

LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS CONTROLADORES AÉREOS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2010

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA*

SUPUESTO DE HECHO: Controlador aéreo que, tras comunicarle AENA su cese por jubilación forzosa, solicita el retraso del cese amparándose en la jubilación parcial tras los 65 años. AENA rechaza la pretensión, procediendo al cese por jubilación forzosa, en base a lo estipulado en el I Convenio Colectivo de los controladores, de 1999. Frente a la decisión empresarial, se interpone demanda por despido disciplinario, que tras ser desestimada en las distintas instancias, llega al Tribunal Supremo al recurrirse en unificación de doctrina. El Alto Tribunal desestima la unificación, al considerar que no hay identidad entre las Sentencias aportadas, ya que en el caso en cuestión el Convenio Colectivo su vigencia derivaba de una prórroga (no una novación), por lo que estima que le es de aplicación la normativa prevista en 1999, que daba amparo a la jubilación forzosa por edad, sin que le afecten los vaivenes legislativos de esta década en la materia.

RESUMEN: Transcurrida más de una década desde la firma del Convenio Colectivo de los controladores aéreos, años en los que se ha discutido la legalidad de la cláusula de jubilación forzosa a la vista de los cambios normativos acaecidos en esta etapa, los poderes judicial, ejecutivo y legislativo han cerrado la puerta a la prolongación de la vida laboral de los controladores. Así, pese a que la doctrina actual del TS se inclina por exigir el cumplimiento de unos estrictos criterios para dar por válidas tales cláusulas (hasta el punto de hacerlas inviables en la negociación colectiva de empresas públicas, como AENA), en la STS de 18 de febrero de 2010 se considera que el CC de este colectivo ha sido prorrogado (excluyendo la novación), por lo que son de aplicación los criterios vigentes en 1999, declarando ajustadas a Derecho tales jubilaciones forzosas, e impidiendo la continuidad en el trabajo de los controladores que lo soliciten amparándose en la ilegalidad de su Convenio. Y el RD-L 1/2010, de 5 de febrero, y la Ley 9/2010, de 14 de abril, han extraído del ámbito negocial su jubilación forzosa, quedando desde su entrada en vigor al margen de los criterios requeridos por la Ley 14/2005.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONVENIO COLECTIVO DE LOS CONTROLADORES AÉREOS Y EL CESE EN EL TRABAJO POR EDAD
 - 2.1. Límite de actividad operativa y licencia especial retribuida
 - 2.2. La jubilación forzosa
3. LA STS DE 18 DE FEBRERO DE 2010
4. LA LEY 9/2010, DE 14 DE ABRIL, Y LA JUBILACIÓN DE LOS CONTROLADORES AÉREOS
 - 4.1. Límite al desempeño de funciones operativas, licencia especial retribuida y reserva activa
 - 4.2. La jubilación forzosa

1. INTRODUCCIÓN

En pleno revuelo sobre la intervención heterónoma en la regulación de las condiciones de trabajo de los controladores de la navegación aérea (según algunos a costa de su derecho a la negociación colectiva, y otros en pos del interés general)¹, el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia relativa a la jubilación forzosa de este colectivo. Es la Sentencia de 18 de febrero de 2010 (JUR 2010\100471).

Aunque aparentemente sea una Sentencia que se limita a desestimar un recurso para unificación de doctrina, los motivos aducidos para defender la inexistencia de contradicción llevan a cerrar cualquier expectativa que tuvieran los llamados controladores aéreos para considerar que la jubilación forzosa prevista en su Convenio Colectivo no cumple los requisitos de constitucionalidad requeridos por la Ley 14/2005 (según la interpretación que de esta Ley viene haciendo el Tribunal Supremo desde 2008).

Su interés no se circunscribe a lo meramente jurídico, sino que sirve para evidenciar cómo en un mismo colectivo hay vectores divergentes en cuanto a la edad de jubilación. Así, mientras que su principal sindicato (Unión Sindical de Controladores Aéreos, USCA) considera un error la reforma legislativa que ha suspendido la posibilidad de solicitar la situación de licencia especial retribuida a partir de los 52 años (licencia especial que se fundamentaba en la necesidad de contemplar una edad especial de retiro por el trabajo realizado, y durante la cual normalmente no había pérdida de su retribución), en la última

¹ Cuestión resuelta jurídicamente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010, considerando acreditada “la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención del legislador, entendiéndose por la Sala que la ley 9/2010, de 14 de abril fue necesaria, idónea y proporcionada por las razones ya expuestas, debe concluirse que la regulación legal de la prestación de servicios de tránsito aéreo, por la que se establecieron las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijaron determinadas condiciones laborales para los controladores civiles, que dicha regulación no ha vulnerado, de ningún modo, el derecho de huelga de los controladores aéreos”, ni su derecho a la libertad sindical ni a la negociación colectiva.

década han sido frecuentes las demandas de controladores rechazando la jubilación forzosa a los 65 años (situación tras la cual sí que se producía una pérdida de retribución, aunque atemperada por Planes de Pensiones empresariales)².

Pero además esta Sentencia llega en un momento en el que la jubilación forzosa de los controladores se extrae del ámbito de la negociación colectiva, y pasa a ser uno de los escasos supuestos en los que se contempla de forma heterónoma. En este sentido, será oportuno hacer una breve aproximación a la situación resultante tras la entrada en vigor de la Ley 9/2010, de 14 de abril, ya que cierra las puertas a que en lo sucesivo trate de examinarse la legalidad de su jubilación forzosa desde los criterios interpretativos elaborados por el TS para la Ley 14/2005, y que ha determinado la inadmisión de la jubilación forzosa pactada por la misma empresa AENA para el resto de sus trabajadores.

2. EL CONVENIO COLECTIVO DE LOS CONTROLADORES AÉREOS Y EL CESE EN EL TRABAJO POR EDAD

Como es sabido, la regulación convencional de los controladores de circulación aérea se encuentra en un polémico Convenio Colectivo de 1999³, polémico porque si bien su ámbito de duración temporal finalizó el 31 de diciembre de 2004, su vigencia se ha prorrogado⁴ desde entonces (con notables incrementos retributivos impuestos por los propios trabajadores, al facultarles a ello el Convenio, en concepto de horas extraordinarias), siendo infructuosos

² El Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), con fecha de 24 de febrero de 2000 suscribió un acuerdo de adopción de medidas de carácter laboral y operativo para atender el incremento del tráfico aéreo español, entre las cuales en el apartado V de su Anexo se establecía con carácter permanente un sistema de aportaciones destinado a un plan de pensiones, fondo de pensiones y la jubilación o figura equivalente que junto a la pensión que corresponde tiende a asegurar la remuneración a que el controlador aéreo tenía antes de alcanzar la jubilación.

³ I Convenio Colectivo Profesional entre el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea (RCL 1999, 743), aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de marzo de 1999 y publicado en el BOE del día 18 del mismo mes y año. Corrección de errores en BOE núm. 17271999, de 20 de julio (RCL 1999, 1923).

