuestionarse¹⁵.

Esta jurisprudencia revela una concepción de las relaciones entre las libertades económicas y los derechos sociales fundamentales basada en la jerarquía, en la que estos últimos están supeditados a las primeras¹⁶, de forma que sólo pueden limitar dichas libertades si concurre una causa de justificación, escrita o no escrita y, aun existiendo, ésta es adecuada y proporcional. El punto de partida es la supeditación de los derechos sociales, y por ende, de la negociación colectiva, en aras del máximo despliegue de las libertades económicas reconocidas en los Tratados. De esta relación de sumisión se sigue la restricción de las facultades de acción del sindicato en el nivel supranacional y la eliminación de la eficacia real de la negociación colectiva¹⁷, favoreciendo una competencia transnacional entre empresas basada en los menores costes salariales y, en definitiva, el *dumping* social¹⁸.

En esta jurisprudencia se halla implícita una interpretación cuestionable de la falta de referencia expresa a los derechos sociales como derechos fundamentales, en la que se ha querido ver una intención de preterir o, al menos, conceder menor rango a estos derechos. Sin ánimo de retomar este debate, ya antiguo en la doctrina, cabe argüir que el mutismo de los Tratados admitía otra interpretación, avalada hoy por el Tratado

¹⁴ DAVIES, A.C.L., “One step forward, two stops back? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ”, *ILJ*, vol. 37, núm. 2, June 2008, págs. 141 y 147.

¹⁵ Antes bien, se efectúa una interpretación restrictiva de las Directivas comunitarias, vgr. en los casos *Laval* y *Riiffert*, respecto de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, para atribuirles la única finalidad de desarrollar el art. 49 CE (libre prestación de servicios), pese a que en la Exposición de Motivos se establece que “la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores” (aptdo. 5), así como la cláusula de salvaguarda de “aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables para los trabajadores” (aptdo. 17), también recogida en el art. 3.7 de la Directiva. Criticando la citada interpretación, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”, *RL*, 2008-II, págs. 109 y ss; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “Los derechos sociales en el contexto supranacional: especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, *RDS*, núm. 50, 2010, págs. 162 y ss. Sobre la misma, *vid.* también, BARNARD, C., “The UK and Posted Workers: The Effects of *Commission v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labour Law”, *ILJ*, vol. 38, num. 1, March 2009, pág. 127.

¹⁶ DAVIES, A.C.L., “The right to strike versus freedom of establishment in EC Law: The battle comiences”, *ILJ*, vol. 35, num. 1, March 2006, pág. 83.

¹⁷ BAYLOS GRAU, A., “Modelo social y políticas frente a la crisis”, *RDS*, núm. 49, 2010, pág. 46.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”, *cit.*, págs. 125 y 126.

de Lisboa (art. 6.3 TUE): Puesto que los derechos sociales, entre ellos el derecho a la negociación colectiva, formaban parte de la tradición democrática de los Estados miembros, se dieron por supuestos al redactar los Tratados. Así, el silencio de los Tratados obedecería a su consideración como principios asumidos, un *prius* que debía iluminar la lectura e interpretación del Derecho comunitario.

3. ¿HACIA UNA NUEVA VISIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES DE EJERCICIO COLECTIVO Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS?

Recientemente, el conflicto entre las libertades económicas y los derechos sociales ha llegado a la más alta instancia judicial de la UE. La STJCE (Gran Sala) de 15 de julio de 2010, *Comisión vs. RFA* (Asunto C-271/08), expresa una nueva aproximación al conflicto que merece ser analizada, pues en ella (y en las Conclusiones de la Abogada General) se atisba un intento de reconciliar lo económico y lo social. Ciertamente, la sentencia vale más por su potencial como generadora de un cambio de doctrina, por las pautas que ofrece a futuros litigantes, que por su inmediata transcendencia práctica.

A la República Federal de Alemania se imputa la vulneración de las libertades de establecimiento y prestación de servicios en materia de contratos públicos, para cuya garantía el art. 8, en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, así como de los arts. 20, y 23 a 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, imponen entre otras cautelas la convocatoria de una licitación a escala de la Unión para la adjudicación de aquellos contratos o servicios públicos cuyo valor económico y número superen determinados límites.