⁴ El punto 4 del Acuerdo Segundo del I Convenio Colectivo, indicaba que durante las prórrogas pactadas o automáticas seguirían vigentes todas y cada una de sus cláusulas, salvo disposición en sentido contrario, así como que, producida su denuncia, el Convenio se mantendría en vigor en todas sus cláusulas hasta la publicación del que lo sustituyera. El 28 de octubre de 2004 el sindicato USCA formuló denuncia del I Convenio Colectivo Profesional de los Controladores de la Circulación Aérea, constituyéndose la comisión negociadora del II Convenio Colectivo el 20 de enero de 2005. En dicha primera sesión, la comisión llegó a una serie de acuerdos, reflejados en el acta levantada al efecto. El sexto de los acuerdos se refiere a la prórroga del I Convenio Colectivo Profesional, acordándose “Determinar que, en tanto subsistan las previsiones establecidas en el punto 4.4 del Acuerdo SEGUNDO del mencionado I Convenio Colectivo Profesional, será de aplicación lo establecido en el mencionado punto, sin perjuicio de que ambas partes pudieran alcanzar acuerdos sobre modificaciones puntuales del aludido I CCP, durante el proceso negociador, que habrán de determinar la vigencia y eficacia de los mismos”.

los numerosos intentos de negociación realizados⁵, entrándose en un impasse del que se ha salido por la –tampoco ausente de polémica- intervención gubernamental en la regulación de las condiciones laborales de los controladores⁶, convalidada por el Parlamento con la Ley 9/2010, de 14 de abril.

En lo que a nosotros interesa (la edad de jubilación de este colectivo), el hecho de que este Convenio se haya mantenido vigente durante la última década, ha dado lugar a que la regla incluida en su artículo 175 sobre jubilación forzosa a los 65 años, haya sido interpretada en sentidos distintos en función de los vaivenes legislativos que en esta década han rodeado a la posibilidad de que la negociación colectiva fije una edad máxima para trabajar.

Pero este precepto no es el único que determina la edad de retiro de los controladores, sino que junto a él hay que estar a la “licencia especial retribuida”, prevista en los artículos 166 a 174 de este I Convenio Colectivo, que de facto venía a ser una reducción de la edad ordinaria de jubilación por penosidad (pero en mejores condiciones de lo que sería esa jubilación). El estudio de esta figura no puede hacerse sin hacer referencia a la tercera cuestión recogida en el Capítulo XI del Convenio, que es el llamado “límite de la capacidad operativa” (arts. 163 a 165). Veamos tales cuestiones.

2.1. Límite de actividad operativa y licencia especial retribuida

El Capítulo XI del I Convenio Colectivo de los controladores regula tres cuestiones que tienen en común fijar la capacidad de los controladores de prestar sus servicios. Así, y bajo la rúbrica de “Contingencias operativas. Licencia especial retribuida. Jubilación”, se parte un límite de la actividad operativa en la edad de 55 años (art. 163 CC), aunque admite el mantenimiento en la actividad tras esa edad siempre que el sujeto voluntariamente lo solicite, y condicionado a la superación de la oportuna revisión psicofísica. Cuando el controlador que ocupe un puesto de trabajo operativo, sea declarado no apto definitivo por razones psicofísicas, o alcance el límite de edad operativa y opte por no seguir desempeñando su puesto en los términos del artículo anterior, se le adscribirá a un puesto de Técnico ATC.

Si cumplida esa edad (o antes en algunos supuestos), el trabajador no quiere o no puede mantener su actividad operativa, podrá pasar a la situación de “licencia especial retribuida” (LER), que se prolongaría hasta el cumplimiento de los 65 años (sin valorar durante ese tiempo su capacidad)⁷, edad de jubi-

⁵ Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 9/2010, de 14 de abril, AENA “ha mantenido con la representación de los controladores, la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), sesenta y cinco reuniones de la mesa negociadora para el II convenio colectivo”.

⁶ Real Decreto Ley 1/2010, de 5 de febrero.

⁷ El artículo 167 CC, bajo el calificativo de “garantías”, prevé que “una vez alcanzados los requisitos necesarios para acogerse a la LER, ésta no podrá ser suspendida ni denegada debido a situaciones de incapacidad laboral, en cualquiera de sus supuestos”.

lación forzosa tanto para los que se hayan acogido a la licencia especial operativa como los que no.

Para beneficiarse de la LER se requiere haber estado los dos últimos años previos a la fecha de la solicitud, en servicio activo en puestos de trabajo en AENA, y el cumplimiento de la siguiente edad:

- a) Cincuenta y cinco años, si se han prestado al menos, diez años de servicio en puestos sometidos a régimen de turnos⁸, entre los asignados al Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea.
- b) Cincuenta y dos años, si se acreditan al menos treinta años de antigüedad como controlador, de los que, al menos, diecisiete deberán haberse prestado en puestos sometidos a régimen de turnos, entre los asignados al Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea.

A efectos retributivos, se les calcularán como un porcentaje del salario ordinario y fijo que percibía en el momento de la solicitud, en función, de los años de servicio en puestos sometidos al régimen de turnos, según una tabla que oscila entre el 75%, si se acreditan 10 años de servicios, y el 100% a partir de los 17 años de servicio. Una vez calculadas, tales retribuciones se incrementarán en el mismo porcentaje en que lo hagan los conceptos equivalentes que constituyan el salario para el personal en activo, manteniéndose la obligación de cotizar por parte de AENA (y del trabajador en lo relativo a la cuota obrera). Una situación, como se comprueba, en nada comparable con otras como las jubilaciones por penosidad, o las excedencias por motivos familiares, en las que nuestro Ordenamiento contempla beneficios en orden a reconocer como cotizados tales periodos, pero con unos efectos mucho más limitados que los que nos ocupan.

Los controladores acogidos a la LER no ocuparán ningún puesto de trabajo (aunque a efectos de posibles derechos se les considera en activo), siéndoles de aplicación las normas sobre incompatibilidades del sector público. Respecto a su posible reincorporación, no podrán volver a prestar servicio, a no ser que exista acuerdo con AENA.

Su fundamento radica en la ausencia de un régimen de jubilación por penosidad a este colectivo, pese a que se trata de una actividad penosa por su gran responsabilidad y régimen de turnos. De todos es sabido que una de las carencias del Sistema de Seguridad Social es la actualización de los colectivos acreedores de una edad reducida de jubilación por penosidad, peligrosidad, toxicidad, etc., de modo que su enumeración puede calificarse de caprichosa y discriminatoria, cuestión que ha quedado sin resolver además con las reformas introducidas por la ley 40/2007.

⁸ A tales efectos, el artículo 166 del I Convenio Colectivo de los controladores aéreos recoge una prolija enumeración de supuestos que se asimilan a régimen de trabajo a turnos.

2.2. La jubilación forzosa

Los artículos 175 y 176 del I Convenio Colectivo de los controladores aéreos se refieren a la jubilación de los mismos. Así, el artículo 175, titulado “Edad de jubilación”, indica que “En el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, la jubilación será obligatoria al cumplir el CCA la edad de sesenta y cinco años”, matizando que “La edad de jubilación establecida en el punto anterior se entenderá sin perjuicio de que el CCA pueda completar el período mínimo exigible para causar derecho a pensión de jubilación, en cuyo caso, la jubilación será obligatoria cuando se complete dicho período”. Por su parte, el artículo 176 se refiere a la jubilación anticipada, limitándose a declarar lo obvio, y es que los controladores “podrán jubilarse, de forma voluntaria, con anterioridad a la edad forzosa de jubilación mencionada en el artículo anterior, cuando les asista este derecho en virtud de la normativa vigente en la materia”.

De este modo, nos interesa subrayar que en 1999 se recogió la habitual cláusula de jubilación forzosa, que en aquél momento encontraba respaldo legal en la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores⁹, y lo hacía respetando explícitamente parte de los límites legales indicados, en particular que la jubilación forzosa solo tendría lugar cuando el controlador acreditase el período de carencia exigido para obtener la pensión de jubilación, aunque sin aludir nada a la política de empleo y no amortización del puesto de trabajo, cosa que por lo demás no era –ni lo es– excepcional en la negociación colectiva¹⁰.

En todo caso, esta jubilación forzosa no se configuró inicialmente con un carácter absoluto, sino que se posibilitó una prórroga de la actividad durante dos años más, pero condicionado a la voluntad del empleador, esto es, AENA. Así, el 1 de julio de 1999, la empresa y el sindicato USCA llegaron a un acuer-

⁹ Con la aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995, la disposición adicional 10ª ETT mantuvo incólume el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª ETT de 1980, mientras que el primero experimentó una corrección parcial siguiendo las líneas marcadas por la STC 22/1981, anteponiendo a la fórmula anterior un primer párrafo en el que sintetizó parte de la doctrina constitucional («Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo»). En todo caso, posibilitaba que la limitación de la capacidad de trabajar de la mano de la negociación colectiva respetando dos condicionantes que «avalan conjuntamente su constitucionalidad». En primer lugar, debe perseguir un objetivo legítimo constitucionalmente: el reparto de empleo; y, en segundo lugar, la negociación tendrá lugar «sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», fórmula en exceso indeterminada que interpretada a la luz de la doctrina del TC debe significar que debe quedar garantizado el acceso a la percepción de la pensión de jubilación, sin que pueda promoverse el cese en el trabajo si el afectado no acredita la carencia mínima para el derecho a la pensión de jubilación (Maldonado Molina, J.A., *La protección de la vejez. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 196 y 107).

¹⁰ Esteve Segarra, A., *La Jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 94; Valdés de la Vega, B., *Mejoras voluntarias por edad de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 130.

do sobre “Adopción de Medidas urgentes de carácter laboral y operativo, para atender el incremento de la actividad en el ámbito del control del tráfico aéreo español”, en el que, entre otros aspectos, se recogía la prolongación de la vida laboral, como se plasmó en el Acuerdo de 24 de febrero de 2000¹¹, acuerdo que entraría en vigor a partir del 1 de abril de 2000, finalizando el 31 de diciembre de 2001, retrotrayendo sus efectos a 1 de enero de 2000. Este Acuerdo dio lugar a reclamaciones frente la decisión de AENA de jubilar forzosamente a los controladores al cumplir los 65 años, debiendo los Tribunales precisar que lo acordado en cuanto a la prolongación de la vida laboral durante dos años es una mera opción empresarial, no un derecho de los trabajadores¹².

En este contexto de fijación generalizada de la jubilación forzosa, y de jubilaciones anticipadas masivas, en marzo de 2001¹³ el legislador entiende que el fomento del retraso de la edad del cese de la actividad es incompatible con la habilitación legal de un límite máximo de edad para trabajar, por lo que deroga, sin mayores ambages, la Disposición adicional décima del ETT, considerando que la jubilación forzosa es un «instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales»¹⁴. Fue una derogación coherente con las nuevas orientaciones que apuestan por retrasar el cese en el trabajo, siendo adecuada a la flexibilización de la edad de jubilación, máxime teniendo en cuenta los limitados resultados que estaba teniendo como instrumento de política de empleo¹⁵.

Aunque jurídicamente suponía dejar sin apoyatura legal a la jubilación forzosa prevista por negociación colectiva, el TS consideró que esta falta de cobertura afectaría a los Convenios negociados tras la entrada en vigor de dicha norma, pero no a los ya vigentes ni sus sucesivas prórrogas (STS de 9 de

¹¹ En el mismo las partes acordaron aprobar el Acuerdo anteriormente relacionado levantándose el acta de la comisión permanente prevista en el acuerdo octavo del I Convenio Colectivo profesional entre AENA y USCA.

¹² Eso se desprende de lo indicado en el punto 1 del epígrafe VI, sobre criterios de aplicación de las medidas, en donde se señala que AENA comunicará al sindicato firmante todas las “ofertas que realice a los CCA relativas a la prolongación voluntaria de actividad sobre la edad de jubilación”. Asimismo es de destacar que la ampliación de la actividad laboral se somete en el Acuerdo en cuestión al estudio de una comisión temporal que deberá crearse al efecto (epígrafe VII), lo cual pone en duda la aplicabilidad directa del mismo hasta tanto no se lleve a cabo el desarrollo de dicho estudio (STSJ de Cataluña, de 7 de diciembre de 2000, JUR\2001\64934). El Acuerdo de 24 de febrero de 2000, por lo demás, no podía tener efectos retroactivos para jubilaciones producidas con anterioridad (STSJ de Madrid, de 9 de mayo de 2001, JUR\2001\224735).

¹³ RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁴ Exposición de Motivos Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, BOE de 10 de julio.

¹⁵ Molina Navarrete, C. y García Giménez, M., «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo», Estudios Financieros, núm. 217, 2001, pág. 15.

marzo de 2004, RJ 2004\841)¹⁶, pero solo si se trata de una prórroga tácita, y no una novación (STS de 31 de enero de 2006, RJ 2006\4417)¹⁷. Siguiendo este criterio, se admitió la jubilación forzosa de los controladores aéreos, al estar basada en un Convenio negociado antes de la entrada en vigor de la Ley 12/2001¹⁸.

Se ha discutido si en el Convenio que nos ocupa hubo una prórroga tácita o una novación convencional. Las consecuencias son fundamentales, ya que en el segundo caso la cláusula de jubilación forzosa hubiera carecido de cobertura legal. Es cierto que el 28 de octubre de 2004 el sindicato USCA formuló denuncia del I Convenio Colectivo, constituyéndose la comisión negociadora del II Convenio Colectivo el 20 de enero de 2005. En dicha sesión, la comisión llegó a una serie de acuerdos, el sexto de los cuales se refiere a la prórroga del I Convenio Colectivo. Sin embargo, no fue un acuerdo de novación convencional, sino que parten de que como rige el punto 4.4 del Acuerdo Segundo del I Convenio Colectivo Profesional (relativo a la prórroga), en principio ese Convenio mantiene su vigencia transitoria hasta que se alcance el acuerdo, limitándose a indicar que sin perjuicio de esa circunstancia, “ambas partes podrían alcanzar acuerdos sobre modificaciones puntuales del aludido I CCP”. Por tanto, no sería novación, sino prórroga. Este tema tiene un interés añadido porque sobre él se pronuncia el TS en su sentencia de 18 de febrero de 2010.