En el caso controvertido, el plan de pensiones de empleo de los trabajadores de la entidad local, nutrido de las aportaciones resultantes de la conversión parcial de una parte su salario, fue adjudicado directamente al grupo financiero *Sparkasse* y a las aseguradoras municipales, según lo previsto en el convenio colectivo alcanzado entre

las entidades locales y los sindicatos de trabajadores del sector (art. 6 del Convenio colectivo relativo a la conversión en aportaciones al plan de pensiones de una parte de la retribución de los trabajadores de la administración pública local *-Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer im Kommunalen öffentlichen Dienst*).

En un primer momento, el debate se centra en la naturaleza del negocio jurídico subyacente (¿contraprestación salarial en el ámbito de un contrato de trabajo o contrato público de carácter oneroso?) así como de la posición de la entidad local (¿empleadora o aseguradora?), optando el Tribunal por su consideración como contrato público y aseguradora, respectivamente. Por ello, y puesto que el valor total de las primas supera los umbrales que marcan las Directivas 92/50 y 2004/18, se afirma su aplicabilidad a las adjudicaciones de contratos a favor de las entidades y empresas contempladas en el art. 6 del precitado Convenio.

Dado que el supuesto de hecho entra de lleno en el ámbito de aplicación de las Directivas, y asumiendo la legalidad de dichas normas de Derecho derivado, el Tribunal procede a determinar si sus directrices, en lo que concierne al procedimiento de adjudicación de los planes de pensiones de empleo, deben ceder ante el derecho a la negociación colectiva, en virtud de cuyo ejercicio los interlocutores sociales habían pactado otro sistema de selección de la empresa gestora (la adjudicación directa).

En este punto se plantea si la relación que existe entre el derecho a la negociación colectiva y las libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios obedece a un principio de igualdad o jerarquía. En sus conclusiones, la Abogada General afirma la posición de igualdad entre los derechos (refiriéndose a los sociales) y las libertades (económicas) fundamentales, rechazando rotundamente la existencia de una relación jerárquica entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales¹⁹.

La letrada argumenta que la relación entre las libertades (económicas) fundamentales y los derechos (sociales) fundamentales se caracteriza por una amplia

¹⁹ En efecto, en el apdo. 81 de sus conclusiones llega a afirmar que: “En caso de conflicto entre un derecho fundamental y una libertad fundamental, debe partirse del principio de igualdad de rango de ambas posiciones jurídicas. Esta igualdad de rango supone, por un lado, que las libertades fundamentales pueden verse restringidas en interés de los derechos fundamentales, pero también implica, por otro lado, que el ejercicio de las libertades fundamentales puede justificar una restricción de los derechos fundamentales”.

convergencia, y declara la necesidad de buscar el equilibrio adecuado entre ambas posiciones jurídicas²⁰. En coherencia con estas premisas –declara-, “si se constatase un conflicto entre estas libertades y derechos fundamentales, deberá averiguarse si, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, las libertades fundamentales pueden justificar una restricción de los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial o, si, a la inversa, estos derechos fundamentales exigen una restricción del alcance de estas libertades fundamentales y del Derecho secundario basado en ellas” (aptdo. 84).

De estas consideraciones se deduce que el test de proporcionalidad ha de efectuarse en sentido bilateral, de forma que el equilibrio adecuado entre derecho fundamental y libertad fundamental, en caso de conflicto, sólo puede garantizarse si la restricción de una libertad fundamental como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental no va más allá de lo que sea idóneo, necesario y adecuado para dicho ejercicio. Del mismo modo, de conformidad con el art. 52.1 CFUE, cualquier restricción de un derecho fundamental como consecuencia del ejercicio de una libertad fundamental tampoco puede ir más allá de lo que sea idóneo, necesario y adecuado para dicho ejercicio, ya que debe respetar el contenido esencial de dichos derechos.