Por otro lado, tras la aprobación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que da una nueva redacción al artículo 166 LGSS, posibilitando la jubilación parcial tras los 65 años, y sin la necesidad de un contrato de relevo paralelo. Tratando de acogerse a esta vía, argumentando que el artículo 175 del I Convenio Colectivo sólo fija la edad de la jubilación total de los trabajadores, pero nada dice sobre la jubilación parcial, y dado que ésta no se prevé en el convenio, hay un vacío legal que

¹⁶ En esta línea, vid. SSTS (2) de 9 marzo 2004 (RJ 2004, 841) y (RJ 2004, 873) ; 6 abril 2004 (RJ 2004, 3091) ; 28 mayo 2004 (RJ 2004, 5032) ; 2 noviembre 2004 (RJ 2004, 8053) ; 2 (RJ 2005, 254) , 9 (RJ 2005, 810) , 15 (RJ 2005, 1329) y 20 diciembre 2004 (RJ 2005, 2495) ; 4 mayo 2005 (RJ 2005, 6325) o 1 junio 2005 (RJ 2005, 6126).

¹⁷ El tenor literal de la Sentencia es el que sigue: “En el caso del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado la habilitación de la DA 10ª ET-1995 valió para el suscrito en el año 1998, y para la renovación del año de 2000 cuya vigencia temporal se prolongó hasta 31 de diciembre de 2001, pero no para el acuerdo que entró en vigor el 1 de enero de 2002, afectado plenamente por la prohibición de pactar o mantener, después de agotada la vigencia del anterior, la cláusula de jubilación forzosa de su artículo 61, convertida ya en cláusula que no respeta el mandato legal.”

¹⁸ STS de 4 de julio de 2006, rec. 2692/2005 (JUR 2006\239404); SSTSJ Madrid de 1 de junio de 2004, rec. 1149/2004; 13 de julio de 2004 (JUR 2004\271794); 19 de abril de 2005 (JUR 2005\119393); 14 de junio de 2005, rec. 1340/2005 (JUR\2005\166148), 18 de julio de 2005, rec. 1207/2005, 19 de septiembre de 2005, rec. 3460/2005, 27 de septiembre de 2005, rec. 2576/2005 (JUR 2006\131372); 10 de enero de 2006, rec. 5125/2005; STSJ Canarias -Las Palmas- de 17 de marzo de 2005, rec. 1208/2004 (AS 2005, 853); STSJ Canarias -Santa Cruz de Tenerife- de 21 de abril de 2005, rec. 971/2004 (JUR\2005\132289).

debe ser suplido con la normativa general (normativa general que es el artículo 166 LGSS). Sin embargo, tales argumentos no han sido estimados en tanto “la regulación sobre jubilación parcial contempla la posibilidad de ejercicio del derecho para los casos en que no se establece un límite de edad (...). De otro modo, aquellas disposiciones no configuran un derecho absoluto al acceso a la jubilación parcial sino una facultad ó derecho de ejercicio en unas determinadas condiciones e incardinado en la normativa reguladora del instituto que contemplamos (convenio colectivo en relación con la norma legal repetida), que, ya se señaló, exigía el cumplimiento de requisitos análogos a los establecidos en el art. 166 de la Ley General de Seguridad Social”¹⁹.

La Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, acoge las demandas de los agentes sociales, y resucita la posibilidad de incluir en la negociación colectiva cláusulas sobre jubilación forzosa, siempre que se ajusten a los requisitos constitucionales, de política de empleo²⁰, y que se garantice la cobertura por jubilación²¹. E introduce “una comprometida Disposición Transitoria dispone que las cláusulas de convenios anteriores a la vigencia de la Ley 14/2005 (publicada en el BOE de 2 julio) «se considerarán válidas» siempre que garanticen el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, lo que equivale a proclamar la licitud de las jubilaciones acordadas a su amparo”²².

Pero como quiera que el I Convenio Colectivo sí se sustentaba en una norma habilitante, resultan irrelevantes tales cambios de criterios, y la retroactividad de la Ley 14/2005 no le afecta, ya que en ningún momento estuvo sin apoyatura legal. Consecuentemente, se reproducen los pronunciamientos desestimatorios de la ilegalidad de la cláusula del convenio en cuestión.

Si se admitiera que lo que tuvo lugar en 2004 fue una novación del Convenio, no solo hubieran carecido de fundamento las jubilaciones forzosas acaecidas en ese intervalo hasta la aprobación de la Ley 14/2005, sino que serían exigibles los rigurosos criterios fijados por dicha Ley para la “convalidación” de los convenios suscritos desde 2001 hasta la entrada en vigor de esa Ley,

¹⁹ STSJ Madrid de 25 de noviembre de 2008, rec. 4335/2008 (AS 2009, 600). En la misma línea, STSJ de Madrid, de 2 de diciembre de 2008 -rec. 4448/2008-; STSJ de Madrid. de 15 de diciembre del 2008 -rec. 4660/2008- (AS 2009, 668).

²⁰ “Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”.

²¹ El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

²² Sempere Navarro, A.V. “Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2009

en los términos previstos por su Disposición Transitoria, y que a la luz de la jurisprudencia del TS hacen casi inviable la fijación de jubilaciones forzosas en el ámbito del sector público.

En efecto, en 2008 el TS²³ cuestiona si conforme a la Ley 14/2005 es válida la cláusula colectiva -inicialmente pactada sin amparo legal- sobre jubilación forzosa, sin más requisito que el explicitado de que el trabajador tenga «derecho a pensión de jubilación en su modalidad contributiva»; o si, por el contrario, también es necesaria la vinculación del cese obligatorio a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», tal como impone la previa Disposición Adicional Décima para la validez de los convenios suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.

Para resolver la cuestión, el TS recurre a criterios interpretativos históricos, sistemáticos y finalísticos, criterios expresados en clave constitucional y de Derecho comunitario por los correspondientes Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (fundamentalmente la STJCE 16/Octubre/2007 (TJCE 2007, 272) [asunto Palacios de la Villa], que por instancia de órgano judicial español examinó la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, a los efectos de su compatibilidad con el art. 6 de la Directiva Comunitaria 2000/78, de 27 de noviembre, aunque el TS relativiza la vinculación de esta Sentencia en orden a los criterios nacionales). Pues bien, el TS entiende que la exigencia de que la jubilación forzosa se vincule a objetivos expresados en el convenio colectivo claramente apunta a que la sujeción ha de ser expresa y tener por sujetos a los firmante del Convenio, con un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, en el bien entendido de que esa expresa «vinculación» no necesariamente habrá de ubicarse en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto; pero siempre de forma inequívoca y relacionada.