Esta doctrina supone un ligero cambio de tendencia en la jurisprudencia comunitaria, “una vuelta a las apreciaciones contenidas ya en la sentencia *Schmidberger*”²¹, que parte de la igualdad de rango de los derechos y las libertades

²⁰ Recuerda, en este punto, la postura doctrinal según la cual la necesidad de resolver por la vía de la ponderación, los conflictos entre libertades y derechos (RENGELING, H.W. y SZCZEKALLA, P, Grundrechte in der Europäischen Union, Colonia, 2004, §1008).

²¹ Sentencia de 12 de junio de 2003 (C-112/00). En *Schmidberger*, se planteó al Tribunal de Justicia si una restricción de la libre circulación de mercancías ocasionada por el bloqueo de la circulación por la autopista del Brenner durante treinta horas podía estar justificada habida cuenta de la circunstancia de que este bloqueo era el fruto del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica. Para resolver este conflicto entre los mencionados derechos fundamentales y la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia hubo de verificar, esencialmente, si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios por el ejercicio de los derechos fundamentales eran proporcionadas a la protección de los referidos derechos fundamentales. Pero también examinó si una rigurosa aplicación de la libre circulación de mercancías hubiera supuesto una intromisión desproporcionada en los derechos fundamentales. Como la respuesta a ambas cuestiones fue afirmativa, debía considerarse justificada, en definitiva, la restricción de la libre circulación de mercancías en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales de que se trataba.

económicas en conflicto, “hasta alcanzar un justo equilibrio entre ellos a través de un examen de proporcionalidad de las restricciones recíprocas controvertidas”²².

No obstante, en los considerandos de la sentencia dictada en el asunto *Comisión vs. RFA* la teoría (igualdad entre libertades y derechos *ergo* aplicación del test de proporcionalidad de forma bilateral) no se lleva plenamente a la práctica. El tribunal pasa de puntillas sobre el examen de la proporcionalidad de las restricciones que las Directivas 92/50 y 2004/18 plantean respecto de los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial.

Por el contrario, examina concienzudamente si la restricción de las libertades económicas provocada por la cláusula convencional era idónea, necesaria y adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial.

En primer término, el Tribunal niega que la medida controvertida, la selección directa de entidades y empresas adjudicatarias, sea inherente a la esencia del derecho a la negociación colectiva, que la sentencia relaciona con la consecución de los objetivos del convenio (concretados en la mejora del nivel de las pensiones de jubilación, fomentando el desarrollo de los planes de pensiones a través de una conversión parcial del salario de los trabajadores interesados) (aptdo. 49).

Con relación a la necesidad de la medida, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que “una medida es necesaria cuando, entre varias medidas apropiadas para la consecución del fin perseguido, es la que resulta menos gravosa para los intereses o el bien jurídico afectados”²³.

En este sentido, el Tribunal rechaza las alegaciones formuladas por Alemania y Dinamarca con relación a la finalidad de garantizar el principio de solidaridad en la gestión del plan de pensiones, a través del procedimiento de adjudicación establecido en el convenio su encomienda a una entidad que no base la selección de los partícipes en función de criterios médicos. Este objetivo, objeta la sentencia, también se puede lograr mediante el procedimiento de licitación abierta, impidiendo a los licitadores que utilicen

²² Conclusiones Abogada General, aptdo. 195. Con tono más aséptico, el aptdo. 52 de la Sentencia hace referencia a “un justo equilibrio entre los intereses en juego”.

²³ Sentencia de 11 de julio de 1989, *Schröder*, C-265/87, aptdo 21.

dichos criterios en la selección de los trabajadores interesados en la conversión del salario en participaciones.

De otro lado, para el Tribunal la mejora de las pensiones y la solidaridad no son incompatibles con la aplicación de las normas de supervisión coordinadas en el ámbito de la UE, cuyo objeto es garantizar su solidez financiera. En efecto, los fondos de pensiones de empleo están sujetos a la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, destinada a garantizar un nivel de seguridad elevado para los futuros jubilados que tengan que gozar de las prestaciones de dichos fondos²⁴.

En consecuencia, la sentencia concluye que la medida no es necesaria, ya que los interlocutores sociales también hubieran podido alcanzar un consenso sobre otras disposiciones más conformes con el Derecho comunitario.

4. CONCLUSIONES

En *Comisión vs. RFA*, o más bien en las Conclusiones de la Abogada General, se advierte una rectificación de la doctrina sentada en *Viking* y *Laval*, en el sentido de negar expresamente la superioridad jerárquica de las libertades económicas sobre los derechos sociales en el ámbito de la UE. Pero, como ocurriera en *Viking* y *Laval*, el estatus de las libertades económicas fundamentales permanece incuestionado²⁵.

En cualquier caso, la relación de paridad entre derechos y libertades obliga ahora a buscar el “justo equilibrio” entre ellos, por lo que se debe someter al test de proporcionalidad no sólo las limitaciones impuestas por los derechos a las libertades, sino también las restricciones de derechos que éstas traen consigo.

El examen de proporcionalidad exige, según la jurisprudencia comunitaria, un juicio sobre la necesidad de la medida que implica el análisis material, no exento de riesgos, de los convenios colectivos por parte del Tribunal, por cuanto afecta al margen de apreciación y de maniobra de que disponen los negociadores. En efecto, cuando el Tribunal evalúa la necesidad de la medida que limita la libertad económica en cuestión,

²⁴ Comisión/República Checa, Sentencia de 14 de enero de 2010, C-343/08, apdo. 45.

²⁵ En este sentido, *vid.* SYRPIS, Ph., “Reconciling Economic Freedoms and Social Rights- The Potential of *Commission v Germany* (Case C-271/08, Judgment of 15 Julio 2010)”, *Industrial Law Journal*, vol. 40, núm. 2, June, 2011, pág. 227.

entra de lleno en el control del contenido negocial, rechazando aquellas cláusulas que no son estrictamente necesarias de cara a la consecución de lo que considera el objeto del derecho a la negociación colectiva.

Pero, para que este planteamiento sea correcto es preciso tener en cuenta que la esencia del derecho a la negociación colectiva no consiste en la mera “negociación voluntaria e independiente de las condiciones laborales a fin de celebrar un convenio colectivo”²⁶. El derecho a la negociación colectiva no se puede abstraer de su función primordial, la equiparación de la posición de empresarios y trabajadores en la regulación de las condiciones de trabajo²⁷, permitiendo a los interlocutores defender en igualdad de condiciones sus respectivos intereses que, en el caso de los trabajadores, se traducen (fundamentalmente) en la mejora de sus condiciones laborales.

Este objetivo de la negociación colectiva forma parte de su núcleo esencial²⁸, como en algún punto da a entender la sentencia *Comisión vs. RFA*²⁹. De ahí que, en mi opinión, sea inadmisibles la utilización del principio de necesidad para justificar la exclusión de aquellas cláusulas convencionales encaminadas a la mejora de las condiciones de trabajo o, en términos de la jurisprudencia comunitaria, a su “protección reforzada”, pues tal limitación inclinaría desde un principio la balanza a favor del interés empresarial y en beneficio de las libertades económicas, eliminando la virtualidad niveladora de la negociación colectiva.

²⁶ Como se limita a definir la Abogada General en el aptdo. 206 de sus conclusiones.

²⁷ Sobre la función de igualación que cumple la negociación colectiva y constituye la clave de la especificidad del Derecho del Trabajo, *vid.* BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, *RDS*, núm. 1, 1998, pág. 13, y la bibliografía allí citada.

²⁸ LANDA ZAPIRAIN, J.P., y MORENO MARCOS, M., “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario [Comentario de las Sentencias de la Gran Sala del TJEU de 11/12/2007 (A. *Viking*) y de 18/12/2007 (A. *Laval*)”, *RL*, 2008-I, pág. 493.

²⁹ Cuando el Tribunal conecta la esencia del derecho de negociación colectiva con el objetivo del convenio analizado, “de mejorar el nivel de las pensiones de los trabajadores” (apdo. 49).