Ahora bien, una vez aclarado cuándo la jubilación forzosa se adecua a lo exigido y cuándo no, el paso siguiente es determinar si tales requisitos son exigibles cuando el empleador sea del sector público. Pues bien, en este punto ha habido “en apenas siete meses”²⁴ un cambio de criterio, ya que la solución aportada por la STS de 14 de mayo de 2008 fue matizada por dos Sentencias de 22 de diciembre de 2008 (en una de las cuales el empleador era AENA; y en la otra el IMSERSO), al matizar que si el legislador hubiese querido excluir a las diversas Administraciones Públicas [o Entidades Públicas Empresariales] de las exigencias establecidas en la DA 10^a y proporcionarles un trato singular en la materia, habría podido hacerlo; o bien eximiéndolas expresamente de la contrapartida

²³ STS de 14 de mayo de 2008 –Rco. 56/07 (RJ 2008, 3293) relativa al Convenio Colectivo de la AEAT-.

²⁴ Tomás Jiménez, N., “La jubilación forzosa del personal laboral en el sector público”, *Aranzadi Social*, 32, 2009.

-política de empleo- al cese forzoso, o bien afirmando que en tal supuesto la vinculación a tal política había de entenderse cumplida con la general -oficial-manifestada en las Ofertas Públicas de Empleo. Pero lo que no cabe es eximirla judicialmente de una contrapartida que normativamente se impone a todos los sujetos empresariales; y menos aún, cuando en época de crisis económica nunca es descartable -siquiera tampoco deseable- que en el sector público se produzca una política de empleo restrictiva. En consecuencia, no considera ajustadas a la legalidad las cláusulas de jubilación forzosa previstas, en lo que nos interesa, por AENA en relación al III Convenio Colectivo de AENA, de 2002²⁵.

De este modo, la jubilación forzosa recogida en un Convenio firmado por AENA tras la Ley 24/2001, se considera no ajustada a las exigencias contempladas por la Ley 14/2005. La cuestión, por tanto, es si esa doctrina es extrapolable a un Convenio -como el de los controladores-, firmado por el mismo empleador, en términos similares, antes de la Ley 14/2005, pero también antes de la Ley 24/2001, aunque fue objeto de un Acuerdo en 2004. La respuesta viene por la naturaleza del Acuerdo de 2004, aunque ha habido alguna Sentencia que considera que la jubilación forzosa convencionalmente establecida en el I Convenio Colectivo de los controladores aéreos “es plenamente coherente con los objetivos legales”, siendo en consecuencia irrelevantes las reflexiones en relación a la naturaleza jurídica del acuerdo de prórroga²⁶.

3. LA STS DE 18 DE FEBRERO DE 2010

En un momento en el que el TS mantiene unos criterios restrictivos a la hora de examinar si las cláusulas sobre jubilación forzosa de un Convenio Colectivo respetan las previsiones de la disposición transitoria de la Ley 14/2005, y que se extienden a las empresas públicas sin matiz alguno (lo que lleva a que sea prácticamente inviable de cumplir en tales casos, dado que no pueden acreditar con inmediatez el cumplimiento de la política de empleo), llega al Tribunal Supremo una demanda presentada por un controlador aéreo solicitando la declaración como despido de su jubilación forzosa.

Pudiera parecer que la coyuntura es propicia a la declaración de improcedencia, dado que en 2008 y 2009 se han sustanciado en el TS causas contra AENA (SSTS 22 de diciembre de 2008 -dos- y 12 de mayo de 2009, relativas al Convenio Colectivo de la AENA), en las que también se alega la ilegalidad de las cláusulas de jubilación forzosa, pero no de este colectivo, ni por este Convenio, sino uno suscrito en 2004, declarándose la improcedencia del despido.

²⁵ SSTS de 22 de diciembre de 2008 (dos) (RJ 2009\1614; RJ 2009\1828) y 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\3874) relativas al Convenio Colectivo de la AENA. En estas sentencias se formuló un voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo López, al que se adhieren los Excmos. Srs. Magistrados D. Gonzalo Moliner Tamborero y D^a M^a Milagros Calvo Ibarlucea, que mantienen la línea argumental de la STS de 14 de mayo 2008.

²⁶ STSJ de Cataluña, de 21 de enero de 2010 (JUR 2010\114087).

En el presente caso, el controlador demandante²⁷ –tras las desestimaciones del Juzgado de lo Social y del TSJ de Madrid²⁸– solicita al TS la declaración de improcedente de su despido, al haber solicitado el mantenimiento de su actividad mediante la modalidad de jubilación parcial tras los 65 años. Aporta como sentencia de contraste una Sentencia del mismo TSJ de Madrid²⁹, en la que un trabajador del Ministerio de Fomento con contrato laboral que prestaba sus servicios, como técnico de mantenimiento y oficios en el área de seguridad, relación sujeta al Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración del Estado. El Convenio de la sentencia de contraste era de 1998, pero su vigencia se prorrogó expresamente por Acuerdos publicados en el BOE de 11 de marzo de 2004 y por Actas de 2005 para el desarrollo de la prórroga convenida en el anterior Acuerdo. Al cumplir los 65 años el trabajador, se acordó su cese por jubilación forzosa, pronunciamiento contra el que el trabajador presentó demanda por despido que fue estimada en la instancia por sentencia que declaró improcedente el despido y que ha sido confirmada por la Sala del TSJ.

El motivo por el que en la Sentencia de contraste se declara improcedente el despido es que el precepto convencional fue inicialmente válido, al ajustarse a lo dispuesto en la DA 10ª ETT, pero que los acuerdos sobre la novación expresa del Convenio posteriores al 11 de julio de 2001 (fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2001) no pudieron validar las disposiciones convencionales sobre la jubilación forzosa, ya que, en ese momento los mismos no tenían cobertura legal, al estar derogada la DA 10ª ETT que los amparaba, situación que no validaba, nuevamente, la Ley 14/2005, de 1 de julio, pues, como los acuerdos anteriores se habían suscrito cuando la DA 10ª ETT no los amparaba, resulta que era preciso que el Convenio se adaptara a la nueva normativa y que la jubilación forzosa se vinculase a objetos coherentes con la política de empleo que expresase el Convenio, requisito que no reunía el Convenio aplicable. En definitiva, no era válida la cláusula convencional que nos ocupa porque el Convenio había sido negociado después de la derogación de la DA 10ª ETT y antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005.

Frente a ese planteamiento, el TS considera que no se da la identidad requerida para la casación, ya que en este caso se dan numerosas diferencias³⁰,

²⁷ Se trataba del Jefe de Sala con destino en el centro de Control de Madrid, con un salario anual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias de 497.541,86 euros.

²⁸ STSJ de Madrid, de 21 de enero de 2009 (PROV 2009\179605).

²⁹ STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2007 (AS 2007, 2331).

³⁰ Su profesión es distinta de la del trabajador que contempla la sentencia de contraste, tratándose de una actividad de gran responsabilidad por el riesgo de graves accidentes que provoca gran estrés, lo que pudiera justificar una importante reducción de la jornada laboral y una jubilación anticipada y forzosa (y de hecho la LER “es una manifestación de la importancia que la edad tiene para el desempeño de la profesión de controlador aéreo. Consecuentemente, sin entrar a valorar esas disposiciones del Convenio, si puede concluirse que, dada la profesión desempeñada y la importancia que se da en el Convenio a la edad de los trabajadores, resulta relevante el dato de que las sentencias comparadas se hayan dictado en aplicación de diferentes Convenios Colectivos, lo que impide estimar que contengan fallos contradictorios, al ser diferente la normativa aplicable”). Por otro lado, el actor inicialmente pidió una jubilación parcial.

la más relevante de las cuales viene del hecho si tras la Ley 12/2001 hubo prórroga o novación del Convenio.

En efecto, “aunque ambos convenios colectivos se negociaron y entraron en vigor a primeros de 1999, durante la vigencia de la Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores que luego derogó la Ley 12/2001, de 9 de julio, es lo cierto que la trayectoria posterior fue diferente, por cuánto, el I Convenio Colectivo de los Controladores de Circulación Aérea se prorrogó de forma automática a su vencimiento por imperativo de lo en él convenido al respecto y sin que mediara posterior acuerdo al respecto, mientras que el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral del Estado fue objeto de novación expresa y no de simple prórroga, ya que, se incorporaron al mismo otros Acuerdos suscritos en 2004. Esa diferencia es, precisamente, la que justifica la solución que da la sentencia de contraste, al entender que la prórroga expresa del Convenio Colectivo con las modificaciones y adiciones pactadas supone un nuevo Convenio Colectivo que debió adaptarse a la normativa vigente en 2004, normativa que no autorizaba la jubilación forzosa, tras la derogación de la Adicional Décima del E.T. por la Ley 12/2001, razón por la que, al no adaptarse el Convenio Colectivo Único a la Adicional Décima del E.T., en la redacción que le dio la Ley 14/2005, la sentencia de contraste confirma la declaración de improcedencia del cese. No es ese el supuesto de la sentencia recurrida porque, al no haber existido novación expresa del Convenio Colectivo, sino prórroga automática del mismo la sentencia estima que es válida la cláusula que establece la jubilación forzosa, argumento coincidente con el de la sentencia de contraste que da validez a las cláusulas de ese tipo existentes en convenios colectivos anteriores a la vigencia de la Ley 12/2001, siempre que no se hayan novado posteriormente, razón por la que no existe contradicción, ya que el motivo de la discrepancia se funda en que en un caso ha existido prórroga automática del convenio aplicable, mientras que en el otro ha habido una novación modificativa de las condiciones del convenio, lo que hace que los supuestos comparados sean diferentes”.

La duda giraba entorno a si cuando el 28 de octubre de 2004 el sindicato USCA formuló denuncia del I Convenio Colectivo de 1999, constituyéndose la comisión negociadora del II Convenio Colectivo el 20 de enero de 2005, llegándose a una serie de acuerdos, tales acuerdos supusieron una novación del Convenio o no incidieron en la prórroga ya prevista en 1999. Pues bien, el sexto de los Acuerdos se refiere a la prórroga del I Convenio Colectivo. Sin embargo, no fue un acuerdo de novación convencional, sino que parten de que como rige el punto 4.4 del Acuerdo Segundo del I Convenio Colectivo Profesional (relativo a la prórroga), en principio ese Convenio mantiene su vigencia transitoria hasta que se alcance el acuerdo, limitándose a indicar que sin perjuicio de esa circunstancia, “ambas partes podrían alcanzar acuerdos sobre modificaciones puntuales del aludido I CCP”. Por tanto, no sería novación, sino prórroga.

Si se hubiera declarado que lo que tuvo lugar en 2004 fue una novación del Convenio, serían exigibles los rigurosos criterios fijados por la Ley 14/2005 para la “convalidación” de los convenios suscritos desde 2001 hasta la entrada en vigor de esa Ley, en los términos previstos por su Disposición Transitoria, y que a la luz de la jurisprudencia del TS hacen casi inviable la fijación de jubilaciones forzosas en el ámbito del sector público.

4. LA LEY 9/2010, DE 14 DE ABRIL, Y LA JUBILACIÓN DE LOS CONTROLADORES AÉREOS

Con objeto de suplir un proceso de negociación colectiva que parecía irremisiblemente estancado, y que determinaba unos costes inasumibles para el tránsito aéreo español, el Gobierno aprueba el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, norma que sería convalidado con la Ley 9/2010, de 14 de abril.

En esta norma se han reconfigurado los tres aspectos que, en el I Convenio Colectivo de los controladores aéreos, delimitaban el cese de la actividad de este colectivo: límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y la edad de jubilación forzosa (disposición adicional cuarta Ley 9/2010).

4.1. Límite al desempeño de funciones operativas, licencia especial retribuida y reserva activa

Así, en cuanto al límite de edad para la actividad operativa, ésta deja de estar fijada en un máximo de 55 años, y aumenta a los 57 años (sin perjuicio de que deban someterse “de manera continuada a controles psicofísicos de acuerdo con la normativa aplicable que permitan constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar funciones operativas de control de tránsito aéreo”). Ahora bien, alcanzada esa edad, no se les ofrece la posibilidad de pasar a la situación de licencia especial retribuida, sino que automáticamente dejarán de desempeñar funciones operativas de control de tránsito aéreo. Ello no quiere decir que dejen de trabajar, sino que³¹:

- Como regla general el proveedor de servicios deberá ofertarle otro puesto de trabajo que no conlleve el ejercicio de esas funciones (puesto que será retribuido de acuerdo con las funciones que efectivamente realice el controlador);

- Y solo si el proveedor de servicios no pudiera ofertar un puesto que no conlleve funciones operativas de control de tránsito aéreo, el controlador pasará a una situación de reserva activa hasta que alcance la edad de jubilación forzosa.

³¹ Disposición Adicional Cuarta, núm. 2, Ley 9/2010.

La retribución correspondiente a la situación de reserva activa se acordará mediante negociación colectiva con los representantes de los trabajadores. En todo caso, esta retribución será incompatible con cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena, excepto la realización de labores de formación aeronáutica o labores de inspección aeronáutica en el ámbito de la Unión Europea. La realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena supondrá la rescisión de la relación contractual con el proveedor de servicios de tránsito aéreo por renuncia del trabajador. En cuanto a su cotización, el controlador que se encuentre en situación de reserva activa continuará dado de alta en la seguridad social, contribuyéndose de la misma manera que antes de entrar en esta situación.

Como se comprueba, cambia notablemente el status del beneficiario de la licencia especial retribuida (LER), y la reserva activa. Así, la LER es el status ordinario de los controladores que cumplieran 52-55 años; por el contrario, la reserva activa pasa a ser el status extraordinario de los que hayan cumplido 57 años (extraordinario porque se supedita a no ofrecerle un puesto que no conlleve funciones operativas de control de tránsito aéreo, sin más limitaciones)³².

Y es que la reserva activa no sustituye plenamente a la LER, sino que el derecho a solicitar ésta queda suspendido³³ hasta que transcurran tres años desde la entrada en vigor de la Ley³⁴, tiempo que se da de plazo a los negociadores para

³² En orden al cambio de funciones, la Disposición Transitoria Primera, en su número 3 indica que desde la entrada en vigor de la Ley, y en tanto no se acuerde y publique un nuevo convenio colectivo, AENA queda facultada para constatar la posible falta de adaptación de un controlador a las modificaciones técnicas o tecnológicas de su puesto de trabajo, a los efectos que procedan, y singularmente, para establecer su paso a funciones no operativas de control de tránsito aéreo.

³³ La Exposición de Motivos de la Ley fundamenta la suspensión de esta situación “privilegiada” como sigue: “La negación de nuevas incorporaciones a tan singular situación durante el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la presente Ley resulta del todo imprescindible para que AENA pueda seguir disponiendo de un número suficiente de controladores para cumplir con sus obligaciones como proveedor de estos servicios, entretanto concluye el proceso de reforma dirigido a la apertura de la prestación de servicios de navegación aérea a nuevos proveedores certificados. Es más, de no impedirse temporalmente la salida de los controladores de AENA hacia la referida situación de licencia especial retribuida, se pondría en grave riesgo la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de tránsito aéreo y con ella la viabilidad del conjunto de las medidas que se establecen en la presente Ley”.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional, 10 de mayo de 2010, considera razonable y ajustada a Derecho tal suspensión “puesto que el mantenimiento de esta licencia haría más vulnerable, si cabe, el servicio público de tránsito aéreo, en el que la escasez de controladores constituye un mal endémico, siendo inadmisibles, por consiguiente, que los trabajadores con 52 y 55 años de edad, que reúnan los requisitos establecidos en la ley, cuyo número ascendía a 328 el 30 de abril pasado, pudieran dejar de prestar servicios con derecho a sus retribuciones fijas, ya que dicha medida trastornaría de modo decisivo la seguridad y la continuidad del tránsito aéreo, debiendo subyacerse, en todo caso, que se trata de una medida temporal, cuya regulación definitiva se remite a la negociación colectiva”.

³⁴ Tanto si haya sido o no solicitada en el momento de entrada en vigor de la Ley, lo cual ciertamente es poco respetuoso el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos.

que se establezca “mediante un nuevo convenio colectivo el régimen aplicable a dicha licencia”³⁵, aunque tal régimen no podrá pactarse libremente por los negociadores, estando limitados a unos parámetros. En todo caso, si transcurridos estos tres años no hay convenio colectivo, se aplicará el régimen de la licencia especial retribuida con los parámetros marcados por la Ley, a saber³⁶:

- El paso a la situación de licencia especial retribuida desde los 52 hasta los 57 años de edad estará determinado por la falta de capacidad psicofísica de los controladores de tránsito aéreo, conllevando la asignación de funciones no operativas de control de tránsito aéreo.

- Cuando se alcancen los 57 años de edad, como regla general se le asignará un puesto con funciones no operativas de control aéreo, y si no fuera posible, pasará a la situación de reserva activa.

- Las retribuciones que se pacten para las situaciones de licencia especial retribuida o de reserva activa deberán respetar lo señalado en el párrafo segundo del apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera, esto es, todo acuerdo de contenido económico que se alcance mediante negociación colectiva estará supeditado a la consecución de los objetivos de adecuación de las tasas de navegación aérea previstos en la disposición final segunda de esta Ley.

El primar la readaptación funcional a la situación de reserva activa (o a la LER en la extensión que antes tenía) debe ser valorado positivamente, ya que tronca con la idea imperante de hacer conjugar la reducción de edad por penosidad con la prevención de riesgos laborales, y que se ha incorporado a nuestro Ordenamiento con la disposición adicional segunda Ley 40/2007, que incorporó una nueva disposición adicional a la LGSS (la cuadragésima quinta), bajo el título de “Coeficientes reductores de la edad de jubilación”, y conforme a la cual se precisa que “(e)l establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, que sólo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo, conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financieros”. Así, debe procurarse una adecuación del trabajo a la edad del trabajador, facilitando su reciclaje antes de que se resienta

³⁵ Disposición Transitoria Primera, núm. 1.b, Ley 9/2010.

³⁶ La Sentencia de la Audiencia Nacional, 10 de mayo de 2010, “considera también razonable que el pase a la licencia especial retribuida, cuya regulación convencional deberá tramitarse, entre los 52 y 57 años dependa de la capacidad psicofísica del controlador, ya que acogerse voluntariamente a la misma en el marco de escasez de controladores constituye un beneficio incompatible con la seguridad y continuidad del tránsito aéreo, no siendo irrazonable, ni tampoco desproporcionado que las retribuciones de la licencia retribuida, que se pacten mediante la negociación colectiva, se acomoden a lo dispuesto en la D.A. 4ª, ya que allí se exige que el proveedor oferte un puesto no operativo, que deberá retribuirse conforme a las funciones que se realicen y no con arreglo a las desempeñadas anteriormente, porque dicha retribución si que puede considerarse desproporcionada y sin causa, pasándose, caso de no poder ofertarse un puesto a la reserva activa, cuya retribución deberá determinarse mediante la negociación colectiva, estableciéndose, como cláusula de cierre, que constituye un incentivo a la negociación colectiva que, si no se alcanzan colectivamente acuerdos, se aplicará la regulación legal”.

su salud³⁷. Se trata potenciar la prevención frente a la curación. Con ese propósito, es aconsejable la movilidad dentro de esos puestos, «adaptando el trabajo a la persona»³⁸, con lo que se evita que los trabajos penosos aparezcan como una situación inalterable durante la vida laboral, y cuyo desgaste se compensa con el adelanto de la edad de jubilación. Es más, la anticipación de la edad jubilatoria a cambio de la permanencia en un puesto de trabajo penoso puede tener «efectos antipreventivos»³⁹, en el sentido de que es una medida que incita al trabajador a mantener ese puesto por las ventajas que a largo plazo ofrece.

4.2. La jubilación forzosa

El número 3 de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010 establece lacónicamente que los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad.

Con esta regla, se extrae del ámbito de la negociación colectiva la jubilación forzosa de este colectivo, y pasa a ser fijada por una Ley. Con ello se garantiza que la edad de retiro será como máximo a los 65, sin estar sometida a los criterios interpretativos que hemos visto estaba imponiéndose por el TS a propósito de las reglas previstas por la Ley 14/2005. Esto es importante en un momento como el actual, en el que “el Tribunal Supremo ha concluido que, pese a la «dificultad real» con que cuentan, aquéllos han de cumplir los mismos requisitos que los aplicados en el sector privado (compromisos en materia de empleo, básicamente); por ello es prácticamente imposible que haya jubilaciones forzosas de empleados públicos, porque o el convenio no contiene las contraprestaciones necesarias para ello o, si las contuviere, habría que considerarlas no puestas, por su ilegalidad”⁴⁰.

Esta regulación, por lo demás, no es ajena al carácter de empleados públicos de los controladores, sumándose a los numerosos supuestos de jubilación forzosa prevista en nuestro Sistema para empleados públicos, tanto funcionarios como personal laboral⁴¹.

³⁷ Maldonado Molina, J.A., “La reforma de la jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”, en Monereo Pérez (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 317.

³⁸ En esta línea se sitúa, aunque sólo con un carácter programático, el artículo 15.1.d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

³⁹ Guillemard, A.M., *Envejecimiento, edad y empleo en Europa. Situación Actual y Perspectivas*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1991, pág. 275.

⁴⁰ Sempere Navarro, A.V., “La edad de jubilación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 796, 2010.

⁴¹ V.gr., art. 67.3 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Además del supuesto general, tales son los casos singulares de los funcionarios docentes universitarios (disposición adicional 15ª.5 Ley 30/1984 -en su redacción dada por la Ley 27/1994)(70 años), Jueces y Magistrados (art. 386 LOPJ)(75 años); personal civil al servicio de establecimientos militares (art. 51 RD 2205/1980)(69 años); estibadores portuarios (disposición transitoria 3ª del RDley 2/1986, de 23 de mayo); funcionarios de las Cortes Generales (65 años). Cfr. Martínez Barroso, Mª.R., “La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso”, *Aranzadi Social*, núm. 13, 2009.

Consideramos que es una previsión que se ajusta a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa e indirecta⁴², y que admiten diferencias de trato bien cuando lo requiera la naturaleza del puesto o las condiciones en las que se ejerce el empleo, bien cuando exista una justificación objetiva y sean apropiadas y necesarias para la realización de objetivos legítimos en el mercado de trabajo. En concreto, el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE señala que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Para calibrar el respeto a los límites impuestos por la Directiva 2000/78, tiene especial interés la STJCE 5 de marzo de 2009 (TJCE 2009, 47) (C-388/07), que recoge los criterios marcados en las sentencias precedentes del TJCE, estructurando tales criterios en tres grandes bloques⁴³:

1º La Directiva 2000/78 es de aplicación a cuantas disposiciones y previsiones nacionales vengan a ordenar los requisitos para la extinción de un vínculo laboral cuando se alcance la edad de jubilación.

2º Cuando el artículo 6.1 Directiva 2000/78 contempla la posibilidad del establecimiento de diferencias de trato fundamentadas en la edad, se requiere demostrar que son «medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima», lo cual se considera cumplido:

A.- Cuando la desigualdad esté fundamentada en alguna causa objetiva y razonable.

B.- Los Estados Miembros no están obligados a prever una lista específica de las diferencias de trato por razón de edad que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima, habida cuenta de que es principio general aquél de conformidad con el cual los países afectados vienen forzados a garantizar la plena eficacia de las Directivas, pero disponen para alcanzar tal fin de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios, pudiendo ser concretados éstos mediante un contexto jurídico general.

C.- La ausencia de una enumeración expresa no excluye automáticamente la posibilidad de que una normativa nacional esté justificada al amparo del

⁴² Así, esta Directiva va dirigida tanto a la discriminación directa (diferencia de trato basada en una característica determinada) como a la discriminación indirecta (disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pero que pueden tener efectos desfavorables para una o varias personas determinadas o incluso producir una incitación a la discriminación).

⁴³ Fernández Fernández, R.; Megino Fernández, D.: «Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2009,

acervo comunitario, resultando menester extraer de otros elementos, propios del marco general donde aparece ubicada la previsión, la identificación de las finalidades perseguidas por la medida concreta, de manera tal que pueda existir una labor de fiscalización judicial en torno a la legitimidad, idoneidad y necesidad de los instrumentos utilizados. En dicho contexto, corresponde al juez nacional determinar si la disposición nacional en presencia se encuentra justificada, por ser el único competente para apreciar los hechos del litigio sometidos a su consideración e interpretar aquélla.

3° Con carácter general y al definir las discriminaciones indirectas el artículo 2.2.b) Directiva 2000/78 exige que cualquier diferencia esté justificada de manera «objetiva», mientras el artículo 6.1 al tratar las disimilitudes por razones de edad añade el término «razonable», pareciendo exigir un plus si comparado con aquél. Para el Tribunal de Justicia se trata de dos preceptos con un marco de cobertura cuya coincidencia no es exacta, en tanto el primero presenta un alcance mayor pues no sólo incluye como prácticas contrarias al principio de igualdad aquellas fundamentadas en la longevidad, sino también las basadas en la religión o convicciones, la discapacidad o la orientación sexual y, además, únicamente permite excepciones a dicha regla básica cuando de discriminaciones indirectas se trata, pero no contempla salvedad alguna si las afectadas son las directas; en cambio, el segundo tiene una proyección más limitada, atendiendo a la especificidad que las instituciones comunitarias han tenido a bien reconocer para las discriminaciones prohibidas por razón de edad.

En consecuencia, no debe reconocerse especial significación al distinto tenor previsto en ambas disposiciones, habida cuenta de que «no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima, perseguida por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación sea razonable»; y aun cuando dicho término no esté incluido de manera expresa en el artículo 2.2.b) Directiva 2000/78, cabe entenderlo incorporado implícitamente en su redacción. Por tanto, es menester no seguir al pie de la letra el criterio hermenéutico literal y realizar la interpretación atendiendo preferentemente al volitivo, pues entender lo contrario supondría extraer una distinción donde la norma no pretende distinguir, de manera tal que si la diferencia está justificada a tenor del artículo 2.2.b), no es necesario recurrir al artículo 6.1.

Ahora bien, pese a ello, el TJCE precisa que en tanto el artículo 6.1 Directiva 2000/78, en cuanto dirigido a los Estados, «les impone, pese al amplio margen de apreciación de que disponen en materia de política social, la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria».

En este caso la Ley 9/2010, aunque parte de que la profesión desempeñada conlleva una gran responsabilidad por el riesgo de graves accidentes, dándole importancia a la edad no solo en el momento de fijar la jubilación forzosa, sino

estableciendo cuatro mecanismos orientados a velar por la seguridad aérea vigilando la capacidad del trabajador⁴⁴, no parece que cumpla el elevado nivel de exigencia probatoria requerido por el TJCE, limitándose a fijar una edad de retiro forzosa para un momento en el que el trabajador ya no realiza labores de control operativa 8por el obligado cambio de función producido a los 57 años).

⁴⁴ a) control psicofísicos continuos; b) LER desde los 52 hasta los 57; c) Cambio de función o reserva activa tras los 65; y d) jubilación forzosa a los 65.